

TRABAJO DE FIN DE GRADO

DERECHO DE SUCESIONES: ELEMENTOS HISTÓRICOS Y PRÁCTICA CIVIL, MERCANTIL E INTERNACIONAL.

Presentado:

Luis Gómez Pérez

Tutor:

Prof. Dr. D. Rafael Colina Garea

TRABAJO DE FIN DE GRADO PRESENTADO POR:
LUIS GÓMEZ PÉREZ

V.B. TUTOR

FDO: RAFAEL COLINA GAREA

ÍNDICE:

1. Identifique, describa, desarrolle y resuelva conforme a Derecho los distintos problemas jurídicos presentes en el supuesto de hecho narrado.
 - 1.1 Determinación de la vecindad civil. Pag. 1
 - 1.2 Reconocimiento de la hija extramatrimonial. Pag. 2
 - 1.3 Carácter privativo o ganancial del negocio y del resto de los bienes. Pag. 6
 - 1.4 Cuestiones relativas a la patente y las marcas. Pag. 7
 - 1.5 La cuestión de la colación: su dispensa, la revocación de la dispensa, la valoración y su relación con la figura de la apartación. Pag. 8
 - 1.6 El testamento del año 2005. Pag. 11
 - 1.7 Contenido del testamento: derechos de los legitimarios y la imputación de los bienes a sus legítimas. Pag. 13
 - 1.8 Forma de liquidación de la sociedad postmatrimonial. Pag. 16
 - 1.9 El testamento del año 2011. Pag. 18
 - 1.10 Valoración de los bienes hereditarios y cálculo de las legítimas. Pag. 20
 - 1.11 Muerte de Feliciano: derecho de transmisiones, relacionado con la posible existencia de una reserva lineal y sucesión intestada. Pag. 23
 - 1.12 La cuestión internacional: leyes aplicables y competencias judiciales. Pag. 27
 - 1.13 Legitimación de Matilde para realizar actos de disposición y sus efectos. Pag. 27
2. Razone sobre la oportunidad histórica del sistema de legítima 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.
 - 2.1 Introducción. Pag. 31
 - 2.2 Evolución del sistema de legítimas. Pag. 31
 - 2.3 Las legítimas en el Código Civil y conflictos doctrinales. Pag. 34
 - 2.4 Conclusión personal. Pag. 35

1. IDENTIFIQUE, DESCRIBA, DESARROLLE Y RESUELVA CONFORME A DERECHO LOS DISTINTOS PROBLEMAS JURÍDICOS PRESENTES EN EL SUPUESTO DE HECHO NARRADO.

Para dar solución a esta pregunta voy a ir ofreciendo las distintas soluciones que, a mi juicio, puede haber de cada uno de los problemas del supuesto de hecho, por el orden en el que estos se van planteando en el mismo, para al final decantarme por una de esas soluciones, la que a mi parecer sea la más adecuada.

Para comenzar, se nos presenta a los distintos sujetos que van a intervenir en el caso; primero a D. Benicio Fabricio Santos, nacido en Ourense en 1956 y casado con Matilde Ártabra Araprietos en 1976, también nacida en Ourense. Fruto del matrimonio, nacen Maita, en 1978, y Feliciano en 1980. También fruto de una relación extramatrimonial nace Aureliana en 1982, siendo aceptada en la familia por Matilde. En 1983 la familia abandona Ourense y fija su residencia en Madrid.

1.1 Determinación de la vecindad civil.

Primero, es fundamental el determinar cuál será la ley aplicable a D. Benicio tanto en su sucesión, como en los distintos problemas que puedan surgir en el supuesto de hecho, dado que él nació en Galicia, pero posteriormente se trasladó a Madrid. Por lo tanto lo que debemos determinar en este caso es si a la sucesión de D. Benicio, y por lo tanto a los derechos legitimarios de sus descendientes, se les aplicaría, o quedarían sujetos, bien a la Ley de Derecho Civil de Galicia, de 14 de junio de 2006, o bien, al Código civil. El hecho de determinar cuál de las dos será la aplicable adquiere una gran relevancia, por ejemplo a la hora de fijar el valor de las legítimas, ya que en la forma seguida por la Ley de Derecho Civil de Galicia, que se establece en su artículo 244¹, la legítima de los descendientes es la cuarta parte del valor del haber hereditario líquido, mientras que el Código civil dispone en su artículo 808² que la legítima de los hijos y

¹ Artículo 244 LDCG:

Para fijar la legítima, el haber hereditario del causante se determinará conforme a las reglas siguientes:

1. Se computarán todos los bienes y derechos del capital relictivo por el valor que tuvieran en el momento de la muerte del causante, con deducción de sus deudas. Dicho valor se actualizará monetariamente en el momento en que se haga el pago de la legítima.
2. Se añadirá el valor de los bienes transmitidos por el causante a título lucrativo, incluidos los dados en apartación, considerado en el momento de la transmisión y actualizado monetariamente en el momento de efectuarse el pago de la legítima. Como excepción, no se computarán las liberalidades de uso.

² Artículo 808 Código Civil:

Constituyen la legítima de los hijos y descendientes las dos terceras partes del haber hereditario del padre y de la madre.

Sin embargo, podrán éstos disponer de una parte de las dos que forman la legítima, para aplicarla como mejora a sus hijos o descendientes.

Cuando alguno de los hijos o descendientes haya sido judicialmente incapacitado, el testador podrá establecer una sustitución fideicomisaria sobre el tercio de legítima estricta, siendo fiduciarios los hijos o descendientes judicialmente incapacitados y fideicomisarios los coherederos forzosos.

La tercera parte restante será de libre disposición.

descendientes es las dos terceras partes del haber hereditario (legítima larga)³, habiendo dentro de esa legítima larga, una tercera parte de legítima estricta o corta y otra de mejora. Aunque en estos temas ya entraremos con mayor profundidad más adelante.

Volviendo a la cuestión de la determinación de la ley aplicable a D. Benicio, acudiremos primero al artículo 9⁴, números 1 y 8 del Código civil, en donde se establece que la ley personal de las personas físicas es la determinada por la nacionalidad, y que dicha ley regirá, entre otras, la sucesión por causa de muerte; el artículo 16.1, que será ley personal la determinada por la vecindad civil; y el artículo 14⁵, números 1 y 5, en donde se indica que la sujeción al derecho civil común o al foral se determina por la vecindad civil, y que la vecindad civil se adquiere, entre otros supuestos, por residencia continuada de diez años, sin declaración en contrario durante este plazo⁶.

En este caso, D. Benicio, se fue en 1983 a vivir a Madrid, y no consta que haya hecho ninguna declaración expresa en el Registro Civil sobre querer mantener la vecindad civil gallega, y falleció en 2011, esto es, más de diez años después de haberse trasladado a Madrid, por lo que entendemos que tenía la vecindad civil común en el momento de su fallecimiento, por lo que su sucesión se rige por el Código civil, en donde, como se ha indicado, la legítima de los descendientes es de dos terceras partes del haber hereditario (legítima larga), o de una tercera parte, que es la legítima estricta o corta.

1.2 Reconocimiento de la hija extramatrimonial.

El otro problema que se plantea en esta introducción del supuesto de hecho, es el de la hija extramatrimonial, Aureliana, nacida en 1982. El conflicto que aquí se plantea

³ STS 27 de diciembre de 1935 [RJ 1935,2482]

⁴ **Artículo 9.**

1. La Ley personal correspondiente a las personas físicas es la determinada por su nacionalidad. Dicha Ley regirá la capacidad y el estado civil, los derechos y deberes de familia y la sucesión por causa de muerte.

El cambio de Ley personal no afectará a la mayoría de edad adquirida de conformidad con la Ley personal anterior.

8. 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 encuentren. Sin embargo, las disposiciones hechas en testamento y los pactos sucesorios ordenados conforme a la Ley nacional del testador o del disponente en el momento de su otorgamiento conservarán su validez, aunque sea otra la Ley que rija la sucesión, si bien las legítimas se ajustarán, en su caso, a esta última. Los derechos que por ministerio de la Ley se atribuyan al cónyuge supérstite se regirán por la misma Ley que regule los efectos del matrimonio, a salvo siempre las legítimas de los descendientes.

⁵ **Artículo 14 CC**

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

5. La vecindad civil se adquiere:

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

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

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

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

⁶ Bercovitz Rodríguez-Cano R. “Comentario al artículo 14” en AA.VV. “Comentarios al Código Civil” Ed. Aranzadi. Elcano 2001 p. 94

Dice que para la prueba de vecindad civil, fuera de los casos de adquisición mediante declaración ante el encargado el Registro Civil, hay que acudir a la posesión de estado y a presunciones.

es el de determinar qué derechos corresponden a Aureliana en lo referente a la herencia de su padre, D. Benicio.

La reforma del Código llevada a cabo por la Ley 11/1981 supuso la equiparación (fundada en el derecho fundamental a la no discriminación, art. 14⁷ y 39.2⁸ CE) de los derechos sucesorios de todos los hijos y descendientes sin límite de grado, superando las distinciones entre los distintos tipos de hijos (matrimoniales y extramatrimoniales). Al regirse la sucesión mortis causa por las normas vigentes en el momento de apertura de la misma (muerte o declaración de fallecimiento), esta regla de la igualdad se aplica a todas las sucesiones abiertas tras la entrada en vigor de la CE, en este caso es lo que sucede (D. Benicio muere en el año 2011).

En cuanto a la determinación de la filiación de los descendientes, la matrimonial no presenta mayores problemas, pues es una filiación automática, determinada legalmente en nuestro Código Civil, para esto acudimos a los siguientes artículos: 113⁹ CC, que determina las formas en la que se puede acreditar la filiación, el 115¹⁰ CC, que en su punto número 1 establece que la filiación quedará determinada por la inscripción del nacimiento del hijo, y el artículo 116¹¹ CC, que establece que se presumirán como hijos del marido los nacidos después de la celebración del matrimonio, por lo tanto, la filiación matrimonial de Maita y de Feliciano es clara en base a los citados artículos.

El problema en este supuesto, surge con la filiación extramatrimonial de Aureliana, que se da cuando, como en este caso, sus padres no están casados entre sí. La determinación de esta filiación no se desprende directa y automáticamente de la ley, sino que es necesario un acto negocial o decisión jurisdiccional. Los medios para su determinación están enumerados en el artículo 120 CC: La filiación no matrimonial quedará determinada legalmente:

1. Por el reconocimiento ante el encargado del Registro Civil, en testamento o en otro documento público.

⁷ **Artículo 14.**

Los españoles son iguales ante la Ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.

⁸ **Artículo 39.**

2. Los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales estos ante la Ley con independencia de su filiación y de la madre, cualquiera que sea su estado civil. La Ley posibilitará la investigación de la paternidad.

⁹ **Artículo 113.**

La filiación se acredita por la inscripción en el Registro Civil, por el documento o sentencia que la determina legalmente, por la presunción de paternidad matrimonial y, a falta de los medios anteriores, por la posesión de estado. Para la admisión de pruebas distintas a la inscripción se estará a lo dispuesto en la Ley de Registro Civil.

No será eficaz la determinación de una filiación en tanto resulte acreditada otra contradictoria.

¹⁰ **Artículo 115.**

La filiación matrimonial materna y paterna quedará determinada legalmente:

1. Por la inscripción del nacimiento junto con la del matrimonio de los padres.
2. Por sentencia firme.

¹¹ **Artículo 116.**

Se presumen hijos del marido los nacidos después de la celebración del matrimonio y antes de los trescientos días siguientes a su disolución o a la separación legal o de hecho de los cónyuges.

2. Por resolución recaída en expediente tramitado con arreglo a la legislación del Registro Civil.

3. Por sentencia firme.

4. Respecto de la madre, cuando se haga constar la filiación materna en la inscripción de nacimiento practicada dentro de plazo, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley de Registro Civil.

El reconocimiento ha de ser, además un acto:

1. Voluntario, no debido, el progenitor puede tener un deber moral, pero no existe un deber jurídico.

2. Expreso, esto es, evidente, indubitado.

3. Personalísimo

4. Irrevocable, aunque sea otorgado en un acto esencialmente revocable, como el testamento.

5. Puro

6. Formal, esto es, en la forma determinada en la ley

7. Constitutivo de status de hijo no matrimonial.

En este caso, no se deduce del texto que la filiación haya quedado determinada en ninguna de las formas que se establecen en el artículo 120 CC, no se dice en ningún momento en el supuesto de hecho, que haya reconocimiento ante el encargado del Registro Civil, ni resolución recaída en expediente tramitado con arreglo a la legislación del Registro Civil, ni sentencia firme, solo se puede entender que se realiza el reconocimiento en la forma testamentaria, pues en su testamento del año 2005, D. Benicio, lega a Aureliana su empresa, con lo que podría entenderse que con esto lo que está haciendo es reconocer a su hija extramatrimonial.

Pero esto me parece dudoso de todas maneras, puesto que (además de que se puede nombrar legatario a cualquier persona, no tiene porque ser solo a un hijo suyo) el reconocimiento ha de ser expreso, es decir, que no desprenda ningún tipo de duda, que en el testamento se establezca claramente que se reconoce a ese hijo extramatrimonial y en el testamento lo único que hace en nombrar a Aureliana legataria.

Esta problemática en cuanto a la determinación de la filiación de Aureliana adquiere una gran trascendencia en este caso, puesto que de entenderse que se le reconoce como tal, sus derechos sucesorios se equipararían con los de los hijos restantes, con lo que su legado, se imputaría a su tercio de legítima estricta y el sobrante, al de mejora. Sin embargo, si consideramos que no ha sido reconocida como tal, sus derechos sucesorios y los de los restantes hijos no estarían equiparados, por lo que su legado se imputaría al tercio de libre disposición y el sobrante, si lo hubiera, se le tendría que reducir.

Para resolver este problema, en mi opinión, hay que volver al anteriormente citado artículo 113 CC, que se refiere a las formas en las que quedará acreditada la filiación, tanto la matrimonial, como la no matrimonial. Una de las formas que cita el artículo es la llamada posesión de estado, entendida como un medio de prueba supletorio de acreditar la filiación.

