

Derecho civil IV

(Derecho de Familia y Sucesiones)

Asignatura **RB 21 Derecho Civil III. Plan 2002**

PRIMERA PARTE

DERECHO DE FAMILIA

Tema 1: LA FAMILIA.....	Pág. 1
1. Concepto	
2. Naturaleza	
3. Fundamento e importancia	
4. Historia	
5. El Derecho de Familia	
Tema 2: EL MATRIMONIO.....	Pág. 7
1. Conceptos generales.	
2. Matrimonio civil y matrimonio canónico.	
3. Sistemas matrimoniales.	
4. El sistema matrimonial español	
5. La promesa de matrimonio.	
6. Las uniones matrimoniales de hecho o «more uxorio».	
Tema 3: LA CELEBRACIÓN DEL MATRIMONIO.....	Pág. 13
1. Requisitos subjetivos	
2. El consentimiento matrimonial	
3. Forma de celebración	
4. La inscripción del matrimonio.	
5. La invalidez del matrimonio	
6. Efectos en caso de nulidad o anulación. El matrimonio putativo	
Tema 4: EFECTOS JURÍDICOS DEL MATRIMONIO	Pág. 25
1. El matrimonio como estado civil familiar	
2. Características del consorcio conyugal	
3. Los deberes conyugales en concreto	
Tema 5: SEPARACIÓN Y DISOLUCIÓN DEL MATRIMONIO.....	Pág. 30
1.- La separación judicial.	
2.- La disolución del matrimonio.	
3.- EL divorcio.	
Tema 6: EFECTOS COMUNES EN RELACIÓN CON LA NULIDAD, SEPARACIÓN Y DIVORCIO.....	Pág. 43
1.- Efectos comunes en relación con la nulidad, separación y divorcio.	
2.- El derecho de pensión y de indemnización.	
3.- La separación de hecho.	
Tema 7: EL ASPECTO PATRIMONIAL DEL MATRIMONIO.....	Pág. 55
1. Conceptos fundamentales	
2. El sistema del Código civil	
3. El régimen económico matrimonial primario	
4. Las normas de protección de terceros	
Tema: 8 LAS CAPITULACIONES MATRIMONIALES	Pág. 64.
1. Capitulaciones matrimoniales	
2. Donaciones por razón de matrimonio	
Tema 9: LA SOCIEDAD DE GANANCIALES (I).....	Pág. 70
1. Concepto	
2. Nacimiento y pervivencia de la sociedad de gananciales	
3. Bienes privativos y bienes gananciales	
4. Cargas y obligaciones de la sociedad de gananciales	

5. Los órganos de gestión de la sociedad de gananciales

Tema 10: LA SOCIEDAD DE GANANCIALES (II)..... Pág. 83

1. Disolución de la sociedad de gananciales
2. Régimen del patrimonio ganancial en liquidación
3. Régimen de la liquidación
4. La facultad de cada cónyuge para exigir la liquidación y partición
5. Reglas de la liquidación en casos especiales

Tema 11: LA SEPARACIÓN DE BIENES. LA PARTICIPACIÓN EN LAS GANANCIAS..... Pág. 89

1. La separación de bienes
2. La participación en las ganancias

Tema 12: LA FILIACIÓN..... Pág. 97

1. Concepto.
2. Clases de filiación por naturaleza.
3. La filiación y el régimen de apellidos.
4. Atribución de la filiación y su prueba.
5. Determinación legal de la filiación matrimonial.
6. La filiación sobrevenidamente matrimonial.
7. La determinación de la filiación no matrimonial.
8. Las acciones de filiación.
9. Las acciones de reclamación.
10. Las acciones de impugnación.
11. La filiación y las técnicas de reproducción asistida.

Tema 13: LA PATRIA POTESTAD..... Pág. 112

1. Concepto
2. Titularidad y ejercicio
3. Contenido
4. Actos para los que se requiere autorización judicial
5. El defensor judicial
6. Extinción de la patria potestad
7. La patria potestad prorrogada

Tema 14: LA TUTELA..... Pág. 118

- 1.-Instituciones tuitivas supletorias
- 2.-Concepto de tutela
- 3.-Constitución de la tutela
- 4.-Inscripción
- 5.- Contenido de la tutela
- 6.-Actos para los que el tutor requiere autorización judicial
7. -Actos prohibidos al tutor
8. -Extinción
9. -Otras instituciones tuitivas.

Tema 15: LA ADOPCIÓN..... Pág. 124.

1. Concepto
2. Constitución
3. Efectos
4. Impugnación de la adopción
5. Extinción de la adopción

Tema 16: LOS ALIMENTOS ENTRE PARIENTES	Pág. 128
1.- Concepto y fundamento de la obligación de alimentos entre parientes	
2.- Clases	
3.- Caracteres	
4. Personas obligadas a darse alimentos	
5. Orden de preferencia para reclamar y prestar los alimentos	
6.- Distribución de la carga entre los obligados y jerarquía de alimentistas	
7.- Cuándo son exigibles y cuándo deben pagarse los alimentos	
8.- Determinación de la cuantía de los alimentos	
9.- Formas de cumplimiento de la obligación alimenticia.	
10.- Extinción	

Bibliografía Básica

ALBALADEJO GARCÍA, M.: *Curso de Derecho Civil español, IV, Derecho de familia*, Barcelona, 2001.

BORDA, G.: *Manual de derecho de familia*, Buenos Aires 1993, 11ª ed., Ed. Perrot.

CASTAN TOBEÑAS, J.: *Derecho civil español, común y foral, t. 5, vol. I y II*; Madrid 1994; ed. Reus, SA, 12ª ed., revisada y puesta al día por García Cantero.

DÍAZ-AMBRONA BARDAJÍ, M.D. Y HÉRNANDEZ GIL, F.: *Lecciones de Derecho de Familia*, Madrid, 1999.

DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A.: *Sistema de Derecho Civil, vol. IV, Derecho de familia. Derecho de sucesiones*, 8ª ed., Madrid, 2001.

LACRUZ BERDEJO, J.: *Elementos de derecho civil, derecho de familia, t. IV*; Barcelona 1989, ed. Bosch.

LASARTE ALVAREZ, C.: *Principios de Derecho civil. Tomo IV y V (Familia y Sucesiones)*, Madrid, 2003.

MONTES PENADES, V. (coordinador y otros: *Derecho de familia*, Valencia, 1991, ed. Tirant Lo Blanch.

PUIG BRUTAU, J.: *Fundamentos de derecho civil, vol. IV*, Barcelona, 1985, Bosch Casa Editorial.

SEGUNDA PARTE DERECHO DE SUCESIONES

Tema 1: CONCEPTOS FUNDAMENTALES DEL DERECHO DE SUCESIONES.....	Pág.1
--	-------

- §1.- Los sistemas del Derecho de sucesiones.
- §2.- El sistema del Código civil
- §3.- LA SUCESIÓN POR CAUSA DE MUERTE A TÍTULO UNIVERSAL.
- §4.- La sucesión a título particular.
- §5.- La sucesión voluntaria y sucesión legal.
- §6.- La herencia como objeto de la sucesión mortis causa
- §7.- Problemas de interpretación en el nombramiento de heredero y de legatario.

Tema 2: APERTURA DE LA SUCESIÓN Y LLAMAMIENTO A LA HERENCIA Pág.8

- §1. Las fases de la sucesión hereditaria.
- §2. La apertura de la sucesión
- §3. La delación
- §4. Incapacidad, prohibición e indignidad para suceder
- §5. Clases de vocación.

Tema 3: ACEPTACIÓN Y REPUDIACIÓN DE LA HERENCIA Pág.15

- § 1.- Sistemas de adquisición.
- § 2.- La herencia yacente.
- § 3.- El derecho de transmisión.
- § 4.- La aceptación de la herencia.
- § 5.- La repudiación de la herencia.
- § 6.-Capacidad y legitimación para aceptar y repudiar la herencia

Tema 4: LA ACEPTACIÓN CON BENEFICIO DE INVENTARIO. EL DERECHO DE DELIBERAR..... Pág.25

- §1.- La responsabilidad por deudas de los herederos.
- §2.- La aceptación pura y simple de la herencia.
- §3.- El derecho de deliberar.
- §4.- La aceptación con beneficio de inventario.
- §5.- Posición de los acreedores de la herencia
- §6.- Los legatarios como acreedores de la herencia
- §7.- Posición de los acreedores del heredero

Tema 5: OTRAS CONSECUENCIAS DE LA ADQUISICIÓN DE LA HERENCIA Pág.31

- §1.- Posesión de los bienes hereditarios
- §2.- La acción de petición de herencia
- §3.- El heredero aparente
- §4.- La comunidad hereditaria
- §5.- La compraventa de la herencia

Tema 6: EL TESTAMENTO Pág.38

- 1. Concepto, caracteres y contenido
- 2. Capacidad para otorgar testamento
- 3. Clases de testamento
- 4. La forma del testamento

Tema 7: CLASES DE TESTAMENTOS..... Pág.43

- 1. Testamento notarial abierto
- 2. Testamento notarial cerrado
- 3. Testamento ológrafo
- 4. Testamentos extraordinarios y especiales
- 5. Testamentos otorgados por españoles en el extranjero
- 6. El registro de actos de última voluntad.

Tema 8: INEFICACIA DE LOS TESTAMENTOS. INTERPRETACIÓN DEL TESTAMENTO Pág.48

1. Causas de ineficacia de los testamentos
2. Nulidad del testamento
3. Revocación del testamento
4. Caducidad del testamento
5. Interpretación del testamento

Tema 9.- LA INSTITUCIÓN DE HEREDERO Pág.54

1. Papel de la institución de heredero en el contenido del testamento
2. Forma y requisitos de la institución de heredero
3. Institución a favor del alma, de los parientes y de los pobres
4. Supuestos especiales de institución
6. Condición y término en la institución de heredero
7. Institución conjunta: el acrecimiento

Tema 10: LOS LEGADOS. EL MODO Pág.61

1. Concepto
2. Elementos
3. Clases
4. Modalidades del legado
5. Adquisición y eficacia del legado
6. Ineficacia o extinción del legado
7. Preferencia entre legatarios
8. Los llamados legados legales
9. El modo

LECCION 11.- LAS SUSTITUCIONES Pág. 71.

1. Las sustituciones en general, concepto y clases
2. La sustitución vulgar
3. Sustitución fideicomisaria
4. Sustitución fideicomisaria de residuo
5. Las sustituciones pupilar y ejemplar

LECCION 12: EL ALBACEAZGO Pág. 75

1. Situaciones de la herencia en administración
2. Concepto de albacea
3. Caracteres del cargo de albacea
4. Clases de albaceas
5. Constitución del albaceazgo
6. Facultades de los albaceas
7. Causas de extinción del albaceazgo
8. Rendición de cuentas

LECCION 13: LA LEGÍTIMA Pág. 79

1. Configuración de la legítima en el Código civil
2. Grupos de legitimarios
3. El tercio de mejora.

LECCION 14: CALCULO, PROTECCION Y PRIVACION DE LA LEGITIMA Pág. 85

1. Cálculo de la legítima
2. Protección de la legítima
3. La desheredación

LECCION 15: LAS RESERVAS Pág. 94

1. Concepto y clases
2. La reserva ordinaria o vidual
3. La reserva lineal
4. La reversión o retorno en el art. 812

LECCION 16: SUCESION INTESADA. SUCESION CONTRACTUAL.

SUCESION EXCEPCIONAL Pág. 100

1. La sucesión intestada
2. Sucesión contractual
3. La sucesión excepcional

LECCION 17: LA PARTICION DE LA HERENCIA Pág. 107

1. Concepto
2. Quienes pueden pedirla
3. Quienes pueden realizarla
4. Partición realizada por el testador
5. Partición por comisario
6. Partición practicada por los coherederos
7. Objeto de la partición y pago de las deudas
8. Operaciones particionales
9. Efectos de la partición
10. Impugnación de la partición
11. La colación

BIBLIOGRAFÍA BÁSICA

ALBALADEJO GARCÍA, M. Y DÍAZ ALBART, S.: *B Derecho de sucesiones, Barcelona, 2003.*

DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A.: *Sistema de Derecho Civil, vol. IV, Derecho de familia. Derecho de sucesiones, 8.ª ed., Madrid, 2001.*

LACRUZ, Elementos de Derecho civil, V, 1994

LASARTE ALVAREZ, C.: *Principios de Derecho civil. Tomo VII (Sucesiones), Madrid, 2003.*

Tema 1 LA FAMILIA

- §1. Concepto
- §2. Naturaleza
- §3. Fundamento e importancia
- §4. Historia
- §5. El Derecho de Familia

§1.- Concepto

La familia, de acuerdo con PUIG BRUTAU es el grupo estable más simple que se encuentra en la sociedad. La unión de un hombre y una mujer forma el núcleo personal de esta estructura, a la que han de unirse los hijos y otros parientes en diversos grados de consanguinidad. Puede incluir un círculo más o menos amplio de individuos, pero lo normal es que la palabra se use para designar el grupo que con algún grado de permanencia ocupa el mismo hogar y se rige por una sola economía doméstica.

En un *sentido jurídico amplio*, entendemos por familia -señala CASTÁN- el conjunto de personas unidas por el matrimonio o por los vínculos de parentesco (natural o de adopción).

Bajo este significado lato comprende la familia tres órdenes de relaciones: las *conyugales*, las *paterno-filiales* y las que genéricamente se llaman *parentales*.

En un *sentido estricto*, se llama actualmente familia al grupo restringido formado por los cónyuges y por los padres e hijos, con exclusión de los demás parientes, o al menos de los colaterales. En esta acepción integra sólo la familia relaciones conyugales y paterno-filiales. Esta es la denominada familia nuclear.

Entre la acepción amplia y la estricta cabe una *acepción técnico-jurídica*: es el conjunto de personas entre las que median relaciones de matrimonio o de parentesco (consanguinidad, afinidad o adopción) a las que la ley atribuye algún efecto jurídico.

§2. -Naturaleza jurídica.-

Después de haberse discutido mucho acerca de si puede atribuirse al matrimonio o a la comunidad como régimen conyugal de bienes, la consideración de persona moral o jurídica, se ha trasladado el problema a la familia, y hay, en la actualidad, opiniones divergentes en orden a si ésta constituye o no una persona jurídica. Predomina, no obstante, la concepción negativa.

