

DERECHO DE SUCESIONES

PARTE GENERAL

LECCIÓN 1. LA SUCESIÓN Y EL DERECHO DE SUCESIONES. LA HERENCIA

- La sucesión concepto y clases.

Sucesión por causa de muerte es la aplicación concreta del concepto genérico de sucesión, que es la sustitución de un sujeto por otro en una relación jurídica que permanece inmutable. En cuanto a los demás elementos, la particularidad es que en sucesión *mortis causa* la causa de la sustitución es la muerte de una persona.

Clases

Se distinguen distintos puntos de vista:

- Por su origen:
- Sucesión voluntaria: es la que tiene lugar cuando el sucesor ha sido designado libremente por el causante, y el fenómeno sucesorio ha sido libremente regulado por el causante. Y ello puede verificarse bien en testamento (sucesión testamentaria: que es regla general en Cc) o bien mediante convenio con otra persona (sucesión contractual que en el Cc es excepcional.
- Sucesión legal: es la que tiene lugar cuando la designación del sucesor y regulación del fenómeno sucesorio lo hace la ley. Es sucesión *ab intestato* que funciona en defecto de la testamentaria.
- Por su objeto: el art. 660 Cc hace la distinción.
- Sucesión a título universal: es la que unifica un llamamiento a la totalidad de los derechos y obligaciones del causante o a una parte alícuota, por ejemplo, en designación de heredero, porque se sucede al causante en universalidad.
- Sucesión a título particular: es la que el sucesor, legatario sucede en determinadas y concretas relaciones al causante o en determinados bienes al causante. Por eje. un coche. Se trata de relaciones jurídicas determinadas.

Fundamento

Fundamento en la Sucesión *mortis causa*: se ha discutido mucho el fenómeno necesario ha tenido delatores y defensores, éstos suelen encontrar el fundamento en la necesidad de la seguridad jurídica para que el tráfico jurídico marche bien, lo que exige que los derechos y obligaciones tengan titulares. En cualquier caso, ya esté justificada la sucesión *mortis causa* o no, nuestro ordenamiento jurídico la admite y regula como en casi todos los ordenamientos y en el art.33 CE expresamente se reconoce el derecho la propiedad privada y herencia.

Derecho de sucesiones en el sistema de Derecho Civil

Regula el fenómeno de sucesión *mortis causa*.

Derecho de sucesiones es derecho privado, y en concreto un parte del Derecho Civil aunque el fenómeno hereditario también tiene relevancia pública para el Derecho fiscal.

Mortis causa es el hecho imprevisible del derecho de sucesiones. Es un impuesto muy gravoso hasta el punto que para eludir un pago o de reducir el coste de la transmisión se han buscado otras formas de transmitir bienes menos costosa y desde este punto de vista es frecuente afirmar que la herencia se encuentra en crisis y sustituida por otros mecanismos de transmisión. P. Ej. En grandes capitales se constituye una sociedad o por ejemp. Comprar bienes y ponerlos a nombre de los hijos.

Sistemáticamente centrándonos en fenómenos sucesorios el Cc regula en el libro II como modo de adquirir la propiedad y otros derechos (arts 657 y ss regula después de donación).

Las Bases Históricas del Derecho sucesorio español

Como resultado de la influencia del derecho romano, canónico y germánico, que son las bases históricas, en la actualidad se puede decir que las bases del derecho sucesorio en nuestro Cc son:

- Canalización, de una parte, del caudal relicto hacia la comunidad, a través de un sistema de impuestos.
- Consagración del principio de la libre voluntad del causante. Principio que está limitado por la legítima, que es una parte del caudal relicto, que por preverlo así la ley ha de ir a para a manos de determinados parientes.
- La ordenación de los llamamientos legales a la sucesión en defecto de testamento, se hace conforme a la proximidad de las relaciones familiares entre el causante y el heredero. Primero se llama a los grados más próximos, si estos no existen se llama a los de grado más lejano.
- Se llama al Estado en defecto de familiares con derecho a la sucesión.
- El heredero como sucesor universal

Art. 660 Cc.: *Llámanse heredero al que sucede a título universal, y legatario al que sucede a título particular.*

El heredero es quien sustituye de una vez al difunto en la titularidad de sus derechos y obligaciones, es decir, no hay que transmitir al heredero nada, ni cada uno de los derechos ni bienes no hay que transmitir individualmente, va a parar a éste de un solo golpe.

La figura es una construcción de la ley, tiene lugar porque lo prevé la ley, sólo por la voluntad del testador no se poses la posesión civilísima.

La doctrina ha tratado de hallar una fórmula con la que explica sencillamente como se produce tal cual, es la esencia del fenómeno de la sucesión *mortis causa*.

Básicamente la doctrina ha aceptado uno de estos supuestos, dos tesis:

- Considera que el heredero es el continuador de la personalidad del causante. Es decir que es algo más que su sucesor en los bienes, porque viene a representar al difunto y continua su personalidad, estos autores se fijan en el aspecto subjetivo.
- Para otros la especialidad de la sucesión *mortis causa* reside en el objeto en cuando se produce la sucesión en la totalidad de un patrimonio, lo que el sucesor adquiere es la universalidad de cosas.

Son criterios objetivos de configuración de la herencia.

Aunque por separado estas tesis son insuficientes para explicar el fenómeno sucesor no sirven ni

aunque se tuvieran los dos en cuenta para entender la figura del heredero que es algo más que ser adquirente de bienes.

El legatario

Concepto

Es el sucesor que sucede al titular de forma particular, la sucesión particular de la herencia supone la atribución de un derecho singular o de la suma de derechos singulares, no de una universalidad a un nuevo titular.

Caracteres

- A diferencia del heredero el sucesor particular *mortis causa* es un mero perceptor de bienes, un sucesor en relaciones jurídicas concretas.
- Así como en la sucesión *mortis causa* para que haya heredero no es necesario que el causante así lo disponga, para que exista o existan legatarios es preciso el acto de voluntad del causante de ordenar el legado.

Sucesiones particulares y el legado

Hay muchas modalidades de legado, la mejor forma de definir la figura es de forma negativa. Así es cualquier disposición patrimonial realizada en acto *mortis causa* que confiere directamente derechos al favorecido sin tratarse de la institución de heredero.

Caracteres

- Es una liberalidad adecuada en acto *mortis causa* ya sea en testamento o contrato sucesorio.
- Su falta de fuerza expansiva por el legatario adquiere solo los derechos que le son atribuidos mientras al heredero pasan todos los derechos y obligaciones del causante incluso aquellos que el causante ignoraba que existen. El legatario adquiere derecho patrimonial ya sean reales o de crédito.
- La designación del heredero

Cuando el llamamiento del heredero se produce por ley o cuando el testador constituye heredero a una persona en todos sus bienes o una parte alicuota de sus bienes no hay duda que esos sucesor tiene la calidad de heredero.

¿Qué ocurre cuando el causante nombra a una persona heredera de un derecho concreto? Por ej. Deja la casa a Pepe, el coche a su sobrino, en estos casos

¿ es institución de heredero o legado? Se hace a título particular. Se atribuye un bien

¿Hay que hacer caso al nombre o a la atribución?

Así se estudian 2 instituciones:

- Institución de heredero en cosa cierta: cuando se nombra heredero a una persona haciendo atribución particular (art. 768 Cc *El heredero instituido en una cosa cierta y determinada será considerado como legatario* se dice que el heredero instituido en cosa cierta, será considerado como legatario, la generalidad de doctrina estudiada considera que es regla del testador y la presunción favorable al legado puede desvirtuarse pensando que el testador quiso que el instituido fuese tratado como un heredero.

- Hay que tener presente también el art. 668 Cc el 2º párrafo dice:

En la duda, aunque el testador no haya usado materialmente la palabra heredero, si su voluntad está clara acerca de este concepto, valdrá la disposición como hecha a título universal o de herencia

Si no se utiliza palabra heredero, se puede considerar que se quiere que se trate no como legatario sino como heredero.

Legado de parte alicuota

Por ejemplo, Pepe legatario de 1/3 parte alicuota de mi herencia ¿qué es, legado o herencia? Se atribuye una universalidad, incluye derechos y obligaciones.

El Cc no le dedica artículos a la figura, por ello doctrina y jurisprudencia se ha preocupado por determinar su alcance. No hay dudas acerca de la admisibilidad de la figura pero si hay dudas sobre cual ha de ser su régimen jurídico.

En principio parece que se habría de considerara al legatario como heredero, argumentos:

- El art. 660 Cc por el nombre que se le da a cada uno; art. 768 a contrario.
- También se menciona en esta posición art. 655 que está en sede de donación, se le da un tratamiento como heredero.
- Invocar que a efectos de pedir la división judicial de la herencia se conecta legitimación a los legatarios de parte alicuota igual que en los coherederos.
- En la ley hipotecaria también se equipara al heredero art. 42 LH.

La jurisprudencia y doctrina niega la identidad de esta figura con la posición del heredero, pero también consideran que deben serle aplicable ciertos preceptos legales referidos a los herederos.

Conclusión:

- El legatario de parte alicuota no responde de las deudas de la herencia. La cuantía de las deudas de la herencia le afectan por si son muy cuantiosas, el caudal hereditario ostenta disminuirá y por tanto, la parte alicuota del legatario será más pequeña.
- A efectos de realizar la partición de la herencia. El legatario de parte alicuota ha de ser considerado como miembro más de la comunidad hereditaria y tiene legitimación para instar la partición.

Distribución de toda la herencia en legados

Puede suceder en practica que un causante haya dispuesta de su herencia como legados. Los problemas prácticos son:

- ¿Quién ha de pagar las deudas? Según el art. 891Cc se prorratan las deudas y gravámenes entre legatarios.
- ¿Hasta donde llega la responsabilidad de los legatarios?

La doctrina entiende que debe tenerse en cuenta el art. 858.2º aplicándose analógicamente: *los legatarios no estarán obligados a responder del gravamen sino hasta donde alcance el valor del legado. A alguien le conceden un legado para entregar a otro, han de responder hasta donde alcance el valor del legado. La doctrina lo aplica al supuesto de antes. Así hay limitación de responsabilidad de legatario que es hasta donde alcance el valor del legado.*

- ¿Si la responsabilidad de legatarios por deudas es mancomunada o solidaria?

A favor de la última posibilidad se alega la aplicación analógica del 1.084 Cc.

- Determinar si los legatarios pueden tomar por sí mismos los bienes hereditarios que les corresponda, art. 885 regalase ha de pedir al heredero o albacea.

Pero la mayoría de la doctrina entiende que el 891 Cc se deduce que los legatarios pueden tomar posesión por sí mismos de los legados.

- La herencia: aspectos subjetivos y objetivo.

Aspectos subjetivos

- El causante
- El sucesor

Hay que estudiar su capacidad.

Aspectos objetivos

Los aspectos objetivos son todos los derechos y obligaciones que forman parte de la herencia. Para llegar a suceder a una persona ha de existir un título sucesorio, según Cc es el testamento y la declaración de herederos *ab intestato*.

El Derecho hereditario: dos acepciones:

- Considera el Derecho hereditario como el derecho a adquirir la herencia. Esta tiene lugar una vez abierta la sucesión.
- Como derecho sobre la herencia: derecho subjetivo global del heredero una vez aceptada la herencia. Consiste en dominio de la herencia o derecho real sobre ella.

Sobre qué derechos puede tener el dominio al sucesor:

- Composición del caudal relicto: 659 Cc dice que la herencia comprende todos los bienes y obligaciones que no se extingan por su muerte. Cabe decir que se adquieren por herencia los derechos patrimoniales, tanto reales como de crédito. Hay excepciones por ejemplo usufructo: si es vitalicio si fallece la persona se extingue salvo si hay pacto por negocio jurídico su transmisibilidad y tampoco transmisible el uso y la habitación por ser derechos personalísimos (525 y 529 Cc) En los derechos de crédito, la regla es transmisibilidad (art. 1112 Cc) con excepciones: hay ciertas posiciones que se extinguen con el fallecimiento de una de las partes, por ejemplo la muerte del mandante o mandatario (1732) o también la muerte del comanditario cuando el préstamo se haya hecho en 1 a su persona (1472 Cc).
- En sentido contrario los derechos políticos, posición familiar no son transmisibles *mortis causa*.

También hay que matizar que en 2 se atribuye a herederos legitimación para el ejercicio de determinadas facultades pero por su consideración de herederos no por esas facultades integran la herencia por ejemplo para ejercitar acciones de filiación esa posibilidad de ejercicio no forman parte del caudal hereditario, solo se les reconoce legitimación.

LECCIÓN 2. ADQUISICIÓN DE LA HERENCIA. VOCACIÓN Y DELACIÓN HEREDITARIA.

• Adquisición de la herencia: momentos del proceso adquisitivo.

Hay 4 fases que pueden coincidir en el tiempo, pero pueden separarse conceptualmente:

- Apertura de la sucesión: se produce en el momento de la muerte del causante, El patrimonio de éste se convierte en herencia en espera de un sucesor.
- Vocación de la herencia: implica el llamamiento de un sujeto a la herencia por ej. Si no se ha hecho testamento arts. 930 y ss.
- Delación de la herencia: supone da un paso mas pues una persona de las llamadas o varias tienen la oportunidad de aceptar la herencia o repudiarla. Se requiere primero a los descendientes, si estos aceptan ya no hay delación para otros.
- Adquisición de la herencia: es cuando el llamado a la herencia la acepta quedando investido como heredero.

Sistemas de adquisición de la herencia: la cuestión en el Cc.

Hay dos sistemas de adquisición:

- Germano: la herencia pasa *ipso iure* del difunto al heredero. Como el heredero no está obligado a tener que aceptar la herencia, puede renunciar y si lo hace se entiende que en ningún momento la ha adquirido.
- Romano: el llamado solo adquiere herencia mediante aceptación, hasta este momento no es sucesor, de forma que entre la delación y la adquisición de la herencia media un lapso de tiempo más o menos largo, en ese lapso no hay sucesor, solo un sujeto que está llamado a serlo. Se entiende que la herencia está yacente.

Sistema en el Código Civil

Bajo el Cc y hasta 1944, la doctrina aceptó que el sistema de nuestro ordenamiento era el Romano, pero Guillermo García Valdecases planteó, por primera vez, la controversia al defender la solución germanista. Esta tesis halló seguidores y detractores.

En la actualidad es un problema de escasa transcendencia practica, ya que en los problemas concreto se resuelven prescindiendo si el sistema es Romano o Germánico.

No obstante actualmente se considera que la postura más correcta es la que considera necesaria la aceptación para adquirir la herencia.

La llamada *vocatio hereditatis* y herencia yacente. Aspectos teórico y práctico de la cuestión

Desde el punto de vista teórico, en aquellos Ordenamientos Jurídicos en los que la herencia se adquiere por aceptación se plantea el problema de *vocatio* de la herencia, es el problema qué sucede en el período entre apertura de sucesión y aceptación del llamado, ya que los derechos y obligaciones, de los que ese titular es causante, en ese tiempo carecen de titularidad actual. En este supuesto sucede que el Ordenamiento Jurídico con al idea de defender los intereses del futuro heredero de los acreedores y del orden público tolera la ausencia de un titular actual en atención a que llegará a existir un titular futuro.

Desde el punto de vista práctico lo que importa es conservar el caudal relicto para el heredero o herederos, y asegurar los derechos de los acreedores, además de los terceros, también les interesa saber quien se queda un bien, quieren saber qué quien se lo quede está legitimado. Esto se soluciona poniendo en administración la herencia yacente.

Además se plantea el problema de a quién han de demandar los acreedores para cobrar, por ej. un tercero

realiza una acción reivindicadora, los tribunales suelen considerar correcta y suficiente en legitimar pasiva la demanda dirigida contra la herencia yacente y los llamados a ella que todavía nos han aceptado. Siempre se menciona la herencia yacente, se acepta aunque ésta no tiene personalidad jurídica.

La herencia en administración

El Cc regula casos específicos de puesta en administración de la herencia. Como tales:

- Cuando se hace una aceptación en beneficio de inventario. Comporta que el heredero solo responde de las deudas con bienes de herencia, se hace inventario (arts.1020 y 1026 Cc).
- Cuando se difiere la herencia bajo condición, mientras no se cumple la condición se somete a administración (art. 801 y ss Cc)
- Cuando el llamado en la herencia es un nasciturus (art. 965 y ss Cc)
- Como caso general de puesta en administración de herencia, supuestos en que se incoan procedimiento de testamentaria a efectos de partición de herencia y *ab intestato* cuando no hay testamento.
- En cualquier caso la administración de la herencia puede establecerla el testador.
- **La vocación hereditaria: concepto.**

Es el llamamiento de una persona como heredero. Se presupone también la existencia de un determinado parentesco entre ellos, o bien una declaración de voluntad del ausente. Distinguir vocación llevada *ab intestato* y el llamado voluntario. A estos dos el Cc se refiere en el art. 609 como modos de adquirir la propiedad son los 2 modos.