La posesión de estado podríamos definirla como la relación tácita que se establece entre dos personas en concepto de padre o madre e hijo. Para que esta relación

de hecho exista deben darse tres circunstancias¹², que han sido identificadas tradicionalmente con sus nombres latinos: que el hijo lleve el nombre del progenitor (*nomen*) que esta relación sea pública, esto es, conocida en el círculo social en el que se mueven padre e hijo (*fama*) y que el trato entre ambas personas sea el correspondiente a la relación paterno-filial (*tractatus*), en cuanto a este último elemento, se exige que sea:

- Continuado, esto es, permanente, ininterrumpido.
- Dichos actos han de consistir en manifestaciones orales o escritas de la paternidad, en el cumplimiento de los deberes paternos, mantenimiento, educación y colocación del hijo en calidad de padre.
- Los actos han de proceder del padre o de la familia de éste.

El Tribunal Supremo ha realizado alguna de estas afirmaciones en sus pronunciamientos¹³ acerca de la posesión de estado, analizándola con base a presupuestos prácticos.

Entre las funciones que cumple, nos interesa la que mencionamos antes, la de que sirve como medio de prueba para acreditar la filiación, si bien, con carácter supletorio. Las otras funciones: medio de prueba procesal para declarar o reclamar la filiación y que amplía o restringe la legitimación procesal para el ejercicio de las acciones de reclamación o impugnación, no son relevantes en relación con el presente supuesto de hecho. Aunque la posesión de estado no sea título de determinación legal de la filiación, se razona que basta para que puedan ser ejercitados todos los derechos y deberes dimanantes de la relación paterno-filial¹⁴.

Tras esta exposición sobre la posesión de estado, me parece claro que para este caso concreto, sirve como medio para acreditar la filiación de Aureliana, ya que se dan los elementos necesarios para ello: el *nomen*, como ya hemos dicho no es necesario en la filiación extramatrimonial, y además en este caso no sabemos si coincide con el de su progenitor, ya que en el supuesto no se dice cuál es el de Aureliana. La *fama* y el *tractatus* también se dan, el *tractatus* lo podemos deducir cuando en el supuesto se afirma que Matilde acogió a Aureliana como a una más de la familia, dato que nos puede servir también para probar la *fama*, ya que si es admitida como una más, es admitida de forma pública, lo suficiente para que sea conocida en el círculo social donde se muevan.

Por lo tanto, concluimos con el tema de la filiación extramatrimonial, en el sentido de que por medio de la posesión de estado, los derechos sucesorios de Aureliana se equiparan con los de los otros hijos, en virtud, tanto de la Ley 11/1981, como del artículo 108¹⁵CC párrafo segundo (redactado tras la aprobación de la mencionada ley).

¹² Pérez Fernández A. “*Los anales de la academia matritense del Notariado*” Tomo 25.

¹³ STS 25 de junio de 2004 [RJA 4008]

¹⁴ RRDGRN de: 7 de junio de 1994 [RJ 1994,6037] y de 1 de Junio de 1995 [RJ 1995,5198]

¹⁵ **Artículo 108 CC:**

La filiación puede tener lugar por naturaleza y por adopción. La filiación por naturaleza puede ser matrimonial y no matrimonial. Es matrimonial cuando el padre y la madre están casados entre sí.

La filiación matrimonial y la no matrimonial, así como la adoptiva, surten los mismos efectos, conforme a las disposiciones de este Código.

1.3 Carácter privativo o ganancial del negocio y del resto de los bienes.

Seguidamente, en el supuesto se habla del negocio que abre D. Benicio en Madrid, primero una única cafetería que se dedicaba a la venta de chocolate y porras, a la que pronto se unieron 3 establecimientos más, que siguen funcionando y emplean a 15 personas. Asimismo nos dice que D. Benicio es titular de la marca “Las Porras de Fabricio”, que está registrada en la OPEM y que patentó en 1986 una trituradora antigrumos para el chocolate (de gran éxito en los años 90).

Lo trascendente en este caso es determinar el carácter, bien privativo, bien ganancial, de dichos bienes, pues es de gran relevancia desde el punto de vista sucesorio. Para ello hay que hacer primero referencia al artículo 1361¹⁶ CC que establece la presunción de ganancialidad de todos los bienes existentes en el matrimonio, mientras no se pruebe que pertenecen privativamente a uno de los dos cónyuges¹⁷. De forma más detallada, en el artículo 1347¹⁸ CC, en su punto número 1, nos dice que son gananciales los bienes obtenidos por el trabajo o la industria de cualquiera de los cónyuges y en su punto 5, se dice también, que son gananciales, tanto las empresas, como los establecimientos fundados durante la vigencia de la sociedad por uno de los cónyuges a expensas de los bienes comunes. Si a la formación de la empresa o el establecimiento concurren capital privativo y capital común, se aplica lo dispuesto en el artículo 1354¹⁹ CC, que establece que los bienes adquiridos mediante precio o contraprestación, en parte ganancial y en parte privativo, corresponderán pro indiviso a la sociedad de gananciales y al cónyuge o cónyuges en proporción al valor de las aportaciones respectivas.

¹⁶ Artículo 1361:

Se presumen gananciales los bienes existentes en el matrimonio mientras no se pruebe que pertenecen privativamente a uno de los dos cónyuges.

¹⁷ Moralejo Imbernón N. “Comentario del artículo 1361” AA.VV “*Comentarios al Código Civil*” Ed. Aranzadi Elcano 2001 p. 1583.

La función de la presunción de ganancialidad es que constituye un medio de prueba cuya finalidad es facilitar la concreción de la naturaleza de los bienes del matrimonio en un sentido claramente favorable a la masa común.

¹⁸ Artículo 1347:

Son bienes gananciales:

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

¹⁹ Artículo 1354:

Los bienes adquiridos mediante precio o contraprestación, en parte ganancial y en parte privativo, corresponderán pro indiviso a la sociedad de gananciales y al cónyuge o cónyuges en proporción al valor de las aportaciones respectivas.

De todo esto se desprende:

1. Que los bienes existentes en el matrimonio son gananciales siempre que no haya prueba en contrario, en este caso no se desprende del caso la existencia de bienes privativos, por lo que los bienes del matrimonio serían todos gananciales.

2. En consonancia con lo establecido en el artículo 1347. 1, la empresa sería un bien obtenido por medio del trabajo de uno de los cónyuges, D. Benicio, por lo que tendría la consideración de bien ganancial, además también nos podríamos apoyar en el punto 5 para decir que es una empresa fundada durante la vigencia de la sociedad por uno de los cónyuges (D. Benicio) a expensas de los bienes comunes, pues como hemos dicho en el punto anterior presuponemos que todos los bienes del matrimonio son gananciales, es decir, comunes, salvo prueba en contrario, por lo tanto son los bienes (comunes) que presuponemos utilizó D. Benicio para fundar la empresa. En el caso de que sin embargo, existiese prueba de que los bienes utilizados no fueran enteramente comunes, sino que concurriesen con bienes privativos, acudiríamos al 1354 CC, que adjudicaría pro indiviso parte a la sociedad de gananciales y parte al cónyuge que aportó los bienes privativos, proporcionalmente al valor de lo aportado. Aunque como ya he dicho, del supuesto de hecho no considero que se pueda deducir en ningún momento la utilización de bienes privativos.

3. Para terminar, en consonancia con el artículo 1346²⁰ CC. Vamos a prestar atención al punto 5 de este artículo, que establece el carácter de bien o derecho privativo de aquellos que sean inherentes a la persona, esto es, los de carácter personalísimo.

1.4 Cuestiones relativas a la patente y a la marca.

También hay que entrar a analizar la cuestión de la patente, realizada por D. Benicio en el año 1986 de una trituradora antigrumos para el chocolate, de gran éxito en los años 90. Primero, en base al artículo 4 de la Ley de Patentes de 20 de Marzo de 1986, vemos que las invenciones nuevas, que impliquen una actividad inventiva y sean susceptibles de aplicación industrial, son patentables, por lo que la trituradora en cuestión, es un bien perfectamente patentable. En el título VI de dicha ley, relativo a los efectos y solicitud de la patente, se establece en su artículo 49, el plazo, improrrogable, de 20 años de duración de dicha patente, por lo que, como podemos ver, en este caso, en el momento en el que se produce la apertura de la herencia, ya no tiene eficacia, por

²⁰ Artículo 1346:

Son privativos de cada uno de los cónyuges:

1. Los bienes y derechos que le pertenecieran al comenzar la sociedad.
2. Los que adquiriera después por título gratuito.
3. Los adquiridos a costa o en sustitución de bienes privativos.
4. Los adquiridos por derecho de retracto perteneciente a uno solo de los cónyuges.
5. Los bienes y derechos patrimoniales inherentes a la persona y los no transmisibles inter vivos.
6. El resarcimiento por daños inferidos a la persona de uno de los cónyuges o a sus bienes privativos.
7. Las ropas y objetos de uso personal que no sean de extraordinario valor.
8. Los instrumentos necesarios para el ejercicio de la profesión u oficio, salvo cuando éstos sean parte integrante o pertenencias de un establecimiento o explotación de carácter común.

Los bienes mencionados en los apartados 4 y 8 no perderán su carácter de privativos por el hecho de que su adquisición se haya realizado con fondos comunes; pero, en este caso, la sociedad será acreedora del cónyuge propietario por el valor satisfecho.

hallarse vencido el plazo de duración. Por esto, no podría darse la transmisión por medio de la herencia, ni poseería D. Benicio los derechos que le conferiría el artículo 50 de la Ley.

En cuanto a la cuestión de la marca “Las Porras de Fabricio”, registrada en la OEPM, tenemos que acudir a la Ley de 17/2001, de 7 de diciembre de 2001, de marcas, que en su artículo 2, establece que el derecho de propiedad sobre la marca se adquiere por el registro válidamente efectuado, lo que en este caso presuponemos que ocurrió, por lo que D. Benicio sería el propietario de dicha marca. Asimismo, en su artículo 31, se establece que el registro de una marca es por 10 años de duración, y puede renovarse por periodos sucesivos de idéntica duración. En este caso en concreto, no tenemos constancia de que se hayan producido dichas renovaciones. SEGUIR.

1.5 La cuestión de la colación: su dispensa, la revocación de la dispensa, la valoración y su relación con la figura de la apartación.

La siguiente cuestión que se plantea es, cuando en el año 1999, Maita se independiza y D. Benicio y su mujer le donaron en escritura pública una finca en la sierra madrileña con una casa habitable, pero ya antigua. La finca con la casa tenía un valor de 70.000 euros en el momento de la donación. En la escritura pública se hacía constar que la donación se consideraba como no colacionable. En los años sucesivos, Maita, emprendió reformas en la casa, invirtiendo 30.000 euros en efectuar mejoras. Además la zona se revalorizó por la nueva red de comunicaciones, por lo que hoy en día la finca tiene un valor de 150.000 euros.

En referencia al problema que vamos a abordar, hay que decir que en el testamento que realiza D. Benicio en el año 2005 la finca pasará a considerarse como un bien colacionable.

Sobre esto hay que decir que aquí se plantean dos principales problemas a resolver: uno, el hecho de que primero se considere el bien como no colacionable, y posteriormente como colacionable en el testamento; y el segundo es el problema de la valoración de la colación, que tendrá gran relevancia a posteriori a efectos de su computación en las legítimas.

La colación, consiste en integrar en la masa hereditaria las atribuciones patrimoniales que el causante hubiera realizado en vida a favor de cualquiera de los herederos, en el artículo 1035²¹ CC se establece qué personas deben traer a la herencia estos bienes y qué bienes o valores son colacionables, además, es una de las operaciones de la partición hereditaria y una figura de derecho voluntario.

Visto esto, debemos fijarnos en si en este caso se cumple dicho artículo 1035, primero observamos que Maita es legitimaria y que concurre a la herencia con otros legitimarios, por lo que sí es un sujeto que deba llevar los bienes a la herencia para que sean colacionados. En el artículo se habla de que deben de ser herederos forzosos, pero me parece más adecuado referirnos a ellos como legitimarios, ya que un legitimario no

²¹ **Artículo 1035:**

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

tiene porqué ser heredero (puede ser legatario), ni tiene porqué ser forzoso, puesto que puede aceptarla o repudiarla como cualquier otro heredero. Por lo tanto, Maita debe llevar los bienes a la herencia para que sean computados en las legítimas y en la cuenta de partición, ahora tenemos que mirar si los bienes a los que se refiere el supuesto son colacionables. En el caso se realiza una donación en escritura pública, obviamente en vida, por lo que sí que estamos ante un bien que ha de ser llevado a la herencia y colacionado.

Al ser una figura de derecho voluntario, no tendrá lugar entre los herederos forzosos si el donante así lo hubiese dispuesto expresamente (artículo 1036²² CC), esto es, la dispensa de colacionar ha de manifestarse de manera clara y que no ofrezca ninguna duda, como en este caso, que se realiza en vida por medio de escritura pública. Dicha dispensa, sin embargo, puede ser revocada libremente por el donante posteriormente²³²⁴, como sucede en este caso, que es revocada en el testamento otorgado ante notario en el año 2005 por D. Benicio.

Ahora bien, hay que ver si esa revocación es total, es decir, si todo el bien pasa a considerarse como colacionable, o simplemente parcial, pues debemos observar que dicha finca es un bien que pertenece a la sociedad de gananciales. Por lo tanto, esta revocación, que vuelve a considerar la finca como un bien colacionable, sólo afectará a la mitad de D. Benicio, como se establece en el artículo 1046²⁵ CC, aunque algunos autores no se han mostrado conformes con esto²⁶, pero no hay duda de que al tratarse de bienes comunes, será por la mitad. Por lo tanto, la revocación (por medio de testamento ante notario) de la dispensa de colacionar (hecha en escritura pública) por el mismo donante, es perfectamente válida, pero al ser sobre un bien ganancial, solo afectará a la parte que sea propiedad del que haya hecho la revocación en su testamento, en este caso de D. Benicio.