Pese a lo compacto, fisiológico y moral, de este grupo de personas, la familia-dice BARBERO no es un «sujeto» por sí de derecho, una «persona jurídica», sino que representa, y expresa incluso jurídicamente, una pluralidad de «personas», como lo es en efecto. Así pues desde el punto de vista del Derecho ,hay que reconocer que no suele tener la familia personalidad jurídica. El Derecho civil moderno se estructura sobre la base de la persona individual y no de la familia. No se atribuyen a ésta, como tal, derechos y obligaciones. (CASTÁN)

§3.- Fundamento e importancia

1 Derecho de familia abarca las relaciones extrapatrimoniales y patrimoniales nacidas del matrimonio, regula su nulidad, legisla sobre la separación divorcio, sus causas y efectos; abarca también las relaciones de filiación y regula los derechos y deberes inherentes a la patria potestad, la tutela y la curatela; finalmente, regula también algunos derechos del parentesco, tal como los alimentos, derechos de visitas, etc. (BORDA)

§4.- Historia

El profesor BORDA señala tres grandes etapas o fases en la organización familiar: el clan, la gran familia y la pequeña familia.

A) **El clan**: En la primera, la sociedad se organiza en clanes, que son vastas familias, con su numerosa parentela, o grupos de familias, unidas bajo la autoridad de un jefe común. En ellos se desenvuelven todas las actividades sociales, políticas y económicas.

B) **La gran familia.**- El aumento de la población, el progreso de la cultura, la necesidad de crear un poder más fuerte que sirviera eficazmente en la guerra, demostraron la insuficiencia del clan. Nace el Estado, que asume el poder político, y llega entonces la fase de mayor esplendor de la familia; esta, se estructura entonces bajo la autoridad absoluta del jefe. Buen ejemplo de esta etapa lo brinda la familia romana primitiva. El *pater familiae* preside una comunidad constituida por su mujer, hijos, clientes y esclavos. Tenía sobre todos poder de vida y muerte, podía venderlos o pignorarlos; casaba a sus hijos a capricho y los obligaba a divorciarse. Este poder se extendía a toda la vida de sus hijos, fueran o no casados, ocuparan o no funciones públicas. Era dueño de todos los bienes familiares y disponía libremente de ellos. La familia constituía toda una organización económica: labraba la tierra, hacía el pan y el vino, tejía las telas, construía la casa.

C) **La pequeña familia.**- En un lento proceso milenario la familia fue perdiendo paulatinamente sus funciones económicas, y la mujer fue saliendo de su sujeción hasta conquistar la igualdad jurídica que hoy se le reconoce. Sobre todo bajo la influencia del cristianismo se alteró profundamente el concepto de patria potestad, que más que otorgar derechos, impone deberes.

Así la familia moderna o familia nuclear ha quedado reducida al pequeño círculo de padres e hijos dejando de ser una unidad política (el clan) o económica (familia romana).

§5. El Derecho de Familia

•5.1. Concepto.-

El Derecho de familia es el que regula las relaciones que mantienen entre sí los miembros de la familia. El núcleo está constituido por las relaciones personales y patrimoniales entre los cónyuges y entre padres e hijos. Pero hay que añadir las relaciones entre parientes de grado más distante, que forman la familia en un sentido más amplio. Finalmente, se incluye el estudio de las instituciones de guarda de los menores e incapacitados no sometidos a la patria potestad.

En relación con este triple alcance de las normas- continúa diciendo PUIG BRUTAU- , el Derecho de familia se divide en Derecho matrimonial, Derecho de paternidad y filiación y Derecho de las instituciones protectoras de los menores e incapacitados (tutor, curador, defensor judicial) (PUIG BRUTAU)

•5.2.-Caracteres.-

Sus caracteres ofrecen rasgos muy peculiares en comparación las demás partes del Derecho civil. Son los siguientes:

El contenido ético de sus instituciones.- Así lo explicó el italiano RUGGIERO: «En ningún otro campo influyen como en éste la religión, la costumbre, la moral. Antes que jurídico, la familia es un organismo ético...; por ello se explica el fenómeno, peculiar en el Derecho de familia, de haber preceptos sin sanción o con sanción atenuada, obligaciones incoercibles, porque el Derecho, o es por sí mismo incapaz de provocar mediante la coerción la observancia de dichos preceptos, ...»

B.- Subordinación del interés personal al del grupo familiar. El Derecho de familia es una disciplina de condiciones personales y estados (estado de cónyuge, de padre, de hijo, de pariente) que son inherentes a la persona y se imponen al respeto de

todos, dentro y fuera del grupo. La consecuencia es que, en el ejercicio de los derechos, el interés individual es sustituido por un interés superior, que es el de la familia, y para las necesidades de ésta, y no para las del individuo, se concede la tutela jurídica. (CASTÁN)

C.- Limitación de la autonomía de la voluntad. Los derechos familiares están subordinados al interés del grupo familiar y, aunque tengan contenido patrimonial, no pueden considerarse como derechos subjetivos que el titular pueda alterar o negociar libremente. En el Derecho de familia la autonomía de la voluntad se halla sumamente restringida. Como ha observado DÍEZ-PICAZO, los negocios jurídicos del mismo ordenamiento, por su influencia en el status familiar, tienen su contenido limitado y en ocasiones rígidamente tipificado. Ello se advierte en los siguientes aspectos:

1.- *Excluyen el apoderamiento o representación directa.* No se concibe, por ejemplo, que pueda recurrirse a la actuación por medio de representante para el reconocimiento de la filiación, para la impugnación de la paternidad o para desempeñar la tutela. Las facultades derivadas del status familiar corresponden a derechos personalísimos.

2.- *Predominan las formas solemnes y la intervención de la autoridad* en actos que, a pesar de ser de Derecho privado, necesitan de la intervención del poder estatal. Por ejemplo, para el matrimonio, el reconocimiento de la filiación, la adopción, la emancipación, etc.

3.- Por lo general no admiten los términos y condiciones, por ser incompatibles con el estado civil de las personas, que exige certeza y permanencia.

4.- *Los requisitos esenciales para su validez ofrecen algunas especialidades.* Hay reglas especiales sobre capacidad para contraer matrimonio, otorgar capitulaciones matrimoniales, reconocer la filiación, ordenar la tutela, adoptar, etc. El criterio para la admisión de los vicios de la voluntad sigue un criterio más riguroso. Los efectos de la nulidad algunas veces se detienen o atenúan ante la situación creada por el acto nulo, como por ejemplo veremos en relación con el vigente art. 79 del C. c.

5.- Los negocios jurídicos correspondientes al Derecho de familia no pueden tener otra causa que la configurada por la ley en cada caso. Rige un sistema limitado de causas que excluye la existencia de negocios atípicos. Toda divergencia entre la causa querida y la admitida por la ley significará una simulación absoluta.

D. Fusión del derecho y el deber: las potestades familiares.- En el Derecho de familia las situaciones de poder que en otras ramas del ordenamiento civil aparecen como derechos subjetivos no están concedidos para que el titular persiga una finalidad o satisfacción que sólo se refiera a sus intereses personales, sino como medios para el cumplimiento de deberes familiares. Los derechos se conceden para el cumplimiento de los deberes que corresponden a su titular frente a otros miembros de la familia, de manera que el ejercicio del derecho ha de ajustarse al deber que le es correlativo, en el marco de sus finalidades éticas y sociales.

Así pues en Derecho de familia, en lugar de **derechos subjetivos**, es más procedente hablar de **potestades**, que son manifestaciones de la función atribuida a un miembro de la familia en atención a la situación que en ella ocupa. Las potestades

jurídicas son poderes que se atribuyen a un sujeto de derecho, pero no para la realización de sus propios intereses, sino para la gestión y defensa de los de otra persona. No se reciben para su libre ejercicio, sino en cumplimiento del deber de cuidar de los intereses de quien no puede hacerlo por sí mismo (v.g. la patria potestad, la autoridad tutelar, etc.).

•5.3.- *Las relaciones jurídicas familiares y la idea de parentesco.*

Las relaciones jurídicas familiares son fundamentalmente dos: el matrimonio o relación conyugal y la filiación o relación paterno-filial (DIEZ-PICAZO Y GULLÓN).

Socialmente se reconoce la existencia de vínculos familiares más allá de las estrictas relaciones marido-mujer y padre-hijo que se definen generalmente con la idea de parentesco. El parentesco no constituye una verdadera relación jurídica, por cuanto que el Derecho no lo regula orgánicamente como tal relación, si bien hace algunas referencias al mismo, extrayéndose algunas consecuencias jurídicas que no son sin embargo suficientes para considerar la relación como jurídica.

El **parentesco** se clasifica en parentesco de consanguinidad y de afinidad. Es **parentesco de consanguinidad** aquel que se establece entre personas que tienen un ascendiente común (padre, abuelo, bisabuelo, etc.). Es de **afinidad** aquel que se establece entre un cónyuge y los parientes por consanguinidad del otro (p. ej., suegros, cuñados, etc.). Desde el punto de vista jurídico, no existe parentesco recíproco entre los que son simplemente consanguíneos de cada uno de los cónyuges (p. ej., consuegros, concuñados, etc.).

La determinación de las personas que están en una relación de parentesco la realiza el Código civil en materia de sucesiones hereditarias, en los artículos 915 a 920.

El parentesco de consanguinidad se concreta a través de la idea de «grado», cuya serie constituye una «línea». Las líneas de parentesco son la recta y la colateral. Llamamos **línea recta** o directa a la que se establece entre personas que descienden unas de otras (v. gr., abuelo, padre, , etc.). La **línea colateral** está formada por personas que no descienden unas de otras, pero que proceden de un tronco común (v. gr., hermanos, tíos, primos, sobrinos, etc.). La proximidad del parentesco se determina por el número de generaciones, formando cada una un grado».

En las líneas se cuentan tantos grados como generaciones o como personas, descontando las del progenitor. En la línea recta se sube únicamente hasta el tronco común. Así el hijo está en primer grado con respecto del padre, el nieto en segundo con el abuelo, etc. en la línea colateral se desciende hasta el tronco común y después se sube hasta la persona con la que se hace el cómputo. Así los hermanos distan dos grados entre sí, y distan tres con respecto del tío, o cuatro de sus primos hermanos.

•5.4. *Clasificación del Derecho de familia.*

A) Por el origen de las relaciones jurídicas: hay que distinguir entre las **matrimoniales o conyugales, las paterno-filiales, las parentales y las pupilares.**

Las últimas son las derivadas de la tutela y curatela, que tradicionalmente están situadas en el Derecho de familia, por suplir las funciones estrictamente familiares. Las instituciones relativas a la guarda de los menores o incapacitados tienen una función semejante a las familiares.

B) Por el contenido de las relaciones: **Derecho de familia puro**, formado por relaciones meramente personales, y el **Derecho de familia aplicado**, integrado por las relaciones de contenido patrimonial.

C) Por la injerencia de un poder ajeno a la familia: En ocasiones también se habla de **Derecho de familia interno y externo**. El primero, dice BONET, es el que la familia vive, concibe y practica sin intervención extraña; el externo, en cambio, está determinado por la intervención de un poder ajeno al grupo familiar.

•5.5 *El Derecho de familia en el ordenamiento jurídico español*

a) **Derecho de familia y el Código Civil:** En cuanto al lugar que corresponde al Derecho de familia en el conjunto del Derecho privado, las primeras codificaciones siguieron los antecedentes romanos y lo situaron en el Derecho de las personas, pero la parte patrimonial quedó colocada entre los modos de adquirir la propiedad.

El Código sigue el antiguo sistema de separar la parte personal de la patrimonial del Derecho de familia.

El Código civil español siguió el sistema adoptado por el Código francés de separar, en la regulación de la familia, las relaciones personales de las patrimoniales. Las primeras están incluidas en el libro I (De las personas); las segundas se incluyen en el libro IV, (De las obligaciones y contratos).

La profunda reforma del Derecho de familia posterior a la Constitución de 1978, realizada principalmente por la La Ley de 7 de julio de 1981, que es la encargada de cumplir el mandato constitucional reformando el Código civil., no ha modificado esta característica estructural del Derecho de familia, limitandose a dar nueva redacción y contenido a los artículos del Código.

B:) Derecho de familia y la C.E: El punto de partida del nuevo sistema matrimonial español resultante de la Constitución -según DIEZ-PICAZO Y GULLÓN- lo constituyen diversos preceptos:

·El **art. 14**, que establece la **de igualdad de todos los españoles ante la ley y no discriminación** por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.

· El **art. 16** que recoge el **principio de libertad religiosa**; el de no obligatoriedad para ninguno de hacer declaración sobre su ideología, religión o creencias, y el de la aconfesionalidad del Estado.

·El **artículo 32** se refiere al **matrimonio**, y declara que el hombre y la mujer tienen derecho a contraerlo con plena igualdad jurídica, y que «la ley regulará las formas de matrimonio, la edad y capacidad para contraerlo, los derechos y deberes de los cónyuges, las causas de separación y disolución y sus efectos».

·El **art. 39**, en sus apartados 1 y 3, dispone que :«Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia.... 3.-Los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda...»

La Constitución pese a referirse a la familia en varios de sus preceptos no da un

concepto perfilado de la institución.(PUIG BRUTAU).

Otros artículos de la Constitución que se refieren a la familia son: el art. 18-1, que « garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen » .

El art. 27-3: «Los poderes públicos garantizan el derecho que asiste a los padres para que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que está de acuerdo con sus propias convicciones.»

El art. 35-1, que establece que todos los españoles tienen derecho «a una remuneración suficiente para satisfacer sus necesidades y las de su familia, sin que en ningún caso pueda hacerse discriminación por razón de sexo.»

Finalmente el art. 50 se refiere a las "obligaciones familiares, cuando preceptúa que, con independencia de ellas, los poderes públicos promoverán el bienestar de los ciudadanos durante la tercera edad.

C) Derecho de familia y la Iglesia: Las relaciones entre el Estado español y la Santa Sede en materia de familia se rigieron durante años por el **Concordato de 1953**. Pero, antes de la Ley de 7 de julio de 1981, tuvieron lugar la firma de los **Acuerdos entre la Santa Sede y el Estado español**, que en materia matrimonial influyeron notablemente en aquella ley. Después de la Constitución se revisó el concordato, si bien no se utilizó fórmula de Concordato y suscribir unos Acuerdos, que fueron firmados 3 de enero de 1979 y ratificados por el Estado el 4 de diciembre del mismo año. Dentro de estos Acuerdos, uno de ellos versa sobre asuntos jurídicos y en él se contiene el artículo VI, que trata del matrimonio. (Diez-Picazo y Gullón)

•5.6.- Principales reformas del Derecho de familia

La **Ley de 4 julio 1970 reformó los artículos 172 a 180 sobre adopción**; pero casi todos ellos han sido modificados por la Ley 11/1981.