El sistema especial de vocación

- El Cc admite la compatibilidad entre sucesiones testadas e intestadas (art. 658 Cc) cuando se habla de sucesiones legítimas se refiere al *ab intestato*, y herederos forzosos se refiere a los legitimarios. Art. 658.3 Cc: *Podrá también deferirse en una parte por voluntad del hombre, y en otra por disposición de la ley*; son compatibles ambos tipos de vocación.
- Es posible que la vocación *ab intestato* y voluntaria se superpongan. P. Ej. Si se nombra como heredero al hijo, éste también sería llamado en este caso el art. 1.009 Cc considera que es el llamado a herencia de las dos formas y la repudia el primero se entiende que es a los dos.
- **Derecho de transmisión: concepto y régimen jurídico.**

Es el derecho a aceptar o repudiar una herencia a la que fue llamado el propio causante, es decir, el primer causante pasa a los herederos del 2º causante, se llama ius transmissionis.

La vocación hereditaria será pues transmisible a los herederos (art. 1.006 Cc).

Régimen Jurídico

- La transmisión del ius delacionis a los herederos del llamado se produce una ____3____ legis (por lo que dice la ley) no porque lo prevé el causante directo. Si el 2º causante dispone de lo que puede haber recibido por herencia lo que hay es una aceptación. La doctrina entiende que lo confirma el art. 1.000.1
- Los herederos favorecidos por el derecho de transmisión no pueden optar por aceptar la herencia del primer causante y repudiar la del propio transmitente.

Porque el ius transmissionis se integra en la herencia de su propio causante y la aceptación de la herencia ha de ser total (art. 990) Puede sin embargo aceptar la herencia del causante directo y repudiar la del anterior.

- La adquisición de la herencia en caso de que se acepte la del primer causante, la adquisición de la herencia se produce con efecto retroactivo al momento del fallecimiento del primer causante.

- **La vocación indirecta y el llamado derecho de representación.**

Concepto: art. 924 Cc: *Llámase derecho de representación el que tienen los parientes de una persona para sucederle en todos los derechos que tendría si viviera o hubiera podido heredar.*

La regla de la delación hereditaria *ab intestato* es que el pariente más próximo en grado excluye al más lejano, salvo el derecho de representación en los casos que deben tener lugar.

Presupuestos

- Que la persona intermediadora o testado haya dejado de adquirir el derecho de herencia por razones independientes de su voluntad, por premoriencia, por indignidad, o por desheredación (art.929) La doctrina interpreta que cuando se dice incapacidad se refiere a indignidad.

El único caso en que no es posible la representación es en el supuesto de repudiación (art. 923 Cc) La representación no se pierde al administrar una persona por haber renunciado a la herencia.

- Que exista cierto parentesco en caso de sucesión *ab intestato*: cuando el Cc regula la representación lo hace en el ámbito, al regular la sucesión *ab intestato*. ¿Con qué alcance? ¿qué parientes tiene derecho de representación?

Art. 925:

El derecho de representación tendrá siempre lugar en la línea recta descendente, pero nunca en la ascendente.

En la línea colateral sólo tendrá lugar a favor de los hijos de hermanos, bien sean de doble vínculo, bien de un solo lado.

Art. 927:

Quedando hijos de uno o más hermanos del difunto, heredarán a éste por representación si concurren con sus tíos. Pero, si concurren solos, heredarán por partes iguales.

- Que la sucesión sea *ab intestato* si concurren todos los presupuestos ¿Qué sucede si es testamentaria? ¿cabe representación?, según la concepción del Cc cabe representación si esta es preparatoria de la sucesión *ab intestato*, por que parece que presupone que si el testador hubiera querido prever lo que dice el Cc lo diría. Aunque la regla general es que la representación no abre la sucesión testada la doctrina considera excepción según el art. 814.3ª:

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

Cabe representación solo en línea descendente.

También si cabe derecho de representación en cuanto a la legítima, que es la parte de la que no puede disponer el causante. Esta es atribuida por ley art. 761 y 857.

Efectos: su efecto más general es el que produce una división de la herencia por estirpes.

- **La vocación solidaria: El derecho de acrecer.**

Concepto

Es el derecho que tiene el llamado a la parte alícuota de una herencia a recibir también la cuanta de otro llamada a la misma herencia que no quiere o no puede aceptarla, con preferencia a los herederos *ab intestato*.

Fundamento

Se halla en la voluntad presunta del causante en la medida que ha hecho un llamamiento solidario, la llamada de todos al todo.

- Se presupone que el llamamiento lo habría sido a la totalidad de existir un solo llamado.
- Se presupone que el heredero acepta, no una cuota concreta sino, la parte que pueda corresponderle en el todo.

Hay que tener en cuenta que las normas que regulan el acrecimiento no son imperativas sino de naturaleza dispositiva, por tanto el causante puede prever su derogación de forma expresa o implícitamente, p.ej.: El testador quiere heredar a 3 hijos, si uno no quiere ser heredero de su parte pasara a su nieto.

Requisitos

Dº de acrecer en sucesión testamentaria según el art. 982 Cc:

Para que en la sucesión testamentaria tenga lugar el derecho de acrecer, se requiere:

- *Que dos o más sean llamados a una misma herencia, o a una misma porción de ella, sin especial designación de partes.*
- *Que uno de los llamados muera antes que el testador, o que renuncie la herencia, o sea incapaz de recibirla.*
- El párrafo primero se ha de completar con el art. 983 Cc:

Se entenderá hecha la designación por partes sólo en el caso de que el testador haya determinado expresamente una cuota para cada heredero.

*La frase **por mitad o por partes iguales** u otras que, aunque designe parte alícuota, no fijan ésta numéricamente o por señales que hagan a cada uno dueño de un cuerpo de bienes separado, no excluyen el derecho de acrecer.*

La conclusión es que se excluye el derecho de acrecer:

- Cuando se haga una asignación de partes alícuota desiguales.
- También, cuando la atribución consista en un cuerpo de bienes separados.
- Que uno de los llamados renuncie a la herencia o sea incapaz de recibirla. La doctrina entiende que cabe comprender todos los casos en que la delación no haya tenido eficacia: por ej. Si los concebidos no llegan a nacer.

Efectos

Art. 984 Cc:

Los herederos a quienes acrezca la herencia sucederán en todos los derechos y obligaciones que tendrían el que no quiso o no pudo recibirla.

La doctrina entiende que hay un único llamamiento y, por tanto, una misma delación respecto de la posición o cuota asignada y de la porción acrecida y por eso se entiende que no se puede aceptar una y repudiar otra, sino que la aceptación ha de recaer sobre la cuota resultante, cualquiera que sea su contenido.

¿En qué supuestos tiene lugar el acrecimiento?

- En la sucesión legítima o *ab intestato*. Art. 981 Cc en relación con el 922 Cc se da preferencia al derecho de representación.
- El acrecimiento puede tener lugar en sucesión testamentaria (982)
- Art. 985: acrecimiento entre herederos forzosos o legitimarios: si la parte repudiada fuese la legítima, los legitimarios heredarían por derecho propio.
- El derecho de acrecer tiene lugar entre legitimarios y usufructuarios mas en estos hay que tener en cuenta el art. 521 Cc.

6. La delación hereditaria.

Concepto

La delación es la fase del fenómeno hereditario en la que el llamado a sucesión puede ya aceptar o repudiar la herencia. Es el momento donde la herencia es diferida (ofrecida –puesta a disposición del llamado).

En esta fase, se atribuye un poder al llamado para que acepte o repudie, a ese poder se le denomina ius delaciones.

Presupuestos

- Ha de tener capacidad para suceder al causante.
- La supervivencia del causahabiente al causante. Ha de fallecer antes el causante para que el llamado pueda ejercer se plantea problema si ____5____ de esto el llamado ha de vivir en el mismo momento en que se abre la sucesión, es decir, ¿puede llegar a ser heredero un *concepturus*?, no hay duda que puede llegar a serlo a través de sustitución fideicomisaria, se discute si puede llegar a ser sucesor un *concepturus* mediante un llamamiento directo.

Hay doctrina y alguna sentencia 28 de noviembre del 86 que parecen admitir esta posibilidad, pero es una posibilidad dudosa mediante nombramiento directo. Si puede ser sucesor un *nasciturus* arts. 29 y 30 Cc.

Capacidad para suceder al causante

Regla General

Art. 744 CC: *Podrán suceder por testamento o abintestato los que no estén incapacitados por la Ley.*

Puede ser heredero o legatario todo sujeto de derecho. Esta regla comprende tanto a personas físicas como jurídicas (art. 746 y 38 Cc)

Las llamadas incapacidades absolutas

Incapacidad Absoluta es para incapacitar a la persona para suceder, y no sólo a determinadas personas, si no a cualquiera que reúna los requisitos. Son incapaces las criaturas abortivas contempladas en el art. 30.

- Las asociaciones y corporaciones ilícitas. Prohibiciones a suceder o incapacidades relativas. Son impedimentos para suceder por la posible captación de voluntad del causante, porque se presume que ha

sido captada de ____6____ manera la voluntad del causante para otorgar testamento, son impedimentos que el causante no puede dispensar. Estos están en:

Art. 752: No producirán efecto las disposiciones testamentarias que haga el testador durante su última enfermedad a favor del sacerdote que en ella le hubiese confesado, de los parientes, del mismo dentro del cuarto grado, o de su iglesia, cabildo, comunidad o instituto.

Art. 754: El testador no podrá disponer del todo o parte de su herencia a favor del Notario que autorice su testamento, o del cónyuge, parientes o afines del mismo dentro del cuarto grado, con la excepción establecida en el artículo 682.

Esta prohibición será aplicable a los testigos del testamento abierto, otorgado con o sin Notario.

Las disposiciones de este artículo son también aplicables a los testigos y personas ante quienes se otorguen los testamentos especiales

Indignidad para suceder, es una sanción civil que se impone al llamado por haber observado una conducta reprochable respecto del causante. Causas de indignidad en el art. 756 Cc:

Son incapaces de suceder por causa de indignidad:

- *Los padres que abandonaren, prostituyeren o corrompieren a sus hijos.*
- *El que fuere condenado en juicio por haber atentado contra la vida del testador, de su cónyuge, descendientes o ascendientes.*

Si el ofensor fuere heredero forzoso, perderá su derecho a la legítima.

- *El que hubiese acusado al testador del delito al que la Ley señale pena no inferior a la de presidio o prisión mayor, cuando la acusación sea declarada calumniosa.*
- *El heredero mayor de edad que, sabedor de la muerte violenta del testador, no la hubiese denunciado dentro de un mes a la justicia, cuando ésta no hubiera procedido ya de oficio.*

Cesará esta prohibición en los casos en que, según la Ley no hay la obligación de acusar.

- *El que, con amenaza, fraude o violencia, obligare al testador a hacer testamento o a cambiarlo.*
- *El que por iguales medios impidiere a otro hacer testamento, o revocar el que tuviese hecho, o suplantare, ocultare o alterar otro posterior.*
- *También en el art. 713 Cc se refiere al testamento notarial cerrado.*
- *Arts. 111 se excluye de la herencia legal del hijo o sus descendientes al progenitor que ha sido condenado a causa de las causas por las que ha sido desheredado el hijo.*

Como la indignidad es una pena privada existe posibilidad de rehabilitar al indigna, según el art. 757 deja de surtir efecto las causas de indignidad si es rehabilitación tácita, y luego habla de rehabilitación expresa.

Art. 757: Las causas de indignidad dejan de surtir efecto si el testador las conocía al tiempo de hacer testamento, o si habiéndolas sabido después las remitiere en documento público.

Art. 111 Cc hay que tener presente que las restricciones dejan de producir efectos por determinación del representante legal aprobado jurídicamente o por voluntad del propio hijo una vez alcanzase la plena capacidad.

Incapacidad relativa e indignidad

Diferencias

- La indignidad es una cualidad relativa a la conducta del indigno. Las prohibiciones o incapacidades relativas no tienen que ver con la conducta de la persona determinada basta ser tutor, sacerdote o notario.
- Las causas de indignidad se pueden dispensar, cabe la rehabilitación del indigno en cambio las imposibilidades de suceder son impedimentos no dispensables.
- Mientras la indignidad entre en juego con la sucesión testada e intestada, los incapaces relativos son propios de la sucesión testamentaria (arts 752 y 754).

Coinciden en:

- En que ni unas ni otras son cualidades absolutas del favorecido, sino relativas, en la medida en que impiden suceder a un determinado causante pero no a un posible causante.
- Coinciden en los efectos. Porque se regulan conjuntamente en el Cc. La delación se produce a favor del indigno o incapaz pero se trata de delación de efectos ____7__ pueden llegar a dejar de producir efectos. Esa dejación de efectos tiene lugar mediante declaración de incapacidad o indignidad, se produce esto si el incapaz o indigno hubiese entrado en la posesión de bienes hereditarios estará obligado a restituirlos (760 Cc) se destruye el llamamiento en efecto retroactivo.

Cabe el momento en que se ha de calificar indignidad o incapacidad (758 CC) distinguir según se trata de indignidad o incapacidad relativa, si es indignidad del 758 se atenderá al tiempo de la muerte de la persona de cuya sucesión se trate. En casos de incapacidad relativa este se apreciará en el momento en que se hizo el testamento.

Art. 756 Cc.: *Son incapaces de suceder por causa de indignidad:*

2º. El que fuere condenado en juicio por haber atentado contra la vida del testador, de su cónyuge, descendientes o ascendientes. Si el ofensor fuere heredero forzoso, perderá su derecho a la legítima.

3º. El que hubiese acusado al testador de delito al que la Ley señale pena no inferior a la de presidio o prisión mayor, cuando la acusación sea declarada calumniosa.

4º. El heredero mayor de edad que, sabedor de la muerte violenta del testador, no la hubiese denunciado dentro de un mes a la justicia.

Art. 758 Cc.: *Para calificar la capacidad del heredero o legatario se atenderá al tiempo de la muerte de la persona de cuya sucesión se trate.*

En los casos 2º y 3º del art. 756 se esperará a que se dicte la sentencia firme, y en el nº 4º a que transcurra el mes señalado para la denuncia.

Si la institución o legado fuere condicional, se atenderá además al tiempo en que se cumpla la condición.

LECCIÓN 3. ACEPTACIÓN Y REPUDIACIÓN DE LA HERENCIA

- **Aceptación y repudiación de la herencia**

Concepto y caracteres

La aceptación es una declaración de voluntad del sucesor mediante la que manifiesta ser heredero. Puede ser expresa o tácita.

La repudiación es una declaración expresa y formal mediante la que el llamado como heredero rechaza la herencia.

Caracteres

- **Unilateralidad:** no hace falta que la declaración de voluntad llegue a otra parte. Es así sobre todo en aceptación expresa, porque en la tácita hay que verlo.
- **Retroacción de los efectos (989 Cc)**
- **No son actos personalísimos.** La doctrina entiende que aceptación o repudiación puede ser mediante representación con poder expreso para ello (1713)
- **Irrevocabilidad (997)**
- **Su indivisibilidad e incondicionalidad.(990 Cc)**
- **Certeza de la delación (991)** nadie puede aceptar ni repudiar una herencia sin estar cierto de la muerte de la persona a la que haya de heredar y que es su sucesor.

Plazos para aceptar o repudiar

Art. 1004:

Hasta pasados nueve días después de la muerte de aquel de cuya herencia se trate, no podrá intentarse acción contra el heredero para que acepte o repudie

Art.1005:

Instando, en juicio, un tercer interesado para que el heredero acepte o repudie, deberá el Juez señalar a éste un término, que no pase de treinta días, para que haga su declaración; apercibido de que, si no la hace, se tendrá la herencia por aceptada.

El término no puede ser superior a 30 días. Observaciones:

- La interpretación ha de ser judicial. Pero no necesariamente juicio contencioso, puede ser vía jurisdicción voluntaria.
- Por tercer interesado hay que entender que lo están los legatarios y cualquier acreedor del causante o del llamado como heredero y, en general también, cualquier persona que puede alegar y justificar un interés legítimo en que se determine quien es el heredero.
- Hay quien entiende que como es plazo judicial no se puede prorrogar.

Derecho de deliberar

Art. 1010:

Todo heredero puede aceptar la herencia a beneficio de inventario, aunque el testados se lo haya prohibido.

También podrá pedir la formación de inventario antes de aceptar o repudiar la herencia, para deliberar sobre este punto.

Art. 1019:

El heredero que se hubiese reservado el derecho de deliberar, deberá manifestar al Juzgado, dentro de treinta días contados desde el siguiente al en que se hubiese concluido el inventario, si acepta o repudia la herencia.

Pasados los treinta días sin hacer dicha manifestación, se entenderá que la acepta pura y simplemente.

- **La aceptación: Clases**

Puede ser Pura (expresa o tácita) y a beneficio de Inventario

Forma de la aceptación

Art. 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, sin ;con ellos no se ha tomado el título o la cualidad de heredero.

- Pura y expresa (999)

Se hace en documento público o privado, se exige la forma escrita, pero parece que no es necesario que la declaración expresa de aceptación se haga en un documento cuyo fin sea ese, puede hacerse en cualquier documento que contenga otras declaraciones. Parece que no basta con una declaración verbal.