La siguiente cuestión es la referente a la valoración del bien que va a ser colacionado, muy importante, pues en este caso, D. Benicio declara en su testamento (que ya veremos más adelante) que se considera satisfecha la legítima de Maita con la donación de la finca, por lo que la valoración cobra gran importancia, a efectos de

22 Artículo 1036:

La colación no tendrá lugar entre los herederos forzosos si el donante así lo hubiese dispuesto expresamente o si el donatario repudiare la herencia, salvo el caso en que la donación deba reducirse por inoficiosa.

²³ STS de 13 de marzo de 1989 [RJ 1989]

²⁴ A favor de la posibilidad de la revocación de la dispensa de colacionar, se han manifestado numerosos autores, como Roca Juan en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, dir. por Albaladejo, p. 42 Vallet, en sus *Apuntes de derecho sucesorio*, del instituto Nacional de Estudios Jurídicos de Madrid, p. 575 y Lacruz Berdejo J.L. *Elementos de Derecho Civil*, V, Derecho de sucesiones ed. Sánchez Rebullida, p. 234 diciendo que además de ser inútil la prohibición de la revocación de la dispensa (pues el donante puede obtener el mismo resultado disminuyendo la cuota hereditaria), esta irrevocabilidad convertiría la dispensa en un pacto sucesorio.

25 Artículo 1046:

La dote o donación hecha por ambos cónyuges se colacionará por mitad en la herencia de cada uno de ellos. La hecha por uno solo se colacionará en su herencia.

²⁶ Roca Juan, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, dir. por Albaladejo, p. 61 y Sarmiento, en *Comentario al Código Civil* t.I. Ministerio de justicia. Madrid, 1991, p.2459 entienden que la expresión “se colacionará por mitad” se refiere solo al caso de que la liberalidad se realizara, exclusivamente, con bienes comunes.

comprobar si el valor excede o no de su legítima realmente. Para ello acudimos al Código Civil, que en su artículo 1045²⁷, establece que se llevarán a la herencia las cosas con su valor al momento de evaluar los bienes hereditarios²⁸, así se ha pronunciado también nuestra doctrina²⁹ y establece también en su párrafo segundo que los aumentos o deterioros posteriores a la donación son a riesgo o a beneficio del donatario.

En base a este artículo, vemos que no se llevará a la herencia el bien con su valor de 70.000 euros (el del momento de la donación), sino que el valor debe de ser el que tenga en el momento en el que se vayan a valorar los bienes hereditarios, es decir, su valor final, no el inicial. Es posible que estos valores sean coincidentes, y también es posible, que por aplicación del párrafo segundo del mencionado artículo (en casos de aumento o deterioro, que van por cuenta y riesgo del donatario) haya que restar estos aumentos, por lo que ya no tendríamos en cuenta su valor final, o que haya sufrido pérdidas, que tampoco serán tenidas en cuenta. En resumidas cuentas, todos los aumentos y reducciones que tengan como causa la actividad del donatario, no se tendrán en cuenta a efectos de la colación; sin embargo en caso de alteración jurídica que no se deba a la actividad del donatario, el aumento del valor del bien si que se tendrá en cuenta a efectos de la colación, y el bien donado se valorará al tiempo de la partición con ese incremento económico, por lo que beneficiaría a la masa hereditaria.

Por todo esto, en este caso concreto, para la valoración final del bien a colacionar, no tendremos en cuenta los aumentos que se hayan producido por la actividad del donatario, por lo que el aumento por las reformas que hizo en la casa invirtiendo 30.000 euros, no ha de ser tenido en cuenta a efectos de la colación. Sin embargo, si se produjesen como ya hemos dicho sin que su causa fuera la actividad del donatario, estas mejoras si serían tenidas en cuenta, por lo que los aumentos de la finca por la revalorización de la zona que elevan su valor a 150.000 euros si que deben ser colacionados.

En resumen, el valor final de 150.000 euros, es el que deberá ser tenido en cuenta, sin los aumentos que se deban a la inversión de 30.000 euros hecha por Maita en realizar mejoras en la casa. Por lo que el valor final a colacionar se quedaría en 150.000 euros. Sin embargo, en base al anteriormente citado artículo 1046 CC, la donación hecha por ambos cónyuges, se colacionará por la mitad en la herencia de cada uno, por lo que estos 150.000 euros hay que dividirlos por la mitad, con lo que el resultado final son 75.000 euros

Como vemos, Maita recibe una donación colacionable, y después en el testamento del que hablaremos posteriormente, se dice que se hace en pago de su legítima. Por ello podríamos establecer una relación entre esta figura y otra del Derecho

²⁷ **Artículo 1045:**

No han de traerse a colación y partición las mismas cosas donadas, sino su valor al tiempo en que se evalúen los bienes hereditarios.

El aumento o deterioro físico posterior a la donación y aun su pérdida total, casual o culpable, será a cargo y riesgo o beneficio del donatario.

²⁸ Conferencia del 20 de Julio de 2006 en las jornadas sobre las sucesiones en la nueva LDCG organizadas por el colegio de abogados de A Coruña. En ella, José Manuel Busto dice que el momento en el que se ha de realizar la valoración ha de ser el más cercano posible al acto de adjudicación de los bienes en partición

²⁹ STS 28 de abril de 1988 [RJ 1988/3284]

Civil Gallego, llamada apartación, la apartación consiste en una donación realizada en vida por alguien a favor de uno de sus legitimarios, y en pago, precisamente de esa misma legítima. El legitimario, al aceptar la donación da por satisfecha su legítima, quedando apartado de su condición de heredero forzoso, sin tener derecho a realizar reclamaciones posteriores al donante en caso de que lo recibido por medio de la donación sea menos de lo que le correspondiese, la figura se encuentra regulada en la sección IV de la LDCG, en sus artículos 224-227, conteniéndose su definición en su artículo 224. En este caso, vemos que no existe la figura de la apartación, ya que en el caso planteado aquí, Maita si que está legitimada para realizar las reclamaciones posteriores en caso de recibir menos de lo que le correspondiese por su legítima, además, como ya hemos dicho, la Ley de Derecho Civil de Galicia no es aplicable a esta sucesión.

1.6 El testamento del año 2005

Tras tratar el asunto de la colación, pasamos a hablar del testamento hecho por D. Benicio en el año 2005. Vamos a comenzar tratando de qué tipo de testamento se trata. En el artículo 676³⁰ CC se diferencia entre el testamento común y los especiales, así como los tipos de testamentos comunes. A nosotros nos interesan los testamentos comunes, ya que el que otorga D. Benicio no se encuentra entre los especiales que se establecen en el artículo 677³¹ CC. Entre los tipos de testamento común: el ológrafo, el abierto y el cerrado, pues entendemos que es al tipo al que mejor se ajusta, según lo establecido en el artículo 679³² CC. La nota esencial que lo caracteriza es la publicidad, la falta de confidencialidad tanto en lo que se refiere a la voluntad de testar como al propio contenido del testamento. Ordinariamente, la persona encargada de autorizarlo es el notario, dando lugar al llamado testamento abierto notarial. La ley establece junto al notarial dos modalidades extraordinarias o especiales: el testamento en peligro de muerte y el testamento en caso de epidemia, los cuáles se otorgan ante testigos. En este caso, al acudir D. Benicio al notario para otorgar el testamento, ya queda claro que estamos ante un testamento abierto notarial, con lo que nos centraremos en este tipo, dejando un poco a un lado los otros dos, a los que volveremos más adelante.

El testamento abierto notarial es la forma testamentaria más frecuente en la práctica. Entre sus ventajas con respecto a los demás encontramos: la labor de asesoramiento técnico que puede realizar el notario simultáneamente a la redacción del testamento, el hecho de que el testamento se constituya como documento público desde el primer momento y se conserve en el protocolo del notario autorizante y el hecho de que no ocasione ningún gasto posterior al otorgante. Según el Código se regula distinguiendo las siguientes fases:

³⁰ **Artículo 676.**

El testamento puede ser común o especial.
El común puede ser ológrafo, abierto o cerrado.

³¹ **Artículo 677.**

Se consideran testamentos especiales el militar, el marítimo y el hecho en país extranjero.

³² **Artículo 679.**

Es abierto el testamento siempre 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.

1. Fe de conocimiento y juicio de capacidad del testador: esto es, el notario autorizante da fe de la identidad del testador y hace constar en el acta de otorgamiento que, a su juicio, tiene la capacidad legal necesaria para otorgar testamento. Todo esto viene regulado en el artículo 696³³ CC.

2. Expresión de la voluntad testamentaria por parte del testador: el testador otorgante puede expresar su voluntad por escrito u oralmente y su expresión debe ser recibida tanto por el notario como por los testigos instrumentales en caso de que los hubiera. La expresión debe realizarse de manera personal.

3. Redacción del testamento por el notario: el notario redacta la voluntad del testador dándole forma ajustada a Derecho. Deberá hacer constar el lugar, año, mes y día del otorgamiento, como se dice en el artículo 695³⁴ CC.

4. Lectura notarial del testamento: el notario lo lee en voz alta y el testador tiene la opción de leerlo también por sí (el notario debe advertirle de esta posibilidad), esto también viene establecido en el artículo 695 CC, también pueden leerlo sus testigos instrumentales si su presencia fuera requerida (697³⁵ CC). En los casos que se establecen la lectura de los testigos es preceptiva, mientras que la del testador es siempre opcional.

5. Manifestación de conformidad y firma del testamento: una vez leído y habiendo comprobado el testador la adecuación del contenido del acta a su voluntad, deberá manifestar su conformidad, que se hará constar en el testamento³⁶. En el supuesto previsto en el artículo 697. 1 CC debe ser firmado por medio de sus testigos³⁷. La expresión de una causa o razón falsa acerca de la imposibilidad de firmar del testador, es considerada por la jurisprudencia mayoritaria como motivo de nulidad³⁸.

Vistos todos los caracteres y las fases del testamento abierto notarial, queda claro que en este supuesto de hecho se cumplen las relevantes, y nada hace suponer que los otros requisitos necesarios y que no son mencionados en el supuesto, no se den. Lo

³³ **Artículo 696.**

El Notario dará fe de conocer al testador o de haberlo identificado debidamente y, en su defecto, efectuará la declaración prevista en el artículo 686. También hará constar que, a su juicio, se halla el testador con la capacidad legal necesaria para otorgar testamento

³⁴ **Artículo 695.**

El testador expresará oralmente o por escrito su última voluntad al Notario. Redactado por éste el testamento con arreglo a ella y con expresión del lugar, año, mes, día y hora de su otorgamiento y advertido el testador del derecho que tiene a leerlo por sí, lo leerá el Notario en alta voz para que el testador manifieste si está conforme con su voluntad. Si lo estuviere, será firmado en el acto por el testador que pueda hacerlo y, en su caso, por los testigos y demás personas que deban concurrir. Si el testador declara que no sabe o no puede firmar, lo hará por él y a su ruego uno de los testigos.

³⁵ **Artículo 697.**

Al acto de otorgamiento deberán concurrir dos testigos idóneos:

1. Cuando el testador declare que no sabe o no puede firmar el testamento.
2. Cuando el testador, aunque pueda firmarlo, sea ciego o declare que no sabe o no puede leer por sí el testamento.

Si el testador que no supiese o no pudiese leer fuera enteramente sordo, los testigos leerán el testamento en presencia del Notario y deberán declarar que coincide con la voluntad manifestada.

3. Cuando el testador o el Notario lo soliciten.

³⁶ STS 4/5/77 [RJA 1946]

³⁷ STS 20/3/12 [RJA 5120]

³⁸ STS 16/6/97 [RJA 5411] y STS 29/4/99 [RJA 2618]

importante es la nota de publicidad, el hecho de que el autorizante sea un notario y que el testamento, por lo tanto, se constituya como documento público desde el primer momento, nos permite diferenciarlo del resto de testamentos.

1.7 Contenido del testamento: derechos de los legitimarios y la imputación de los bienes a sus legítimas

Aclarado ante qué clase de testamento nos encontramos, ahora vamos a analizar su contenido. Primero nombra a Aureliana legataria y le lega la empresa. Con respecto a Maita de indica que se considera satisfecha su legítima con la finca de la sierra, calificándola como colacionable. A Feliciando le deja, a título de heredero, un piso propiedad del matrimonio en Ginebra, 30 participaciones de Monaguillos S.L. y un derecho de crédito correspondiente a 30.000 euros que John Quesada, ciudadano norteamericano, perdió jugando al póquer con D. Benicio en una de sus cafeterías. No se nombra a su esposa Matilde.

Lo que debemos mirar ahora, es si en este testamento se respetan los derechos legitimarios de los hijos, que como ya explicamos antes, tienen los mismos derechos hereditarios, así como los derechos de la esposa, a la que ni se nombra en el testamento.

Como ya hemos dicho, se nombra a Aureliana legataria, y nada dice de sí es en pago de su legítima. Sobre la posible cuestión de si es posible que el pago de legítima se haga por medio de un legado, nos remitimos al artículo 815³⁹ CC, que establece que es posible que se realice por medio de cualquier título, por lo que debemos entender que se hace en pago de la misma. Sobre la forma en qué se realizará la imputación, primero se hará con cargo al tercio de legítima estricta, en el ya citado artículo 815 CC, se establece que si se le hubiese dejado menos de lo que le correspondería en pago de su legítima, podrá pedir el complemento de la misma. En el caso de que exceda del tercio de estricta, no se imputará al de mejora, sino al de libre disposición y si no cupiese algo, el sobrante, ahora sí, se imputaría al de mejora, esta regla se establece en el artículo 828⁴⁰ CC, para los casos de legado.

En el caso de Maita, sí que se establece expresamente que la finca que se le donó en el año 1999, lo es en pago de su legítima. Recordemos que inicialmente se había declarado que la finca era no colacionable, para posteriormente en el testamento, pasar a declararla como colacionable, todo lo cuál era perfectamente posible. En cuanto a la forma de imputación de esta donación colacionable, según los artículos 819⁴¹ y 825⁴²

³⁹ **Artículo 815.**

El heredero forzoso a quien el testador haya dejado por cualquier título menos de la legítima que le corresponda, podrá pedir el complemento de la misma.