La **Ley de 2 de mayo de 1975**, sobre situación jurídica de la mujer casada, derechos y deberes de los cónyuges, modificó numerosos artículos a su vez han sido alterados posteriormente.

La **Ley 11/1981, de 13 de mayo**, dio nueva redacción a los artículos 108 a 141 sobre paternidad y filiación, a los artículos 164 a 171 sobre relaciones paterno filiales, a los artículos 1.315 a 1.444 sobre régimen económico matrimonial, y a otros artículos sobre alimentos, adopción, emancipación, y en tema de sucesiones.

La **Ley 30/1981, de 7 de julio** modificó la regulación del matrimonio en el Cc y determinó el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio (arts. 42 a 107)

La **Ley 13/1983, de 24 de octubre**, ha reformado el Código civil en las materias de **incapacitación y tutela** y ha introducido la curatela y el defensor judicial de menores e incapacitados.

La **Ley 6/1984, de 31 de marzo**, ha modificado determinados artículos del C c. sobre la **interdicción**. La reforma afecta a los artículos 681, 853, 1.700 y 1.732 del C. c. de los que se suprime toda referencia a la pena de interdicción.

La **Ley 21/1987, de 11 de Noviembre** , sobre Adopción y acogimiento familiar que modifica determinados artículos del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento

civil en materia de **adopción**

La Ley 11/1990 , de 15 de octubre, sobre Reforma del Código civil en aplicación del principio de no discriminación por razón de sexo.

La Ley 35/1.994, de 23 de Diciembre, de modificación del Código civil en materia de autorización del matrimonio civil por los alcaldes.

La Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor.

Ley 40/1999, de 5 de noviembre, sobre nombre y apellidos y orden de los mismos,

-Ley 13/2005, de 1 de julio, en materia de **derecho a contraer matrimonio**

-Ley 15/2005, de 8 de julio, en materia de **separación y divorcio**

-**Ley 42/2003**, de 21 de noviembre, de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de **relaciones familiares de los nietos con los abuelos**.

- **Ley 45/2003**, de 21 de noviembre, por la que se modifica la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre **Técnicas de reproducción Asistida**.

Tema 2: EL MATRIMONIO

§ 1. -Conceptos generales.

§ 2.- Matrimonio civil y matrimonio canónico.

§ 3.- Sistemas matrimoniales.

§ 4.-El sistema matrimonial español

§ 5.- La promesa de matrimonio.

§ 6.- Las uniones matrimoniales de hecho o «more uxorio».

§ 1. Conceptos generales.

•1.1.-*Concepto.*- El matrimonio es -según PUIG BRUTAU- el acto solemne, fundado en el consentimiento de los contratantes y ajustado a la forma prescrita por la ley, por el que un hombre y una mujer se unen, con igualdad de derechos y deberes, para vivir juntos, guardarse fidelidad, ayudarse mutuamente y actuar en interés de la familia.

Para DIEZ-PICAZO Y GULLÓN el matrimonio tiene carácter heterosexual aunque el Código no se refiera a ello puesto que lo da por supuesto. El matrimonio de los transexuales o personas que cambian sobrevenidamente de sexo no está legalmente impedido y es nuestra opinión un problema de prueba de ese cambio. En ausencia de toda normativa legal sobre la materia, la jurisprudencia del Tribunal Supremo permite la rectificación legat del sexo a los transexuales, pero no el matrimonio (STS de 3 de marzo de 1989 y las que cita).

La unión de un varón y de una mujer-mantienen los citados autores- tiene un carácter jurídico, nace del consentimiento de los contrayentes y en el consentimiento encuentra su fundamento.

•1.2.- *Etimología.*- Matrimonio deriva de *matris*, madre, y *monium*, carga o gravamen. Llama la atención esta etimología, pues sería más lógico que el nombre de la institución derivara del padre, tanto más cuanto que la palabra *matrimonium* nació precisamente cuando aquél era el dueño y señor. Parece, sin embargo, que con ella se ha querido expresar que las cargas más pesadas recaen sobre la madre. (BORDA)

En cambio la palabra *maridaje*, muy poco usada en nuestro idioma, deriva de marido, lo mismo que la francesa *mariage*, la italiana *maritaggio* y la inglesa *marriage*.

El sinónimo *casamiento* deriva de casa, significando la idea de que los cónyuges tiene casa común.

•1.3.- *Evolución histórica.*- En el Derecho romano- según BORDA- se conocieron tres formas de matrimonio: la *confarreatio*, ceremonia religiosa cumplida en presencia del flamens Dialis y diez testigos; la *coemptio o compra*, que al principio fue efectiva y luego meramente simbólica; y el *usus*, que era la adquisición de la mujer por una suerte de prescripción: bastaba la posesión de ella por un año. En los primeros tiempos, la mujer se encontraba en una situación de absoluta dependencia de la voluntad

de su marido; situación que se fue dulcificando con el transcurso de los tiempos para llegar finalmente a una situación en la se reconoció el divorcio por voluntad unilateral de cualquiera de los cónyuges.

El cristianismo le dio al matrimonio el carácter de sacramental, escapandose éste a la voluntad de los cónyuges al ser declarado indisoluble; no obstante la Iglesia no exigió un determinado formalismo para el otorgamiento del consentimiento matrimonial hasta el Concilio de Trento; hasta entonces bastaba para el matrimonio de los bautizados el intercambio de consentimiento (PUIG BRUTAU).

A partir de la reforma protestante la tendencia a la secularización introdujo el matrimonio ante la autoridad civil, primero en forma electiva o subsidiaria y después como única forma reconocida por el Estado como se estableció el *Code* francés.

Naturaleza jurídica del matrimonio.- La doctrina clásica durante siglos mantuvo la naturaleza contractual del matrimonio; modernamente se ha superado esta concepción por varias razones, como las señaladas por CASTÁN:

a) que a pesar de necesitar el matrimonio un acuerdo de voluntades, su contenido no está al alcance de la voluntad de los contrayentes, que han de admitirlo de la manera que establece la ley;

b) no pueden ser objeto de contrato las relaciones personales y familiares, que son precisamente la materia del matrimonio.

c) muchas de las reglas de los contratos, como la del mutuo disenso, son inaplicables al matrimonio.

§ 2. Matrimonio civil y matrimonio canónico.

El matrimonio no es una institución exclusivamente civil, sino que está gobernado también por principios morales. No es extraño, por tanto, que todas las religiones hayan pretendido siempre influir sobre su régimen. (BORDA)

En un comienzo, la acción de la Iglesia se enderezó solamente a moralizar el matrimonio desde el punto de vista religioso. Operaba sobre las conciencias y las costumbres. Pero a medida que se fue desenvolviendo el derecho canónico y, sobre todo, a medida que aumentaba el poder espiritual y político de la Santa Sede, comenzó a atribuirse competencia legislativa y jurisdiccional. Las primeras medidas datan del siglo IX; paulatinamente fue aumentando su injerencia hasta que finalmente el Concilio de Trento (1563) afirmó definitivamente su competencia. El matrimonio fue elevado a la categoría de sacramento; por tanto, el poder civil carecía de facultades para legislarlo. No solamente la celebración y el régimen jurídico eran fijados por el derecho canónico, sino que las causas judiciales que le atañían, caían bajo la jurisdicción de los tribunales eclesiásticos.

La Reforma protestante supuso el primer antecedente del retorno al matrimonio civil. Calvino y Lutero negaron al casamiento el carácter de sacramento y sostuvieron la competencia de la autoridad civil. Pero fue la Revolución francesa la que dio el paso decisivo legislando sobre el matrimonio como un contrato enteramente civil y ajeno en su celebración y consecuencias a la religión.

§ 3. Sistemas matrimoniales.

Concepto de los sistemas matrimoniales.- Según CASTÁN esta frase se emplea para designar los distintos criterios que establecen las legislaciones respecto a la forma que ha de revestir la celebración del matrimonio para que éste obtenga su eficacia jurídica.

En primer lugar se plantea al legislador el problema de si ha de dejarse a la libre iniciativa de los contrayentes la forma de celebración del matrimonio, como se abandona, por lo general, la de los demás actos jurídicos, o ha de establecer la ley una forma oficial para dicha celebración y por otra parte, y aunque se opte por la forma predeterminada, hay que resolver si debe el Estado reconocer la solemnidad o rito religioso, o ha de establecer una forma puramente civil.

Los sistemas utilizados en las legislaciones modernas son los siguientes (CASTÁN):

A. Sistema del matrimonio acto privado.-Es aquel en que se admite su conclusión puramente consensual, o, al menos, sin la intervención necesaria de ninguna persona con carácter oficial, eclesiástica o laica. Ya sabemos que este sistema fue el del Derecho romano de la última época y el del Derecho canónico anterior al Concilio de Trento.

B. Sistema de la forma exclusivamente religiosa.- Consiste en no considerar como uniones matrimoniales más que aquellas que se celebren conforme a los ritos de la religión oficial o, si acaso, de alguna otra religión reconocida.

Es el propio del Derecho católico romano y del Derecho de la Iglesia griega. Rige en la Ciudad del Vaticano desde 1929, y ha regido en algunas Repúblicas hispanoamericanas-como el Perú y en España hasta la ley de 1870. Por influencia del Derecho de la Iglesia griega existió en Rusia bajo el antiguo régimen zarista.

C. Sistema de la forma religiosa preponderante, con forma civil subsidiaria.- Consiste en reconocer como forma normal del matrimonio una forma religiosa, admitiendo, de un modo subsidiario y excepcional, la forma civil para los que no profesen el culto principal u oficial de la nación. Este sistema estuvo vigente en Austria (ley de 25 de mayo de 1868), Polonia y Noruega, y rigió en España a partir del Decreto-ley del año 1875.

D. Sistema de la forma civil obligatoria.-Es el que impone a todos los ciudadanos la celebración del matrimonio civil, considerando nula o inexistente cualquier unión puramente privada o religiosa.

Ha sido admitido, entre otros países, en Francia, Bélgica, Países Bajos, Suiza, Hungría, Rumanía, Bulgaria, Checoslovaquia, Polonia, Yugoslavia, Turquía (desde 1926), Alemania (desde 1875), Méjico, Chile, Uruguay, Argentina, Brasil y otros muchos Estados de la América Central y Meridional, y en Cuba por ley de 23 de julio de 1918. En Italia rigió hasta 1929, y en Portugal, hasta 1940. En Paraguay lo sigue el Código civil de 1987

Los países socialistas, en general, establecieron el sistema de matrimonio civil obligatorio

§ 4 .E1 sistema matrimonial español

•4.1.-Precedentes.

La **Ley provisional de Matrimonio civil, de 1870** estableció la forma civil obligatoria para la validez del matrimonio; lo mismo ocurrió en la Constitución de 1931, y su consecuencia, la ley de 28 de junio de 1932 que establecía la potestad legislativa civil sobre el matrimonio

El sistema establecido en la base tercera de la Ley de Bases de **1888**, que después se aplicó el art. 42 C.C. establecía dos clases de matrimonio: el canónico y el civil. Ese último era subsidiario para aquellas personas que no profesaran la religión católica. El mismo sistema de matrimonio civil subsidiario se establecía en el **Concordato de España con la Santa Sede, de 1953.**

El sistema de libertad religiosa establecido en el art. 16 C .E. y la aconfesionalidad del Estado español comportan una consecuencia básica: que el Estado se reserve la competencia para determinar las formas válidas para contraer matrimonio. A partir de aquí, la Instrucción de la Dirección General de los Registros, de 26 de diciembre de 1978, al excluir la necesidad de hacer ninguna declaración sobre la confesión que profesaba el contrayente, permitió la elección de una u otra forma de matrimonio y convirtió, de hecho, el sistema matrimonial del antiguo art. 42 C.C. en un sistema facultativo.

El Acuerdo de España con la Santa Sede, de 3 de enero de 1979 establecía, en el art. VI, que «el Estado reconoce los efectos civiles al matrimonio celebrado según las normas del Derecho canónico». Con ello se cierra la posibilidad de establecer un matrimonio civil obligatorio. (E.TRIAS)

4.2.-El sistema matrimonial español en la actualidad.-

El art.49 C.C. establece que los españoles pueden contraer matrimonio, dentro y fuera de España, « 1.º Ante el Juez, Alcalde o funcionario señalado por este Código. 2.º En la forma religiosa legalmente prevista». Además, los arts.73 C.C., al establecer las causas de nulidad, 81 C.C., al establecer los requisitos de la separación judicial y 85 C.C. al admitir el divorcio como causa de disolución, los consideran aplicables al matrimonio, «sea cual fuere la forma» de su celebración.

De aquí se deduce que el **sistema matrimonial español es único**, aunque admite una **pluralidad de formas**. Existe, por tanto un único matrimonio, regulado por la legislación estatal (art.61 C.C.), aunque formalmente plural, ya que puede elegirse entre su celebración en forma civil, o bien en la de una confesión religiosa «inscrita, en los términos acordados con el Estado, o en su defecto, autorizados por la legislación de éste» (art. 59 C.C.).

De esta manera, el matrimonio es considerado como un negocio jurídico formal, aunque la forma no es sustancial, sino *ad solemnitatem*, y esta necesidad de forma deriva del derecho reconocido en el art. 32.1 C.E., que sólo puede ejercitarse de acuerdo con las condiciones establecidas en la ley, esto es, con lo establecido en el art. 44 C.C. Por ello, el art. 49 C.C. establece la forma eficaz de manifestar el consentimiento matrimonial.

De la disposición del art. 49 C.C. se derivan dos posibilidades:

1ª.- Matrimonio celebrado con forma civil. Está previsto en el art. 49 C.C.; las formalidades están reguladas en los arts. 51-58 C.C.

2ª.- Matrimonio celebrado en forma religiosa. Está previsto en el art.49-2 C.C. y desarrollado en los arts. 59 y 60 C.C.

El matrimonio celebrado en forma religiosa

Admitida la validez de los matrimonios celebrados en la forma religiosa que esté incluida en las previsiones del art. 59 C.C., deben examinarse los requisitos y efectos para que se entienda válidamente contraído un matrimonio y, por tanto, produzca efectos civiles.