- Aceptación tácita

¿qué actos comportan aceptación tácita de la herencia? Ya se hablaba en las partidas. Se han de realizar actos que sólo pudiese realizar el causante, han de ser actos positivos, inequívocos (el sujeto que realiza esos actos acepta esa herencia) Se han de tener en cuenta el contenido de los siguientes arts. 1000 y 1002

Art. 1000: *Entendiéndose aceptada la herencia:*

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

Art. 1.002: *Los herederos que hayan sustraído u ocultado algunos efectos de la herencia, pierden la facultad de renunciarla, y quedan con el carácter de herederos puros y simples, son perjuicio de las penas en que hayan podido incurrir.*

La repudiación de la herencia: naturaleza

Tiene una naturaleza declarativa de la voluntad unilateral mediante la que el llamado manifiesta en la forma prevista por la ley, su voluntad de no ser heredero

Requisitos

Art. 1008: *La repudiación de la herencia deberá hacerse en instrumento público o auténtico, o por escrito presentado ante el Juez competente para conocer de la testamentaria o del abintestato*

Art. 1280.4: Deberán constar en documento público:

- La cesión, repudiación y renuncia de los derechos hereditarios o de los de la sociedad conyugal.

De la interpretación conjunta se desprende que la repudiación puede hacerse:

- En forma judicial: mediante presentación de escrito ante el juez competente que ha de ser ----1---- por el propio heredero y ratificado en presencia del Juez.
- Si se hace en documento público.
- Parece que también se puede hacer en instrumento auténtico:

¿qué se entiende? Observando el contenido de los anteriores arts. Se llega a la conclusión que por declaración autentica es instrumento indubitado que se entiende con ----2---- que su autor repudia la herencia. Esta es la interpretación por compatible con el art. 1.280.4 por ese art. Hay que ponerlo en relación con el 1.279 Cc. Se puede hacer una declaración privada y por aplicación de los artículo, se entiende que los herederos podrían obligar al repudiante a que elevaren el documento a escritura pública con la consecuencia que ese documento sólo surtirá efectos frente a 3º desde que conste fecha cierta. No tiene valor alguno la renuncia tácita.

Efectos

Es más riguroso hablar de repudiación que de renuncia.

- Da lugar a que sean los sucesores con derecho a la parte del repudiante, estos podrán ejercitar el ius delacionis.
- Art. 890.2 Cc.: *El heredero que sea al mismo tiempo legatario, podrá renunciar la herencia y aceptar el legado, o renunciar éste y aceptar aquélla.* La repudiación de la herencia no comporta la del legado.
- Lo mismo sucede en cuanto a la mejora pues el hijo mejorado puede renunciar en la herencia y acepta la mejora.

La llamada aceptación por los acreedores

Observaciones:

- La acción prevista en el art. 1.001 Cc es específica de la subrogatoria y revocatoria pues el único efecto que tiene sobre el patrimonio del llamado es que la extinción de las deudas que con la herencia se puedan satisfacer. Es sólo para satisfacer deudas pero no ingresar dinero en el patrimonio del que la repudia.
- Los acreedores ---3--- en unidad de un derecho que les concede directamente la ley pero no se convierten en herederos por esto es intransmisible.
- Prescripción de la acción, art. 1001 no se prevé plazo pero la doctrina entiende que se ha de aplicar el plazo del 1.299 CC porque el ejercicio de esta acción supone la impugnación de la eficacia de la repudiación.

Capacidad para aceptar y repudiar la herencia

Criterio general

Contemplado en el art. 992 Cc.: *Si hubiere varios parientes en un mismo grado y alguno o algunos no quisieren o no pudieren suceder, su parte acrecerá a los otros del mismo grado, salvo el derecho de representación cuando deba tener lugar.*

Supuestos especiales:

- El menor emancipado: ¿puede repudiar o aceptar por sí solo?

Sí puede a beneficio de inventario. Para aceptar herencia de forma pura y simple entiende La Cruz que si el menor tiene bienes muebles, establecimientos mercantiles, objetos de extraordinario valor, en la medida que éstos queden expuestos a la responsabilidad ilimitada de aceptación pura y simple, hace falta consentimiento de padres o curador.

El administrador del menor emancipado no tiene plenamente la libre disposición de sus bienes (restricción). Algunos consideran también que es dudoso que el emancipado puede renunciar a la herencia considerable, porque el llamamiento hereditario es en sí mismo un bien de extraordinario valor a los efectos del 323 y no hay de forma distinta un ----4---- ya se tiene y un posible adquisitiva que solo depende del afectado.

- El menor no emancipado sujeto a patria Potestad

Hay que estar al art. 166 Cc. Los padres necesitan autorización judicial. Han de actuar los padres conjuntamente salvo si sólo uno de ellos es el titular de la patria potestad, art. 166, solo se refiere a la repudiación así es discutible si la aceptación pura y simple de una herencia requiere la autorización judicial. Si el Juez deniega esta autorización la herencia solo puede ser aceptada a beneficio de inventario.

- Menores e incapacitados según están sujetos a tutela o curatela.

Sí la tutela (art.271.4) requiere autorización judicial para aceptar sin beneficio de inventario cualquier herencia como para aceptar curatela: Art. 996 puede asistido por el tutor aceptar la herencia pura y simple o a beneficio de inventario.

- El quebrado o concursado

Pueden aceptar a beneficio de inventario por sí solo pero por analogía, con otros supuestos parece que necesitará autorización de los síndicos para aceptar pura y simplemente o para repudiar una herencia.

- Art. 993 Cc: *Los legítimos representantes de las asociaciones, corporaciones y fundaciones capaces de adquirir podrán aceptar la herencia que a las misas se dejare; mas para repudiarla necesitan la aprobación judicial, con audiencia del Ministerio público*
- Art. 994 Cc: *Los establecimientos públicos oficiales no podrán aceptar ni repudiar herencia sin la aprobación del Gobierno*
- Previsto en el art. 992.3º Cc: *La dejada aceptación de la que se deje a los pobres corresponderá a las personas designadas por el testador para calificarlos y distribuir los bienes, y en su defecto a las que señala el art. 749, y se entenderá también aceptada a beneficio de inventario*
- Art. 995 Cc: *Cuando la herencia sea aceptada sin beneficio de inventario, por persona casada y no concurra el otro cónyuge, prestando su consentimiento a la aceptación, no responderán de las deudas hereditarias los bienes de la sociedad conyugal.*
- **Efecto general de la aceptación de herencia.**

Desde el mismo momento en que el llamado acepte la herencia adquiere la condición de heredero y en consecuencia asume a la vez el activo y el pasivo relicto. A partir de aquí los actos del causante vinculan al heredero el cual podrá impugnar aquellos actos que hubieran podido impugnar el propio causante.

En el art. 989 Cc los efectos de aceptación y repudiación se retrotraen a la muerte del causante.

La responsabilidad de heredero.

Queda vinculado frente a los acreedores del causante por las deudas que este contrajo con aquellos, existen un doble régimen de responsabilidad según se acepte la herencia de forma pura y simple o a beneficio de inventario.

Aceptar pura y simple. Art. 1003 Cc: *Por la aceptación pura y simple, o sin beneficio de inventario, quedará el heredero responsable de todas las cargas de la herencia, no sólo con los bienes de ésta, sino también con los suyos propios.*

Por lo tanto hay una responsabilidad total.

Si se acepta a beneficio de inventario 1023.1 solo responde hasta donde alcancen los bienes de la herencia.

Art. 1023 Cc: *El beneficio de inventario produce a favor del heredero los efectos siguientes:*

- *El heredero no queda obligado a pagar las deudas y demás cargas de la herencia sino hasta donde alcancen los bienes de la misma.*
- *Conserva contra el caudal hereditario todos los derechos y acciones que tuviera contra el difunto.*
- *No se confunden para ningún efecto, en daño del heredero, sus bienes particulares con los que pertenezcan a la herencia.*

Efectos de la aceptación pura y simple: la confusión de patrimonios y la responsabilidad del heredero en este supuesto.

Hay confusión de patrimonios cuando un solo heredero recibe todos los derechos y deudas del causante, en este momento se ha dicho que se producen inmediatamente la confusión de patrimonios. En mitad de esta confusión se extinguen las relaciones que existían entre ellos. Hay que destacar los supuestos de extinción siguientes:

- Art. 1192 Cc.: *Quedará extinguida la obligación desde que se reúnan en una misma persona los conceptos de acreedor y de deudor. Se exceptúa el caso en que esta confusión tenga lugar en virtud del título de herencia, si ésta hubiese sido aceptada a beneficio de inventario.*
- El caso del usufructo art. 513.3 Cc:
- El del art. 546 Cc respecto de servidumbres.
- Art. 1848 Cc en sede de fianza.

Esto es así cuando el lado activo y pasivo de la relación jurídica deberían existir 2 sujetos distintos y ambas cualidades coinciden en una misma persona.

Ahora bien cuando afecta a un tercero como son los acreedores del causante entonces algunos autores como La Cruz entienden que hay la posibilidad de separar la herencia del caudal relicto porque hay que entender que el caudal relicto conserva su afección preferente al pago de las deudas del causante y de los legados por éste orden con preferencia a los acreedores del heredero según el art. 1211 Cc.

Efecto

Responsabilidad ilimitada el heredero. Esto por deudas de la herencia es ilimitada hay que distinguir:

- Responsabilidad por deudas de causante: el heredero responde de forma ilimitada cualquier que sea su origen (su fuente).
- Responsabilidad por los legados: Hay dos opiniones:
- Minoritaria: Roca Sastre, según la cual el heredero no responde de forma ilimitada por el pago de legados.
- Los que entienden que el Cc hace responder también ilimitadamente al heredero por los legados. A favor de

éstos se inician art. 1003 Solo habla de cargas de la herencia no habla de deudas.

- Art. 858.2º Cc: a sensu contrario si tiene que responder de las deudas del legado los herederos.

La jurisprudencia parece inclinarse por la ilimitación de responsabilidad en estos casos.

- **Efectos de la adquisición a beneficio de inventario**

Concepto

La aceptación a beneficio de inventario es aquella aceptación de la herencia que limita la responsabilidad del heredero a los bienes existentes en la herencia si cumple determinados presupuestos.

Presupuestos

- Que se solicite el beneficio de inventario. Esto se puede solicitar simultáneamente al aceptar la herencia o se puede solicitar después de la aceptación de la herencia.

Según el art.1.010: *Todo heredero puede aceptar herencia a beneficio de inventario aunque el testador se lo haya prohibido.*

El art. 1011: *la aceptación a beneficio de inventario podrá hacerse ante notario o por escrito ante cualquiera de los Jueces que sean competentes para prevenir el juicio de testamentaría o abintestato.*

El art. 1012: *Si el heredero a que se refiere el art. Anterior se hallare en país extranjero, podrá hacer dicha declaración ante el Agente diplomático o consular de España que esté habilitado para ejercer las funciones de Notario en el Lugar del otorgamiento.*

Plazo para solicitar el beneficio en los tres supuestos Arts 1014 a 1016 Cc:

- Supuesto General art. 1016 como regla general puede el heredero aceptar a beneficio de inventario mientras no prescribe la acción para reclamar la herencia.
- Art. 1014: se caracteriza por que el heredero tiene en su poder los bienes de la herencia o parte de ellos, el plazo que tiene el llamado como heredero para aceptar es de 10 días o 30 días según reside respectivamente en el lugar donde hubiese fallecido el causante o fuera de él.
- Cuando ya se ha aceptado la herencia o el heredero ha sido interpelado para aceptar, Cuando administrativamente no tenga el heredero la herencia o parte de ella los plazos son los mismos anteriores de 10 o 30 días según si reside en el mismo lugar de la muerte del causante o en otro.
- Que es la realización del inventario art. 1014 Cc el heredero debe pedir la formación del inventario y la citación de los acreedores y legatarios. El art. 1013 necesidad del inventario.

Otra cuestión es que se desprende del 1013 que el contenido del inventario se compare de todos los bienes que forman parte del caudal relicto (los bienes muebles han de ser de ---5--- de forma adecuada). No se dice nada de las deudas. La doctrina entiende que a falta de texto legal no es necesario que figuren.

- Forma del Inventario: ha de ser judicial o notarial

2. Plazo para hacer el inventario según el art.1017 empieza a los 30 días siguientes a la citación de los acreedores y legatarios, y concluirá dentro de los otros sesenta.

La doctrina entiende que cuando se pide que se haga se cita a acreedores y legatarios. Concluye dentro de otros 70 días pero puede prorrogarse.

- En caso que se haya hecho inventario y el heredero que lo haya pedido repudie después la herencia, este inventario puede aprovecharse por sus sustitutos o herederos ab intestato (1022)

En el art. 1021: *El que reclame judicialmente una herencia de que otro se halle en posesión por más de un año, si venciére en el juicio, no tendrá obligación de hacer inventario para gozar de este beneficio, y sólo responderá de las cargas de la herencia con los bienes que le sean entregados.* Se exime al que recupera la herencia de hacer el inventario, parece que la ley considera sustituido el inventario por lo que en ejecución de sentencia se hará constar sobre bienes, derechos, obligaciones o cargas. La ley considera que ya es suficiente.

- Hay 3 presupuestos de la aceptación a beneficio de inventario:
- Administrativamente el heredero no ha de estar incurso en ningún supuesto de pérdida del beneficio de inventario que contempla el art. 1002.
- Art. 1018: *Si por culpa o negligencia del heredero no se principiare o no se concluyere el inventario en los plazos y con las solemnidades prescritas en los artículos anteriores, se entenderá que acepta la herencia pura y simplemente.*
- Art. 1024: *El heredero perderá el beneficio de inventario:*
- Si a sabiendas dejare de incluir en el inventario alguno de los bienes, derechos o acciones de la herencia.
- *Su antes de completar el pago de las deudas y legados enajenase bienes de la herencia sin autorización judicial o la de todos los interesados, o no diese al precio de lo vendido la aplicación determinada al concederle la autorización.*

¿Cuáles son los efectos de aceptación a beneficio de inventario?

Separación de patrimonio

Si se acepta así se produce una separación entre el patrimonio del causante y del heredero. Esto resulta del art. 1023.2 y 3:

2º. *Conserva contra el caudal hereditario todos los derechos y acciones que tuviera contra el difunto.*

3º. *No se confunden para ningún efecto, en daño del heredero, sus bienes particulares con los que pertenezcan a la herencia.*

El heredero no está obligado a satisfacer a los acreedores con sus bienes solo con su caudal relicto, art. 1023.1º: *El heredero no queda obligado a pagar las deudas y demás cargas de la herencia sino hasta donde alcancen los bienes de la misma.*

Aceptada la herencia a beneficio de inventario el caudal relicto se mantiene separado. Tiene vida propia mediante su actuación separada según el art. 1026: *Hasta que resulten pagados todos los acreedores conocidos y los legatarios, se entenderá que se halla la herencia en administración.*

El heredero es administrador de la herencia a beneficio de inventario, es administrador a no ser que el causante haya nombrado a otro o lo han elegido así la pluralidad de herederos o que se haya incoado procedimiento de testamentaria o ab intestato.

En la liquidación de herencia aceptada a beneficio de inventario se han de distinguir tres aspectos:

- Pago de deudas de la herencia art.1028.
- Pago de los legados Art. 1027: se pagan los legados después de pagar a todos los acreedores: hay que matizar cuando el 1027 dice acreedores se ha de entender que son los conocidos.
- Pago de los acreedores particulares del heredero

Según el 1024 preferentes acreedores y legatarios de la herencia, y después los particulares del heredero, pero pueden pedir del remanente, pedir el embargo de lo que quede.

- **Responsabilidad en caso de pluralidad de herederos: casos y régimen jurídico.**

Cuando son varios herederos surgen problemas de cómo responder frente a acreedores del causante: solidaria o mancomunadamente. Distinciones:

- Responsabilidad por deudas en general:
- Según se pida el pago antes de la partición o después de la partición:
 - Si es antes:
 - Si se ha aceptado la herencia a beneficio de inventario
 - De forma simple: antes de la partición si es heredero con responsabilidad limitada los acreedores sólo tienen derecho a intentar el cobro contra la masa hereditaria. Si el heredero ha aceptado de forma pura y simple también responderá con sus propios bienes pero responderá de una parte del pasivo de la herencia igual a la cuota que tiene la herencia. El Cc no establece expresamente la solidaridad y la jurisprudencia no ha creado doctrina tajante.
 - Después de la partición: art. 1084 una vez se ha aceptado herencia y realizada la partición la responsabilidad es solidaria si aceptó en beneficio de inventario responde con todo los bienes de herencia. Si acepta pura y simple ha de responder de todo. Matiza la doctrina que no se impone una responsabilidad solidaria típica por ejemplo uno puede hacer que sean emplazados los demás.

La responsabilidad es solidaria, después de las relaciones internas entre coherederos pueden ejercitar la correspondientes acciones de regreso.(1085Cc)

1087 casos de un coheredero fuera acreedor del causante, puede reclamar de los otros el pago de un crédito descontando la parte proporcional que él como heredero tiene que cubrir.

- Responsabilidad por legados:

Art. 859 Cc: *Cuando el testador grave con un legado a uno de los herederos, él sólo quedará obligado a su cumplimiento.*

Si no gravare a ninguno en particular, quedarán obligados todos en la misma proporción en que sean herederos.

Se responde mancomunadamente.

Adjudicación de bienes para pago de deudas.