⁴⁰ **Artículo 828.**

La manda o legado hecho por el testador a uno de los hijos o descendientes no se reputará mejora sino cuando el testador haya declarado expresamente ser ésta su voluntad, o cuando no quepa en la parte libre.

⁴¹ **Artículo 819.**

Las donaciones hechas a los hijos, que no tengan el concepto de mejoras, se imputarán en su legítima. Las donaciones hechas a extraños se imputarán a la parte libre de que el testador hubiese podido disponer por su última voluntad.

CC, nunca se imputarán como mejora, si no se hubiese establecido claramente su voluntad de mejorar. Por lo tanto se imputarán al tercio de legítima estricta y en lo que no quepa al de libre disposición.

En el caso de Feliciano, se le nombra heredero, por lo que será el sucesor a título universal, esto es, sustituye al causante en todas las relaciones jurídicas del mismo, que no se extinguen con su muerte. Responde, el heredero, ilimitadamente con su propio patrimonio de las deudas del causante (salvo beneficio de inventario). En este caso, además, podría plantearse la duda de si Feliciano ha sido instituido efectivamente como heredero, o como legatario, pues de acuerdo con los artículos 660 y 768 del Código Civil, parece que debe predominar una interpretación objetiva de la institución: será heredero quien haya sido llamado a la totalidad o a una parte alícuota de la herencia, mientras que será legatario quien haya sido designado como titular de bienes determinados. En este caso, vemos que a Feliciano se le deja un piso propiedad del matrimonio en Ginebra, 30 participaciones de Monaguillos S.L., y un derecho de crédito correspondiente a 30.000 euros que John Quesada perdió jugando al póquer con D. Benicio en una de sus cafeterías, por lo que, como vemos, se le dejan unos bienes concretos, no es llamado a la totalidad de la herencia o a una parte alícuota de la misma. Sin embargo, pensamos que debe seguir siendo considerado como heredero, pues doctrina y jurisprudencia, sobre la base del artículo 668 CC y, sobre todo del 675 CC, entienden que deberá atenderse fundamentalmente a la voluntad del causante⁴², hasta el punto de que excepcionalmente, cabe admitir, tanto el legado de parte alícuota de la herencia (reconocido expresamente en los artículos 782.1, 783.2 y 793.3 LEC), así como una institución de heredero en cosa cierta. En este caso, vemos que, atendiendo a la voluntad del causante, interpretamos que la voluntad del mismo es nombrarle heredero, no legatario, pues claramente se dice en el testamento, que le dejan esos bienes determinados, pero a título de heredero.

Entre estos bienes, encontramos que se le dejan 30 participaciones de Monaguillos S.L., que posteriormente, cuando se produce la apertura de la herencia, serán solo 15. Para este caso, a efectos sucesorios, lo que nos interesa son las participaciones que quedaban en el momento de apertura de la herencia. El conflicto que podría darse en este caso, sería que D. Benicio hubiera vendido esas participaciones sin el consentimiento de Matilde, pues al ser las mismas de carácter ganancial, D. Benicio puede venderlas, pero para ello necesitará el consentimiento de su cónyuge, pues al no ser las participaciones de una sociedad limitada títulos valores, no se les aplica el artículo 1384 CC. En este caso no tenemos datos por los que podamos presuponer que esto fue así, por lo que entendemos que la venta se realizó correctamente.

Seguidamente, vamos a estudiar cuales serían los efectos de la transmisión de dichas participaciones sociales. Para ello, comenzaremos diciendo que, el principio general de la libre transmisión, viene consagrado en el artículo 110.1 del T.R.L.S.C, que

En cuanto fueren inoficiosas o excedieren de la cuota disponible, se reducirán según las reglas de los artículos siguientes.

⁴² **Artículo 825.**

Ninguna donación por contrato entre vivos, sea simple o por causa onerosa, en favor de hijos o descendientes, que sean herederos forzosos, se reputará mejora, si el donante no ha declarado de una manera expresa su voluntad de mejorar.

establece una norma totalmente liberalizadora, en cuya virtud, la adquisición de alguna participación social por transmisión por sucesión hereditaria, confiere al heredero o legatario, la condición de socio. Comprende toda transmisión por causa de muerte, tanto en beneficio de los herederos como de los legatarios. La justificación de este principio, hay que buscarla en que el carácter personalista de la sociedad, no parece romperse del todo al permanecer los adquirentes de las participaciones dentro del núcleo familiar. En este caso, Feliciano, sería el que se subrogaría en la posición de su causante, pero (como veremos más adelante), no llega a aceptar la herencia, por lo que, en caso de que la aceptase, la que se subrogaría en la posición del causante, sería la viuda, en virtud del derecho de transmisión (en el que también entraremos posteriormente). Además, en el artículo 110.2, se establece también la posibilidad de que los estatutos establezcan, a favor de los socios sobrevivientes, y, en su defecto, a favor de la sociedad, un derecho de adquisición de las participaciones del socio fallecido, apreciadas en el valor razonable que tuvieren el día del fallecimiento del socio, cuyo precio se pagará al contado. La valoración se regirá por lo dispuesto en esta Ley para los casos de separación de socios. Este derecho de adquisición preferente podrá ejercitarse en el plazo máximo de tres meses, a contar desde la comunicación a la sociedad de la adquisición hereditaria. En este caso, no hay constancia, de que en los estatutos de Monaguillos S.L. se establezca el mencionado derecho, por lo que los socios no podrían ejercitarlo, y si efectivamente estuviera establecido el derecho, tampoco hay constancia de que los socios lo hayan ejercido.

En cuanto a la esposa, no es nombrada en el testamento, pero sin embargo, ella tiene derecho al usufructo del tercio de mejora, en virtud del artículo 834⁴³ CC, ya que ni estaban separados judicialmente de hecho y concurre a la herencia con sus hijos. En este caso se produce la llamada preterición, la cual tiene lugar cuando un legitimario no ha recibido nada del causante, ni en virtud de un negocio traslativo gratuito con eficacia *inter vivos*, ni tampoco *mortis causa*, y además no ha sido mencionado en el testamento, tal y como sucede en este caso. Se diferencia entre preterición intencional y preterición errónea, en la intencional, se entiende que ha sido hecha a propósito por el causante, mientras que la errónea es imputable a descuido, error o ignorancia del causante. En la práctica, se exige que la preterición no intencional sea probada. Para que exista preterición intencional, se exige que el testador conozca la existencia del legitimario omitido. Para decidir sobre si la preterición debe calificarse de intencional o no, ha de estarse al propio testamento y a la realidad que, al tiempo de su otorgamiento, pudo contemplar y tener en cuenta el testador.STS

Aquí, entendemos que existe preterición intencional, ya que obviamente, el causante no podía no conocer la existencia de su mujer, y por lo tanto, no se puede considerar que el hecho de no mencionarla en su testamento fuese por un descuido, como podría ser si el causante no conociera la existencia de un hijo extramatrimonial. En este caso entendemos que si no nombra a su mujer es a propósito y no erróneamente. Dado que existe preterición intencional, acudiremos al artículo 814⁴⁴ CC para decir, en

⁴³ **Artículo 834.**

El cónyuge que al morir su consorte no se hallase separado de éste judicialmente o de hecho, si concurre a la herencia con hijos o descendientes, tendrá derecho al usufructo del tercio destinado a mejora.

⁴⁴ **Artículo 814.**

La preterición de un heredero forzoso no perjudica la legítima. Se reducirá la institución de heredero antes que los legados, mejoras y demás disposiciones testamentarias.

Sin embargo, la preterición no intencional de hijos y descendientes producirá los siguientes efectos:

virtud de su párrafo primero, que esta preterición no tiene consecuencias perjudiciales para su legítima y que se reducirá la institución de heredero antes que los legados, mejoras y demás disposiciones testamentarias. Pese a esto, hay que decir, que en el caso de que se hubiesen realizado donaciones o legados inoficiosos (cuya cuantía excediera del tercio de libre disposición), se reducirían estos antes y el importe de la reducción se aplicaría al pago de la legítima estricta del preterido. Si lo obtenido no fuera suficiente, se reducirían las instituciones de los otros legitimarios. Matilde, puede entonces pedir el complemento de su legítima, en virtud del anteriormente mencionado artículo 815 CC. Cuando más adelante nos adentremos en si la cuantía de lo que se ha testado se ajusta a las legítimas de cada uno, veremos si existen donaciones o legados inoficiosos y como consecuencia han de ser reducidos estos antes que la institución de heredero.

1.8 Forma de liquidación de la sociedad postmatrimonial

Para todo el contenido del testamento, hay que tener en cuenta que al no especificarse otra cosa, se presume que todos los bienes tienen carácter ganancial del matrimonio de Benicio y Matilde, pues entendemos que ese es su régimen económico matrimonial, puesto que tanto en el tiempo que residieron en Galicia, como el resto en Madrid, no se dice nada respecto a que hubiesen otorgado capitulaciones matrimoniales, por lo que se aplicará el régimen económico legal supletorio que es de la sociedad de gananciales, conforme dispone el artículo 1316⁴⁵ del Código civil.

Queda claro, de la lectura del testamento, que D. Benicio está disponiendo de la totalidad de cada uno de los bienes gananciales que nombra para cada uno de los hijos. Es decir, está haciendo legados de bienes gananciales, lo cual regulan los artículos 1379⁴⁶ y 1380⁴⁷ del Código civil, el primero diciendo que cada uno podrá disponer de su mitad de los bienes gananciales, y el segundo, que si se dispone de la totalidad del bien, sólo producirá todos sus efectos si ese bien ganancial fuese adjudicado a la herencia del testador, y de no ser así, se entenderá legado el valor que el bien tuviese en el momento del fallecimiento del testador.

En el Código Civil, no se regulan con demasiado detalle y precisión los legados de bienes gananciales, sino que este tema está mucho más claro en la Ley de Derecho

1. Si resultaren preteridos todos, se anularán las disposiciones testamentarias de contenido patrimonial.

2. En otro caso, se anulará la institución de herederos, pero valdrán las mandas y mejoras ordenadas por cualquier título, en cuanto unas y otras no sean inoficiosas. No obstante, la institución de heredero a favor del cónyuge sólo se anulará en cuanto perjudique a las legítimas.

Los descendientes de otro descendiente que no hubiere sido preterido, representan a éste en la herencia del ascendiente y no se consideran preteridos.

Si los herederos forzosos preteridos mueren antes que el testador, el testamento surtirá todos sus efectos.

A salvo las legítimas tendrá preferencia en todo caso lo ordenado por el testador.

⁴⁵ **Artículo 1316.**

A falta de capitulaciones o cuando éstas sean ineficaces, el régimen será el de la sociedad de gananciales.

⁴⁶ **Artículo 1379.**

Cada uno de los cónyuges podrá disponer por testamento de la mitad de los bienes gananciales.

⁴⁷ **Artículo 1380.**

La disposición testamentaria de un bien ganancial producirá todos sus efectos si fuere adjudicado a la herencia del testador. En caso contrario se entenderá legado el valor que tuviera al tiempo del fallecimiento.

Civil de Galicia, y aunque ya sabemos que no se aplica en este caso, vamos a mencionar algunos de sus artículos, para apoyar las conclusiones que saquemos.

Según el mencionado artículo 1379 CC, se establece que cada cónyuge podrá disponer por testamento de la mitad de sus bienes gananciales, como bienes que integran la comunidad postganancial que surge tras la disolución de la sociedad de gananciales y que se extinguirá con su liquidación y adjudicación de la mitad de los bienes y derecho gananciales concretos.

Siguiendo con el artículo 1380 CC, se establece que esta disposición producirá todos sus efectos si fuera adjudicado a la herencia del testador y que, en caso contrario, se entenderá legado el valor que tuviera al tiempo del fallecimiento. En este caso, no sabemos a favor de quién se ha realizado dicha adjudicación, no sabemos ni siquiera si se ha realizado adjudicación alguna, por lo que no podemos optar por ninguna de las soluciones del 1380.

Creemos que por la duda, o más bien, el desconocimiento existente sobre esto, debemos apoyarnos en el 1379, para decir que D. Benicio podrá disponer de la mitad de los bienes gananciales.

Si acudiéramos a la LDCG, el problema estaría mucho más claro, ya que en su artículo 205⁴⁸ apartado 2º, se establece que, en caso de duda, se entenderá que la disposición realizada, lo es del derecho que al testador disponente le corresponde en el bien ganancial, en consonancia con el artículo 864⁴⁹ CC, que establece que si el testador sólo dispone de un derecho o una parte del legado, se entenderá limitado el legado a esa parte o derecho, a no ser que declare expresamente que lo lega por entero. En este caso lo lega por entero, pero acudiendo a las normas específicas sobre disposiciones gananciales, vemos que si no sabemos a cuál de los dos (el testador o la viuda) se adjudican los bienes, ya que no hay declaración expresa ni de la viuda, Matilde, ni de los legitimarios, por lo que no podemos aplicar el 1380 y decir si dicha disposición ganancial producirá todos sus efectos o si se entenderá legado el valor que tuviera al tiempo del fallecimiento, por lo que nos inclinamos por pensar que la disposición afectará a la mitad de los bienes, a la mitad de D. Benicio, lógicamente.

Aclarado este punto, deberíamos pasar a realizar la valoración de los bienes hereditarios y a proceder al cálculo de las legítimas, para comprobar si se satisfacen las mismas. El modo de fijación de la legítima viene dado por el artículo 818⁵⁰ CC, pero en

⁴⁸ **Artículo 205.**

1. La disposición testamentaria de un bien ganancial podrá realizarse como de cosa ganancial o como del derecho que al testador le corresponda en el mismo.
2. En caso de duda se entenderá que la disposición testamentaria de un bien ganancial fue realizada como del derecho que al testador le corresponda en el mismo.

⁴⁹ **Artículo 864.**

Cuando el testador, heredero o legatario tuviesen sólo una parte u un derecho en la cosa legada, se entenderá limitado el legado a esta parte o derecho, a menos que el testador declare expresamente que lega la cosa por entero.