1º.- *Reconocimiento de la confesión religiosa por el Estado.* El art.59 C.C. exige que esta **confesión religiosa** esté **legalmente inscrita**, es decir, que aparezca en el Registro de entidades religiosas (art. 2.a del R.D. 142/81, de 9 enero, sobre organización y funcionamiento del Registro de Entidades Religiosas, consecuencia de 1a L.O. de libertad religiosa, de 5 de julio 1980); sin embargo, es necesario también que la Entidad religiosa inscrita haya **firmado un convenio** con el Estado para esta finalidad. En este momento están vigentes los acuerdos con la Santa Sede. Por tanto, sólo serán válidos los matrimonios celebrados de acuerdo con estas formalidades.

2º.- *La producción de los efectos civiles del matrimonio celebrado en forma religiosa.* El art. 60 C.C. establece que estos matrimonios producirán efectos civiles si cumplen los trámites exigidos en los arts. 61 y ss., es decir, básicamente, la inscripción en el Registro civil (art. 61 C.C.). El art. 63 C.C. determina cómo debe realizarse la inscripción del matrimonio celebrado en España en forma religiosa, que se practicará con la «simple presentación de la certificación de la Iglesia o confesión respectiva, que habrá de expresar las circunstancias exigidas por la legislación del Registro civil» (art. 70 LRC.). Producida la inscripción, sus efectos se retrotraen al momento de la celebración.

§ 5. La promesa de matrimonio.

La promesa de matrimonio (esponsales) no produce la obligación de contraerlo. De manera terminante lo dispone el artículo 42 C. c.:

«La promesa de matrimonio no produce obligación de contraerlo ni de cumplir lo que se hubiere estipulado para el supuesto de su no celebración.

No se admitirá a trámite la demanda en que se pretenda su cumplimiento.»

Este precepto es completado por el art.43 que establece que : «El incumplimiento sin causa de la promesa cierta de matrimonio hecha por persona mayor de edad o por menor emancipado sólo producirá la obligación de resarcir a la otra parte de los gastos hechos y las obligaciones contraídas en consideración al matrimonio prometido.

Esta acción caducará al año contado desde el día de la negativa a la celebración del matrimonio.»

Por su carácter de obligación incoercible, nuestro Código dispone que la demanda en que se pretendiera su cumplimiento no sea admitida a trámite, y lo mismo,

sin duda, ha de entenderse de la demanda que pretendiera exigir una pena convencional estipulada para el supuesto de su no celebración, atendido lo que dispone el primer párrafo del art. 42. (PUIG BRUTAU)

Sin embargo, tal promesa puede haber sido un factor de confianza para la parte que ha incurrido en gastos o contraído obligaciones. Por ello, el incumplimiento sin causa puede generar responsabilidad extracontractual, como establece el art. 43, exigible durante el plazo de un año propio de esta clase de obligaciones.

§ 6.- Las uniones matrimoniales de hecho o «more uxorio».

La **legislación** estatal ha permanecido ajena a este tema, por lo menos explícitamente y hasta muy poco, aunque es bien cierto que anteriormente sí se había regulado la unión familiar de hecho en el Fuero juzgo, Fueros municipales y Las Partidas STS 17 enero 2003 (RJA 4).

La convivencia «more uxorio», según la STS 28 marzo 1998 (RJA 1272) es entendida como una relación a semejanza de la matrimonial, sin haber recibido sanción legal, no está regulada legalmente, ni tampoco prohibida por el derecho: Es jurídica, pero no antijurídica; carece de normativa legal, pero produce o puede producir una serie de efectos que tienen trascendencia jurídica y deben ser resueltos con arreglo al sistema de fuentes del derecho. La idea no es tanto el pensar en un complejo orgánico normativo - hoy por hoy inexistente- sino en evitar que la relación de hecho pueda producir un perjuicio no tolerable en Derecho a una de las partes, es decir, la protección a la persona que quede perjudicada por una situación de hecho con trascendencia jurídica.

Las **uniones matrimoniales y las "more uxorio" no pueden ser consideradas a todos los efectos y consecuencias como supuestos o realidades equivalentes** (STS 11 diciembre 1992 (RJA 9733). De ahí que el Tribunal Supremo parta de la idea de que la convivencia «more uxorio» no está regulada por la Ley, pero tampoco es rechazada por ésta. Reiteradamente, ha declarado que no se le puede aplicar la normativa del matrimonio, especialmente la de los regímenes matrimoniales.

Ha **reiterado** el TS que «la aplicación analógica a estas uniones de las normas establecidas para la regulación de los regímenes económico matrimoniales supondría una subversión de los principios informadores y constitutivos de las mismas; por ello, su aplicación no puede extenderse a aquellos casos que constituyen un límite racional en el sentido y espíritu de la norma que se pretende aplicar, sin olvidar que acceder a lo solicitado, cual aquí se pretende, podría implicar o acaso incluso conducir a una auténtica creación judicial del derecho en materia de dichos regímenes económicos, lo cual no autoriza hoy el art. 1 del CC en general y su ordinal sexto en particular».

En particular declara el TS que es de **imposible aplicación** la normativa de la **comunidad de gananciales**, lo que reiteran las de **22 de julio de 1993 (RJ 1993, 6274)** y la de **11 de octubre de 1994 (RJ 1994, 7476)** que insiste en que no se le puede aplicar **ni ésta ni la del régimen de separación de bienes**; igualmente dice la de **20 de octubre de 1994 (RJ 1994, 7492)** que no se le pueden aplicar las normas matrimoniales ni los preceptos de la sociedad de gananciales, lo que repiten las de **30 de diciembre de 1994**

(RJ 1994, 10391) y la de 18 de marzo de 1995 (RJ 1995, 1962); la de 16 de diciembre de 1996 (RJ 1996, 9020) dice literalmente: nota común que resulta de la propia noción es la exclusión, por regla general, de las normas legales del matrimonio para disciplinar estas situaciones, ya que voluntariamente no se acogen los interesados a las mismas, sea por razones de objeción a los formalismos, sea por razones de conveniencia o por otras; la misma idea se reitera en la [sentencia de 4 de marzo de 1997 \(RJ 1997, 1640\)](#).

No obstante, si que ha aplicado, en algún caso el criterio analógico para establecer el pago de la pensión compensatoria, recurriendo a la tesis del enriquecimiento injusto. Así, el Tribunal Supremo ha venido dispensando, con unos y otros fundamentos, protección a quienes mantuvieron una situación de convivencia extramatrimonial prolongada en el tiempo, estable aparentemente análoga a la matrimonial, bien acudiendo a la **doctrina del enriquecimiento injusto o sin causa** para otorgar a la parte desfavorecida por la ruptura una indemnización ([Sentencias de 22 de julio de 1993 \[RJ 1993, 6274\]](#) y [20 de octubre de 1994 \[RJ 1994, 7492\]](#)), bien **considerando que existió una comunidad de bienes con carácter general** ([Sentencias de 29 de Octubre de 1987 y 23 de julio de 1988](#) , entre otras), o bien con arreglo a la jurisprudencia más reciente mediante la aplicación analógica del precepto contenido en el artículo 97 del [Código Civil](#) (), relativo a la pensión compensatoria, de la que son muestra las [Sentencias de 27 de marzo \(RJ 2001, 4770\)](#) y [5 de julio de 2001 SIC y 16 de julio de 2002 \(RJ 2002, 6246\)](#); si bien en todo caso se exige la convivencia duradera, la atención a las necesidades comunes con los bienes de ambos y la apariencia de que aquélla es semejante a la matrimonial, además, evidentemente del requisito del perjuicio o del desequilibrio en la situación de uno de los integrantes de la pareja, generador del derecho a ser resarcido por el otro miembro o componente de aquélla. En este sentido se manifiesta la más reciente STS 17 enero 2003 (RJA 4).

A nivel autonómico, si que ha habido una prolífica regulación de la materia. Hoy en día podemos encontrar las siguientes Leyes autonómicas: leyes autonómicas que regulan las parejas de hecho: La Ley 10/1998 de 15 de julio de Uniones Estables de Pareja de Cataluña; la Ley 6/1999 de 26 de marzo relativa a Parejas Estables No casadas de Aragón; Ley Foral 6/2000 de 3 de julio para la Igualdad Jurídica de las Parejas Estables de Navarra (art. 2); la Ley 1/2000 de 6 de abril por la que se regula las Uniones de hecho Valenciana; la Ley 18/2001 de 19 de diciembre de Parejas Estables de Baleares; la Ley 11/2001 de 19 de diciembre de Uniones de Hecho de la Comunidad de Madrid, la Ley 4/2002, de 23 de mayo , de Parejas estables de la Comunidad Autónoma del Principado de Asturias, la Ley 5/2003, de 6 de marzo para la regulación de parejas de hecho en la Comunidad Autónoma de Canarias, la Ley 5/2003, de 20 de marzo, de Parejas de Hecho de la comunidad autónoma de Extremadura y la Ley vasca 2/2003, de 7 de mayo, reguladora de las parejas de hecho.

Tema 3

LA CELEBRACIÓN DEL MATRIMONIO

§1. Requisitos subjetivos

§2. El consentimiento matrimonial

§3. Forma de celebración

§4. La inscripción del matrimonio.

§5 La invalidez del matrimonio

§6 Efectos en caso de nulidad o anulación. El matrimonio putativo

§1. Requisitos del matrimonio en general. Los requisitos subjetivos.

A). Requisitos del matrimonio en general

Los requisitos o presupuestos que todo matrimonio debe cumplir para ser reconocido como acto o negocio jurídico de Derecho de familia son los siguientes (DIEZ-PICAZO Y GULLÓN):

1.º La existencia de una determinada **capacidad de las personas** (requisitos subjetivos) para llevar a cabo el acto (ius connubi).

2.º La **voluntad de los contrayentes**, que debe concretarse en el llamado «**consentimiento matrimonial**», ya que el matrimonio es siempre un acto voluntario y libre.

3.º Las **formas o solemnidades** de que exteriormente debe encontrarse revestido el acto.

B). Los requisitos subjetivos.

El art. 44 del C.c. establece que «el hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio conforme a las disposiciones de este Código»; en los arts siguientes (46 y 47) se establecen algunos de los requisitos que han de concurrir en la persona de los contrayentes. Estos preceptos han sido reformados por la Ley de 1981 que simplificó extraordinariamente la normativa anterior, y son aplicables cualquiera que sea la forma adoptada, religiosa o civil, para la celebración del matrimonio.

Los requisitos de los arts. 46 y 47, según ROCA I TRIAS, tienen una clara influencia del Derecho canónico y están relacionados con la doctrina de los **impedimentos**, que son aquellos obstáculos jurídicos que impiden la validez del matrimonio. Desde este punto de vista son *impedimentos en sentido amplio*, aquellos obstáculos legales que impiden la validez de un matrimonio, art. 73, apartados 1,3,4 y 5. Los *impedimentos en sentido estricto* son los que se refieren a una persona concreta y

son los contenidos en los arts. 46 y 47 c.c.

Según el art. 46: « No pueden contraer matrimonio: 1. Los menores de edad no emancipados. 2. Los que estén ligados con vínculo matrimonial » y de acuerdo con el art. 47: « Tampoco pueden contraer matrimonio entre sí: 1. Los parientes en línea recta por consanguinidad o adopción. 2. Los colaterales por consanguinidad hasta el tercer grado. 3. Los condenados como autores o cómplices de la muerte dolosa del cónyuge de cualquiera de ellos. »

Los **requisitos subjetivos** exigidos por el C.c. son los siguientes:

A). La diversidad de sexo.- Implícitamente está exigida en el art. 32 de la **Constitución**, que establece que: «El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio...». El derecho que se concede al hombre y a la mujer es a contraer matrimonio», y esta expresión, implica la exigencia de la diversidad de sexos, aun a pesar de que el mencionado artículo haya omitido la expresión «entre sí». Igualmente parte de la diversidad de sexos el Convenio de Roma sobre Derechos Humanos (que también forma parte de nuestro Ordenamiento): «a partir de la edad núbil el hombre y la mujer tienen derecho a casarse, etc.» (cf. art. 12). (PEÑA Y BERNALDO DE QUIRÓS)

El **Código civil** parte de la diversidad de sexos puesto que, al regular la relación jurídica que por el matrimonio se constituye, supone que son sujetos de ella un hombre y una mujer (vid. arts., 66 y 67). Expresamente se niega que puedan contraer matrimonio entre sí dos varones por **Resolución D.G.R.N. 21 enero 1988**, en la que no se admite la inscripción de un matrimonio en el que uno de los cónyuges es un transexual al que sin embargo por sentencia (T.S. 2 Jul. 1987) se le había admitido el cambio de sexo y su inscripción en el Registro Civil.

B) La edad.- El Código civil no fija directamente una edad a partir de la cual puede contraerse el matrimonio; si bien el art. 46.1º nos dice que «no pueden contraer matrimonio los menores de edad no emancipados»; este artículo a su vez es completado por el 48 en el que se establece que el Juez de Primera Instancia podrá dispensar el impedimento de edad a partir de los 14 años, si bien en los expedientes de dispensa de edad deberán ser oídos el menor y sus padres y guardadores.

Del tenor de ambos artículos el profesor GARCÍA CANTERO deduce que tienen capacidad para contraer matrimonio:

1º) Los mayores de edad.

2º) Los menores emancipados por cualquier causa

3º) Los menores no emancipados que habiendo cumplido catorce años han obtenido dispensa judicial.

El número 1.º del artículo 46 -en opinión de DIEZ-PICAZO Y GULLÓN- contiene una innovación en el Derecho español. Antes, la edad para contraer matrimonio se conectaba con la pubertad o capacidad para la procreación (catorce años para el varón y doce para la hembra), porque se entendía como finalidad básica del matrimonio. Con la reforma del 81 parece que al legislador le ha preocupado, más que la procreación, la madurez para afrontar las responsabilidades de la unión matrimonial.

C) El ligamen previo.- El sistema matrimonial de nuestro Derecho civil, es

completamente monogámico. En atención a ello, el número 2.º, del artículo 46 considera incapaces para contraer matrimonio a los que ya estén ligados con vínculo matrimonial anterior. Este impedimento tiene como base la existencia de una matrimonio anterior todavía no disuelto. El acto matrimonial realizado por quien se encuentra previamente ligado con otra persona es además un ilícito penal (delito de bigamia).

El impedimento de ligamen no se puede dispensar

D) El parentesco.-Ha sido tradicional en los ordenamientos jurídicos europeos, así como en otras muchas culturas, la regla de la exogamia, que impone la búsqueda del consorte fuera de la familia a la que se pertenece. Esta regla se encuentra en estrecha conexión con la prohibición del incesto, que impide el matrimonio entre ascendientes y descendientes, entre hermanos o entre personas que sean parientes próximos por consanguinidad. (Diez-Picazo y Gullón)

En el artículo 47 continúa con esta tradición, si bien referida a la familia nuclear puesto que limita las prohibiciones a:

1.º Los parientes en línea recta por consanguinidad o adopción, sin límite y sin distinguir entre filiación matrimonial o extramatrimonial.