Muchas veces el causante pretende simplificar el pago de las deudas de una herencia mediante cláusula. Según como se disponga la cláusula cabe distinguir 2 modalidades para pago de deudas:

- Cuando se atribuye al adjudicatario bienes exclusivamente con el fin de que los venda y que con lo que obtenga pague sus deudas. Solo se le da el encargo de cómo hacerlo. En este caso, ese coheredero tendrá que rendir cuentas a los otros y podrá reclamarles lo que ha pagado demás o tendrá que restituirles lo que le haya sobrado: el heredero no asume las deudas, solo las obligaciones de pagarlas mediante la venta de bienes, si son insuficientes y pagar con sus bienes puede reclamar a los otros coherederos.
- Cuando el heredero asume las deudas relictas en este caso el causante le da menos bienes ya que le da

también la carga de las deudas, sin poder reclamar nada a los otros coherederos ni tener que devolverles nada. Se plantea si los acreedores sólo pueden reclamar el pago de las deudas al adjudicatario, ese ----6---- del testador no vincula a acreedores que son ajenos al testamento, éstos no están obligados a dirigirse al adjudicatario.

TEMA 4. LA COMUNIDAD HEREDITARIA. ENAJENACIÓN Y DEFENSA DE LA HERENCIA

- **La comunidad hereditaria: naturaleza y caracteres.**

Naturaleza

La herencia da varios coherederos en estado de indivisión genera una comunidad de bienes pues todos son titulares de bienes y deudores de deudas.

Al intentar determinar de qué clase de comunidad se trata cuando se plantean las discrepancias. El problema básico que se intenta resolver: puede un coheredero disponer de parte de bienes de la herencia o de una cuarta parte de los bienes de la herencia.

La Dirección General de Registro y del Notariado considera que los herederos son dueños pro indiviso de cada uno de los bienes de herencia pero más tarde cambió de posición por influencia de TS que considera que los coherederos no tenían derechos sobre bienes específicos y determinados de la herencia, mientras no se les hubieren adjudicado bienes en la partición.

En la actualidad, en general se considera que se caracteriza fundamentalmente por cada partícipe tiene sobre el conjunto de los bienes una cuota global abstracta sin que esto se concrete en una cuarta parte de cada objeto de la herencia, Es esto lo que puede tener acceso el régimen de propiedad (art. 46.2 LH) es esta cuota abstracta la que puede ser objeto de tráfico jurídico.

Mucha doctrina la llama derecho de abstracción en contraposición al derecho cerrado que tiene el sucesor después de partición por eso se posiciona a la comunidad de tipo germánico, se le aplica también normas de comunidad de tipo romano.

Objeto de la comunidad.

Son los bienes derechos, obligaciones y cargas. En concreto, cabe decir, que están destinados a satisfacer deudas de la herencia y cargas. Se ha de administrar durante la comunidad para que queden integrados en el patrimonio hereditario todos los cambios por accesión y los adquiridos por subrogación real.

- **Régimen de la comunidad hereditaria.**

El uso, gestión y administración se llevará sobre participación el régimen de la comunidad en estado de indivisión, que no está regulado en el Cc porque este cuerpo sólo tiene la consideración la comunidad cuando se hace la partición, por eso lo 1º es saber por qué normativa se rige:

- Por disposiciones imperativas de Cc
- Por voluntad del causante
- Por las normas sobre la partición de herencia que son específicamente aplicables.

Nº de normas sobre la comunidad de bienes(392 y ss.).

Uso

Cada comunero tiene el uso de todas las cosas de la herencia en los términos del 394 Cc, cada partícipe puede usar de las cosas siempre que no impida el uso de los demás.

Administrar también tiene cada comunero la posesión de los bienes de la Comunidad. Esa coposesión la tienen en calidad de coherederos, de comuneros; en cuanto al disfrute es proporcional a su respectiva cuota esto por el art. 393 Cc también tener en cuenta que si no se dice nada en contra los herederos recibirán los frutos una vez se haya hecho la partición (art. 1.063 Cc)

Gestión y administración

Es reiterada la jurisprudencia que considera que durante la fase de indivisión cualquiera de los coherederos está individualmente legitimado para ejecutar acciones en beneficio de la comunidad hereditaria, no en beneficio propio.

En cuanto a administración rigen normas de copropiedad (398 Cc) a no ser:

- Que el causante haya previsto otra cosa.
- Que existe un convenio unánime de los herederos en mitad del que haya decidido otro tipo de administración.
- Salvo si existe administración judicial

Disposición

La de toda la herencia o de bienes de ésta: los actos con tal fin han de ser acordados por todos los coherederos que han de obrar conjuntamente y de común acuerdo, solo hay cuenta abstracta.

Derechos de los partícipes sobre la herencia indivisa y sobre la propia cuota

- Facultades de aseguramiento de la futura efectividad del derecho. Se ha de destacar que están legitimados los coherederos para pedir que ya exista constancia registral de su cuota abstracta. Esto se hace mediante anotación preventiva (art. 42.6 LH) producida la partición cada coheredero lo hace constar en el registro de propiedad.
- Facultades de disposición sobre la cuota. El coheredero no puede transmitir derecho alguno, pero si puede disponer de su cuota hereditaria tanto inter vivos como mortis causa, a título gratuito y oneroso. Ningún art. Establece esto, pero se desprende de las siguientes normas:
 - del 1.067 Cc que se venda a 1 extraño el derecho hereditario
 - art. 399 Cc: que todo condueño tiene plena propiedad de su parte
 - art. 46 párrafo final del a LH: se admite que el derecho hereditario ante todo puede transmitir grabar y ser objeto de otra anotación. Administración también la jurisprudencia del TS ha reconocido facultades de disposición a los coherederos de su propia cuota.
- Que los coherederos pueden ejercitar un derecho de retracto cuando otro coheredero enajena a un extraño su participación en la comunidad (1.067)

Posición de los acreedores. (Lección 3.5.)

- **Enajenación de la herencia.**

Es posible vender, permutar, dar la herencia o una cuota de la misma. Esos contratos que se pueden celebrar se sujetan a normas propias, pero se aplicarán las normas especiales cuando haya lugar a ello por razón del objeto del contrato.

Cuestiones que plantea la enajenación:

- Objeto de la enajenación es el contenido de la herencia (se transmiten derechos y bienes y deudas lo que no se transmite es el título de heredero porque es personalísimo).
- Se plantea la duda si puede tener lugar respecto de adquirente el derecho de acrecer (una cuota) parece que la doctrina considera que el incremento se debe atribuir al comprador (adquirente) porque es lo más lógico, ya que está también ha de soportar deudas y cargas de la herencia. Salvo que del contrato de enajenación se deduzca otra voluntad del enajenante y adquirente.
- La de la forma del art. 1280.4 Cc se ha de relacionar con el 1.279 Cc.

Efectos.

Normas específicas en los que se contemplan algunos efectos:

- 1531 Cc.: *El que venda una herencia sin enumerar las cosas de que se compone, sólo estará obligado a responder de su cualidad de heredero.*
- 1532 Cc.: *El que venda alzadamente o en globo la totalidad de ciertos derechos, rentas o productos, cumplirá con responder de la legitimidad del todo en general; pero no estará obligado al saneamiento de cada una de las partes de que se componga, salvo en el caso de evicción del todo o de la mayor parte.*
- 1533 Cc.: *Si el vendedor se hubiese aprovechado de algunos frutos o hubiese percibido alguna cosa de la herencia que vendiere, deberá abonarlos al comprador, si no se hubiese pactado lo contrario.*
- 1534 Cc.: *El comprador deberá, por su parte, satisfacer al vendedor todo lo que éste haya pagado por las deudas y cargas de la herencia y por los créditos que tenga contra la misma, salvo pacto en contrario.*

Art. 1532 Cc plantea la duda si es aplicable a herencia o a una cuota de la herencia.

Albadalejo dice que en la medida en que este artículo se refiere a ventas engloba hay que considerara que no es aplicable a la venta de una herencia porque si el legislador lo hubiera querido así lo hubiera dicho.

El adquirente de herencia o cuota, adquiere el contenido económico de la posición del heredero sin adquirir la cualidad de heredero y por eso el adquirente se convierte en miembro de la comunidad hereditaria, pueden intervenir en la gestión puede usar los bienes y pueden pedir la partición.

Retracto de coherederos.

Art. 1.067 Cc: *Si alguno de los herederos vendiere a un extraño su derecho hereditario antes de la partición, podrán todos o cualquiera de los coherederos subrogarse en lugar del comprador, reembolsándole el precio de la compra, con tal que lo verifiquen en término de un mes a contar desde que esto se les haga saber.*

- Se ha de vender a extraño
- Se ha ejercitar el derecho de retracto en el término de un mes.

• La defensa de la herencia. La acción de petición de herencia

Concepto

La herencia se puede defender con edictos, reivindicatorio, etc.

Aquí se ve la acción de petición de herencia es la que puede interponer el heredero con el fin que se la

reconozca tal cualidad para recuperar bienes hereditarios con fundamento en su título sucesorio.

El nombrado en el último testamento es el que puede interponer la acción contra el aparente heredero.

Naturaleza

Cuando se interpone esta acción no se discute sobre la pertenencia de los bienes al caudal relicto sino que se discute sobre la cualidad de heredero del que reclama el bien.

Régimen Jurídico

No regula esta acción el Cc pero reconoce su existencia en algunos preceptos como art. 192 y 1.016 (a beneficio de inventario). Cuestiones:

- **Legitimación:**

Activa: para ejercitarla el heredero ya sea testamentario o ab intestato y ya sea fiduciario o sea el instituido bajo condición. Administrador el coheredero puede pedir la herencia en su totalidad o parte de esta en nombre de todos.

Pasiva: contra cualquiera que niegue la condición de heredero del actor. Solo es de petición cuando se discute la cualidad de heredero.

- Cuando triunfa la acción de petición de herencia se tendrá que producir una liquidación entre el heredero aparente y el reclamado hay que fijar el caudal relicto, si se enajenan bienes el valor de estos, etc. (hay que ver lo que se ha de administrar).

Hay que tener en cuenta las normas de posesión con las normas de obrar de lo indebido y hay que condenar como poseedor de buena fe al sucesor que realmente creía ser.

- Respecto de los terceros que adquieren de un heredero aparente, las enajenaciones pueden ser impugnadas, porque sólo reciben la protección ofrecida en la ley Hipotecario art. 34 si son inmuebles y el Cc art. 464 si son muebles.
- Prescripción de la acción el Cc art. 192 y 1016 da a entender que esta acción prescribe pero el problema es que no se dice el plazo de prescripción. Algunos autores dicen que se aplica el 1964 Cc y que son 15 años.

Casi toda la jurisprudencia más reciente y gran parte de doctrina dicen que el plazo ha de ser de 30 años a contar bien desde la muerte del causante o desde el momento en que el heredero aparente se hizo cargo de la herencia como heredero.

TEMA 5. LA PARTICIÓN DE LA HERENCIA

- **La partición de la herencia: concepto y naturaleza.**

Concepto

Es la distribución que se hace de los bienes hereditarios entre los coherederos dando a cada uno lo que les corresponde según el testamento o la ley.

La partición presupone pluralidad de coherederos en este caso no siempre la herencia es objeto de división por que se puede evitar partición enajenando la herencia a un tercero o a uno de los coherederos, o aportando cada socio lo suyo a una sociedad.

Naturaleza

Se piensa en la naturaleza de las operaciones divisorias que se han de llevar a cabo para convertir las cuotas abstractas y genéricas en titularidades concretas sobre bienes determinados en la herencia.

Tradicionalmente se han contrapuestos dos tesis:

- La que sostiene la naturaleza traslativa de la partición en cuanto se considera que cuando se verifica la partición se produce una transmisión de la parte que cada coheredero tiene sobre un bien el coheredero al que se adjudica ese bien en el que se concentra la titularidad del bien.
- La que atribuye naturaleza declarativa a la partición al entender que cuando se hace, se declara una situación existente desde la muerte del causante. Se retrotraen las titularidades singulares al momento del fallecimiento del causante.

Cuando procede la partición: el derecho a la división y sus limitaciones

Según la tradición romana, el Cc considera que la comunidad hereditaria es una situación transitoria, inestable, en la medida en que suele ser fuente de conflictos, por eso es situación no deseada. Partiendo de aquí se atribuye la facultad de proveer su extinción mediante la partición a cada partícipe (1051Cc).

Cuando habla el Cc de sociedad se refiere a la sociedad civil.

Administrar la facultad de pedir la partición es imprescriptible (1.965). Aunque esta acción es imprescriptible no impide que puedan prescribir determinadas acciones en beneficio de bienes de la herencia. Tampoco impide que se pueda usucapir bienes de la herencia.

Limitaciones

- La prohibición del testador: este puede prohibir la partición, siempre se puede pedir por causas de extinción de sociedad, la doctrina entiende se aplica por analogía del 400 Cc. El testador sólo podría impedir la partición durante 10 años. Hay otros autores que dicen que el 1.051 no hace limitación temporal, así el testador puede imponer indivisión por tiempo indefinido.
- El convenio de indivisión por los coherederos, cuando así lo pacten, su posibilidad se funda en el art. 1.255 y administrar también se puede fundar en el 1.052.
- El caso de suspensión de indivisión que tiene lugar por imposibilidad de practicarla mientras no se resuelva determinada situación de incertidumbre (966) supuestos de nasciturus. También cuando existe pleito de filiación abintestado en que una parte es heredera del causante.
- Art. 1.082 Cc También 782 de nueva LEC.

Legitimación y capacidad para la partición

Art. 1052: libre administración y disposición de bienes: capacidad plena.

- Están legitimados los herederos abintestato y legitimarios. También fiduciario fideicomisario, y el instituido bajo condición resolutoria. En cuanto a herederos sujetos a condición suspensiva: 1054 no pueden pedirlo hasta que no se cumpla, pero pueden pedirlos los otros coherederos.
- Conforme al 1.055 si antes de partir la herencia un coheredero dejando junto o más, bastará que uno la pida. Pero todos los que intervengan como herederos deberán comparecer bajo una sola representación.
- Pueden también pedir partición los legatarios de parte alícuota (1038 Cc y en el 782 Cc.)
- No puede pedir la partición el coheredero que ha enajenado su cuota, pero sí puede pedirla el

adquirente.

- Los acreedores que conforme al art. 1.001 hayan aceptado herencia a nombre del deudor pueden pedir la partición en cuanto se subrogan en su situación, siempre dentro del límite de sus créditos.
- Los restantes acreedores de un coheredero, entiende cierta doctrina que pueden pedir partición sobre base de 1.111 Cc porque no hay razón para limitar su derecho al embargo de la cuota. Y una vez incoada partición (1.083 Cc y también el 782.5 LEC)

Legitimación pasiva

La petición de partición ha de dirigirse contra todos los partícipes (herederos y legatarios de parte alícuota) se ha de tener en cuenta el art. 1080 Cc.

Capacidad para partición

Se pide capacidad plena.

Observaciones:

- Procede el nombramiento de defensor judicial en el caso de tener ambos padres un interés contrapuesto al de los hijos, pero si el conflicto es sólo con un progenitor, será el otro el que represente al menor (163).
- Cuando se trate de menor o incapacitado sometido a tutela (272) aunque no es necesaria autorización judicial una vez realizada si que requiere la partición aprobación judicial, no rige el 1060.
- El menor emancipado puede pedir por si mismo la partición pero con consentimiento de sus padres o curador (art. 323 en relación con el 1052)
- El 1053 que cualquier cónyuge puede pedir partición de herencia sin consentimiento del otro.

Objeto

Es adjudicar los bienes de la herencia a los herederos tras realizar una serie de operaciones, que son:

- Determinar cuales son los bienes de la herencia, mediante elaboración de inventario.
- Proceder a su valoración o avalúo.
- Proceder a hacer liquidación: normalmente vender bienes de herencia para pagar deudas de ésta.
- Hacer lotes con los bienes de la herencia y adjudicarlos.

Forma

Depende de la clase de partición de que se trate.

- Clases de partición

Partición judicial

Se hace en la forma prevista en la nueva LEC (782 y ss.) siempre que el testador no haya dispuesto nada y si los herederos no se ponen de acuerdo en el modo de hacer la partición, en concreto lo dicha el 1059 Cc rigen los tramites dispuestos en la LEC.

La partición es judicial porque se tratan todas las operaciones ante el juzgado, pero la tramitación del procedimiento del 782 y ss. Según juicio verbal o que una vez acabado el procedimiento un coheredero puede interponer el juicio declarativo que corresponda.

Partición por árbitro

En la práctica se hace de forma poco frecuente. El procedimiento está en ley de 5 de diciembre de 1988 la 36/88 y caben dos posibilidades:

- Que todos los interesados celebren el convenio arbitral.
- Que lo haya previsto el testador (art. 7 de la Ley 36/88) no puede partirse de esta forma herencia cuando hay legitimarios.

Artículo 7 de la Ley 36/1.988 sobre Régimen Jurídico del Arbitraje:

Excepcionalmente, será válido el arbitraje instituido por la sola voluntad del testador que lo establezca para solucionar las diferencias que puedan surgir entre herederos no forzosos o legatarios para cuestiones relativas a la distribución o administración de la herencia.