⁵⁰ **Artículo 818.**

Para fijar la legítima se atenderá al valor de los bienes que quedaren a la muerte del testador, con deducción de las deudas y cargas, sin comprender entre ellas las impuestas en el testamento. Al valor líquido de los bienes hereditarios se agregará el de las donaciones colacionables.

el supuesto, antes de decirnos cuál es el patrimonio hereditario resultante cuando se produce la apertura de la herencia, nos presenta antes otro problema, que vamos a resolver antes de abordar el del cálculo de las legítimas.

1.9 El testamento del año 2011

Este conflicto no es otro que el que surge cuando en el año 2011, D. Benicio enferma gravemente y pocas horas antes de morir, ante Matilde, Maita, Feliciano y dos vecinos mayores de edad, dita un testamento (que Maita escribe a mano) en el que deja todos sus bienes a Maita y Feliciano, y el usufructo a Matilde. No se menciona a Aureliana. Benicio firma con sus débiles manos el testamento y fallece.

El caso que se nos plantea es el de uno de las dos modalidades extraordinarias de testamentos abiertos, las cuales solamente resultan accesibles al testador que se encuentre en alguna de las situaciones fácticas previstas por las normas que las regulan. Las dos modalidades son: el testamento en caso de epidemia, la cual debe constituir un acontecimiento público y notorio que debe impedir razonablemente el otorgamiento ante notario, y permite a los eventualmente afectados otorgar testamento con las formalidades previstas en los artículos 701⁵¹ y 702⁵² CC. La otra modalidad, que es la que nos interesa en este caso en concreto, es la del llamado testamento en peligro de muerte o *in articulo mortis*, el cual solamente puede otorgarse, con las formalidades dispuestas por los artículos 700⁵³ y 702 CC, cuando el testador se halla en peligro inminente de muerte. Sobre este tema vamos a citar también algunas sentencias de nuestro tribunal supremo, en las que podemos apoyarnos⁵⁴.

Podría pensarse también que nos encontramos antes un caso de testamento ológrafo, al que se refiere el artículo 678⁵⁵ CC y cuyos requisitos de forma se encuentran recogidos en el artículo 688⁵⁶ CC. Pero en cuanto vemos el 678, vemos que

⁵¹ Artículo 701.

En caso de epidemia puede igualmente otorgarse el testamento sin intervención de Notario ante tres testigos mayores de dieciséis años.

⁵² Artículo 702.

En los casos de los dos artículos anteriores se escribirá el testamento, siendo posible; no siéndolo, el testamento valdrá aunque los testigos no sepan escribir.

⁵³ Artículo 700.

Si el testador se hallare en peligro inminente de muerte, puede otorgarse el testamento ante cinco testigos idóneos, sin necesidad de Notario.

⁵⁴ STS 4.10.57 [RJA 1946]

STS 2.7.77[RJA 5120]

STS 4.11.2009[RJA 2618]

⁵⁵ Artículo 678.

Se llama ológrafo el testamento cuando el testador lo escribe por sí mismo en la forma y con los requisitos que se determinan en el artículo 688.

⁵⁶ Artículo 688.

El testamento ológrafo sólo podrá otorgarse por personas mayores de edad.

Para que sea válido este testamento deberá estar escrito todo él y firmado por el testador, con expresión del año, mes y día en que se otorgue.

Si contuviese palabras tachadas, enmendadas o entre renglones, las salvará el testador bajo su firma.

Los extranjeros podrán otorgar testamento ológrafo en su propio idioma.

este no es un caso de ológrafo, ya que es un requisito esencial que el testamento sea redactado del puño y letra del testador, utilizando su grafía habitual, mientras que en este caso vemos que es Maita la que redacta el testamento, por lo que aunque se redacte ante testigos y sea firmado por el testador, ya no podríamos hablar de testamento ológrafo.

Vistos los requisitos que se tienen que dar para que dicho testamento (el testamento en peligro de muerte) tenga validez, vamos a comprobar si en este caso se cumplen. Primero, vemos que el requisito de tener que hallarse el testador en peligro de muerte, obviamente se cumple, ya que D. Benicio fallece poco tiempo después de firmar el testamento. Si existe el peligro de muerte, el testamento puede otorgarse ante 5 testigos idóneos, sin necesidad de notario. En este caso se otorga ante 5 testigos, efectivamente, pero lo que aquí debemos de juzgar es la idoneidad de dichos testigos. No nos parece que sea lo más idóneo que de los 5 testigos, 3 sean personas que tienen intereses de forma totalmente directa en el testamento, no son para nada imparciales, vemos que esto es así en este caso, ya que no solo Matilde se incluye en el testamento cuando antes ni se le mencionaba, sino que además dejan fuera del mismo a la única que no está presente, que es Aureliana. Por lo tanto el requisito de los 5 testigos idóneos no nos parece que se cumpla. Por lo que el testamento no sería válido.

Acerca de las dos modalidades extraordinarias de las que hablamos: la de testamento en caso de peligro inminente de muerte o *in articulo mortis* y la de testamento en caso de epidemia, hay que decir que ambas están sujetas a plazos de caducidad, establecidos en los artículos 703⁵⁷ y 704⁵⁸ CC. Como podemos ver, también podríamos apoyarnos en estos artículos para demostrar que dicho testamento carece de validez. Pues aún en el caso de que considerásemos que los testigos son idóneos, que a nuestro juicio claramente no lo son, acudiendo a estos artículos, veríamos que en el 703, se establece que si fallece el testador en dos meses, hay un plazo de 3 meses para que se lleve al Tribunal competente para que se eleve a escritura pública, y en este caso, no se nos dice en ningún lado que esto suceda. Por lo que apoyándonos en el artículo siguiente, concluiríamos que dicho testamento es ineficaz.

Demostrada la ineficacia del testamento otorgado en el año 2011 por D. Benicio, queda claro que el testamento válido es el que otorgó en el año 2005 ante notario.

⁵⁷ **Artículo 703.**

El testamento otorgado con arreglo a las disposiciones de los tres artículos anteriores quedará ineficaz si pasaren dos meses desde que el testador haya salido del peligro de muerte, o cesado la epidemia. Cuando el testador falleciere en dicho plazo, también quedará ineficaz el testamento si dentro de los tres meses siguientes al fallecimiento no se acude al Tribunal competente para que se eleve a escritura pública, ya se haya otorgado por escrito, ya verbalmente.

⁵⁸ **Artículo 704.**

Los testamentos otorgados sin autorización del Notario serán ineficaces si no se elevan a escritura pública y se protocolizan en la forma prevenida en la Ley de Enjuiciamiento Civil.

1.10 Valoración de los bienes hereditarios y cálculo de las legítimas.

Por lo tanto vamos a proceder a exponer la valoración de los bienes y a realizar el cálculo de las legítimas. Como ya hemos dicho, la forma de fijación de las legítimas se encuentra establecida en el artículo 818 CC.

En el momento en que se abre la herencia, esto es, cuando muere D. Benicio, el patrimonio hereditario de éste es:

1. La empresa, con activos por valor de 900.000 euros y un pasivo de 60.000 euros.
2. Dinero en una cuenta corriente de titularidad conjunta con Matilde: 15.000 euros.
3. El piso en Ginebra, valorado en 200.000 euros.
4. El derecho de crédito correspondiente a la partida de póquer (30.000 euros)
5. 15 participaciones de Monaguillos S.L., con un valor razonable de 1.000 euros cada una.

Por lo tanto, haciendo la suma de todo el activo, concluiríamos que el valor total del activo, sería de 1.160.000 euros, a lo que tendríamos que restar el pasivo de la empresa (60.000 euros), en virtud del mencionado artículo 818 CC, que establece que habrá que deducir las deudas y cargas, con lo que nos quedaríamos con 1.100.000 euros. Además recordemos que la finca donada a Maita, que en un principio no era colacionable, en este testamento, se declara colacionable, por lo que deberá ser llevada también a la herencia. Como ya hemos dicho antes, del valor final de la finca: 150.000 euros, sin tener en cuenta los 30.000 euros que invirtió Maita en mejoras para la casa, ya que van en su beneficio, o en su perjuicio, por lo que nos quedaríamos con que llevaríamos la finca a la herencia con un valor final de 150.000 euros.

Ahora bien, como también hemos dicho antes, en nuestro razonamiento acerca de sobre qué bienes dispuso D. Benicio y cómo afecta esta disposición a los mismos, dado su carácter ganancial, la disposición que ha llevado a cabo el testador, solo afectará a los bienes sobre los que pudiese disponer, es decir, a los que corresponden a la mitad de los pertenecientes a la sociedad de gananciales.

Por esto, el valor total del patrimonio hereditario de D. Benicio, recordemos, 1.100.000 euros a los que se suman los 150.000 euros de la finca colacionable, es decir, 1.250.000 euros en total, tenemos que dividirlo entre dos, para que el resultado sea el valor que corresponde a los bienes afectados por la disposición de D. Benicio en su testamento. Dividiendo 1.250.000 euros por la mitad, nos quedaríamos con un total de 625.000 euros, que sería la que corresponde a la masa patrimonial de la herencia de D. Benicio, en cuanto a la viuda, a ella le correspondería, obviamente, la otra mitad, otros 625.000 euros.

Esta cantidad, hay que dividirla ahora en 3 partes, una correspondiente al tercio de legítima estricta o corta, otra al de mejora y el último al de libre disposición. Así, nos quedaría que cada tercio tendría un valor de 208.333,33 euros. Ahora bien, el valor de la legítima estricta o corta de D. Benicio, como hemos dicho es de 208.333,33 euros, y esto lo debemos de dividir otra vez entre 3, ya que los 3 hijos tienen los mismos derechos hereditarios (el extramatrimonial también, como ya hemos visto), por lo que la

legítima corta o estricta que correspondería a cada uno de ellos sería de: 69.444,44 euros.

Una vez determinada la legítima estricta o corta que corresponde a cada uno, vamos a ver si los bienes que han recibido, son suficientes para cubrirla.

En el caso de Aureliana, instituida como legataria, recibe como legado la empresa de su padre. Ya hemos visto que la legítima se puede dejar por medio de cualquier título (artículo 815 CC). En este caso, el legado de Aureliana, es la empresa, que tiene un valor total de 900.000 euros. Aunque ya hemos dicho que lo contabilizamos como 450.000 euros, ya que D. Benicio solo puede disponer de su mitad ganancial, como ya explicamos anteriormente. Cuando se hace un legado por el testador a un legitimario, la imputación se realizará a la legítima corta o estricta y el exceso a la parte libre. No se imputará a la parte de mejora a no ser que así lo hubiese dispuesto expresamente el testador o que no quepa en la parte libre (artículo 818 CC). Por tanto, primero la legítima corta, en caso de exceso, a la parte de libre disposición y solo en el caso de que siguiese habiendo sobrante, se imputaría al tercio de mejora. En este caso, Aureliana recibe 450.000 euros, que primero se imputarían a su legítima estricta (69.444,44 euros), el sobrante, iría al tercio de libre disposición (208.333,33 euros) y lo que no cupiese, al de mejora (208.333,33 euros). Vemos que, dada la cuantía de lo legado, se cubre el tercio de libre disposición completamente, y se llega a imputar al tercio de mejora. Su legítima queda por tanto, satisfecha. En este tema, podemos hacer alusión al artículo 1056⁵⁹ CC, que establece que si el testador quiere preservar indivisa la empresa, en atención a su conservación, puede expresarlo expresamente, disponiendo que se pague se legítima al resto, ya sea con dinero hereditario o extrahereditario. En este caso D. Benicio no lo establece en su testamento, pero no se presenta como un problema, pues al no exceder el legado de la cuota que ella posee como legitimaria, no hay perjuicio para el resto de legitimarios, por lo que no hay división de empresa, ni hay que resarcir las legítimas de los restantes legitimarios con dinero hereditario o extrahereditario.

En cuanto a Maita, primero hay que decir que las donaciones hechas a los hijos, como establece el artículo 819 CC, que no tengan el concepto de mejora, se imputarán en su legítima, no pudiendo imputarse al de mejora en ningún caso, a no ser que expresamente el testador hubiese expresado su voluntad de mejorar (825 CC), cosa que en este caso no sucede, por lo que imputaremos la donación al tercio de legítima estricta y el exceso, si lo hubiere, al de libre disposición. En la herencia se dice que se considera satisfecha su legítima con la donación de la finca hecha en vida, pero si vemos la

⁵⁹ **Artículo 1056.**

Cuando el testador hiciere, por acto entre vivos o por última voluntad, la partición de sus bienes, se pasará por ella, en cuanto no perjudique a la legítima de los herederos forzosos.

El testador que en atención a la conservación de la empresa o en interés de su familia quiera preservar indivisa una explotación económica o bien mantener el control de una sociedad de capital o grupo de éstas podrá usar de la facultad concedida en este artículo, disponiendo que se pague en metálico su legítima a los demás interesados. A tal efecto, no será necesario que exista metálico suficiente en la herencia para el pago, siendo posible realizar el abono con efectivo extrahereditario y establecer por el testador o por el contador-partidor por él designado aplazamiento, siempre que éste no supere cinco años a contar desde el fallecimiento del testador; podrá ser también de aplicación cualquier otro medio de extinción de las obligaciones. Si no se hubiere establecido la forma de pago, cualquier legitimario podrá exigir su legítima en bienes de la herencia. No será de aplicación a la partición así realizada lo dispuesto en el artículo 843 y en el párrafo primero del artículo 844.

valoración de la donación, vemos que los 150.000 euros en los que estaba valorada, en virtud del ya citado artículo 1046, la donación hecha por ambos cónyuges se colacionará por mitad en la herencia de cada uno de ellos, por lo que la cifra de 150.000 debe dividirse por la mitad (aunque este proceso ya lo habíamos hecho antes para llevarla a la herencia), con lo que al final tendríamos 75.000 euros para cubrir su legítima, que recordemos es de 69.444,44 euros. Vemos que Maita recibe de más, 5055,56 euros concretamente, por lo que podrá ejercitar una acción de complemento, en virtud del artículo 815 CC, por lo que le deberá ser reducida su legítima, pues al recibir de más, está perjudicando al resto de legitimarios.