2.º Los colaterales por consanguinidad hasta el tercer grado, pero es dispensable en ese grado (art. 48). Ej. Tíos y sobrinos carnales

Ha desaparecido el impedimento fundado en el parentesco de afinidad que impedía a un cónyuge casarse con los consanguíneos del otro.

F) El llamado impedimento de crimen.- El número 3.º del artículo 47 prohíbe el matrimonio a los condenados como autores o cómplices de la muerte dolosa del cónyuge de cualquiera de ellos. No se exige el concierto de los culpables para contraer matrimonio después del crimen. La prohibición legal deriva de la apreciación objetiva de las conductas exclusivamente.

Este impedimento es dispensable de acuerdo con el art. 48 C.c.

G) El matrimonio de los disminuidos psíquicos.-El Código civil, en su reforma por la Ley de 7 de julio de 1981, no menciona la enfermedad mental entre las limitaciones a la capacidad para contraer matrimonio, si bien indirectamente se refiere a ello en el párrafo 2.º del artículo 56, al disponer que «si alguno de los contrayentes estuviere afectado por defectos o anomalías psíquicas, se exigirá un dictamen médico sobre su aptitud para prestar consentimiento», lo que implica que tales personas solamente pueden contraer matrimonio si el dictamen le es favorable. Tal dictamen ha de ser exigido por el funcionario que tramita el **expediente matrimonial**, en el que se ha acreditar que los contrayentes reúnen los requisitos exigidos por el Código civil (art. 56, p. 1.º). Su objeto es decidir si el que pretende contraer matrimonio tiene «aptitud para prestar el consentimiento». Si el dictamen favorable a la aptitud se revela posteriormente equivocado dará lugar a la nulidad del matrimonio por falta de consentimiento matrimonial o, en todo caso, por error en las cualidades de la persona (art. 73, núms. 1.º y 4.º). (DIEZ-PICAZO Y GULLÓN).

§3. EL CONSENTIMIENTO MATRIMONIAL

El consentimiento es un requisito esencial del otorgamiento del matrimonio civil contraído en forma civil. Nuestro Código civil, tradicionalmente, no lo exigió de manera

directa, pero su necesidad se infería de algunos preceptos. Hoy la exigencia del consentimiento viene expresamente formulada en el artículo 45,1º que proclama que «no hay matrimonio sin consentimiento matrimonial». El párrafo 2º del art. 45 menciona expresamente, para descartarlas, las posibles limitaciones accesorias de la voluntad puestas por los contrayentes a su consentimiento, así pues establece que: « la condición, término o modo del consentimiento se tendrá por no puesta.» (CASTÁN)

Para la manifestación del consentimiento admite el Código civil, lo mismo que el Derecho canónico, la posibilidad de otorgarlo el mecanismo del apoderamiento, regulado en el art. 55 C.c: « Podrá autorizarse en el expediente matrimonial que el contrayente que no resida en el distrito o demarcación ... celebre el matrimonio por apoderado a quien haya concedido poder especial en forma auténtica, pero siempre será necesaria la asistencia personal del otro contrayente. En el poder se determinará la persona con quien ha de celebrarse el matrimonio, con expresión de las circunstancias personales precisas para establecer su identidad. [...] »

La falta de consentimiento produce la nulidad del matrimonio. La sanción a la falta de consentimiento o a los vicios de éste viene señalada en algunos de los apartados del artículo 73; «es nulo, cualquiera que sea la forma de su celebración.

1º el matrimonio celebrado **sin consentimiento matrimonial**.

4º «el celebrado por **error** en la **identidad de la persona** del otro contrayente o en aquellas **calidades personales** que por su entidad, hubieren sido determinantes de la prestación del consentimiento.

5º «el contraído por **coacción o miedo grave**»

§4.- FORMA DE CELEBRACIÓN.

Como todo negocio jurídico el matrimonio requiere una forma para su exteriorización; si bien en esta institución será una forma *ad solemnitatem*, de manera que debe coexistir con los demás requisitos esenciales exigidos para la validez del matrimonio.

El sistema matrimonial español parte de un **único matrimonio**, al que puede llegarse utilizando **una pluralidad de formas**; así se establece en el **art.49 C.C.**, que permite a los españoles contraer matrimonio: «1.º Ante el Juez , Alcalde o funcionario señalado por este Código; 2.º En la forma religiosa legalmente prevista» y 3.º «fuera de España con arreglo a la forma establecida por la ley del lugar de celebración».

3.1.- Matrimonio en forma civil

Las disposiciones que establecen las formalidades del matrimonio en forma civil se encuentran en los arts.51 -53 y 57-58 C.C. y en los arts.60-80 Ley del Registro Civil. y 238 y ss. del Reglamento del Registro Civil.

A) Competencia

De acuerdo con el **art.51 C.c.**, «Será **competente para autorizar** el matrimonio:

1.º E1 **Juez** encargado del Registro civil; y el **Alcalde** del Municipio donde se celebre el matrimonio o **concejal** en quien se delegue.

2.º En los Municipios en que no resida dicho Juez, el delegado designado

reglamentariamente»;

3.º El **funcionario diplomático** o consular encargado del Registro civil en el extranjero».

El art.238 RRC añade que es también competente el **Juez de Paz** (ver asimismo art. 239 R.R.C.) para **instruir el expediente** previo al matrimonio y para **denegar o autorizar su celebración**.

De acuerdo con los arts. 57 C.C. y 238 RRC., estos funcionarios deben corresponder al domicilio de «cualquiera de los contrayentes».

El art. 51.2 C.C. permite la actuación de un delegado del Juez Encargado del Registro civil; de acuerdo con el art.239 RRC., parece que sólo podrá serlo el Juez de Paz por delegación del Juez encargado del Registro, cuando de lo que se trata es de instruir el expediente matrimonial.

B) Expediente matrimonial

El proceso que llevará a la celebración del matrimonio debe iniciarse con el **expediente matrimonial**, de acuerdo con lo que dispone el art.56 C.C., que se remite a la legislación del Registro civil. La finalidad del mencionado expediente es la comprobación «de los requisitos de capacidad» establecidos para contraer válidamente matrimonio. El **expediente** consta de los siguientes trámites:

1º.- *Escrito* de los contrayentes en el que se expresarán su identidad y determinarán el Juez, Alcalde o funcionario elegido para la celebración. Con el escrito se acompañarán la prueba del nacimiento y de las pruebas de que no existe impedimento matrimonial; junto con este escrito debe presentarse «la prueba del nacimiento y, en su caso, la prueba de la disolución de los anteriores vínculos, la emancipación o la dispensa» (art. 240 y 241 R.R.C.).

2º.- *Edictos o proclamas anunciando la celebración del matrimonio*; en las poblaciones donde hubiesen residido uno u otro contrayente en los últimos dos años.(art.243 R.R.C.).

Los edictos y el trámite previo tienen validez durante un año, pasado el cual, si no se celebra el matrimonio, debe iniciarse de nuevo el expediente (art.248 R.R.C.).

3º.- *Examen por el Médico del Registro Civil*. En el caso de que se estime por el instructor del expediente que uno de los contrayentes se encuentre afectado por anomalías o deficiencias psíquicas.

4º.- *Audiencia*, por separado, de uno y de otro contrayente sobre la inexistencia de impedimentos para la celebración.

5º.- *Resolución* admitiendo o denegando la celebración.

C) Celebración

De acuerdo con el art. 57 C.C.: « El matrimonio deberá celebrarse **ante el Juez, Alcalde o funcionario** correspondiente al domicilio de cualquiera de los contrayentes y **dos testigos** mayores de edad»

De acuerdo con el art. 250 R.R.C., podrá ser el Juez encargado de otro Registro distinto de aquel en que se ha tramitado el expediente. Cuando lo autorice el Alcalde, el matrimonio se deberá celebrar en el local del Ayuntamiento, aunque con las mismas formalidades.

La *fecha* de la celebración se determinará de acuerdo con el día y hora elegidos por los contrayentes, teniendo en cuenta las necesidades del servicio (art. 249 R.R.C.).

En la *ceremonia*, de acuerdo con el Art. 58: «el Juez, Alcalde o funcionario, después de leídos los arts.66,67 y 68, preguntará a cada uno de los contrayentes si consienten en contraer matrimonio con el otro y si efectivamente lo contraen en dicho acto y, respondiendo ambos afirmativamente, declarará que los mismos quedan unidos en matrimonio y extenderá la **inscripción o el acta correspondiente**»

El matrimonio puede celebrarse mediante intérprete, que deberá además ser mencionado en la inscripción del correspondiente matrimonio en el Registro civil (art. 258-2 R.R.C.).

3.2. Matrimonio en forma religiosa

De acuerdo con lo establecido en los arts.49,59 y 60 C.C., el matrimonio puede celebrarse por medio de una forma prevista en una confesión religiosa inscrita. (art. 59 C.C.);

Art 49:«. Cualquier español podrá contraer matrimonio dentro o fuera de España:.. 2º.- En la **forma religiosa** legalmente prevista.»

Art. 59.« El **consentimiento matrimonial** podrá prestarse en la forma prevista por una confesión religiosa inscrita, en los términos acordados con el Estado o, en su defecto, autorizados por la legislación de éste.»

Del tenor de los anteriores arts. se deduce se permite cualquier forma religiosa, siempre que se cumplan dos requisitos, el primero es que la confesión se halle **inscrita en Registro de Entidades Religiosas**. (creado por RD 142/1981) y finalmente que la confesión de que se trate haya establecido el correspondiente acuerdo con el Estado español o -subsidiariamente que la legislación estatal reconozca eficacia civil a los matrimonios celebrados de acuerdo con los requisitos que prescriba una determinada confesión religiosa.

En este momento sólo gozan de esta posibilidad, la **religión católica** en virtud del acuerdo suscrito con la Santa Sede en 1979, y la Federación de entidades Religiosas Evangélicas de España; la Federación de Comunidades Israelitas de España y la Comisión Islámica de España, en virtud de las leyes 24/1992, 25/1992 y 26/1992 que establecieron los respectivos Acuerdos de Cooperación con el Estado.

De acuerdo con el Art. 60 del c.c. el matrimonio celebrado según las normas del Derecho canónico o en cualquiera de las formas religiosas previstas en el artículo anterior produce **efectos civiles**.

§5.- LA INSCRIPCIÓN DEL MATRIMONIO.

El matrimonio debe inscribirse en el Registro civil, porque ello constituye la prueba del estado civil de las personas (art. 1 L.R.C. y 325-327 C.C.), sin embargo la inscripción no será constitutiva del estado civil correspondiente, ya que según el art. 61 C.C., «el matrimonio producirá efectos desde su celebración». La inscripción, en todo caso, determina no tanto los efectos del matrimonio inter partes, sino frente a terceros.

5.1.- La inscripción del matrimonio civil.- De acuerdo con lo dispuesto en el art. 62 C.C., el Juez, Alcalde o funcionario ante quien se celebre el matrimonio extenderá inmediatamente después de su celebración, **la inscripción o el acta** correspondiente,

con su **firma** y la de los contrayentes y testigos.

Asimismo, practicada la inscripción o extendida el acta, el Juez, Alcalde o funcionario entregará a cada uno de los contrayentes **documento acreditativo** de la celebración del matrimonio.

El funcionario que autoriza el matrimonio civil extenderá el acta, al mismo tiempo que se celebra y constará en la misma la firma de los contrayentes y testigos.(art. 73 LRC), el mismo funcionario que autorice el acto matrimonial entregará inmediatamente a los contrayentes el **Libro de Familia** en el que conste con valor de certificación la realidad del matrimonio(art. 75 LRC).

5.2.- La inscripción del matrimonio religioso.- El art. 63 C.C. establece que: «La inscripción del matrimonio celebrado en España en forma religiosa se practicará con la simple presentación de la **certificación de la Iglesia o confesión respectiva**, que habrá de expresar las circunstancias exigidas por la legislación del Registro civil.

Se denegará la inscripción «cuando de los documentos presentados o de los asientos del Registro conste que el matrimonio no reúne los requisitos de validez» (art. 63.2 C.C.).

El título para la inscripción es la certificación de la correspondiente Iglesia o confesión religiosa, que debe ser calificado por el Juez encargado del Registro, para controlar la legalidad del matrimonio religioso, examinando si el celebrado en forma religiosa es o no válido.

5.3.- El matrimonio secreto .-El art. 54 C.C. permite al Ministro de Justicia autorizar este tipo de matrimonios «cuando concurra causa grave suficientemente probada». El matrimonio **secreto o de conciencia** es aquel que se celebra sin la concurrencia de los requisitos de publicidad que deben concurrir en el matrimonio normal y que los que intervienen en su celebración tienen la obligación de guardar secreto..

Requiere que exista causa grave y suficientemente probada; para ello debe solicitarse autorización al Ministro de Justicia, que se concederá a propuesta de la Dirección general de los Registros (art. 267 R.R.C.). Obtenida esta autorización, y de acuerdo con el art. 54 C.C., «el expediente se tramitará reservadamente, sin la publicación de edictos o proclamas»; lo que significa que se debe tramitar el expediente normal, pero sin hacerlo público. Para CASTÁN concurre causa grave en: aquellas personas que viven juntas y que son tenidas por casadas; personas de condición social elevada que desean casarse con otras de inferior condición con la oposición de sus padres o de su entorno social, etc..

Este matrimonio es eficaz inter partes a partir del momento de la celebración, aunque al ser secreta la inscripción, no perjudicará a terceros (art. 64 C.C.).

La inscripción de este matrimonio se realiza por un procedimiento especial, previsto en los arts. 267 y sigs. R.R.C. El acta se inscribe en un **libro especial** (art. 78 L.R.C.). La inscripción es secreta incluso para los mismos cónyuges, de modo que ni se puede publicar, ni se puede divulgar unilateralmente. El matrimonio secreto puede llegar a publicarse cuando concurren las circunstancias del 79 L.R.C.