La partición contractual: régimen jurídico (art.1058Cc)

- Ha de proceder los herederos de común acuerdo (unanimidad) El legislador para evitar los inconvenientes del principio de unanimidad en el 2º párrafo del 1057 establece posibilidad de que alguno de los herederos consigan que el juez nombre un contador partidor dativo (nombrado por el juez) que haya la partición con aprobación judicial
- La partición hecha por coherederos es contrato plurilateral para el cual los herederos ha de tener capacidad para realizar la partición. Si tiene capacidad y unanimidad entiende la doctrina que los herederos pueden prescindir de las disposiciones del testamento, cabe concurrir en la partición mediante representante.
- La forma sigue la regla de libertad de forma, documento público o privado o verbalmente. En la practica es más habitual el privado porque previa o simultáneamente ya se ha entregado los bienes que corresponden a cada heredero.

La partición hecha por el testador

El fundamento de la partición se puede hacer:

- Porque el testador conoce la utilidad de sus bienes y a qué heredero le puede ser más útil adjudicarle unos bienes u otros.
- Porque así se evita conflictos o entrar en litigios; se contempla esta posibilidad en 1.056 Cc

Requisitos

- Se requiere testamento previo, simultáneo o ulterior, aprecia la jurisprudencia que se indique herederos y cuotas.
- El testador ha de tener la capacidad para testar porque es un acto mortis causa, produce efectos después del fallecimiento.
- La partición la ha de hacer entre sus herederos testamentarios si lo hace con posterioridad caben dos posibilidades:
 - Que lo haga favoreciendo a herederos distintos de los legalmente instituidos (aquí ha hecho nuevo testamento)
 - Que haga la partición entre personas distintas a los instituidos primeros pero fuera de testamento, por ej. En un documento privado: esa partición se ha de considerar inexistente.

Forma

En testamento o fuera de él sin exigir forma determinada cabe posibilidad de documento público o privado o incluso verbalmente, que se haga por acto entre vivos (art.1.056 y art. 1.271 2º párrafo Cc).

Efectos

- Mediante partición de testador se distribuirán los bienes. Ahora bien, según el 1.075, como regla general, la partición hecha por el difunto no puede ser impugnada por causa de lesión. Excepcionalmente, salvo en los casos que perjudicase la legítima de herederos o se presume que otra la voluntad del testador.
- Efectos específicos: el testador no está obligado a respetar el principio de homogeneidad de las cuotas del 1.061 Cc.
- Sancho Rebullida entiende que el sucesor solo tiene que responder de las deudas en la misma proporción que la que representen los bienes adjudicados.
- Art. 1.056 aunque no es el lugar adecuado para ubicar la norma porque se refiere a legitimar, lo especial es que en principio la legítima se ha de pagar con bienes de la herencia.

La partición hecha por comisario

Art. 1057 1º Cc

Al que se le encomiende hacer partición se llama contador partidor o comisario

Caracteres del cargo

- Es personalísimo. No susceptible de delegación salvo autorización expresa del testador, entiende la DGRN que en ciertos casos puede ser auxiliado por personas que sean perito en la materia.
- Se trata de un cargo voluntario y temporal la DGRN también ha entendido que se rige por las normas del albaceazgo.
- Por aplicación del art. 908 es un cargo gratuito salvo que el testador le haya señalado alguna remuneración. Aún en el caso que no se haya señalado remuneración atiende la jurisprudencia que si el contador partidor ha sido nombrado como tal por su pericia, profesión entonces pueden exigir una remuneración por constituir su ocupación habitual.
- Art. 1057 Cc el nombramiento puede ser hecho por acto inter vivos o mortis causa. Ahora bien sea como fuere ha de resultar indubitado sin lugar a dudar que el nombramiento lo hizo el testador. Ahora bien como se trata de acto que surte efectos después de muerto el testador la doctrina entiende que es revocable
- No puede ser contador partidor el coheredero por este no tendrá la objetividad e imparcialidad. Tampoco lo puede ser el legatario de parte alicuota. El notario autorizante del testamento puede ser contador partidos

Alcance de sus facultades

Con carácter general misión de realizar operaciones particionales de la herencia, y en particular el contador partidor puede primero hacer la liquidación de la sociedad de gananciales, si el testador que encomendó la realización de la partición estaba casado en este régimen:

- Hay que liquidar este régimen. Puede hacerse entre el contador partidor y cónyuge viudo.
- Como el contador lleva partición entre sus facultades este ha de interpretar testamento y se ha de hacer conforme a voluntad del causante, pero respetando normas imperativas y subsanando los defectos u omisiones del testador de acuerdo con la ley.

- Está obligado a preparar los lotes para repartir entre herederos conforme al art. 1061 de forma que serán homogéneos, si la heterogeneidad de los lotes no obedece a normas objetivas previstas en el art. 1.062 Cc entonces el carácter partidario se excede de sus atribuciones. El art. 1061 dice igualdad y el 1.062 si es indivisible los lotes no van a ser homogéneos.
- El contador puede reducir legados determinar el carácter colacionables de las donaciones y fijar las legítimas.
- Conforme el art. 1.057.3º cuando alguno de los coherederos este sentido a principio de tutela o curatela, el contador ha de administrar los bienes con atención de representantes legales o curador.
- En cuanto a forma de hacer partición, 1.057 no se exige forma específica: principio libre forma como según art. 80 del Reglamento Hipotecario: para obtener la inscripción de la adjudicación de bienes hereditarios o cuotas indivisas se deberá presentar en el registro escritura de partición o acto de protocolización del testamento. El contador partidario debe observar esta forma si cualquiera de los coherederos lo pide.
- El plazo para cumplir encargo entiende la doctrina que es el señalado por el testador y a falta de previsión expresa, y éste es el de los arts. 904 y 906 las rectificaciones tienen que hacerse dentro del plazo que dice el testador o el de normas de los arts. Anteriores. Si se hace fuera de plazo es nulo de pleno derecho.
- Las operaciones particionales típicas: diferentes operaciones.
 - De inventario
 - De avalúo
 - De colación
 - Objeción de liquidación
 - Objeción de formación de lotes
 - Adjudicación

Determinación de las cuotas hereditarias.

Dentro de ellas están las operaciones de obtener inventario para partir:

- Se ha de conocer los bienes partibles, enumeración de bienes y ---1--- para que se puedan identificar.
- Objeción avalúo: es tasar o valora cada uno de los bienes que se hallen en el inventario mediante la valoración se hace conforme a valor de mercado, ahora se acoge a uno u otro el criterio ha de ser uniforme.
- Colación: es fase específica tiene lugar cuando hay más de un legitimario.
- Objeción: liquidación: dentro de ella se comprende la liquidación que consiste en establecer las deudas hereditaria para dese -----2----- del activo ----3---- deberá que tener en cuenta las deudas propias del difunto y los gastos de la partición, sobre este art. 1.064 Cc. Dentro la liquidación también lo previsto en el art. 1.063 Cc.
- Después de liquidación: formación de lotes las reglas señaladas sobre esto son:
 - Como ya se sabe el activo neto: hay que darle valoración a las cuotas por eje. Valor de 3 millones.
 - Que los lotes se ha de hacer con homogeneidad de la forma más razonable.
 - Art. 1.062 Cc: Cuando una cosa sea indivisible o desmerezca mucho por su división, podrá adjudicarse a uno, a calidad de abonar a los otros el exceso en dinero.

Pero bastará que uno sólo de los herederos pida su venta en pública subasta, y con admisión de licitadores extraños, para que así se haga.

Adjudicación de bienes y entrega de títulos.

Consiste en atribuir los lotes a los coherederos y entregar los títulos que justifiquen su adquisición. Hay que tener presente los arts. 1065 y 1.066.

1.065: *Los títulos de adquisición o pertenencia serán entregados al coheredero adjudicatario de la finca o fincas a que se refieran.*

1.066: *Cuando el mismo título comprenda varias fincas adjudicadas a diversos coherederos, o una sólo que se haya dividido entre dos o más, el título quedará en poder del mayor interesado en la finca o fincas, y se facilitarán a los otros copias fehacientes, a costa del caudal hereditario. Si el interés fuere igual, el título se entregará, a falta de acuerdo, a quien por suerte corresponda.*

Siendo original, aquel en cuyo poder que deberá también exhibirlo a los demás interesados cuando lo pidieren.

- La colación: concepto y fundamento.

Operación particional que tienen lugar cuando a la herencia concurren más de un heredero forzoso (art. 1.035: *El heredero forzoso que concurra, con otros que también lo sean, a una sucesión, deberá traer a la masa hereditaria los bienes o valores que hubiese recibido del causante de la herencia, en vida de éste, por dote, donación y otro título lucrativo, para computarlo en la regulación de las legítimas y en la cuenta de partición.*)

Su fundamento se encuentra en la idea que lo donado a un descendiente forzoso no es más que un anticipo de su herencia y se ha de computar al hacer la partición.

La jurisprudencia ha apuntado que la colación se basa en criterios de equidad tendentes a evitar desigualdades en la distribución de la herencia, pero no es una institución de carácter necesario.

Art. 1.036: *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.*

Sujetos

- Está obligado a colación quien sea heredero, quien ha aceptado la herencia.
- Ha de tratarse de un legitimario.
- Para que haya colación es preciso que concurren a la sucesión varios legitimarios.
- No se colacionan las donaciones hechas por el causante a familiares próximos del legitimario, sólo las que se hacen al propio legitimario (art. 1.039 y 1.040)
- Si deben colacionarse las donaciones hechas al representado. Cuando entre en juego derecho de representación los nietos han de colacionar lo que el padre hubiera colacionado de su abuelo, art. 1.038 Cc:

Cuando los nietos sucedan al abuelo en representación del padre, concurriendo con sus tíos o primos, colacionarán todo lo que debiera colacionar el padre si viviera, aunque no lo hayan heredado.

También colacionarán lo que hubiesen recibido del causante de la herencia durante la vida de éste, a menos que el testador hubiese dispuesto lo contrario, en cuyo caso deberá respetarse su voluntad si no perjudicare a la legítima de los coherederos.

En el 2º párrafo cae el fundamento de la colación. Si recibe donación es porque no son legitimarios, lo es su padre.

Valles Goytisolo entiende que los nietos han de colacionar lo que han recibido del abuelo cuando su padre ya falleció, porque entienden que ellos ocupan el lugar del padre como legitimario.

La mayoría de la doctrina acepta esta interpretación.

Objeto de la colación

El art. 1.035 Cc habla de dote donación, u otro título lucrativo.

En principio son colacionables las liberalidades hechas inter vivos, en cuanto a los hechos mortis causa (1.037).

Distinguir atribuciones colacionables y no colacionables.

Las colacionables lo son las gratuitas hechas de cualquier forma y en cualquier época y también los encubiertos o disimulados, autores consideran que es indiferente que la donación sea válida o no.

Se plantea:

- Si también son colacionables los regalos de boda (joyas o vestidos). La Cruz entiende que sí, por que son liberalidades. Otros autores consideran lo contrario ya que según el 1044 Cc: *Los regalos de boda, consistentes en joyas, vestidos y equipos, no se reducirán como inoficiosos sino en la parte que excedan en un décimo o más de la cantidad disponible por testamento.* Es decir si excede de 1/3 de libre disposición, si no supera la 1/10 parte no pasa nada, si excede se tendrá que reducir Valles de Goytisolo considera que el anterior art. hay una dispensa por lo que no hay colación de los regalos de boda en cuanto no excedan de 1/10 parte de la cantidad disponible por testamento.
- Ha de reducir por inoficiosas las donaciones por el mismo montante. Si dono parte de las legítimas a terceros de libre disposición si excede de 1/10 ha de colacionar, sino no.

Ejemplo: Herencia de 3.000.000 ptas. se puede disponer de cada millón 200.000 ptas. y a éstas se han de reducir 100.000 ptas. (1/10 parte de 1 millón)

- Una regla particular es la del art. 1.043: *Serán colacionables las cantidades satisfechas por el padre para redimir a sus hijos de la suerte de soldado, pagar sus deudas, conseguirles un título de honor y otros gastos análogos.* Son títulos de liberalidad.
- Otra regla específica es la comprendida en el art. 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 sólo se colacionará en su herencia.*

Atribuciones no colacionables

Algunas que aunque pueden calificarse como no onerosas (gratuitas) porque falta prestación corresponde sin embargo, no son colacionables por la finalidad que se persigue.

- 1.041: *No estarán sujetos a colación los gastos de alimentos, educación, curación de enfermedades, aunque sean extraordinarias, aprendizaje, equipo ordinario, ni los regalos de costumbre.*
- 1.042: *No se traerán a colación, sino cuando el padre lo disponga o perjudiquen a la legítima, los gastos que éste hubiere hecho para dar a sus hijos una carrera profesional o artística; pero cuando proceda*

colacionarlos, se rebajará de ellos lo que el hijo habría gastado viviendo en la casa y compañía de sus padres.

- No son colacionables las donaciones remuneratorias que son las que se hacen como expresión de agradecimiento por servicios prestados o por haber hecho alguna cosa.

Práctica.

Se pueden seguir dos sistemas:

- **Colación in natura:** consiste en aportar materialmente a la herencia los mismos bienes que fueron donados.
- **Colación por imputación:** consiste en tomar en consideración el valor d lo donado para adicionarlo contablemente al activo y repartir.

A pesar de que el 1.035 utiliza la expresión deberá traer a la masa, el 1.045 dice que en nuestro Ordenamiento jurídico se sigue sistemas de colación por imputación, pero si todos están de acuerdo se puede hacer la in natura.

Cuestiones que plantea la practica de la colación:

- Se tienen que valorar los bienes según el estado físico en que se encuentran cuando s hizo la donación pero por lo que valdrán en la actualidad (se tiene en cuenta la inflación monetaria).
- Los frutos de los bienes colacionables: según el art. 1.049: *El donatario tomará de menos en la masa hereditaria tanto como ya hubiese recibido, percibiendo sus coherederos el equivalente, en cuanto sea posible, en bienes de la misma naturaleza, especie y calidad.*
- Efectos generales de la partición.

Una vez realizada la partición hereditaria se producen los siguientes efectos básicos:

- Extinción de la comunidad hereditaria y la transformación de la cuota abstracta de cada heredero en titularidades concretas sobre bienes determinados (1.068).
- La partición genera la obligación de saneamiento entre los coherederos:
- Fijarnos en obligaciones entre coherederos según el 1.069 quiere decir que hecha la partición los coherederos están obligados a evicción y saneamiento de los bienes.

Se discute si administrativamente deben los coherederos responder por vicios ocultos inclinándose la mayoría de la doctrina por que responden de las dos cosas.

Excepción a obligar de sanear:1070:

1. Cuando el mismo testador hubiese hecho la partición, a no ser que aparezca, o racionalmente se presuma, haber querido lo contrario, y salva siempre la legítima.

2. Cuando se hubiese pactado expresamente al hacer la partición.

3. Cuando la evicción proceda de causa posterior a la partición, o fuere ocasionada por culpa del adjudicatario.

- Su negligencia en la defensa del derecho del reivindicado o demandado, en concreto si no hizo la notificación de la demandada a los coherederos como prevee los arts. 1.481 y 1.482.
- Cuando no hace uso de las pruebas que tiene a su disposición para defenderse, régimen de la

obligación de saneamiento, esto no está regulado con carácter general sino que la alusión que se hace es presuponiendo una remisión implícita a las normas de la compraventa. Sí que se fijan el legislador en como repercute la obligación de indemnización al perjudicado respecto de cada heredero (1.071). Rige el principio de mancomunidad pero en caso de insolvencia de un coheredero existe salida, por esa cobertura de la insolvencia.

El legislador parece que se remite a normas de puente, pero estas normas sólo se pueden aplicar a partición mediante una conveniente interpretación. Art. 1478 Cc:

Cuando se haya estipulado el saneamiento o cuando nada se haya pactado sobre este punto, si la evicción se ha realizado, tendrá el comprador derecho a exigir del vendedor:

- *La restitución del precio que tuviere la cosa vendida al tiempo de la evicción, ya sea mayor o menor que el de la venta.*
- *Los frutos o rendimientos, si se le hubiere condenado a entregarlos al que le haya vencido en juicio.*
- *Las costas del pleito que haya motivado la evicción, y en su caso, las del seguido con el vendedor para el saneamiento.*
- *Los gastos del contrato, si los hubiese pagado el comprador.*
- *Los daños e intereses y los gastos voluntarios o de puro recreo u ornato, si se vendió de mala fe.*

En partición puede haber adjudicación de mala fe, en este caso ha de responder de estos gastos bienes el coheredero que conocía el vicio, si la partición tiene lugar entre los coherederos, si ante contador partidor, ha de responde esto, y si la hizo el testador no se puede reclamar nada a nadie.

Régimen de obligación de saneamiento por vicios ocultos

En el art. 1.486 se dice que el comprador puede optar por desistir o reducir el precio.

En partición se llega a conclusión que el coheredero que recibe bien con vicio oculto sólo tiene derecho a recibir lo que vale el bien que se le adjudicó.

Saneamiento en caso de adjudicación de créditos

Art. 1.072 este artículo distingue según el crédito se adjudique como cobrables o incobrables. Si no se hace calificación se considera que son cobrables.