Feliciano recibe, a título de heredero, un piso en Ginebra, 30 participaciones de Monaguillos S.L., que en el momento de apertura de la herencia son 15, un derecho de crédito de 30.000 euros y aunque no lo estipule el testamento, 15.000 euros en una cuenta corriente de titularidad conjunta con Matilde, por su condición de heredero. En total recibe 260.000 euros, que dividimos por la mitad, pues como ya hemos dicho antes, consideramos que D. Benicio solo está disponiendo de su mitad en los bienes gananciales, con lo que el resultado final serían 130.000 euros. En el caso de los herederos, estos tienen derecho a la llamada legítima larga, esto es, a la suma de la legítima estricta y de la mejora, con lo que lo que Feliciano ha recibido, se imputaría de esa manera. Como podemos ver, lo recibido por Feliciano no cubre su legítima estricta, por lo que podría Feliciano pedir el complemento, al no estar su legítima satisfecha. La cuestión aquí, es saber que institución debe reducirse primero, si la del legado o la de la donación. Para ello, acudimos al artículo 820 CC, en el que se establece que una vez fijadas las legítimas, se hará la reducción respetando las donaciones, mientras cubran la legítima, reduciendo o anulando, si fuera necesario, las mandas hechas en el testamento. Por lo tanto, se reducirá primero el legado de Aureliana en la cuantía que fuese necesario para cubrir la legítima de Feliciano.

Respecto al exceso de lo recibido por Maita, los 5.005,56 euros, como hemos dicho le deberán ser reducidas, pues exceden de sus derechos. El sobrante, deberá ser destinado a cubrir, en principio, las legítimas de los restantes, pero en este caso, tanto las legítimas de Aureliana, como la de Feliciano, están cubiertas, por lo que no podrían ejercitar la acción de complemento para exigir ese sobrante, pues ésta, solo puede ejercitarse en caso de que lo recibido sea menor que la cuantía que se tiene derecho a recibir como legitimario y solo por ese valor que te falta para cubrir esa cuantía.

Por tanto, esa cantidad, entendemos que deberá ser entregada a Feliciano, por ser el heredero, esto es, el sucesor a título universal. Feliciano, entendemos, en contra de lo que hemos dicho anteriormente, podrá por analogía pedir el complemento, pues aunque no lo solicite para el pago de su legítima, que como ya vimos, ha sido satisfecha, puede solicitarlo igualmente, por deber ser ese exceso en la legítima de Maita recibido por él, en virtud de su condición de heredero y por el hecho de que todas las legítimas ya se hallan cubiertas

Para que se les entreguen estos bienes es necesario que, obviamente, ejercite Feliciano la acción de complemento. La acción de complemento sólo puede plantearse después de la partición, pues es cuando se conocerá la cuantía de lo percibido y de lo que se debía percibir⁶⁰, pues de lo contrario, se entendería que están de acuerdo con

⁶⁰ A favor de esto se manifiesta Ángel Rebolledo Varela en las Conferencias de 20 de julio de 2006, en las jornadas sobre sucesiones en la nueva LDCG organizadas por el colegio de abogados de A Coruña.

dicha partición. En cuanto a su plazo de prescripción se discute si es de 15 o de 30 años, aunque la doctrina parece inclinarse por el plazo de 30⁶².

Por último, a Matilde, su mujer, ni se le nombra en el testamento, con lo que se produce, como dijimos antes, una preterición intencional, dado que Matilde es legitimaria, y como se establece en el artículo 834 CC, tiene derecho al usufructo del tercio de mejora, por lo que podría pedir también el complemento, para exigir el pago de su legítima.

1.11 Muerte de Feliciano: derecho de transmisiones, relacionado con la posible existencia de una reserva lineal y sucesión intestada.

Siguiendo con el caso, 5 meses después de la apertura de la herencia, se produce la muerte de Feliciano en un accidente de tráfico, estando soltero, sin descendencia y sin haber otorgado testamento. Además en el instante del óbito, ninguno de los instituidos en la herencia de D. Benicio había manifestado su voluntad acerca de aceptarla o repudiarla.

Como podemos ver, en este supuesto, estamos ante un caso de muerte de un heredero, sin que haya podido aceptar ni repudiar la herencia, por lo que en este caso, lo que se transmite es el derecho que él tenía, como se establece en el artículo 1006⁶³ CC para estos casos.

Sobre el derecho de transmisión que estamos planteando, hay que decir que tradicionalmente han existido dos tesis enfrentadas:

1. La tesis clásica, que García García denomina “de la doble transmisión”, que considera que quien adquiere por derecho de transmisión, sucede por derecho del transmitente, no por derecho propio, es decir, lo hace mediatamente, o, como señala la Resolución de la DGRN de 22 de enero de 1998, “ejercitada positivamente (se refiere a la facultad que tuvo el transmitente) todo debe acontecer como si el transmitente hubiera llegado a ser heredero del causante originario”, de modo que, como señalaba Lacruz, sólo a través de la herencia de éste, llega hasta la esfera jurídica del transmisario la herencia del causante originario.

2. La otra tesis es calificada por su introductor en España, Albaladejo, como “teoría de la doble capacidad”, aunque autores como García García prefieren hablar de “teoría de la adquisición directa”, por cuanto autores como Jordano Fraga, que la defienden, no sostienen la necesidad de la doble capacidad.

⁶¹ STS 8.03.1989 [RJ 1989,2023]

⁶² El plazo de prescripción depende de la naturaleza jurídica que le atribuya la doctrina: De la Cámara, en su “*Estudio sobre el pago con metálico de la legítima*”, p.225 dice que es de 15 años si se acepta su naturaleza personal. O’Callaghan, en su obra “*La renuncia de la legítima*”, p. 669de 30, si se acepta su naturaleza real. Por analogía con el que la jurisprudencia considera para la petición de herencia (STS 27 de enero de 1989 [RJ 1989, 131] o por analogía con la acción hipotecaria, si se admite la semejanza del derecho del legitimario a uno de garantía, la prescripción extintiva veintenal del artículo 1964.

⁶³ **Artículo 1006.**

Por muerte del heredero sin aceptar ni repudiar la herencia pasará a los suyos el mismo derecho que él tenía.

Para esta tesis, el transmisario es heredero directo del causante, de modo que siempre hay dos sucesiones distintas: la del transmisario respecto del transmitente (presupuesto para que pueda jugar el derecho de transmisión) y la del transmisario respecto del causante originario.

El seguir una u otra tesis tiene notable importancia en materias como si el patrimonio hereditario del causante debe entenderse integrado en el del transmitente para el cálculo de las legítimas de sus legitimarios, quien debe colacionar y respecto a qué herencia, la intervención de otros cotitulares no herederos de la herencia del transmitente en la actuación sobre la herencia del causante.

El punto básico de separación de las tesis enfrentadas es el relativo a la capacidad del transmisario respecto del causante. Así para los partidarios de la tesis clásica, el transmisario debe tener capacidad para suceder exclusivamente al transmitente, aunque sea incapaz para suceder al causante originario. Por el contrario, para la tesis de la doble capacidad, el transmisario debe tener capacidad para suceder tanto al transmitente (obviamente, sino no se podría haber convertido en su heredero, lo cual es presupuesto necesario del derecho de transmisión) como al causante (pues le sucede a él). Por tanto vemos que los defensores de la sucesión directa exigen la doble capacidad, mientras que los de la clásica no.

En España, la doctrina mayoritaria sigue la teoría clásica, aunque regionalmente, en Cataluña, en el Código Civil Catalán, parece que se inclinan por la tesis de la sucesión directa.

Ahora bien, lo que debemos determinar es quién es la persona a la que se transmite este derecho, pues como hemos visto, Feliciano, muere soltero, sin descendencia y sin haber otorgado testamento. Al no haber otorgado testamento, acudiremos a la institución de la sucesión intestada, que nos permitirá determinar a quién irá a parar el ius delationis que correspondía a Feliciano. La sucesión intestada es, por lo tanto, una institución de carácter supletorio respecto de la voluntad del causante manifestada en testamento, aunque hay que decir que a diferencia de lo que ocurría en el Derecho Romano y se mantiene hoy en algunos ordenamientos forales (como el Catalán y el Balear), el principio que rige en nuestro Derecho sucesorio es el de la compatibilidad en una misma herencia de la sucesión testamentaria con la sucesión intestada (como cuando se abre la sucesión intestada por la existencia previa de un testamento parcialmente ineficaz o incompleto, que se completaría por las normas de la intestada). Los supuestos en los que se abre la sucesión intestada están regulados, de forma no exhaustiva, en el artículo 912⁶⁴ CC. Nos interesa de este artículo, en relación con el supuesto de hecho, su primer apartado, por el hecho de fallecer Feliciano sin testamento. El resto de apartados del artículo no se ajustan al caso en cuestión.

⁶⁴ **Artículo 912.**

La sucesión legítima tiene lugar:

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

Supone, además, la sucesión intestada, un llamamiento sucesorio a título universal, esto es, los sujetos llamados, lo son con carácter de heredero, con todos los derechos y obligaciones inherentes a dicha condición, y el llamamiento abarca todos los bienes del caudal hereditario carentes de disposición testamentaria. Los criterios legales que determinan el orden sucesivo de llamamientos sucesorios han ido evolucionando en consonancia con la consideración jurídica y social de las relaciones de parentesco a lo largo del tiempo y se han concretado en la importante reforma del Derecho sucesorio operada en el CC por la ley 11/1981, por ejemplo, no existe ni adquiere relevancia alguna la anterior diferenciación legal entre parientes naturales y legítimos o también, que en la actualidad el cónyuge viudo antecede como sucesor a título universal a los parientes colaterales que concurren con él, en caso de que no existan parientes de orden preferente (descendientes o ascendientes).

Este orden del que hablábamos, está establecido en nuestro Código Civil. Primeramente, se establece en el artículo 913⁶⁵ CC, de forma bastante general, a quién defiere la ley en caso de que no haya herederos testamentarios: a los parientes del difunto, al viudo y al Estado. También son fundamentales, pues conforme a ellos se ordena la sucesión intestada, la línea de parentesco (recta- descendientes y ascendientes- y colateral), establecidas en el 916⁶⁶ y 917⁶⁷ CC y grado de parentesco, establecido en el artículo 915⁶⁸ CC. En cuanto a establecer el orden concreto de suceder abintestato, se establece en CC en sus artículos 930 a 958. Resumiéndolos, el orden de sucesión sería:

1. Los descendientes
2. Los ascendientes
3. El cónyuge viudo
4. Los hermanos y sobrinos
5. Los demás parientes colaterales hasta el cuarto grado
6. El Estado (o comunidad autónoma, en su caso)

Además hay que decir que estas categorías se excluyen entre sí por el orden expuesto, con la única excepción del derecho a la legítima del cónyuge viudo, que es concurrente y compatible con la preferencia sucesoria otorgada a los descendientes y ascendientes.

⁶⁵ **Artículo 913.**

A falta de herederos testamentarios, la Ley defiere la herencia a los parientes del difunto, al viudo o viuda y al Estado.

⁶⁶ **Artículo 916.**

La serie de grados forma la línea, que puede ser directa o colateral.

Se llama directa la constituida por la serie de grados entre personas que descienden una de otra.

Y colateral la constituida por la serie de grados entre personas que no descienden unas de otras, pero que proceden de un tronco común.

⁶⁷ **Artículo 917.**

Se distingue la línea recta en descendente y ascendente.

La primera une al cabeza de familia con los que descienden de él.

La segunda liga a una persona con aquellos de quienes desciende.

⁶⁸ **Artículo 915.**

La proximidad del parentesco se determina por el número de generaciones. Cada generación forma un grado.

Visto todo esto, debemos concluir, con que el derecho que correspondía a Feliciano a aceptar o repudiar la herencia de D. Benicio, se transmitirá a su ascendiente, al carecer de descendencia, es decir, a su madre. Además se podría dar el caso de que concurriese con su cónyuge viuda, pero como ya hemos dicho, Feliciano era soltero, por lo que en este caso su sucesora, sería su madre, sin concurrencia con nadie más, con lo que ella tendrá derecho a aceptar o repudiar lo recibido por Feliciano, como heredero, en la herencia de su propio marido.

Para este caso, de la muerte de Feliciano, sin descendientes ni cónyuge, que hace que herede su ascendiente (su madre en este caso), se podía pensar en la constitución de una reserva lineal. Esto consiste, tal y como establece el artículo 811⁶⁹ CC, en que el ascendiente que heredare de su descendiente bienes que éste hubiese adquirido por título lucrativo de otro ascendiente (como este caso), o de un hermano, se halla obligado a reservar los que hubiere adquirido por ministerio de la ley a favor de los parientes que estén dentro del tercer grado y pertenezcan a la línea de donde los bienes proceden, por lo que aquí, Matilde (ascendiente), heredaría los bienes que Feliciano (descendiente), había recibido de otro ascendiente (D. Benicio).

Para que naciera la reserva lineal, deberían darse de forma concatenada dos transmisiones distintas⁷⁰:

1. La transmisión, de un ascendiente en este caso, por título lucrativo (*inter vivos o mortis causa*) de determinados bienes. Aunque jurisprudencialmente se admite que el ascendiente del que proceden los bienes reservables, puede excluir la aplicación del 811 CC, con una declaración de voluntad expresa del testador⁷¹

2. La transmisión de dichos bienes (reservables) antes transmitidos, operada por ministerio de la ley y en concepto de herencia al reservatario.

La razón por la cual no puede establecerse aquí una reserva lineal, es que Feliciano no llega a recibir realmente los bienes de D. Benicio, pues muere antes de ni siquiera haberlos aceptado o repudiado, es decir, no se da la primera de las transmisiones que acabamos de mencionar, por lo que ya no puede darse la segunda, pues deben de ir concatenadas. No puede producirse la transmisión de los bienes en cuestión, sino que lo que se transmite es el derecho que Feliciano tenía a aceptarlos o repudiarlos, por lo que Matilde no es reservataria, es decir, no tendría la obligación de reservar dichos bienes en caso de aceptarlos.