5.4.- El matrimonio en peligro de muerte. Es el que se celebra cuando uno o ambos contrayentes se hallan en inminente peligro de muerte, ya sea porque se hallan gravemente enfermos, ya sea porque se encuentran en una situación de peligro inminente. El art. 52 C.C. establece la legitimación de los funcionarios que pueden

autorizar este matrimonio: desde el encargado del Registro civil o el delegado, aunque los contrayentes no residan en circunscripción, hasta el capitán o comandante de una nave o aeronave. El art. 253.3 R.R.C. establece que el Juez de Paz no deberá pedir instrucciones previas si la urgencia del caso lo requiere, pero deberá dar cuenta inmediata del matrimonio autorizado.

La celebración de este matrimonio no requiere formación de expediente previo (art. 52.2 C.C.).

En el acto de celebración del matrimonio deben asistir dos testigos mayores de edad, salvo imposibilidad acreditada.

5.5. Matrimonio de españoles en el extranjero y de extranjeros en España.-

En los arts. 49.2 y 50 C.C., se establecen las pautas para determinar la validez de la forma de celebración del matrimonio cuando alguno de los contrayentes es extranjero o cuando los españoles pretendan contraer matrimonio fuera de España. Por regla general, se aplica a los contrayentes la *lex loci* -ley del lugar de la celebración-, si bien caben las siguientes posibilidades:

1º Si se trata de españoles que quieren contraer matrimonio en el extranjero, o bien cuando uno de los contrayentes es español, el matrimonio puede celebrarse en el consulado español correspondiente de acuerdo con la ley española (art. 238, 243, y 252 R.R.C.). También puede celebrarse de acuerdo con la ley del lugar de celebración del matrimonio (art. 59 C.C. y 252 R.R.C.).

2º Si ambos contrayentes son extranjeros, el matrimonio puede celebrarse en España, de acuerdo con la ley española, o bien de acuerdo con la ley de su país de origen.

5.6.- El matrimonio por poder. El matrimonio por medio de apoderado está regulado en el art. 55 C.c.: «Podrá autorizarse en el expediente matrimonial que el contrayente que no resida en el distrito o demarcación del Juez, o funcionario autorizante celebre el **matrimonio por apoderado** a quien haya concedido poder especial en forma auténtica, pero siempre será **necesaria la asistencia personal del otro contrayente**.

En el poder se determinará la persona con quien ha de celebrarse el matrimonio, con expresión de las circunstancias personales precisas para establecer su identidad.

El **poder se extinguirá** por la revocación del poderdante, por la renuncia del apoderado o por la muerte de cualquiera de ellos. En caso de revocación por el poderdante bastará su manifestación en forma auténtica antes de la celebración del matrimonio. La revocación se notificará de inmediato al Juez, Alcalde o funcionario autorizante.»

§6 LA INVALIDEZ DEL MATRIMONIO.

6.1.-Concepto de nulidad.- La nulidad del matrimonio se produce cuando faltan algunos de los requisitos esenciales del negocio jurídico matrimonial o cuando se infringe alguna prohibición como la de los arts. 46 y 47 C.c.

La nulidad se regula en los arts 73 a 80 del C.c. y en el primero de ellos se enumeran las causas por las que será procedente que se declare la nulidad, cualquiera que sea la forma de su celebración.

Una cuestión debatida por la doctrina es la de si es aplicable al matrimonio únicamente la categoría de la nulidad, o si también es posible aplicar la de la anulabilidad. En favor de esta segunda posibilidad se encuentran los arts. 75 y 76 C.C. que *convalidan* el matrimonio en el que hubiera concurrido, a su celebración, alguno de los vicios

previstos en los arts. 73.4 y 5 C.C. (En la categoría jurídica de la nulidad no cabe la convalidación del negocio declarado nulo, ni por confirmación ni por transcurso del tiempo)

Ahora bien, la anulabilidad es una clase de ineficacia que puede aplicarse solamente a los negocios jurídicos patrimoniales, y no al matrimonio por lo que todos los supuestos de nulidad matrimonial lo serán con el carácter de nulidad radical y absoluta (ROCA I TRIAS).

El matrimonio contraído en forma religiosa también será ser nulo por concurrir alguna de las causas establecidas en el art. 73 C.C, ya que este precepto se aplica al matrimonio, con independencia de la forma que se hubiere elegido para contraerlo. Lo que no obsta para que pueda declararse la nulidad de un matrimonio contraído en forma religiosa, si interviene una causa canónica, porque, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 80 C.C., pueden ejecutarse en España las sentencias canónicas de nulidad.

Por tanto, la nulidad del matrimonio funciona, en principio, con las mismas características que en los demás negocios jurídicos y consiste en la comprobación de que el acto concluido no reúne los requisitos que se exigen en la ley para su validez.

6.2.- Las causas de la nulidad.

Las causas de nulidad están enunciadas en el art. 73 C.C., que establece un *numerus clausus* de las mismas, de manera que no puede declararse la nulidad del matrimonio si no es por concurrir alguna de ellas.

Existen tres grupos de causas que pueden provocar la nulidad, según afecten al consentimiento, a la capacidad de los contrayentes (los impedimentos matrimoniales) o a la forma. (Gete-Alonso)

A) *Nulidad del matrimonio por causas que afectan al consentimiento*: por su ausencia y por los vicios que le afecten. (art.73.1,4y5C.C.)

A.1.- La falta o ausencia de consentimiento.: comporta la falta absoluta del mismo que puede haberse producido:

a) Porque no se manifestó de forma libre y consciente: no hay consentimiento cuando pej. alcoholismo, toxicomanía, o enajenación mental. Recuérdese, sin embargo, que en los casos de incapacitación o de anomalías psíquicas habituales, el art. 56.2 C.C. establece la necesidad de un dictamen médico que acredite su aptitud para contraer matrimonio.

b) Porque ya no existía consentimiento en el momento de celebración del matrimonio. P.ej. por haberse revocado el poder en el supuesto del matrimonio celebrado por apoderado.

c) Porque carece de contenido como en los casos de declaraciones *iocandi causa*, simulación.

A.2.- Por vicios del consentimiento. Son los supuestos de error en la persona, la violencia y la intimidación.

a) El error en la persona.- (art. 73.4º)Se admiten dos tipos, el que recae en la *identidad del contrayente*, lo cual es un supuesto de difícil producción salvo en el caso de matrimonio realizado por poder y el que versa sobre las *cualidades personales* que por su entidad hubieren determinado la prestación del consentimiento. (P.ej. aquellos casos

en que uno de los contrayentes no conocían en el momento de prestar el consentimiento, la toxicomanía, existencia de enfermedades infecciosas, el haberse sometido a una operación de cambio de sexo o la impotencia del otro cónyuge STS 18-XI-89)

b) La coacción o miedo grave (art. 73.5º) , se comprenden tanto la violencia como la intimidación.

B) *Nulidad del matrimonio por la falta de capacidad.* Son los supuestos englobados en los arts 46 y 47. Dejando a salvo, aquellos supuestos en , que hubiera habido dispensa en los casos en que ésta es posible (art. 48 CC)

1) Los menores de edad no emancipados (art. 46.1.º CC).

2) Los que estén ligados por vínculo matrimonial no disuelto (art. 46.2.º CC).

3) Los parientes en línea recta por consanguinidad o adopción y los colaterales por consanguinidad hasta el cuarto grado (art. 47. 1.º y 2.º CC) y

4) Los condenados como autores o cómplices de la muerte dolosa del cónyuge de cualquiera de ellos (art. 47.3.º CC).

C) *Nulidad del matrimonio por el modo de exteriorización del consentimiento: la forma*

Se refiere a lo que se considera forma sustancial del matrimonio sin la que, a pesar de la buena fe de los contrayentes, éste no puede existir. La forma *ad solemnitatem* o sustancial requiere la prestación del consentimiento ante el Juez, Alcalde o funcionario ante quien deba celebrarse; esta persona autorizada es la que señalan los arts. 51 y 52 CC; no obstante hay que tener en cuenta que el art. 53 CC excepciona la invalidez del matrimonio cuando exista incompetencia o falta de nombramiento legítimo del funcionario, siempre que haya buena fe de, al menos, uno de los contrayentes, y aquél ejercite públicamente su función.

La nulidad se produce cuando **no ha intervenido ningún Juez, Alcalde o funcionario**; cuando no sea uno de los descritos en los arts. 51 v 52: cuando los cónyuges conocían la falta de competencia o de nombramiento, a pesar de la actuación pública, y cuando falta la notoriedad en el ejercicio de las funciones a pesar de la buena fe de los cónyuges. Además es precisa la **intervención de los dos testigos** que deben de asistir (su ausencia es causa de nulidad) y ser **capaces** (mayores de edad) (cfr. art. 57 CC). Excepcionalmente, en el matrimonio contraído en peligro de muerte, si se acredita suficientemente la imposibilidad de la presencia de los testigos, puede contraerse válidamente sin éstos (cfr. art. 52 CC).

De lo dicho se puede deducir que existen distintas clases de defectos formales: unos llevan a la nulidad, como se ha visto; otros, sólo si existe una mala fe de ambos cónyuges, puesto que la buena fe de uno solo de ellos respecto a los vicios de este tipo, convalida la nulidad formal, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 78 C.C.

6.3. El ejercicio de la acción de nulidad.

a) La regla general para el ejercicio de la acción de nulidad está establecida en el art.74 C.C. En él se establece una legitimación limitada, de modo que la acción de nulidad puede calificarse como semi-pública, puesto que sólo corresponde a los propios cónyuges, al Ministerio Fiscal y a cualquier persona que tenga un interés legítimo. (Roca i Trias)

El Ministerio Fiscal puede interponer la acción e intervenir aunque no la haya

interpuesto, porque se trata de una cuestión relacionada con el estado civil de las personas.

Hay que entender por interesado que resulte afectada por la existencia de un matrimonio nulo; por tanto, debe producirse la relación entre existencia de un matrimonio y la atribución o no de un derecho, por ejemplo, parientes con derechos sucesorios afectados por el matrimonio.

Por tratarse de una acción de nulidad es imprescriptible.

b) Regla especial en el caso de matrimonios de menores de edad. Cuando la causa de nulidad del matrimonio es la minoría de edad, sólo estarán legitimados para interponer la acción el contrayente menor, al llegar a la mayoría de edad. Antes de esta fecha y hasta que el menor alcance la mayoría de edad, corresponde a cualquiera de sus padres, tutor o guardador y, en todo caso, al Ministerio Fiscal (art. 75 C.C.). Ello hace que esta acción deba ser calificada como de carácter exclusivamente privado.

c) Regla especial en el caso de vicios de la voluntad. Sólo puede ejercitar la acción el cónyuge que hubiera sufrido el vicio de la voluntad. Se trata también de una acción privada y no se extingue si no ha habido convivencia.

6.4. La convalidación del matrimonio nulo.

El matrimonio en el que concurre alguna de las causas previstas en el art. 73 C.C. es nulo y continúa así mientras no se produzca un acontecimiento que permita una valoración distinta. Por tanto, la valoración legal de la nulidad cambia si posteriormente a la celebración del matrimonio nulo, concurre un elemento nuevo que elimina los motivos por los que se calificó como nulo. Ello sólo puede ocurrir si se producen todos los requisitos esenciales del matrimonio, es decir, que no falte el consentimiento ni la forma.

La ley prevé la posibilidad de convalidación de un matrimonio nulo por desaparición de la causa de nulidad en el sentido dicho en dos supuestos:

a) En los casos de matrimonio contraído por un menor de edad si después de haber alcanzado la mayoría de edad, "los cónyuges hubieran vivido juntos durante un año" (art. 75 C.C.). Esta convivencia extingue la acción de nulidad, porque la convalidación convierten válido un matrimonio inicialmente nulo.

b) En los casos de error, miedo grave o coacción, si los cónyuges hubieran vivido juntos durante un año, después de desaparecido el vicio de la voluntad (art. 76.2 C.C.). Obedece a la necesidad de poner fin a una situación de provisionalidad sobre el matrimonio, que depende exclusivamente de la voluntad de uno de los cónyuges. Exige la supresión real y completa del vicio y la convivencia durante un año después de cesado éste. La convalidación tiene los mismos efectos que en el caso anterior.

§ 7.- EFECTOS EN CASO DE NULIDAD O ANULACION. EL MATRIMONIO PUTATIVO.

7.1.- Presupuestos.- La declaración de nulidad significa que no ha existido matrimonio y que, por lo tanto, la declaración de esta destruye retroactivamente las consecuencias del matrimonio reputándose este por no celebrado(*Quod nullum est nullum producit*

effectum).

Frente a estos principios el derecho canónico estableció que los matrimonios putativos (de *putativus*, reputado tenido por tal), es decir aquellos matrimonios nulo cuya nulidad era desconocida por los dos cónyuges o por uno de ellos, producían sus efectos hasta el momento de la declaración de nulidad, la cual se realizaba sin retroactividad. (Castán)

De este modo, el art. 79 C.C. establece que esta declaración, "no invalidará los efectos ya producidos respecto de los hijos y del contrayente o contrayentes de buena fe".

Los presupuestos para que se produzca la aplicación del art. 79 C.C.-según ROCA I TRIAS- son:

a) *Que exista buena fe al menos en uno de los contrayentes*. Es una medida de la conservación de los efectos del matrimonio, a pesar de la declaración de nulidad, de manera que la buena fe impide las consecuencias de la nulidad. Buena fe significa falta de imputabilidad al cónyuge de que se trate de la causa que ha provocado la nulidad del matrimonio: por ejemplo, es de buena fe el cónyuge a quien se coaccionó. La buena fe debe concurrir en el momento de contraer el matrimonio, ya que la mala fe sobrevinida no afecta a la aplicación de las consecuencias de la nulidad.

b) *Existencia de una apariencia de matrimonio*. Por tanto, debe tratarse de un acto que tenga una apariencia externa de matrimonio y que reúna unos mínimos requisitos formales.

c) *Que la causa de la nulidad del matrimonio no impida la existencia del mismo*. Por tanto, sólo puede ser aplicada cuando la nulidad se declare por vicios del consentimiento, falta de edad o impedimentos, nunca por defecto absoluto de forma o por falta absoluta de consentimiento, p.e., en los casos de simulación.

7.2.-. Efectos con respecto al cónyuge de buena fe y respecto de los hijos

Los efectos del art. 79 C.C. se proyectan en el cónyuge de buena fe y en los hijos.

a) Efectos con respecto al cónyuge de buena fe. El cónyuge es considerado como si lo hubiera sido desde el momento de la celebración del matrimonio, hasta la declaración de la nulidad del mismo, con todas las consecuencias. Por tanto, conserva la nacionalidad española, si la adquirió como consecuencia de este matrimonio (art. 33.2, d) C.C.;

-Si se emancipó por matrimonio (art. 316 C.C.), conserva este estado.