- **Cobrables:** los coherederos responden al adjudicatario según el 1.072 de la insolvencia del deudor al tiempo de hacerse la partición pero no responde de la insolvencia posterior del deudor.
- **Incobrables:** no hay ningún tipo de responsabilidad pero si el coheredero adjudicatario cobra en todo o en parte ese crédito entonces se distribuirá lo percibido proporcionalmente entre los herederos.

En este supuestos entienden autores que hay un simple cargo de gestión de cobro. El art. 1.072 sólo se resuelve problemas de las bonitas nominis o garantía de la solvencia del deudor, pero no dice nada sobre qué sucede en cuanto a la existencia del crédito o veritas nominis.

Como no hay norma en estos casos la doctrina que haya que aplicar las reglas de saneamiento por vicios ocultos.

Efectos de la partición relativos a terceros interesados.

Por aplicación analógica del 405 se entiende que la partición no modifican los derechos existentes con anterioridad a la misma a favor de terceros sobre los bienes hereditarios.

- Invalidez e ineficacia de la partición: supuestos.

Arts. 1.073 a 1081 Cc Trata de la rescisión de la partición. Esta normativa es de una parte confusa porque dentro de esta sección se contemplan actos de supuestos de rescisión, supuestos de invalidez y de otra parte esta incompleta por que silencia el régimen de posible impugnación por causas de nulidad absoluta o relativa. (anulabilidad) Pero no cave deducir que en materia de partición se excluye nulidad absoluta y anulabilidad.

Por aplicación de la doctrina del negocio jurídico cabe distinguir las siguientes categorías de invalidez:

- Nulidad absoluta:
 - Por falta de algún presupuesto esencial, como fallecimiento de causante.
 - Por falta de elemento esencial del negocio jurídico (se hace entre coherederos y falta de consentimiento de uno de ellos.)
 - Cuando la partición se lleva acabo en contra de lo previsto en la ley por ejemplo el partidor no puede ser uno de los coherederos.
- Anulabilidad: puede ser por:
 - Por falta de Capacidad de uno de los coherederos
 - Por vicio del consentimiento
- Rescisión: según las normas del 1.073 nos remite al 1.290 y 1.291
- Por lesión: art. 1.074 a 1.078)

Partición hecha con heredero aparente.

Art. 1.081 Cc: *La partición hecha con uno a quien se creyó heredero sin serlo, será nula.* La doctrina entiende que esta partición es inválida y nula de pleno derecho.

Rescisión de la partición: presupuestos y efectos.

- Es que la lesión tenga una entidad importante que sea de más de $\frac{1}{4}$ parte (1.074 Cc) No dice el Cc cual es el procedimiento para el cálculo de la lesión, parece que se ha de hacer con arreglo a 2 parámetros que son el valor real de la cuota del coheredero y otro es el valor real del caudal relicto.
- Que la lesión o el perjuicio sea actual y efectivo no simplemente probable.
- Que la acción sea ejercitada por quién ha sufrido económicamente el perjuicio y ha de disminuirse contra todos los partícipes pasa a lo previsto en el 1.077.2ª
- Se ha de ejercitar dentro de los 4 años contados desde que se hizo la partición (caducidad)

Efectos

Según el 1.077 se concede al heredero demandado la posibilidad de optar entre indemnizar el daño o comentar que se proceda a nueva partición. 1.077 2º párrafo: las indemnizaciones puede hacerse en numerario o en la misma cosa en que se puede ejercitar en ejecución de sentencia, y el 1.077.3º Si se procede a nueva partición, no alcanzará ésta a los que no hayan sido perjudicados ni percibido más de lo justo.

Irregularidades de la partición.

Adición

Art.1.079 Cc: *La omisión de alguno o algunos objetos de valores de la herencia no da lugar a que se rescinda la partición por lesión, sino a que ese complete o adicione con los objetos o valores omitidos.*

Piensa en el caso en que algunos bienes no se hayan tenido en cuenta al hacer la partición, y se han de añadir a lo que ya se partió.

Modificación de la partición

Art. 1.080 Cc:

- **Cuando se haga la partición de buena fe sin tener en cuenta a alguno de los herederos (habla de preterición) sin que interesa uno de los coherederos. Que se omita a un heredero de buena fe por si ignoraba que existía.**
- **Cuando se haga partición omitiendo a uno de los herederos intencionadamente.**

En el primer supuesto no se rescinde la partición pero los coherederos que interviene han de pagar al pretérito la parte que les corresponda. Si la omisión es de buena fe si la omisión es de mala fe se rescindiré la partición (1.080)

LA SUCESIÓN VOLUNTARIA

TEMA 6. EL TESTAMENTO

1. Formas de vocación hereditaria.

Hay vocación voluntaria y la legal o ab intestato (ésta entra en juego en defecto de la voluntaria (658 Cc.)

La sucesión voluntaria y sus manifestaciones

En Cc. se piensa en testamento, pero también puede tener lugar mediante testamento o mediante contrato sucesorio. Lo que sucede es que en el Cc el contrato sucesorio es excepción (1.271.2º Cc)

A pesar de esta orientación contraria en la sucesión contractual, se admiten en algunos supuestos en el Cc la sucesión voluntaria mediante contrato sucesorio 826 y 827 Cc en materia de mejora y el 1.341.2º en donaciones por razón de matrimonio.

El negocio mortis causa: concepto y clases.

Es aquel cuyos efectos se producen después de la muerte de la persona que por dispone de sus bienes.

Clases

1. Testamento

2. Contrato sucesorio

3. Donación mortis causa (art. 620 Cc.)

2. El testamento: concepto y antecedentes.

Según el art. 667 Cc se contempla una definición incompleta por falta de caracteres.

Antecedentes

El testamento tal como está regulado en Cc no se identifica con el testamento del Dº romano porque en éste lo característico era el ser un negocio jurídico en el que se contempla la institución de heredero (sino se instituye heredero el testamento no era válido). Esa característica del Derecho romano sólo ha subsistido en Catalunya y Baleares, en el resto no se exige para validar el testamento que se instituya un heredero.

En las partidas sí se exigía la institución de heredero, pero a partir del Ordenamiento de Alcalá ese requisito se suprimió.

Caracteres

- Es un acto de contenido fundamentalmente patrimonial, aunque es posible que contenga otras cláusulas que no sean patrimoniales como por ejemplo el reconocimiento de hijos (120 Cc y poner en relación con el 721 Cc.)
- En un Negocio jurídico unilateral porque es una declaración de voluntad del causante es eficaz, es su voluntad, es recepticia, por la sola aceptación por parte de los beneficiarios sólo se requiere para la efectiva adquisición de los derechos pero no para la eficacia de la declaración testamentaria. La aceptación es independiente.
- El testamento es unipersonal, significa que se ha de realizar por una sola persona, este requisito comporta la prohibición de realizar testamento mancomunado (669) Tampoco se admite el contrato sucesorio. El fin de que sea unipersonal es de garantizar la absoluta independencia en la formación de la voluntad.
- Es un acto personalísimo (670 Cc) como regla general
- Es negocio jurídico formal y solemne (687)
- Es esencialmente revocable (737)
- En un negocio jurídico gratuito no presupone una contraprestación similar o equivalente.
- En un negocio jurídico por causa de muerte y produce sus efectos después de la muerte de la persona.

Estructura y contenido.

Distinguir entre contenido normal del testamento de lo que es el contenido más infrecuente.

Declaraciones principales

Las declaraciones normales: Declaraciones Instrumentales

Declaraciones Accesorias

- **Declaraciones Principales: se distingue entre institución de heredero legado y carga modal**
- Declaraciones Instrumentales y accesorias, están el nombramiento de contador/partidor y albaceas

Las declaraciones de contenido no frecuente son:

- Declaraciones típicas: previstas en la ley, como por ejemplo la rehabilitación del indigno o reconocimiento de hijos.
- Otras no previstas en la ley, como por ejemplo disposiciones del testador sobre sus funerales o el destino de su correspondencia personal.

Dentro del contenido, la doctrina ha discutido si es posible que exista testamento con disposiciones extrapatrimoniales. Art. 667 habla de bienes. Observaciones:

- Cabe un testamento con contenido no patrimonial pero sólo como título formal, es decir, como documento apto para contener la disposición no patrimonial de la que se trate, Es por ejemplo el reconocimiento de hijos hecho en testamento.
- No cabe un testamento en sentido material con contenido no patrimonial porque en ese caso se tiene que abrir la sucesión intestada según el 912 Cc.

Clases de testamentos: Arts. 676 y ss del Cc

OLOGRAFO

COMUNES ABIERTO

NOTARIALES

CERRADO

TESTAMENTOS

MILITAR

ESPECIALES MARÍTIMO

ESPAÑOL EN PAÍS EXTRANJERO

Ológrafo: se realiza de propio puño y letra, pero se exigen dos formalidades: cuando sea abierto se ha de realizar ante notario y se entera del contenido y si es cerrado el testador no revela su voluntad ni el notario se entera, sólo da fe del contenido en el sobre, y del otorgamiento.

- **Capacidad para otorgar testamento.**

Art. 662 Cc: todos a los que la ley no se lo prohíbe.

Art. 663 Cc: Incapaces son los menores de 14 años y el que habitualmente no está en su juicio. Si se hace testamento éste puede ser revocable, y al ser un negocio jurídico mortis causa no puede causar daño al que lo otorga, porque los efectos se producen después de su muerte. Respecto del testamento ológrafo la excepción del art. 678 sólo puede otorgarse por personas mayores de edad, es porque no interviene notario, no hay tanta solemnidad del acto.

Causas generales de incapacidad.

La edad del testador, según el Cc ha de tener capacidad suficiente para saber lo que hace y querer lo que hace. El legislador, en art. 663.2 emplea una expresión muy amplia, y que puede abarcar muchos supuestos, entiende la doctrina que basta con que la persona no esté en su cabal juicio y pueda ser enajenación mental y también otras causas, embriaguez, narcóticos, influencia hipnótica. Lógico es entender que no sólo las incapacidades en virtud de sentencia firme no pueden testar sino que es más amplio. El art. 663 no exige declaración de incapacidad.

Apreciación de la capacidad

El art. 666 se entenderá el estado en que esté cuando otorgue testamento, por eso el 664 establece que el testamento

Hecho antes de enajenación mental es válido, Si se quiere impugnar se ha de demostrar que era incapaz, El juicio sobre la capacidad del testador en testamento notarial la hace notario. Art. 696 final y 707.4

En otros testamentos basta el juicio que hagan los testigos pero se trata de testamentos otorgados en circunstancias extraordinarias. La fe notarial respecto de capacidad del testador comporta una presunción iuris tantum de capacidad presumida que quede ser destruido mediante prueba en contrario.

Prohibiciones de otorgar testamento

Igual que las prohibiciones de suceder Lección 2 epígrafe 6; arts. 752 a 754 Cc

El testamento del enfermo mental incapacitado

Art. 665 si hay sentencia de incapacidad haya que estar a lo que se expone en ella, sino se dice nada, el incapaz puede otorgar testamento observando los requisitos del art. Anterior, designar 2 facultativos que reconozcan al que quiere testar y el notario autorizando o no otorgamiento de testamento.

• Reglas formales de los testamentos

Justificación de que existen reglas formales en el testamento en cuanto es un negocio jurídico solemne.

- Las formalidades se pretende garantizar la autenticidad de la declaración del testamento y evitar fraudes. Con esto queda constancia indubitada de la declaración.
- La publicidad del otorgamiento garantiza la ausencia de vicios en la emisión de voluntad y que el testado tiene capacidad (en los materiales no en el ológrafo)
- Psicológicamente tener que observar solemnidad impide impremeditación y ligereza a la hora de otorgar testamento.

Sanción a la inobservancia de formalidades

Como regla general es la nulidad absoluta de testamento (art. 687 Cc) ha matizado esto el TS, en sentido que no puede invocar la nulidad de testamento quien ha prestado su conformidad a la disposición testamentaria y la ha cumplido.

Intervención de notario

Dentro de normas de Cc no se regulan las relativas a figura de Notario pero se puede generalizar lo del 694.1 al hablar de testamento abierto, como requerimiento general en testamento notarial ha de ser ante notario hábil para actuar en el lugar del otorgamiento.

Los testigos

Es habitual que el testamento se otorgue en presencia de testigos. Estos no realizan una función probatoria ni autorizativa, porque esto lo hace el notario.

Los testigos son más bien instrumentos de publicidad, en cuanto a presencia del otorgamiento de testamento. Es especialmente útil la presencia de testigos para aquellos que sólo se otorgan ante ellos, en éstos casos si ejercen una función probatoria.

Los testigos han de ser idóneos o hábiles han de tener determinada capacidad, no han de concurrir en ellos las circunstancias del 681 y 682.

Para que se les califique como inhábiles estas incapacidades han de concurrir al tiempo del otorgamiento del testamento. (683)

Identificación del testador

Ha de quedar claro en el testamento quien es el testador, dos supuestos:

- Ante notario: art.685 se prevén los siguientes medios de identificación del testador:
 - que el notario conozca al testador
 - con 2 testigos que conozca al testador y al notario.
 - Mediante documentos expedidos por autoridades públicas (DNI)
 - Cuando no se puede identificar al testador: el notario ha de declarar esta circunstancia y si el testamento es impugnado por ese motivo corresponde al que sostiene la validez del testamento demostrar que realmente el testador es la persona que lo otorgó.
- Testamento no ante notario: 685 son los casos de los arts. 700 y 701: son dos formas testamentarias excepcionales del testimonio abierto porque se hace exclusivamente ante testigos.

Sobre estos en estos casos los testigos tienen obligación de conocer al testador ya que es testamento abierto excepcional. Esto es lo mínimo que se exige.

TEMA 7. FORMAS DE TESTAMENTO

• TESTAMENTO

ABIERTO

Capacidad

Es capaz cualquier persona que tenga pleno uso de sus facultades, aunque no sepa leer, sea enteramente sordo o ciego. En estos supuestos se ha de observar las formalidades adicionales previstas en el Cc por ejemplo la presencia de testigos.

Formalidades

En nuestro Ordenamiento jurídico la mayor parte de testamento se otorgan ante notario y se trata de testamento abierto, cuando se contemplan las siguientes formalidades:

- Se habían de otorgar ante notario hasta la aprobación de la reforma del Cc por ley de 30/91 de 20 de diciembre, exige la concurrencia de notario y tres testigos idóneos, esto de testigos fue muy criticado porque parecía que se ponía en duda el buen hacer de los notarios. Así que se suprimió este requisito. En la actualidad, como regla general, el testamento abierto se otorga sólo ante notario salvo en los supuesto que deban concurrir dos testigos idóneos (697), otras personas (698) o si se trata de una forma de testamento abierto excepcional.
- Preparación y redacción, ésta compete al notario siguiendo lo que quiere el testador (695). Lo normal es que se haga una primera visita al notario, o que se presente un escrito con asesoramiento de abogado o no, en este caso lo redacta el notario.

Es importante la intervención de notario, en el art. 705 se dice que declarado nulo

Porque eso el notario ha de tener cuidado.

- **Otorgamiento de testamento abierto: una vez preparado el testamento el otorgamiento es la lectura del mismo, bien por el propio otorgante o por el notario en presencia del testador.**

Si existe conformidad entre la redacción que ha dado el notario y la voluntad del testador una vez firmado el mismo se considera otorgado (695) Es importante que se exprese lugar, día, mes y año del otorgamiento por que la capacidad del testador hay que determinarla en base a esa fecha.

- Requisito de la unidad de acto según la ley 30/91 de 20 de diciembre al art. 699 CC todas las formalidades del 699 se hará en un solo acto sin interrupción. Desde aplicación de la ley el requisito es aplicable al otorgamiento del testamento propiamente dicho (lectura y firma) no alcanza a fase preparatoria.

Fundamento de este requisito la doctrina dice que se pretende evitar que ciertas interrupciones sean aprovechadas para alterar el texto del testamento o influencia al testador.

CERRADO

Art. 680 Cc, esta forma se regula en 706 a 715 Cc con detalle, pese a que su aplicación práctica es escasa.

Otorgamiento

Según el 706 Cc: el testamento cerrado ha de ser escrito, la preparación y redacción puede hacerse:

- Enteramente escrito de puño y letra del testador, basta con que al final lo firme.
- Puede ser escrito por el testador mediante cualquier medio mecánico o por otra persona a ruego del testador, en este caso el testador ha de firmar en todas las hojas y al pie del testamento
- Cuando el testador no sepa o no pueda firmar lo hará un testigo a su ruego dice el 706: el pie y en todas las hojas otra persona expresando la causa de la imposibilidad.

Sea cual sea la forma que se adapte es aplicable la regla que antes de firmar el testamento se salvarán las palabras enmendadas tachadas o escritas entre renglones (se ha de decir que vale la enmienda).

- Preparado y redactado el otorgamiento tiene lugar ante notario, y consiste en que éste extenderá encima de la cubierta o sobre que contenga el testamento la correspondiente acta de otorgamiento, se regulan las solemnidades que se ha de observar en otorgar el testamento cerrado en el art. 707 Cc. Necesaria la firma del testador y de otras personas, así como el día lugar, hora y mes. Dado que el procedimiento de redacción del otorgamiento de testamento cerrado requiere requisitos, en el art. 708 se establece que no pueden hacer testamento cerrado los ciegos, los que no sepan firmar o no puedan leer. Si pueden otorgar testamento los mudos o sordomudos que pueden escribir pero ha de observarse las formalidades adicionales del art. 709 Cc.