Siguiendo con el supuesto de hecho, con posterioridad a la muerte de Feliciano, Matilde vendió a la constructora inglesa “Bricks pic” el piso radicado en Ginebra por un precio de 300.000 euros y simultáneamente, procedió a ceder a la sociedad “Póquer España S.L.”, el crédito de 30.000 euros que se tenía contra John Quesada, recibiendo a cambio de ello 25.000 euros. A los 45 días de haberse concertado las referidas transmisiones, Matilde entregó a sus hijas Maita y Aureliana, copias de las escrituras

⁶⁹ **Artículo 811.**

El ascendiente que heredare de su descendiente bienes que éste hubiese adquirido por título lucrativo de otro ascendiente, o de un hermano, se halla obligado a reservar los que hubiere adquirido por ministerio de la ley en favor de los parientes que estén dentro del tercer grado y pertenezcan a la línea de donde los bienes proceden.

⁷⁰ STS 31 de octubre de 1964 [RJ 1964, 4860]

⁷¹ STS 23. 3. 1992 [RJ 1992, 3789]

correspondientes a los referidos contratos de transmisión, si bien hay constancia de que Maita tuvo conocimiento de tales hechos el mismo día en el que se produjeron.

1.12 La cuestión internacional: leyes aplicables y competencias judiciales

El primer problema que se nos presenta en este caso, es el de la existencia de varios ordenamientos jurídicos, pues el piso se encuentra en Ginebra y se vende a una empresa inglesa, y el crédito, aunque se cede a una empresa española, es contra un ciudadano norteamericano.

Hay que partir de la base de cuál será la ley aplicable a la sucesión testamentaria, pues pueden surgir dudas por encontrarse algunos de los bienes en el extranjero, como el piso en Ginebra. El artículo 9.8 CC, establece 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 encuentren. La redacción de este artículo sigue el principio de unidad sucesoria, principio del Derecho civil en materia de sucesiones en España, que se encuentra conectado con el Derecho internacional privado, que parte de la idea de que el epicentro de la sucesión radica en la persona del fallecido y no en sus bienes, que pueden hallarse dispersos por varios Estados. Por lo que, siendo la Ley nacional del causante la española, se regirá por las disposiciones de la legislación española.

En cuanto a cuál será la ley aplicable en el caso de la compraventa internacional, la del piso en Ginebra, acudimos al Reglamento Roma I, que establece en su artículo 4.2, que a falta de elección por las partes sobre la ley que regirá 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 este caso, la prestación característica del contrato de compraventa es la entrega de la cosa, por lo que entendemos que este contrato se regirá por la ley nacional de Matilde, que es quién realiza la prestación característica del contrato y su ley nacional es la española, por ser su residencia habitual España.

Sobre el tema de la cesión del crédito, también pensamos que la ley aplicable será la española, en virtud de lo establecido en el Reglamento Roma I sobre la teoría de los vínculos más próximos.

Visto esto, es importante también saber cuáles serán los órganos judiciales competentes para conocer de esta cuestión. En el artículo 22.3 de la LOPJ, se establece, en base al principio de unidad judicial, que: en materia de sucesiones, cuando el causante haya tenido su último domicilio en territorio español o posea bienes inmuebles en España, serán competentes los tribunales españoles, esto también se desprende de las normas acerca de la competencia judicial internacional contenidas en el Reglamento 44/2001. Por todo esto, vemos que la ley aplicable a toda la sucesión será la española y los tribunales competentes, los españoles también.

1.13 Legitimación de Matilde para realizar actos de disposición y sus efectos

Puede parecer en un principio que está perfectamente legitimada, dado que está disponiendo de bienes gananciales, que, en principio, parece, le pertenecen, ya que una mitad que le correspondía por ser miembro de dicha sociedad ganancial y sobre la otra, adquiere el derecho de aceptarla o repudiarla tras la muerte de Feliciano, realizando una

serie de actos sobre dichos bienes, que hacen presumir que los aceptó tácitamente (999.3⁷² CC), ya que los actos que ella realizó están recogidos en el artículo 1000⁷³ CC como actos que llevan a entender que se ha aceptado la herencia, pues para realizar cualquiera de ellos, supone necesariamente que se deba tener la condición de heredero⁷⁴, de aceptar la herencia, pues de lo contrario, no sería posible realizarlos. Según la jurisprudencia⁷⁵ y por aplicación del anteriormente mencionado artículo 999.3 CC, el acto ha de tener una de estas dos cualidades⁷⁶:

1. Revelar necesariamente la voluntad de aceptar
2. Ser actos que no habría derecho a ejecutar sino con la cualidad de heredero.

Por lo tanto, la primera mitad ya la tenía y la segunda la adquiere cuando tras la muerte de Feliciano, realiza actos de los que se desprende que ha aceptado la herencia de éste.

Pero pese a todo esto que acabamos de exponer, entiendo que Matilde no se halla de todas formas legitimada para disponer de estos bienes. Esto es porque está disponiendo de los bienes hereditarios con anterioridad a que se haya producido la partición de la herencia, esto es, tras la muerte de D. Benicio, se crea una comunidad postmatrimonial, formada por todos los bienes hereditarios, hasta que se produzca la partición de la herencia, ninguno de los miembros de la comunidad puede disponer de bienes concretos, sí pueden disponer de su cuota en la herencia, pero no de bienes concretos⁷⁷, pues hasta que se realice la partición, no sabemos si estos actos de

⁷² **Artículo 999.**

La aceptación pura y simple puede ser expresa o tácita.

Expresa es la que se hace en documento público o privado.

Tácita es la que se hace por actos que suponen necesariamente la voluntad de aceptar, o que no habría derecho a ejecutar sino con la cualidad de heredero.

Los actos de mera conservación o administración provisional no implican la aceptación de la herencia, si con ellos no se ha tomado el título o la cualidad de heredero.

⁷³ **Artículo 1000.**

Se entiende aceptada la herencia:

1. Cuando el heredero vende, dona o cede su derecho a un extraño, a todos sus coherederos o a alguno de ellos.
2. Cuando el heredero la renuncia, aunque sea gratuitamente, a beneficio de uno o más de sus coherederos.
3. Cuando la renuncia por precio a favor de todos sus coherederos indistintamente; pero, si esta renuncia fuere gratuita y los coherederos a cuyo favor se haga son aquellos a quienes debe acrecer porción renunciada, no se entenderá aceptada la herencia.

⁷⁴ Pues como dice Rogel en su obra, “Renuncia y repudiación de la herencia”, el objeto de la cesión, donación o venta, serán bienes o derechos de la herencia, ya que el “*ius delationis*” no es susceptible de disposición “*inter vivos*”

⁷⁵ STS de 20 de enero de 1998 [RJ 1998,57]

⁷⁶ Han de ser además, como dice Lacruz, actos positivos e inequívocos.

⁷⁷ En opinión de Castán, en su obra “*Derecho Civil español común y foral*”, si se trata de alteraciones que afecten a la sustancia de la cosa, será necesario el consentimiento de todos los dueños, mientras que si únicamente afectan al mejor disfrute, bastará con la simple mayoría.

disposición van a perjudicar a las legítimas de los restantes miembros de la comunidad. También puede darse el caso de que se disponga de dichos bienes con el consentimiento de los restantes legitimarios, de todos ellos, pero en este caso no se da esta circunstancia, pues Maita y Aureliana reciben copias de las escrituras correspondientes a los 45 días de haberse realizado las transmisiones, y aunque nos dice que Maita tuvo conocimiento de tales hechos el mismo día en que se produjeron, sería necesario que se hubiese producido el consentimiento expreso de todos los legitimarios, y en este caso no sucede.

No hay normas específicas en el Código Civil para regular esta situación de comunidad postmatrimonial, existía la discusión doctrinal acerca de la naturaleza de esta comunidad, unos decían que era una comunidad romana y otros mantenían su naturaleza germánica. Finalmente la doctrina mayoritaria se ha inclinado por considerarla como una comunidad germánica sin cuotas, en la que el cónyuge superviviente es propietario de la mitad de la totalidad de los bienes, no de la mitad de cada uno de los bienes en concreto. Al no haber normas que lo regulen, acudimos a los artículos del Código Civil que tratan el tema de la comunidad de bienes, como el 397⁷⁸ CC.

Ante esto, hay que ver que posibles acciones podrían llevar a cabo Aureliana y Maita contra dichos contratos. Primero, hay que ver cuál es, en este caso, el vicio que provoca que podamos atacar dicho contrato. En este caso, Matilde no está legitimada para realizar dichas operaciones porque no tiene plena facultad de obrar en este sentido, esto es, para que el contrato fuese plenamente válido, necesitaría que las otras dos legitimarias, le hubiesen prestado su consentimiento. Vemos que no es, por tanto, un contrato nulo, puesto que para que lo fuera, tendría que infringir alguna norma de carácter imperativo, lo que en este caso no sucede, sino que el contrato tiene una cierta eficacia, condicionada al consentimiento de las otras. Por ello no estamos ante un contrato nulo, sino anulable, pues puede ser convalidado, si las otras legitimarias muestran su conformidad con el mismo y también puede ser anulado, por la mencionada falta de capacidad de obrar de Matilde para realizar los actos de disposición que llevó a cabo. Sobre estos contratos anulables se habla en el Código Civil en los artículos 1300⁷⁹ y 1301⁸⁰ CC (aunque en ellos se diga que se refiere a la nulidad, la doctrina entiende

⁷⁸ **Artículo 397.**

Ninguno de los condueños podrá, sin consentimiento de los demás, hacer alteraciones en la cosa común, aunque de ellas pudieran resultar ventajas para todos.

⁷⁹ **Artículo 1300.**

Los contratos en que concurran los requisitos que expresa el artículo 1.261 pueden ser anulados, aunque no haya lesión para los contratantes, siempre que adolezcan de alguno de los vicios que los invalidan con arreglo a la ley.

⁸⁰ **Artículo 1301.**

La acción de nulidad sólo durará cuatro años. Este tiempo empezará a correr:

En los casos de intimidación o violencia, desde el día en que éstas hubieren cesado.

En los de error, o dolo, o falsedad de la causa, desde la consumación del contrato.

Cuando la acción se refiera a los contratos celebrados por los menores o incapacitados, desde que salieren de tutela.

Si la acción se dirigiese a invalidar actos o contratos realizados por uno de los cónyuges sin consentimiento del otro, cuando este consentimiento fuere necesario, desde el día de la disolución de la sociedad conyugal o del matrimonio, salvo que antes hubiese tenido conocimiento suficiente de dicho acto o contrato.

que están referidos a la anulabilidad), en este último se establece cuál es el plazo de caducidad, no de prescripción, de la acción de anulabilidad, 4 años, por lo que Maita y Aureliana, estarían en plazo para ejercitarla.

Los efectos que tendría la declaración de anulabilidad, serían retroactivos, afectando a los derechos fundados en el negocio que se anula, pero, claro está, con pleno respeto a los terceros de buena fe. La buena fe se presume, y en este caso no tenemos ninguna razón para presumir que haya mala fe por parte de los terceros que intervienen en estos negocios.

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.

2.1 Introducción

Comenzaremos este razonamiento, definiendo que entendemos por la expresión de “legítima”. La legítima alude a un *quantum* proporcional a la fortuna del causante que, con cargo (directa o indirectamente) a la misma, debe pasar o haber pasado necesariamente a personas próximas a aquél denominadas “legitimarios”. Esto es, es la porción o cuota a la que tienen derecho los parientes en línea recta y el cónyuge de cualquier persona en el patrimonio de ésta, a percibir a partir de su muerte si no se recibió en vida. En el artículo 806 del Código Civil se recoge lo que entendemos por legítima, que ejerce, en relación con la sucesión (según entiende la doctrina) dos papeles distintos: sustitutivo de la voluntad del causante y contrario a ella; operando por lo tanto, como límite de la misma, reconociendo una serie de derechos, llamados legitimarios, a determinadas personas.

En todos los ordenamientos jurídicos (salvo raras excepciones) existe, con diversa amplitud y planteamiento técnico, alguna limitación a la libertad dispositiva *mortis causa*.

2.2 Evolución del sistema de legítimas

Vamos a analizar la evolución del sistema de legítimas a lo largo de la historia.

En el derecho romano de la época republicana, el testador era libre para disponer de sus bienes como quisiera, destinándolos, pues, a parientes, o bien excluyendo a éstos y atribuyéndolos a extraños.

Esta libertad, sufre pronto una limitación de carácter puramente formal; el pater familias que hacía testamento, tenía que referirse a los sui herederos, ya fuera para instituirlos herederos, ya fuera para desheredarlos. Si no lo hacía así, omitiendo la mención de algún sus, el testamento estaba viciado de preterición, y el sus omitido podía solicitar que declarase nulo, o bien concurrir a la herencia con los instituidos, según los casos. Se denominó al requisito de la mención del sus “legítima formal”, que, como vemos, es un límite meramente formulario de la libertad de testar, que no protege de la arbitrariedad del testador, pues no está obligado a declarar los motivos que tiene para desheredar, parece más bien un recordatorio de apelación a la memoria del testador para que no se olvide de los suyos.

A partir del siglo II, por influencia de la filosofía griega, comienza a cundir la idea de que el testador, en presencia de sui, está sometido a límites sustanciales en su

posibilidad de disponer, siendo injusto que tales sui u otros parientes consanguíneos próximos queden apartados de la sucesión. Por un deber de piedad, el testador estaba obligado a dejarles una parte de sus bienes, la “porción legítima”, que luego se llamó “legítima material”. La idea inicial, era que un testamento que no favorece en nada o sólo en parte muy pequeña a los parientes más próximos del testador, como contrario al *officium pietatis*, es impugnabile. Pero al no hallarse en las normas romanas ninguna en que cupiera apoyar tal impugnación, los retóricos que informaban ante ese Tribunal, presentaban el testamento como obra de un demente, explicando así la preterición de los parientes más próximos. Más tarde desaparece la motivación retórica y queda una acción destinada a anular el testamento inoficioso, llamada *querela inofficiosi testamenti*, que abría en caso de prosperar, la sucesión intestada, en la que participaba el desheredado.