-Conserva los derechos en la sucesión del cónyuge premuerto, si la sentencia de nulidad se dictó después de la muerte de uno de ellos; no los conserva en el caso contrario.

-Mantiene unos derechos patrimoniales, como el previsto en el art. 1.343.3 C.C. respecto a las donaciones matrimoniales.

A la vez es acreedor de unas determinadas **indemnizaciones**, como las previstas en el art.95.2 y 1.395 C.C., respecto a la posibilidad de excluir al cónyuge de mala fe de las ganancias, si contrajeron matrimonio en régimen de gananciales y la posibilidad de pedir la compensación que prevé el art.98 C.C., que debe entenderse como una indemnización. (S.T.S. de 26 de noviembre de 1985).

b) Efectos respecto de los hijos. Supone considerar a los hijos nacidos de este matrimonio aparente como si fuesen matrimoniales, aunque el matrimonio sea nulo por

concurrir impedimento de parentesco no dispensable

La declaración de nulidad mantiene para los hijos los efectos futuros del matrimonio declarado nulo, que se mantienen.

7.3.-. Eficacia civil de las resoluciones canónicas sobre nulidad y matrimonio rato y no consumado.

A.-. Ajuste al Derecho del Estado. De acuerdo con lo dispuesto en el apartado 2 del art. VI, del Acuerdo entre el Gobierno español y la Santa Sede (de 3 de enero de 1979), el art. 80 C.C. admite la eficacia civil de las sentencias canónicas de nulidad y de las decisiones pontificias sobre matrimonio rato y no consumado, siempre que se declaren ajustadas al derecho del estado, en decisión del Juez español, conforme al sistema de ejecución de sentencias extranjeras, establecido en el art. 954 L.E.C¹. El procedimiento se establece en la disp. adic. 2a de la ley 30/1981.

Se trata de una norma particular que afecta sólo a los matrimonios celebrados en forma canónica y contiene un tratamiento diferente de los otros matrimonios celebrados en forma religiosa.

El problema principal que plantea la interpretación del art.80 C .C . es determinar el sentido de la expresión ajustadas al Derecho del Estado. La primera cuestión es si las sentencias canónicas deben dictarse por causas de nulidad admitidas en el sistema español; esto debe negarse, puesto que el art. 80 C.C. no exige esta coincidencia; por tanto, pueden dictarse por causas distintas, lo que no obstará a su ejecutoriedad. Hay que tener en cuenta que admite la ejecutoriedad de decisiones pontificias sobre matrimonio rato y no consumado, y que esta causa de ineficacia del matrimonio canónico no se admite en el Código civil como tal.

Por tanto, el término ajustadas, no implica una revisión del fondo de la resolución canónica, sino sólo al *exequatur* y más concretamente, a lo dispuesto en los arts. 748.5º, 753 , 769 y 778 de la Lec/2000 que establece los requisitos de ejecutoriedad.

¹ Ahora arts. 784.5º, 753, 769 y ss y 778 Lec/2000.

Tema 4

EFFECTOS JURÍDICOS DEL MATRIMONIO

§1.El matrimonio como estado civil familiar

§2.Características del consorcio conyugal

§3.Los deberes conyugales en concreto

§1.El matrimonio como estado civil familiar

Concepto.-El estado de casado es el estado civil de la persona determinado por la situación que, dentro de una familia, le asigna el hecho de constituir con el cónyuge la comunidad matrimonial. PEÑA Y BERNALDO DE QUIRÓS

Naturaleza y caracteres. Es un estado civil y, por tanto, una cualidad peculiar de la persona que resulta del puesto que tiene en una de las situaciones tipificadas como fundamentales en la organización civil de la sociedad-en este caso, del puesto que tiene en la familia- y que mediata o inmediatamente concreta el régimen de la capacidad o poder del sujeto.

El **estado civil** de una persona **en relación con el matrimonio** puede ser: 1) **Casado**, con o sin separación legal. 2) **No casado**: soltero, viudo o divorciado (situaciones de «no casado» que no constituyen, a su vez, estados entre sí distintos).

La «Circular de 16 de Noviembre de 1984 de la Dirección General de los Registros y del Notariado sobre expedientes de fe de vida y estado. Boe nº 279 de 21 de noviembre» estableció que: «Consecuencia directa de la disolución del matrimonio por el divorcio es **la existencia del estado civil de divorciado, que no puede ser asimilado al de soltería** y que, por el contrario **se asemeja al de viudez**, por ser este estado civil igualmente un efecto de las otras causas de disolución del matrimonio como son la muerte y la declaración de fallecimiento».

Como estado civil presenta las siguientes notas:

1ª.- *Es una cualidad personalísima.* Las facultades relativas a este estado civil -las de impugnación o las de modificación (separación, disolución)- son de carácter personalísimo, están fuera del comercio de los hombres (cf. arts. 6.º-2, 1255, 1271) y son imprescriptibles (cf. art. 1936). No cabe su ejercicio por representante legal y se extinguen con la persona (no forman parte de la herencia) .

2ª Es una cualidad que afecta al régimen de la capacidad y poder de la persona. El matrimonio, al constituir una especial comunidad de vida influye en la capacidad; en ocasiones puede ampliarla, si bien lo habitual es que la restrinja o modifique:

•Ampliación.- El matrimonio constituye un núcleo de vida autónomo, por lo que es lógico que, en su caso, confiera, en principio, independencia jurídica y, consiguientemente, rompa los vínculos de dependencia que implican la patria potestad o la tutela. Por eso, el Código establece que «el matrimonio produce de derecho la emancipación» (art. 316).

•**Restricciones.**- Influye el matrimonio en el ámbito de poder de cada persona en los siguientes aspectos.

-En la capacidad de disponer: cada cónyuge es heredero forzoso del otro, con la consiguiente repercusión en la capacidad de donar (636) o en la de disponer mortis causa.

-El matrimonio determina que todos los bienes del cónyuge queden sujetos al levantamiento de las cargas del matrimonio.

-El matrimonio produce especiales poderes y deberes (alimentos, derechos sucesorios..) -El matrimonio determina especiales incompatibilidades para actuar como juez, testigo, árbitro, perito, testigo en testamento...

-el matrimonio es fuente de un especial parentesco, el de afinidad, que se establece entre el cónyuge y los consanguíneos del otro.

§2.Características del consorcio conyugal

El matrimonio comporta como consecuencia la creación de una **relación jurídica**, de naturaleza compleja, que tiene su reflejo en la esfera personal y patrimonial de los cónyuges.

La C.E., al proclamar la igualdad entre los cónyuges en su art. 32 y el Código civil al regular los “ los derechos y deberes de los cónyuges” en los arts. 66 a 71 determinan el **contenido de los efectos del matrimonio**, en relación a la *esfera personal* de los cónyuges. En la *esfera patrimonial*, la consecuencia más importante es la imposición a los cónyuges del denominado **régimen económico matrimonial**, que se encuentra regulado en el Libro IV del C.c., en los arts. 1.315 a 1.444.

En todo caso, el **principio** por el que deben **regirse estos efectos**, tanto personales como patrimoniales, es el de la **igualdad**. El art. 32 C.E. establece que el hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica; en idéntico sentido se manifiesta el art. 66 C.C., que establece que: « El marido y la mujer son iguales en derechos y deberes » . Por tanto, el principio general de la igualdad actúa como informador de toda la regulación de los derechos y deberes de los cónyuges. (ROCA I TRIAS)

El **principio de igualdad jurídica de los cónyuges**- provoca las siguientes consecuencias (DIEZ-PICAZO Y GULLÓN):

1ª.- *El matrimonio no restringe la capacidad de obrar de ninguno de los cónyuges.* En ocasiones podrá requerirse legalmente la necesidad de una actuación conjunta de los cónyuges, pero ello no será nunca consecuencia de una limitación de capacidad , sino por los intereses que puedan estar en juego y para actos concretos.

2ª.- *El matrimonio por sí solo no modifica la nacionalidad de ninguno de los cónyuges* ni limita o condiciona su adquisición, pérdida o recuperación por cualquiera de ellos con independencia del otro. No obstante el hecho de estar casado con un español reduce a un año el tiempo necesario para adquirir la nacionalidad española por

residencia (art. 22.2.d)

3ª.- *La inexistencia de representación legal entre los cónyuges y la admisibilidad de la representación voluntaria.* Así se deduce del contenido del artículo 71 Código civil que establece que : «ninguno de los cónyuges puede atribuirse la representación del otro sin que le hubiera sido conferida».

4ª.- La igualdad jurídica también se manifiesta en las relaciones de los cónyuges con los hijos comunes. En este sentido el art. 156, al referirse a la patria potestad, nos dice que... «se ejercerá conjuntamente por ambos progenitores o por uno con el consentimiento expreso o tácito del del otro».

§3.Los deberes conyugales en concreto

Los arts.67 y 68 C.C. enumeran los **derechos y deberes** de los **cónyuges**. En estas disposiciones se traduce la igualdad de forma equivalente, de manera que cada uno tiene los mismos derechos y los mismos deberes y en la misma medida. Estos son **indisponibles**, de modo que no puede existir un pacto sobre ellos que, o bien suprimiera alguno de los deberes enumerados, o los desequilibrara, de modo que uno de los cónyuges no asumiera ninguna obligación por el hecho de contraer matrimonio. Así podemos distinguir dos posibilidades:

1.ª.- Que existiera un pacto anterior a la celebración del matrimonio que eliminara todo o alguno de los derechos y deberes enunciados en los arts.67 y 68 C.C. Además de la nulidad del pacto, en virtud de lo dispuesto en el art. 1.328 C.C. que establece que: «Será nula cualquier estipulación contraria a las leyes o a las buenas costumbres o limitativa de la igualdad de derechos que corresponda a cada cónyuge». Incluso podría llegar a declararse la nulidad del matrimonio por inexistencia de consentimiento, ya que seguramente se trataría de una simulación.

2ª.- Que este pacto se produzca constante matrimonio; en este caso el pacto sería igualmente nulo. No obstante son admisibles esos pactos cuando exista una separación convencional entre los cónyuges.

Nada impide sin embargo que los cónyuges pueden pactar sobre estos derechos y deberes, concretando la forma de su ejercicio, pero no pueden modificarlos. Cualquier pacto que suponga esta modificación deberá considerarse como no puesto.

Los **deberes** establecidos en los **arts. 67 y 68 C.C.** **no** tienen la naturaleza de **verdaderas obligaciones** en el sentido jurídico del término. Por consiguiente no se puede aplicárseles las consecuencias establecidas en el derecho de obligaciones para los casos de incumplimiento. (ROCA TRIAS)

Pero a la consideración de que son **deberes** que **deben cumplirse**, se llega examinando las **sanciones** que se producen para los **casos de incumplimiento**: están contenidas en los arts.82, al establecer las **causas de separación** y 86.3, b) C.C., al establecer las **causas de divorcio**. Se trata de sanciones que sólo serán efectivas a iniciativa del cónyuge perjudicado y nunca se aplicarán de oficio. Incluso el delito de

abandono del hogar², se perseguirá a instancia del cónyuge abandonado y, en todo caso, del Ministerio Fiscal (art. 226 C.P.). (E. TRIAS)

Los concretos deberes son los siguientes:

A) El deber de ayuda y socorro mutuo

Está establecido reiterativamente- en palabras de DIEZ-PICAZO Y GULLÓN- en los arts 67 C.C «El marido y la mujer deben ... ayudarse mutuamente..» y en el 68.«Los cónyuges están obligados a ...socorrerse mutuamente» . Su **contenido es fundamentalmente ético** y debe entenderse como referido al ámbito de la convivencia, de modo que los cónyuges deben cooperar y colaborar para hacer frente a sus necesidades.

Consecuencia de este deber es la **obligación de alimentos entre cónyuges** (art. 143 C.C.), que puede incluir las *litis expensae*, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 1.318 C.C. El **incumplimiento** de estos deberes es **causa de separación** cuando sea **grave y reiterado** (art. 82,1.a C.C.) y de **divorcio**, en virtud de lo dispuesto en el art. 86.3, b) C.C. Es también causa de desheredación (art. 855.1 y 3.del C.C.).

En el ámbito penal, puede ser incluido dentro del tipo de abandono de familia conyugal (art. 226 C.P.).

B) El deber de respeto

Aunque se considera reiterativo con el anterior, puede decirse que su ámbito se concreta a la esfera puramente personal de cada cónyuge, como pueden ser las ideas religiosas de cada uno, profesionales, el cuidado médico, etc.

El incumplimiento constituye la **conducta vejatoria e injuriosa**, que es causa de separación, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 82.1.a C.C.

C) El deber de guardarse fidelidad

Está establecido en el **art. 68 C.C.** y se refiere básicamente a la **fidelidad sexual** y comporta la **reprobación del adulterio**, con independencia de su despenalización.

Su incumplimiento puede ser causa de separación. 82 C.C., aunque el segundo párrafo de esta disposición establece que no podrá invocarse la infidelidad como **causa de separación** en aquellos casos en que «exista previa separación de hecho libremente consentida por ambos o impuesta por el que la alegue». En el mismo sentido puede ser

²Establece el Artículo 226 CP: «abandono de familia» 1. El que dejare de cumplir los deberes legales de asistencia inherentes a la patria potestad, tutela, guarda o acogimiento familiar o de prestar la asistencia necesaria legalmente establecida para el sustento de sus descendientes, ascendientes o cónyuge, que se hallen necesitados, será castigado con la pena de arresto de ocho a veinte fines de semana. 2. El Juez o Tribunal podrá imponer, motivadamente, al reo la pena de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de patria potestad, tutela, guarda o acogimiento familiar por tiempo de cuatro a diez años.

causa de divorcio (art. 86.3.a, b) C.C.). Puede ser también **causa de desheredación**, en virtud de lo dispuesto en el art. 855.1 a C.C., que sin embargo, deberá interpretarse de acuerdo con lo establecido en el art. 82.1^a,2 C.c.

E) La obligación de actuar en interés de la familia

El art. 67 C.C. establece esta obligación, que se reitera en el art. 70 C.C., al regular el domicilio conyugal. Se trata de una cláusula general, de contenido variable, que puede comprender la suma de los intereses de los componentes del grupo familiar o el interés de uno solo de ellos, considerado más merecedor de tutela. La noción de interés familiar viene concretada por la existencia de los derechos fundamentales, entre ellos, el de la dignidad de la persona, de acuerdo con el art. 10 C.E. Ello impone que en la comunidad familiar exista un equilibrio de las libertades de cada uno de sus miembros, para asegurar la efectividad de los derechos fundamentales en el interior de la familia. Por tanto, cualquiera de los cónyuges debe abstenerse de realizar actos que menoscaben el interés familiar, entendido en el sentido expuesto.