Apertura y protocolización

Una vez el notario ha autorizado el testamento cerrado y haya dejado constancia en el protocolo de una copia autorizada el acto de otorgamiento lo entregará al testador (710) Éste a su elección puede:

- **Conservarlo en su poder**
- **Encomendar su guarda y custodia a otra persona**

- Puede depositarlo en poder del Notario, autorizante (711)

En concreto sobre apertura y protocolización es cuando fallece el testador. El art. 714 establece que se observará lo que dice la LEC en el art. 1956 y ss., que consiste en incorporar el testamento en los registros del notario una serie de diligencias ante el juez con el fin de comprobar la autenticidad del testamento, art. 712 se prevé que el notario o la persona que tenga testamento cerrado la ha de presentar ante el juez competente cuando se entere del fallecimiento del testador. Si no lo verifica en 10 días es responsable por daños y perjuicios.

Nulidad y Conversión del testamento cerrado

Se puede realizar por el propio testador en este supuesto en el art. 715 se establece si el testamento cerrado es nulo por no haberse observado formalidades pertinentes puede ser válido como testamento ológrafo si todo él está escrito y firmado por el testador y reúne todos los requisitos del testamento ológrafo.

Testamento ológrafo: concepto

Es el que escribe el testador. Ológrafo proviene del griego y equivale a autógrafo, tiene relativa importancia práctica por las ventajas que tiene para el testador. Este testamento revocará todos los anteriores aún siendo notariales.

Inconvenientes: se ha destacado que se desaconsejable cuando no se tienen mínimos conocimientos jurídicos porque se corre el riesgo de no cumplir algún requisito.

También una vez fallecido el testador su pérdida o puede quedar en manos de algún sucesor, para evitar esto es aconsejable que la redacción de testamento ológrafo venga acompañada por acta notarial que refleje su otorgamiento y quede depositado en notario, acto que se anotará en el registro de actos de última voluntad.

Requisitos formales del testamento ológrafo

El legislador establece requisitos de capacidad y de forma.

Capacidad:

- Se exige la mayoría de edad (688) hay doctrina que considera también capacitado el emancipado, pero es discutible, y dudoso. Esta excepción a la regla se debe a:
- Que el legislador ha querido evitar que los menores pudieran llevar a cabo este tipo de testamento de forma inflexiva por falta de asesoramiento.
- La eventualidad relativamente frecuente de que los caracteres de la propia grafía no se encuentren del todo definidos.
- Autografía del testamento: Debe ser íntegramente autógrafo, ha de estar plasmado del puño y letra del testador (art. 688. 2). Esta exigencia excluye que el testamento ológrafo pueda realizarse por utilización de cualquier medio mecánico de reproducción (vídeo, cinta, máquina de escribir) De ahí se concluye que es requisito imprescindible que el testador deba saber escribir convencionalmente, caracteres alfabéticos de la lengua en la que se expresa. Es igual si se hacen faltas de ortografía.

La lengua de utilización art. 688.4 Cc:

Las extranjeras lo pueden hacer en su propio idioma es importante el art. 688.3 las palabras tachadas,

enmendadas o entre reglones han de ser salvadas por el testador y con su firma. Este requisito no es rígidamente interpretado por TS. Porque a veces ha entendido el TS que aunque existen tales correcciones sin salvar esto no determina nulidad de testamento si tales correcciones no varían de modo sustancial la voluntad del testador.

- Requisito formal, la fecha del testamento es necesaria porque con relación a ella se determina capacidad de testador, se exige la fecha con expresión del año, mes día en que se otorgue. La jurisprudencia ha considerado que también puede ser válido el testamento ológrafo si se identifica el día en que se otorgó testamento con referencia a una festividad, acontecimiento etc. la fecha también es indubitada y es buena.
- Firma o rúbrica del testador: es lógico que se exija porque sin ello lo escrito sólo se considera documento preparatorio o un borrador. En principio hay que entender que se exige firma y rúbrica habituales. Hay autores que dicen que ha de figurar en todas las hojas del testamento, pero parece que basta que se firme al final.

Hay que pensar que a veces determinadas personas utilizan una firma más sencilla de hacer, hay que apreciar este requisito de la firma según las personas a las que va dirigida. Para mayor seguridad vale más firmar con firma completa, para el TS se ha concentrado en casos que sólo había nombre y a veces ha aceptado el testamento ológrafo y otras no.

Protocolización

Una vez fallecido el testador antes de protocolización el documento ha de ser comprobado su autenticidad mediante la autoridad judicial, a través de testigos o cotejo pericial de letras. Arts. 689 a 692 Cc.

• TESTAMENTOS ESPECIALES

Testamento militar

Regulado según la tradición histórica teniendo en cuenta los eventos de vida militar.

- Requisitos generales: Para que se proceda al otorgamiento se ha de otorgar en tiempo de guerra y ha de haber situación en campaña, puede otorgarlo los militares según el art. 716 rehenes, prisioneros, voluntarios y demás individuos empleados en el ejército o que sirven al ejército.
- Formas del testamento:
 - Testamento abierto pero con especialidad que se puede otorgar ante oficial que tenga la categoría de capitán y dos testigos idóneos si está enfermo o herido ante capellán o facultativo.
 - Siempre será necesaria la presencia de 2 testigos idóneos.
 - Otra forma será el testamento cerrado ordinario, especialidad el autorizante es comisario de guerra (717).
 - En abierto extraordinario situación de batalla, asalto (720) y peligro de acción de guerra puede otorgarse testamento abierto de palabra ante dos testigos y sólo esto.
 - Mediante testamento cerrado extraordinario en esas mismas situaciones extraordinarias, se ha de otorgar ante el oficial que tenga categoría de capitán y ante 2 testigos (721) todos han de firmar acta de otorgamiento. Esta última tiene escasa aplicación práctica porque es difícil cumplir requisitos.

- Formalidades posteriores al otorgamiento de testamento militar.

Este testamento ha de remitirse al Ministro de defensa y se han de hacer llegar para que sigan trámites legales con el fin de que se eleve a escritura pública y se protocolicen en la forma prevista en la LEC (1943–1955).

Existe especialidad con respecto al abierto militar que se otorga de palabra y es que éste ha de ser formalizado personalmente por los testigos ante el auditor de guerra o funcionario de justicia que sigue al ejército, antes de ser remitido al ministro de defensa.

- La caducidad del testamento militar:

- Testamento Abierto ordinario: según el art. 716, 4 meses después que el testador haya dejado de estar en campaña.
- Testamento Abierto extraordinario: es ineficaz si el testado se salva del peligro en cuya consideración esto o aunque se salve si no se formaliza ante el auditor de guerra o funcionario de justicia.
- No caduca el testamento Cerrador ordinario.
- Se discute si caduca el testamento Cerrado extraordinario (721), porque aunque no se dice que conduce hay autores que reservan que si conduce el testamento Abierto en circunstancias extraordinarias por la misma razón caduca el testamento cerrado extraordinario. Hay que tener en cuenta el art. 743 dice que ya caducarán los testamentos solo en los casos expresamente prevenidos en este código y como de los cerrados extraordinarios no se dice nada, es difícilmente defendibles.

Testamento marítimo

Es el otorgado conforme al 722 Cc por los que durante un viaje marítimo vayan a bordo,

Se ha planteado que también es posible otorgarlo en un viaje fluvial, en principio la doctrina no ve inconveniente.

Requisito

Que las personas que otorgan vayan en barco

Formas

- Forma ordinaria:

Puede ser abierto o cerrado, la particularidad es que el sujeto autorizante no es un notario, si es un buque de guerra (comandante) o mercante (capitán) es indiferente si bien varía en uno y otro la persona ante quien se otorga, con el requisito de 2 testigos adicionales.

- Forma extraordinaria:

El otorgado si hubiese peligro de naufragio y se permite por la remisión del 731 y 720 otorgar testimonio abierto de palabra ante 2 testigos.

- Formalidades que se han de observar para que el testamento tenga efectos:

Las comprendidas en el art. 724 Cc.: *Los testamentos abiertos hechos en alta mar serán custodiados por el*

Comandante o por el Capitán, y se hará mención de ellos en el Diario de navegación. La misma mención se hará de los ológrafos y los cerrados.

Art. 725 y ss. Cc.

Se hará llegar al Ministro de Defensa ese testamento o copia de los mismos según proceda para que si ha lugar a ellos se siga los trámites previsto para legalmente con el fin que se eleven a escritura pública el testamento y se protocolice.

- Caducidad

Art. 730 Cc: Los testamentos, abiertos y cerrados, otorgados con arreglo a lo prevenido en esta sección, caducarán pasados cuatro meses, contados desde que el testador desembarque en un punto donde pueda testar en la forma ordinaria.

Contado desde que se produce el desembarco y esto no incluye una escala pasajera sino que es el fin del viaje, existe prevista otra ineficacia en el art. 731 que remite al 720 se llega a la conclusión que quede ineficaz los testamentos otorgados en peligro de naufragio:

- Si el testador se salva del naufragio.
- Si aunque no se salva no se formaliza por los testigos ante quien corresponda.

Testamento otorgado en País extranjero

Posibilidades:

- Hacer testamento sujetarse a las normas específicas del país en que se halle el testador (art. 732), pero hay que tener en cuenta que según el 733 no será válido en España en testamento mancomunado.
- Puede otorgar los especiales, en abierto o cerrado ante funcionario diplomático o consular español que ejerza funciones notariales en el lugar del otorgamiento.
- Otorgar testamento ológrafo conforme a la ley española aunque están en un país que no admita este tipo de testamentos.

Art. 732 Cc: Los españoles podrán testar fuera del territorio nacional, sujetándose a las formas establecidas por las leyes del país en que se hallen.

También podrán testar en alta mar durante su navegación en un buque extranjero, con sujeción a las leyes de la Nación a que el buque pertenezca.

Podrán asimismo hacer testamento ológrafo, con arreglo al art. 688 Cc aunque lo autoricen las leyes de la Nación donde su hubiese otorgado.

- **FORMAS TESTAMENTARIAS EXCEPCIONALES**

Testamento del sordomudo

No se refiere expresamente el Cc, el problema se plantea con sordomudos que no saben leer ni escribir, por lo tanto falta de comunicación, problema de cómo comunican su voluntad. Se plantea:

- Estas personas no pueden otorgar testamento ológrafo.
- Cuando se trata de testamento cerrado, por que el art. 709 Cc. Permite otorgar éste a quienes no se pueda expresar verbalmente pero sí exhibir.

El testamento abierto, parece a primera vista que no pueden otorgarlo. Una resolución de la Dirección General del Registros y del Notariado considera que si estas personas pueden comunicar su voluntad a través de personas técnicas en el lenguaje especial de los sordomudos debe permitírseles alegar testamento abierto.

Testamento del enteramente sordo

Hay que entender por cualquier persona que no oiga nada, en ningún caso podrá hacerse en forma ordinaria, ni hacer testamento abierto, se exigen dos testigos y también que no pueda o no sepa leer. Los testigos leerán el testamento y han de declarar que cumple la voluntad manifestada.

Testamento del enteramente ciego

Que se entiende por ciego, la doctrina considera que el Cc no se refiere a la ceguera total o absoluta, sino al que esté en situación que no pueda leer por sus propios ojos el testamento, así no puede cerciorarse de sí lo que allí se dice es su última voluntad. Se prohíbe otorgar a los ciegos testamento cerrado y pueden otorgar testamento abierto observando las formalidades del art. 697.2 Cc.

Testamento hecho en lengua extranjera

Conforme al Art. 684 se requiere la presencia de un intérprete que ha de elegir el notario. El testamento se ha de exhibir en las 2 lenguas la del testador y la del notario.

Testamento en peligro de muerte

Se regula en el art. 700 Cc. En el que se prevé, 5 testigos sin notario. Características:

- **Que el testador está en peligro inminente de muerte ha de ser una situación extrema.**
- **Ausencia de notario, debiendo intervenir 5 testigos idóneos.**

Testamento en tiempo de epidemia

Esta forma está en 701 Cc. Características:

- **Se ha de otorgar en caso de epidemia, es supuesto que quizá fuere frecuente en otros siglos, hoy es difícilmente imaginable.**
- **La ausencia de notario con intervención de 3 testigos, no se exige que sean mayores de edad, que es la regla general aquí se permite a personas mayores de 16 años.**

Reglas comunes a estas dos formas

- **Art. 702 Cc que estos testamentos se han de escribir siendo posible, no siéndolo valdrá aunque los testigos no sepan escribir.**
- **Art.703 Cc estos testamentos quedarán ineficaces si pasan 2 meses desde que el testador haya salido del peligro de muerte o la epidemia y si el testador fallece también quedará ineficaz el testamento si dentro de los 3 meses siguientes no se acude al tribunal competente para que el testamento se eleve a escritura pública.**
- **Que estos testamentos para que sean eficaces se han de elevar a escritura pública y ha de ser protocolarizados, si no se hace no se averigua su autenticidad.**

TEMA 8. CONTENIDO DEL TESTAMENTO

- **Contenido del testamento: ¿debe contener necesariamente institución de heredero? Solución en**

derecho común y en derecho catalán.

El contenido del testamento debe incluir la institución de heredero el D° Catalán al basarse en el D° romano la institución de heredero es requisito esencial del testamento como se desprende del art. 125.3 del Código de sucesiones.

Regla general: la institución de heredero es requisito esencial para la validez del testamento, otra cosa es que pueda valer como codicilo si cumple las condiciones de esta figura en el art. 122, se dice que en el codicilo no se puede instituir heredero, pero en el 122.3 se dice que han de ser otorgados con igual solemnidad de testamento.

Excepciones:

- **El testamento se otorgue por persona sometida al Derecho especial de Tortosa (Se ha cogido de las costumbres de Tortosa).**
- **Que se haya nombrado albacea universal.**

En el Cc no es requisito imprescindible la institución de heredero porque se aporta del D° Romano, la institución de heredero (764) Se puede distribuir toda la herencia por legados.

- **La institución de heredero.**

Exige para su validez y efectividad una serie de requisitos tanto en el instituyente como en el instituido.

Requisitos del instituyente:

- Aptitud o capacidad para instituir heredero, es suficiente conque el instituyente tenga capacidad para otorgar el testamento.
- Que cumpla el testador con las limitaciones impuestas por el sistema de legítimas y tener en cuenta el 763 del que se desprende:
- Que nuestro derecho deja libertad absoluta al testador para nombrar como heredero a la persona que quiera siempre que respete la legítima.
- Que las normas que regulen las legítimas son imperativas.
- La institución la ha de hacer personalmente por el testador. El nombramiento de heredero es acto personalísimo que debe realizar testador sin intervención de comisario y sin dejar al arbitrio de una tercera persona la subsistencia del nombramiento de heredero ni la atribución de las porciones. Así se desprende como regla general de 670 Cc. Excepciones:

- Art. 671 Cc. : Podrá el testador encomendar a un tercero al distribución de las cantidades que deje en general a clases determinadas, como a los parientes, a los pobres o a los establecimiento de beneficencia, así como la elección de las personas o establecimientos a quienes aquéllas deban aplicarse.
- Posibilidad de delegar la facultad de mejorar (art. 831 Cc)
- Que la voluntad del testador está exenta de vicios como violencia, dolo o fraude (art. 673)

Requisitos del instituido

- Que tenga capacidad para recibir bienes por testamento (para ser sucesor) 744 y ss.
- Que se haga la institución a favor de persona cierta.

Formas

Se entiende como formas de designar al heredero. Se parte que el Cc exige para reconocer la cualidad de heredero la certeza de la disposición, se desprende del 750 Cc. La certeza de la disposición consiste en que el heredero se halle determinado en testamento o sea determinable en el futuro.

El Cc da facilidad para designación de heredero. Las formas son:

- La designación nominal (772.1) es la forma habitual.
- Designación por las circunstancias, se prevé en el 772.2. La jurisprudencia del TS y DGRN entiende que es válida la designación de heredero si se designa con el apodo por el que se conocía. También se tiene en cuenta el art. 772.1 en el último inciso que puede el testador nombra al heredero por nombre y apellido pero puede haber 2 y ha de dar alguna circunstancia que individualice al instituido.
- Designación del heredero a favor de personas o clases de personas determinadas genéricamente (dejo todos mis bienes a los pobres) esto se permite en el Cc en función de la finalidad que se persigue con esa institución de heredero que es genérica e indeterminada (art. 671).

Art. 749: disposiciones a favor de los pobres

Art. 751: todo a favor de los parientes del testador.