Pese a que en parece que no existía, al principio, una lista legal de herederos con derecho a legítima o con facultad de invocar la inoficiosidad del testamento, apreciando el tribunal caso por caso si había infracción del *officium*, según las circunstancias, ya en tiempo de Ulpiano, se consideraban legitimarios a los descendientes, los ascendientes y los hermanos y hermanas consanguíneos del causante.

En cuanto a la cuantía de la cuota legitimaria, que al principio dependía también del arbitrio del tribunal, fue fijada después en un cuarto de los bienes que el heredero recibiría si sucediese abintestato. Justiniano introdujo una alteración en la porción de los hijos: sería de un tercio si éstos fuesen cuatro o menos, y de la mitad si fuesen de mayor número.

Vamos a hacer referencia también al sistema imperante en el denominado “Derecho germánico”, esto es, en los Derechos europeos occidentales de raíz no romana. En ellos, se parte de una situación de comunidad familiar en la que los bienes no eran propiedad del jefe de la familia, sino, en cierto modo, de todos; el jefe tenía un simple derecho de preferencia o de gobierno, pero cuando fallecía, los bienes seguían perteneciendo a la misma comunidad, en la cual cambiaba la dirección y había un partícipe menos. Esto explica que, posteriormente, cuando las familias se dividen y los hijos viven con independencia, sin embargo, los bienes sigan repartiéndose entre los descendientes, sin que el ascendiente dueño de ellos pueda establecer otros herederos. Entre algunas de las máximas de entonces, podemos encontrar: “los herederos nacen, no se hacen”, “solo Dios puede hacer heredero y no el hombre”, con esto tratan de explicar cómo no puede haber otro heredero distinto del designado por la ley por razón de su más próximo parentesco. Al causante se le permitía, como mucho, hacer legados, disponer particularmente de una parte de sus bienes, la *propia portio*, para sufragios y obras piadosas, o para cumplir un deber de gratitud, etc. Pero esto dentro de unos estrictos límites, a fin de salvaguardar sustancialmente la parte de los herederos de sangre. En la introducción de esta *propio portio*, se señala por los autores (a partir de Schultze), que se da por la influencia de la iglesia, siendo en un principio creada para permitir las disposiciones *pro anima*.

Respecto del Derecho español, es costumbre decir que la legítima de nuestro Código Civil es el resultado de la combinación de los sistemas germánico y romano, pero precisando un poco más se dice que si de los derechos germánicos, desde el Fuero Juzgo, se recibió la cuantía de la legítima, su naturaleza procede del Derecho romano, a través de Las Partidas y del estudio de los juristas españoles sobre la *querela inofficiosi testamenti*.

Para esbozar la línea de evolución histórica de la regulación de las legítimas en nuestro Derecho, según García Bernardo, en el *Codez Revisus* de Leovigildo se establece la reserva de cuatro quintas partes de la herencia a favor de los hijos; y en la *Ley Dum inlicita* de Chindasvinto, promulgada entre los años 643 y 644, se establece la posibilidad de mejorar a los hijos y descendientes en una décima parte de la herencia como máximo y también se permite disponer a favor de extraños hasta el quinto de sus bienes; el resto ha de quedar para los hijos a partes iguales, constituyendo, por tanto, una reserva hereditaria de cuatro quintos, dentro de la cual cabe mejorar a descendientes con un décimo del total de la herencia. La cuantía de esta mejora fue aumentada por el *Código de Ervigio* de 681 hasta una tercera parte de la herencia.

Por lo tanto, debemos atribuir al derecho visigodo, el haber establecido, entre la parte de libre disposición y la que forzosamente se había de distribuir por igual entre los hijos, una variedad intermedia: la mejora, porción o cuota de los bienes del causante que debe pasar a los descendientes, pero que dicho causante puede repartir a su voluntad entre ellos.

Durante la primera parte de la reconquista, la libertad de disposición queda muy reducida, luego, se va desarrollando otra vez en ciertos fueros municipales y comarcales, por influencia de la iglesia y de la economía burguesa. En las fuentes generales se tiende también a la libertad de testar, y en algunos reinos o territorios (Navarra), se introduce tal libertad por obra de costumbre, confirmada luego por la ley, que conserva exclusivamente un derecho de legítima formal. En Aragón, dos fueros, de 1307 y 1311, permiten disponer libremente entre los hijos. En Cataluña, donde había regido desde 1333 el Derecho del *Corpus iuris* (ley de 1535), vuelve al sistema antejustiniano, que ya regía como privilegio en Barcelona.

El sistema establecido por el derecho visigodo, es el que recogido posteriormente en el *Fuero Real*, se aplicaba preferentemente a *Las Partidas* y estuvo vigente hasta el *Código Civil*. Sin embargo, casi toda la doctrina española, está de acuerdo en que las proporciones de distribución que resultan de esas reglas, es decir, la legítima de cuatro quintos con mejora de un tercio, se aplicaron a partir de *Las siete Partidas* a través de los conceptos romanos de la preterición y la inoficiosidad, por lo que se admitió la atribución de la legítima por título distinto al de herencia y la institución de herederos a extraños en la parte de libre disposición, con lo que nuestro Derecho se sitúa históricamente entre los que podemos llamar sistemas de legítima y se aleja de los sistemas de reserva, propios de los derechos francés e italiano. Esta evolución se consolida con la *Ley XXIV de Toro*, de 1505, en la que expresamente se ordena que, aunque el testamento se anulara por preterición, sigue siendo válida la mejora y el legado de la parte libre, con lo que de nuevo, nuestro sistema se asimila más al sistema romano de la preterición que al germánico de la reserva.

El sistema de legítimas se revisa totalmente en la codificación, con el proyecto de García Goyena de 1851, en el que se establecía una legítima de los descendientes variable, de cuatro quintos si había dos o más hijos y de dos tercios si el causante dejaba un solo hijo, con posibilidad de mejorar dentro de ella con una cuota de doble legítima; pero sobre todo destaca el artículo 645, que disponía lo que actualmente recoge el artículo 815 CC, quedando así definitivamente abolida en nuestro Derecho la preterición formal y quedando la preterición con un contenido puramente material; es decir, queda claro que la legítima se puede dejar por cualquier título y no tiene por qué ser a título de heredero; en consecuencia, el legitimario a quien el testador haya satisfecho su legítima

mediante donaciones, legados u otra atribución gratuita nada puede reclamar frente a un testamento en el que no se le instituye heredero, y si lo dejado fuere inferior a la legítima, solamente podría pedir el complemento.

La consecuencia es que en el sistema de la legítima española, formado desde la Edad Media a través de la evolución que hemos visto y cristalizado en el Código Civil, se reconoce al testador la facultad de instituir heredero a quien estime oportuno, con tal de que se respete a los legitimarios la atribución de una parte de sus bienes, que puede serles entregada en vida mediante donaciones o en el testamento mediante legados.

2.3 Las legítimas en el Código Civil y conflictos doctrinales.

Llegando a nuestros tiempos, hay que decir, que el Código Civil es más liberal que el Derecho anterior, pero dista todavía mucho de la generalidad de los ordenamientos forales. La doctrina atribuye cierto matiz germánico a los artículos 808 y 809 CC, al hablar de partes “del haber hereditario”, al 810, que habla de “legítima reservada”, etc. Asimismo, atribuye un marcado carácter romano a los artículos 814 y 815. La regulación del Código Civil se relaciona con estos dos sistemas, a través del Derecho histórico de Castilla, principal elemento inspirador del régimen actual, y los Códigos Civiles francés e italiano, del último de los cuales, tomó el nuestro, más o menos codificadas, algunas reglas técnicas.

Las construcciones clásicas que pretenden explicar la naturaleza jurídica de la legítima en nuestro Derecho son las siguientes:

1. Una inicial, que configura la legítima como *pars bonorum*, que consideraba que el pago de legítima debía de realizarse por medio de bienes hereditarios, esto es, consideraba al legitimario como copropietario de los bienes hereditarios. Esta concepción fue superada cuando, por medio de la reforma del 13/5/1981, se permite que el pago de la legítima se realice en metálico, pasando el legitimario a ser considerado como un acreedor de la herencia.

2. Otra, que configura la legítima como *pars valoris*, la cual se adecúa mejor a la mencionada reforma de 1981 y, por tanto, a los artículos 841 y siguientes, que establece, como ya hemos dicho, que el pago de la legítima se puede realizar en metálico, por voluntad del testador, no como un derecho general de los herederos. El legitimario es, para esta concepción, acreedor de la herencia. En la Ley de Derecho Civil de Galicia de 2006, la legítima se configura expresamente como un derecho de crédito, siendo considerado el legitimario como un acreedor de manera también exclusiva, por lo que tendría una acción personal y no real para reclamar su legítima, por lo que se considera la misma como *pars valoris*, no como *pars valorum*, para esto podemos apoyarnos en sus artículos 240, 243, 246.

El sistema de legítimas recogido en el Código Civil, define, como ya hemos visto, lo que son las legítimas, en el artículo 806, aunque lo hace de forma un tanto inexacta, porque alude a una partición de la herencia en porciones, que no se corresponde con la realidad, dado que la herencia normalmente no está dividida en partes ni en porciones. Además, hay que decir que no solo está sustraída la libre disposición *mortis causa*, como establece el artículo, sino también la *inter vivos*, argumentándonos en el artículo 636 CC. Por otra parte, la indisponibilidad no es absoluta, sino que cabe la mejora en ciertos límites. En definitiva, está configurada como un sistema de normas que buscan proteger o tutelar el interés de unas

determinadas personas (los legitimarios) a obtener, en la sucesión de otro, un enriquecimiento patrimonial.

La institución de la legítima, ha dado lugar, a lo largo de su historia, a un gran número de discusiones y debates doctrinales. Los autores, discuten sobre si es preferible un sistema de amplia libertad del causante para disponer de sus bienes o uno en el que éstos se hallen destinados por la ley a los parientes más próximos, y en particular a los descendientes⁸¹.

Los defensores de la primera solución, que se presenta bajo la etiqueta de “libertad de testar” (esto es, disponer por testamento o, en su caso, por contrato, sin traba ni limitación, aun habiendo descendientes) pero que significa asimismo la libertad de donar y en cualquier otra forma despojarse de los propios bienes o atribuirlos a quienquiera sin contraprestación. Se alega ser la libertad un supuesto del derecho de propiedad, que para ser tal ha de perpetuarse más allá de la muerte. Asimismo, se reclama el derecho del individuo a cumplir él, según su criterio post mortem, con los deberes que ha asumido en vida. Alegan además que un sistema de heredero único haría posible una mejor conservación del patrimonio familiar, así como el hecho de, al ser los derechos legitimarios, cuotas iguales para todos los hijos, puede considerarse como un sistema injusto, por “ser puramente cuantitativo, sin matices cualitativos”, como dice Vallet de Goytisolo.

Por el contrario, aquellos que defienden la existencia de una legítima amplia, alegan que la libertad de testar es contraria a la unidad de la familia, y puede propiciar abusos e injusticias del padre o del heredero, pudiéndose provocar problemas entre los hijos y, en definitiva en la familia en general. Alonso Martínez, declama sobre este tema: “La naturaleza ha hechos esencialmente iguales a los hermanos y les hace violencia la ley que les otorga derechos diversos”.

2.4 Conclusión personal

En mi opinión, el sistema de legítimas actual, corta más de lo que (otra vez, en mi opinión) debería la libre disposición del causante de sus propios bienes, al establecer unas reglas que determinan el destino de los mismos, imponiendo por ley a quien irán a parar. Considero que es un sistema ciertamente arcaico, que tiene su origen en el marco de la concepción de la familia y de deberes para con los familiares existente antiguamente, concepción que muy distinta a la existente en la actualidad. Además este sistema puede dar lugar a soluciones muy injustas pues, empleando de nuevo una cita de Vallet de Goytisolo, es un sistema “puramente cuantitativo, sin matices cualitativos”, es decir, no se tienen en cuenta los méritos hechos o dejados de hacer del legitimario para ser merecedor de tener su cuota en la herencia del causante, sino que se reparte a todos los mismo por igual. Estamos de acuerdo en reconocer la igualdad de todos los descendientes, pero también es cierto que las acciones de éstos, les pueden hacer merecedores de esa cuota, o hacer que por el contrario, pierdan esos derechos total o parcialmente.

Por eso opino que la persona que realiza un testamento, debería tener una libertad mucho mayor de la que dispone en la actualidad, pues si efectivamente sus legitimarios son merecedores de recibir dichos bienes, el causante se los dejará en su

⁸¹ En palabras del profesor Demófilo De Buen: “el tema de la libertad de testar fue uno de los que más me apasionó en España”

testamento, mientras que si no lo considera merecedor de los mismos, podrá reducir la cuantía que recibe. Eso sí, no soy partidario de eliminar por completo dicha institución, pues si bien considero que puede darse el hecho de cortar la libertad del causante a disponer de sus bienes como quiera al establecer un porcentaje por ley elevado que debe ir a parar a unas personas determinadas, y dar lugar a situaciones injustas por no poder en ese sistema establecerse una diferenciación entre unos legitimarios y otros; el hecho de eliminar este sistema por completo, dejando libertad absoluta al testador, puede crear situaciones de indefensión por parte de, por ejemplo, los descendientes, que pueden quedarse sin recibir absolutamente nada de dicha herencia, aun habiendo hecho méritos suficientes durante la vida del causante.

Por eso considero que la institución de las legítimas debe ser mantenida, pero reduciendo los porcentajes que obligatoriamente se imponen al causante, esto es, un sistema en el que se mantenga una pequeña cuota que por ley se destine a unos legitimarios determinados, ampliando la libertad de disposición del testador, al dejar en su margen de decisión un porcentaje más amplio que el que actualmente establece el Código Civil. En el derecho gallego, por ejemplo, la cuota obligatoria, es de un cuarto, menor que la establecida por el Código Civil, en la que la legítima larga es de dos tercios, quedando uno solo de libre disposición del testador, lo cual resta al individuo libertad a la hora de cumplir, según su criterio post mortem, con los deberes que ha asumido en vida.