- Cuando se nombra al heredero pero con algún error: 773.1 Cc
- Cuando se hace designación nominal pero esta resulta confusa porque las personas con igual nombre y apellidos en igualdad de circunstancias art. 773.2: *Si entre personas del mismo nombre y apellidos hay igualdad de circunstancias y éstas son tales que no permiten distinguir al instituido, ninguno será heredero.*

Casos de concurrencia

Son las soluciones que da el Cc en caso de designar a varios herederos. Supuestos:

- Si se instituyen varios herederos sin designación de partes, se heredarán por partes iguales (765).
- Si lo que se deja con cada uno de los herederos o si los instituidos conjuntamente en una porción de la herencia no reciben la totalidad de la herencia, esos bienes que queden sin asignar los recibirán los herederos abintestato (912.2)
- Si las partes que se asignaba a los herederos exceden del caudal relicto procede la reducción proporcional de las cuotas asignadas.
- Art. 769 si se nombra heredero individualmente y colectivamente, los colectivamente nombrados se consideran que han sido nombrados individualmente, aunque el precepto es confuso por el ejemplo que pone el Cc.
- Si el testador instituye herederos a sus hermanos y los tiene carnales y tiene otros solo por parte de padre o de madre, entonces la herencia se dividirá como el caso de morir intestado por los que los hermanos carnales toman doble porción en la herencia, si el testador no dice nada (949)
- Si el testador llama genéricamente como heredero a sus hijos entonces hay que comprender también a los adoptivos (772.3)
- Cuando el testador llama a la sucesión a una persona y a sus hijos, se entenderán instituidos simultánea y no sucesivamente, esto se recoge en el 771 Cc que aclara dos cuestiones:
- Para que exista institución fideicomisaria se ha de establecer expresamente.
- A falta de determinación de las cuotas por el causante habrá de repartirse la herencia por partes iguales.

Capacidad para suceder por testamento: el problema de los no concebidos

Para llegar a ser heredero han de concurrir ciertos requisitos elementales que es el fallecimiento cierto del causante:

- Ser sujeto de derecho.
- Sobrevivir al causante: no cabe discusión puede ser constituido heredero un nasciturus (29–30).
- Tener capacidad para suceder.
- Que la herencia sea aceptada.

¿Es posible que sea llamado un concepturus?

La cuestión del no concebido no es fácil de resolver. Este problema ha suscitado discusión en la doctrina:

Según la doctrina tradicional este no puede ser heredero directamente del causante quien no haya sido concebido al morir el causante. El Cc no exige explícitamente que el causahabiente viva ya al morir el causante, ahora bien básicamente cabe deducir este requisito del art. 29 Cc nacimiento determina la personalidad y el art. 758 para calificar la capacidad de heredero se tiene en cuenta el tiempo de la muerte del causante si no existe persona no se puede calificar personalidad.

Esto admite excepciones:

- La sustitución fideicomisaria: es posible llamar como heredero fideicomisario a un concepturus si se respetan los límites del 2º grado.
- Legados: se pueden atribuir legados a un concepturus.
- Se admite bajo la forma de una institución de heredero sujeta a condición suspensiva. En este caso se nombra a concepturus heredero bajo la condición que llegue a nacer.

Según la doctrina moderna se plantean algunos autores si es posible nombrar heredero a un concepturus directamente y también plantea si es posible como se ha de administrar la parte. Esta doctrina dice que si, entiende que se puede llamar directamente al concepturus pero condicionando que implícitamente la institución quede sometida a la condición suspensiva de que el concepturus llegue a nacer y admitido esto, mientras tanto la parte del concepturus ha de quedar sujeta a administración, como argumentos a favor se citan:

- Si se admite que sean sustituidos fideicomisaria los concepturus porque no han de poder ser herederos directamente.
- El art. 750 dice que toda disposición en persona incierta como es válido, pero el concepturus será determinable en el futuro, no es persona incierta, es persona determinada o determinable.
- Que existe total libertad para hacer testamento siempre que respeten las legítimas, por tanto, como no se prohíbe expresamente en Cc nombrar a un concepturus, si el testador quiere nombrar a concepturus puede, porque la voluntad del testador es la ley de la sucesión.

La jurisprudencia ha seguido evaluación similar a la doctrina. En un primer momento la jurisprudencia exigió coexistencia del heredero y del causante, y el heredero sobreviene al causante. En la actualidad la jurisprudencia parece que se inclina por la tesis moderna: llamamiento directo de concepturus. Resolución de DGRN 28 de enero y STS 28 de noviembre de 1986.

Institución a favor del alma y a favor de los pobres.

El Cc exige para heredero la certeza de la disposición, pero la ley permite en ciertas situaciones que pueden designar a los herederos de forma genérica, permite una indeterminación de la institución de heredero y ello se justifica por la finalidad perseguida por el testador. El establecer una institución de herederos genéricos.

Nota común de estas situaciones es que las normas en las que se permite son supletorias de la voluntad del testador. El testador es libre de designar a esas personas. Estas situaciones son:

Disposiciones a favor de alma

Ha tenido gran arraigo en tradición jurídica que se dejará parte de los bienes en beneficio del alma del testador se entiende por esto el realizar obras piadosas y sufragios (donativos y obras de beneficencia) el art. 747 recoge esa tradición. Distinguir 2 supuestos:

- Que los bienes se dejen para sufragios y obras piadosas indiscriminadamente y sin establecer su aplicación: cuando no se dice esto 747 los albaceas venden los bienes y distribuyen su importe dando la mitad al Diocesano y la otra mitad al Gobernador civil correspondiente.
- Sí el testador se limita a dejar bienes sólo para sufragios y misas, entonces los albaceas no han de entregar nada al Gobernador civil o a la inversa.

Disposición a favor de los pobres

Art. 749 Cc. Cuestiones:

- En el art. Se hace alusión al supuesto en que se deja a los pobres los bienes o parte sin designación de personas ni de población o incluso en el 3º párrafo igual ni se ha dispuesto a favor de pobres determinado o de una parroquia.
- El Cc determina que la atribución a los pobres hay que entenderla referida a la que precise la persona que el testador haya designado en el testamento, por los albaceas, y si no los hubiere por el párroco alcalde o juez municipal, quienes resuelven en la mayoría de los casos.
- Conforme al 992 Cc la herencia que deja a los pobres ha de ser aceptada por las personas designadas por el testador para calificarlos y distribuir los bienes y si no ha calificarlo en esto, las personas del art. 749 Cc aceptan se considerará hecha a beneficio de inventario.

Disposición genérica a favor de parientes

Se plantea cuando el testador dice que deja sus bienes a sus parientes ¿quiénes son? Art. 751: se entiende hecha en forma a los más próximos en grado y plantea dos dudas:

- Hecha a favor de parientes consanguíneos o por afinidad o sólo consanguíneos: la doctrina entiende que el legislador quiso referirse sólo a los consanguíneos porque cuando el legislador quiere incluir a los de afinidad lo dice expresamente.
- Hasta qué grado de parentesco: hay que entender que se hace referencia en el 751 se plantea porque en 954, sucesión ab intestato se prevé que el grado más lejano por el que se puede heredar es el 4º grado, más allá de él no se extiende el derecho de heredar ab intestato. La doctrina entiende que en este caso se llama a los parientes de la persona sea cual sea el grado de parentesco porque lo que persigue el testador es que sus bienes pasen a familiares antes que al estado incluso en el supuesto que sólo tenga parientes lejanos.
- **Modalidades de la institución de heredero.**

En Negocio Jurídico mortis causa, es quizás al que más se aplican las modalidades accesoria, que son: condición, término y modo. Esto es así porque la disposición mortis causa son una liberalidad por lo que parece justo ofrecer al testador la posibilidad de que gradúe los supuestos de eficacia e ineficacia de su última voluntad y cual ha de ser el fin de sus bienes, así se permite y se usa frecuentemente, el Cc la regla en 790 y ss.

La institución sujeta a condición o a término: Principales problemas

Art. 790 Cc: *Las disposiciones testamentarias, tanto a título universal como particular, podrán hacerse bajo condición.*

Por lo tanto la institución de heredero como legado pueden hacerse bajo condición en 791 dice que las condiciones se regirán por regla de obligaciones. Se permite completar el 790 hasta el 805 con lo previsto en 1113 y ss. Y se admite también la condición resolutoria.

La aposición de condición a la institución de heredero

- Los imposibles y contrarios a las leyes (792) se tendrán por no puestos y no perjudicados a herederos o legatario aunque el testador disponga otra cosa. Esta solución es distinta de la prevista en 1.116 obligación queda anulada.
- El de la condición consistente en la prohibición de contraer matrimonio, es ilícita porque atenta contra la libertad matrimonial, tiene tratamiento en el 793 se prevé que la condición absoluta (no contraer matrimonio con nadie) se tiene por no puesta, Si es que uno concreta persona parece que el Cc lo admite.

A menos que lo haya puesto por su consorte el viudo o viuda. Si se puede legar a cualquiera el usufructo uso o habitación o una pensión o prestación personal por el tiempo que permanezca soltero o viudo.

- Las disposiciones captatorias (794) consisten en que se instituye heredero a cualquiera bajo la condición que éste haga en su testamento alguna disposición en favor del testador o de algún tercero sobre esto 794 dice que será nula la hecha bajo condición a favor de testador o de otra persona.
- Las condiciones potestativas: su cumplimiento depende sólo del heredero, en art. 1.115 se dice que cuando el cumplimiento depende de voluntad del deudor la obligación condicional es nula, En negocio Jurídico mortis causa en 795 se tiene por válida en la medida en que se dice que ha de ser cumplida.
- Condición causal o mixta: aquellos en cuyo cumplimiento interviene el _____ y si es mixta el cumplimiento depende de _____ y en parte del sujeto. El 796 prevé que basta con que se realice o se cumpla en cualquier tiempo si el testador no ha dispuesto otra cosa.
- Fundamentalmente distinción entre condición suspensiva y resolutoria.

Suspensiva: los efectos de la institución hereditaria dependen de que se cumpla la condición resolutoria, los efectos de la institución produce sus efectos como si no existiera condición ya que si se cumple la condición esto supone la ineficacia sobrevenida de la prevista en el testamento sobre la institución de heredero. Se distingue:

- Situación de pendencia: se plantean las siguientes cuestiones:
- La declaración a favor de heredero o legatario carece de efecto, el instituido no puede aceptar ni repudiar, según el 941 no puede aceptar ni repudiar si no está seguro de su derecho a la herencia. Se plantea el problema de si la declaración del instituido heredero condicionante carece de efectos pendientes condiciona como explica que el 799 diga lo que expone, se complica más cuando en el 759 dice que hay contradicción entre 2 preceptos (se antinomia grave) ¿cómo la doctrina y jurisprudencia lo interpreta? Se entiende y el TS que el 799 pese a sus términos literales no regulan los efectos de condición suspensiva sino los propios del término y porque en caso del término se sabe que el heredero llegará a serlo pero no se sabe cuando por eso puede tramitar los derechos a sus herederos, pero en condición suspensiva hay dudas si llegará a ser heredero por eso entiende el TS que es de aplicación el 759.
- Otra cuestión es que la herencia va a tener que someterse a administración y ello se hace conforme a reglas de art. 801 a 804 Cc.. Problema la administración de la herencia se deja a un heredero sometido a condición suspensiva, se deja en su conjunto o solo una parte, que le corresponde al instituido condicionalmente si se cumple la condición. Se defiende la 2ª posibilidad. Administrativamente no tiene sentido impedir que los herederos puedan realizar partición de herencia. (1.054)
- Cuestión en situación de pendencia de condiciona suspensiva, si de condición impuesta es potestativa negativa (no hacer algo y depende del que lo ha de hacer) art. 800 Cc

- **Fase cumplimiento de condición:** una vez se cumple la condición el llamamiento al instituido produce todos los efectos que le son propios y cesa la situación de administración de herencia. Los efectos se retrotraen a la fecha de la apertura de sucesión y el instituido puede aceptar o repudiar la herencia.
- **Incumplimiento de condición:** Si se incumple o es de imposible realización el instituido perderá definitivamente su derecho a la herencia y los bienes que se le asignaban pasarán o el sustituto vulgar o en los coherederos si existe derecho de acrecer o a los sucesores abintestato.

Resolutoria: el Cc no lo regula específicamente en relación con institución hereditaria. En este caso en atención a remisión de 791 las obligaciones condicionales, se ha de considerar admisible este tipo de condición. Se suele justificar que no se prevé en el Cc una norma sobre condición resolutoria en materia de mortis causa por tradición debida a precedentes. Antes cabría condición resolutoria.

El 791 remite a las obligaciones condicionales y se establecen las resolutorias, así que se admiten.

Efectos: la institución de heredero produce sus efectos conforme a reglas ordinarias mientras el evento en que consiste la condición no se produce, entonces el llamamiento testamentario derivación ineficaz de forma retroactiva y la de ser llamado a sucesión el sustituto vulgar los que tienen derecho acrecer o heredero abintestato.

Institución sujeto a término

La posibilidad está en el art. 805 del Cc día cierto y 1.125.2 se sabe que llegará. El término puede revestir 2 modalidades:

- **Inicial:** se fija un día cierto o un momento a partir del cual la institución de heredero generará sus efectos.
- **Final:** cuando la institución de heredero dejará de producir sus efectos propios a partir de una determinada fecha.

En ambos casos se entenderá llamado el sucesor abintestato hasta que llegue el término y en el final se entiende llamado el ab intestado a partir del momento en que llegue el término.

En la práctica no se ve mucho, está sujeto a término porque lo que se hace es establecer sustitución fideicomisaria, antes se decía que se había de aplicarlos mismos límites que a la sustitución fideicomisaria.

• **Particularidades del derecho catalán en estas materias.**

Nuestro sistema normativo solo admite aposición del modo como modalidad accesoria a las donaciones y a la institución de heredero y legatario, es decir, actos de liberalidad, sin contrapartida. La aposición de modo es relativamente frecuente, porque el testador intenta que sus bienes se conviertan de una determinada manera.

Del art. 797 resulta que en caso de duda sobre si se ha establecido una condición o un modo hay que entender que se trata de un modo (sino queda claro que es condición).

Caracteres:

- El modo consiste en una obligación o carga accesoria impuesta a quien ha sido instituido heredero o legatario por el testador.
- Los bienes que se dejan al instituido heredero o al legatario pueden reclamarse desde la apertura de la sucesión sin tener que esperar a que se haya cumplido la carga, así resulta del 797.2. La relación entre institución de heredero y legado y el modo es de subordinación del modo con respecto al heredero y legado de forma que si la carga modal impuesta es realizar algo ilícito o imposible, hay que tenerle por no puesta.

Y se ha de mantener la institución de heredero y legado.

- El modo no es un mero ruego o recomendación sino que es obligatoria, puede exigirse el cumplimiento y quien resulta gravado ha de cumplir en iguales términos establecidos por el testador y de no ser posible, deberá cumplirse de otra forma lo más análoga posible a la voluntad del testador 798 pero lo deduce la doctrina de este art.

El art. 792.2 la doctrina entiende que aunque habla de condición hay que entenderlo como modo.

- En caso de incumplimiento imputado al que ha de cumplir el modo está tendrá que devolver lo que percibió con sus frutos e intereses, así se deduce del 797.2 esto lleva a la pregunta de quien puede exigir el cumplimiento del modo: como regla general los herederos, los albaceas (los que ejecutan testamentos), un tercero y a quienes se beneficiarían con la restitución de los bienes por el incumplimiento el modo.

TEMA 9. LOS LEGADOS

- **El legado: concepto.**

Es una liberalidad mortis causa hecha por el causante a título particular (660)

Elementos personales

- **Testador**

Por el legado necesariamente ha de ordenarse en testamento y todo el que tiene capacidad para testar puede disponer mortis causa a título de legado.

- **El legatario**

- **Capacidad:** se rige en general por las mismas reglas que regulan la capacidad del heredero.
- **El legatario no tiene que pagar las deudas de la herencia salvo si el testador les ha impuesto el pago de alguna deuda completa como modo y tampoco si toda la herencia se ha distribuido en legados. (art. 891 Cc.)**
- **El legatario puede ser el mismo heredero entonces estamos ante la figura del prelegado: es el legado dispuesto en favor del heredero (art. 890.2 prevé que el heredero sea legatario y puede renunciar a uno o aceptar el otro.**

La persona obligada a la entrega del legado

Es el gravado (858) El Cc habla de mandas y legados, esto dice la doctrina que es lo mismo en términos equivalentes, Albadaledo dice que el término mandas es más castizo pero significan lo mismo.

Cuando se grava a un legatario entonces estamos ante la figura del sub-legado: es el legado a cargo de legatario.

Si el testador grava con un legado a uno de los herederos sólo él está obligado al cumplimiento.

Y si no grava a ningún heredero en particular entonces están obligados todos en la misma proporción en que sean herederos (859 Cc) es concierto para el sub-legado se prevé en el 858 que el legatario gravado con legado ha de responder del gravamen sólo hasta donde alcance el valor del legado.

Y si son varios los legatarios gravados deberán aplicarse el mismo principio que los herederos, han de entregar el legado en proporción al valor de sus respectivos legados.

- Objeto del legado: cosas que pueden ser legadas. Clases de legado por razón del objeto. Legado de cosa genérica, de cosa específica y alternativo; legado de cosa ajena; legado de crédito, de deuda y de perdón; legado de pensión y de alimentos.
- Posición jurídica de legatario y de la persona gravada. Preferencia entre legatarios.
- Invalidez e ineficacia del legado. La repudiación del legatario.
- Los legados en el Derecho catalán: régimen jurídico. La cuarta falcidia.

1

58