El incumplimiento de este deber es considerado también como causa de separación, por el mismo art. 82.1 .a C.C. y de desheredación, por el art. 855.1 .a C.C.

En algunos casos, el interés familiar obliga al Juez a tomar determinadas medidas: así, en el art. 103. 2.a, en las medidas provisionales como consecuencia de demandas de separación, divorcio y nulidad, y en el art. 82.4.a C.C. en los casos de alcoholismo, toxicomanía y perturbaciones mentales que perjudiquen el interés familiar.

F) El domicilio conyugal

Concepto

Como consecuencia de la obligación de convivencia, establecida en el art. 68 C.C., el art. 70 C.C. establece la necesidad de que los cónyuges fijen de común acuerdo el domicilio y que, en caso de discrepancia, resolverá el Juez en beneficio de la familia.

El domicilio es, por tanto, el lugar de residencia común de los cónyuges y se refiere a un espacio físico, es decir, a una vivienda, a la que la ley algunas veces denomina también hogar familiar. Esta regulación se refleja en diversas disposiciones, como los arts. 82.1.a C.C., al sancionar como causa de separación, "el abandono injustificado del hogar"; los arts. 90, 91 y 96 C.C. que resuelven la atribución de la vivienda familiar en los casos de separación-divorcio; el art. 1.320 C.C., que exige el acuerdo de ambos cónyuges para la disposición de la vivienda o ajuar familiar (ver en este sentido la S.T.C. 135/86, de 31 de octubre).

Determinación del domicilio conyugal:

Existen dos formas para la determinación del domicilio conyugal:

A) Determinación por común acuerdo entre los cónyuges

Es la forma normal prevista en el art. 70 C.C. Este acuerdo puede ser expreso o tácito y no requiere ninguna forma específica. Determinado el domicilio conyugal, debe

entenderse que queda también determinado el domicilio de cada uno de los cónyuges; pero ello no obsta para que a otros efectos, profesionales, laborales, etc. cada uno pueda tener un domicilio distinto del conyugal.

B) Determinación judicial

Cuando resulta imposible el acuerdo de los cónyuges sobre cuál deba ser el domicilio de la familia, decide el Juez "teniendo en cuenta el interés de la familia". Ello implica el señalamiento de una única residencia habitual común para una pluralidad de personas, que serán los cónyuges y sus hijos comunes. Seguramente el Juez debe optar por alguno de los domicilios sobre los que se manifiesta la discrepancia entre los cónyuges y no puede elegir, de forma arbitraria, cualquier domicilio. Esta elección debe ponderar las necesidades del grupo familiar.

Tema 5:

SEPARACIÓN Y DISOLUCIÓN DEL MATRIMONIO

§1.- La separación judicial.

§2.- La disolución del matrimonio.

§3.- EL divorcio.

§1.- La separación judicial

1.1- Concepto.

El **art. 68** del c.c establece que los cónyuges «están obligados a vivir juntos» además de guardarse fidelidad y socorrerse mutuamente. La separación matrimonial significa-de acuerdo con PUIG BRUTAU- el cese de este deber de convivencia, sea por acuerdo de los cónyuges, por decisión de uno consentida por el otro o por resolución judicial.

En la separación conyugal la ruptura de la convivencia matrimonial que no afecta al vínculo, el matrimonio continua subsistiendo, y requiere la readaptación del régimen jurídico del matrimonio y de la patria potestad, en su caso, a la nueva situación en la que se encuentran los cónyuges. Los deberes matrimoniales, salvo la convivencia y en parte el deber de fidelidad, no se ven afectados en cuanto a su vigencia por la separación, pero su cumplimiento se ha de amoldar a esta nueva situación de los cónyuges separados.(VALPUESTA)

La separación legal se diferencia del divorcio en que los cónyuges siguen unidos en matrimonio y no pueden contraer nuevas nupcias. (VALPUESTA) .

La situación de separación legal sólo puede obtenerse conforme al Código civil para que tenga eficacia legal, puesto que las resoluciones eclesíásticas de separación, a diferencia de las de nulidad, (vid. art. 80) carecen de eficacia directa en el orden civil (CASTÁN)

1.2.- Clases de separación conyugal.

La separación, según se haya tramitado o no ante los Tribunales, podrá ser reputada como *separación de hecho* o *separación legal*.

A) La separación de hecho.: esta separación se identifica con la situación fáctica de ruptura de la convivencia conyugal, acordada por ambos cónyuges o impuesta por uno de ellos y en ninguno de los anteriores casos ha sido decretada por el Juez. Aunque esta separación surge y se mantiene al margen del Derecho, produce algunos **efectos jurídicos similares a la separación legal**.

B) La separación legal o judicial es aquella que obedece a alguno de los supuestos previstos legalmente en el art. 81 del C.c. y ha sido decretada por la Autoridad judicial a instancia de uno o ambos cónyuges. «Se decretará **judicialmente** la separación, cualquiera que sea la forma de celebración del matrimonio:

1º.-A **petición de ambos cónyuges** o de uno de ellos con el consentimiento del otro una vez transcurrido el primer año del matrimonio. Deberá necesariamente acompañarse a la demanda la propuesta de convenio regulador de la separación conforme a los arts. 90 y 103 de este Código.

2º.- A **petición de uno de los cónyuges** cuando el otro esté incurso en causa legal de separación.»

Atendiendo a las causas que, según el art. 81 c.c., legitiman para solicitar la separación judicial, se puede distinguir entre **separación convencional** y **separación causal**.

•La separación es convencional, consensual o negocial cuando el acuerdo de ambos cónyuges es suficiente para decretar la separación, con independencia de cual sea la causa real que ha motivado la ruptura.

Nuestro ordenamiento, por el contrario, **no admite** aquella **separación** que tiene su origen en la voluntad **unilateral** de uno de los cónyuges, que se conoce como repudio.

•La separación es causal cuando se basa en uno de los **supuestos previstos legalmente** en el art. 82 C.c.. Estos pueden consistir en conductas que se pueden calificar de ilícitas de uno o ambos cónyuges, lo que se conoce como *sanción*, o en la concurrencia de determinadas circunstancias que a juicio del legislador aconsejan la separación de los esposos, llamada *separación remedio*. En orden a sus efectos, la separación conyugal en nuestro ordenamiento responde en líneas generales a la *separación remedio*.(VALPUESTA.)

1.3.- La separación legal.

La **separación legal o judicial** es contemplada en el art. 81 del Código civil y responde a dos modelos, al de **separación convencional** y **causal**. La separación legal se aplica a todo matrimonio con independencia de la forma de su celebración, civil o religiosa e, incluso, al celebrado conforme a otro Ordenamiento jurídico (arts. 107 y disp. adic. 1 .a de la Ley 7 julio 1981). Su **enumeración** tiene carácter **taxativo**, por lo que toda demanda de separación ha de fundarse única y exclusivamente en alguno de los supuestos previstos legalmente, y no puede ser denegada por el Juez cuando la parte o partes interesadas demuestren la realidad de alguna de ellas.

La **acción de separación** tiene **carácter personalísimo**, no la puede interponer ninguna persona distinta de los cónyuges y se extingue con su muerte. (VALPUESTA)

Los supuestos de separación legal se tramitarán procesalmente de acuerdo con lo establecido en las disposiciones adicionales de la Ley 30/1981., la 5ª se aplicará para la separación causal y la 6ª para la convencional,

1.3.1.- La separación convencional

Este tipo de separación responde a lo establecido en el art. 81.1 del C.c.: «...Separación convencional a petición de ambos cónyuges o de uno con el consentimiento de otro, una

vez transcurrido el primer año de matrimonio»

Los requisitos para este tipo de separación son tres:

- a) Que haya **transcurrido un año** desde la celebración del matrimonio.
Este plazo de un año es según Castán un *tempus deliberandi*, puesto que no es lógico que los cónyuges se casen para separarse a continuación.
- b) Que medie **consentimiento** de ambos cónyuges, bien sea **inicial** (al presentar la demanda conjuntamente) o **sobrevenido** (demanda presentada por uno a la que luego se adhiere el otro).
- c) Propuesta del **convenio regulador** que necesariamente deberá acompañarse a la demanda, conforme a los arts . 90 y 103 del Código.

Esta separación se tramitará conforme a lo dispuesto en la **disp. adicional 6ª** de la Ley 30/ 1981 de 7 julio 1981, y el Juez la decretará una vez que compruebe que se cumplen todos los requisitos legales.

La disposición adicional 5ª-k, de la Ley 7 julio 1981 establece cabe la posibilidad de que un procedimiento de separación iniciado a instancia de uno solo de los cónyuges por las causas previstas en el art. 82, pueda en cualquier momento del proceso, **reconducirse** a un procedimiento de separación convencional , cuando ambos cónyuges así lo soliciten y siempre que concurren los requisitos expuestos en el art. 81.

1.3.2. La separación causal.

Esta modalidad de separación se encuentra regulada en los arts. 81.2 y 82 del C.c. El primero de ellos establece: «...[podrá solicitarse la sep.] A petición de uno de los cónyuges cuando el otro esté incurso en una causa legal de separación» .

La ley distingue entre el que se podría denominar *cónyuge inocente*, al que se le concede la legitimación para solicitar la separación, y el cónyuge que incurre en la causa legal de separación, al que se le priva de tal legitimación. Sin embargo, esta falta de legitimación, sólo se debe aplicar a aquellas causas que se concretan en conductas o circunstancias que se refiere a uno sólo de los cónyuges, (art 82 supuestos 1 a 4), no cuando el supuesto previsto requiere la anuencia de los dos cónyuges (apartado 5), o prescinde del comportamiento de los mismos en la ruptura conyugal (apartado 6) (VALPUESTA).

Esta separación se sustanciará por los tramites establecidos, en la disposición adic. 6º de la L. 7 julio 1981.

1.3.3.- Las causas de separación del art. 82.

Las **supuestos de separación** causal se encuentran establecidas en el art. 82 del Código y son las siguientes:

1º)« El abandono injustificado del hogar, la infidelidad conyugal, la conducta injuriosa o vejatoria o cualquier otra violación grave y reiterada de los deberes conyugales.»

Se regula en este apartado-según VALPUESTA- la violación grave o reiterada de los deberes conyugales, de naturaleza personal, por lo que la referencia expresa del legislador a alguno de ellos sólo tiene carácter enunciativo o ejemplificativo.

Para que la violación de estos deberes pueda ser causa de separación no se requiere que los cónyuges vivan juntos, pues la separación de hecho no afecta al cumplimiento de los deberes conyugales, salvo el de fidelidad, cuyo infracción no puede ser alegada previamente existe una separación de hecho libremente consentida por ambos, o impuesta por el que la alegue.

A.- El abandono de hogar: el abandono voluntario supone una violación del deber de vivir juntos (art. 68), la cohabitación es un presupuesto de cumplimiento de los fines del matrimonio. La ausencia ha de ser *voluntaria* (no lo es el servicio militar o cumplimiento de condena), *prolongada* por cierto tiempo e *injustificada* (como lo es en el caso que obedezca a cuestiones laborales.(CASTÁN)

B.-La infidelidad conyugal. Supone una transgresión del deber de fidelidad del art. 68. Esta consiste en que los cónyuges al casarse se comprometen a mantener relaciones sexuales con exclusividad. Se incluyen-según GARCÍA CANTERO- dentro del ámbito objetivo de la norma no solamente el adulterio sino también las relaciones homosexuales de cualquiera de los cónyuges y otras aberraciones (bestialidad, etc.), incluso aquellas relaciones sexuales que, sin llegar a la cópula, suponen la entrega corporal a persona diferente del cónyuge.

C.-La conducta injuriosa o vejatoria. La *conducta injuriosa* se considera toda expresión proferida o acción ejercitada en deshonra, descrédito o menosprecio del otro cónyuge; la reiteración de conductas leves puede constituir causa de separación. La *conducta vejatoria* equivale a malos tratos de obra, se integran en este supuesto los atentados a la vida y a la integridad corporal del otro cónyuge.(CASTÁN).

Dº.-Cualquier otra violación grave o reiterada de los deberes conyugales. Esta fórmula general permite acoger otros hechos no tipificados en este apartado. (CASTÁN)

2º) «Cualquier violación grave o reiterada de los deberes respecto de los hijos comunes o de cualquiera de los cónyuges que convivan en el hogar familiar.»

Esta causa de separación también tiene la consideración de causa general -según Castán- se debe tener en cuenta los deberes que corresponden a los titulares de la patria potestad respecto a los hijos menores de edad no emancipados (art. 154). También, los que corresponden a los padres respecto a los hijos emancipados que siguen en el hogar familiar, como el deber de alimentarlos (si concurren las circunstancias previstas en los arts. 142 y sigs.) o el respeto a su persona. Para apreciar la violación de estos deberes se tendrá en cuenta la edad y circunstancias de los hijos.

Finalmente, la consideración y respeto que merecen los hijos del otro cónyuge que conviven en el domicilio familiar que, a falta de una regulación específica, se regulará por las reglas generales sobre los derechos de la persona. Al efecto se debe tener en cuenta que constituye una carga de la sociedad de gananciales, la alimentación y educación de los hijos de uno sólo de los cónyuges cuando convivan en el hogar familiar (art. 1.362-1) (VALPUESTA).

3º) « La condena a pena de privación de libertad por tiempo superior a seis años»

En este supuesto, a diferencia de los anteriores, no se tiene directamente en

cuenta la conducta de uno de los cónyuges, sino su resultado, la privación de libertad, que puede suponer un entorpecimiento de las relaciones conyugales.

4º) « El alcoholismo, la toxicomanía o las perturbaciones mentales, siempre que el interés del otro cónyuge o de la familia exijan la suspensión de la convivencia »

El padecimiento de estas enfermedades por uno de los cónyuges no supone la concesión automática de la separación, pues se requiere que se acredite la existencia de un daño amenaza para el interés del otro cónyuge o de los hijos

5º)« El cese efectivo de la convivencia conyugal durante seis meses libremente consentido...»

Se identifica esta causa con una separación de hecho acordada o consentida por ambos cónyuges, independientemente de quien en su momento tomara la iniciativa. Por esta vía se permite convertir la separación de hecho en separación judicial.

El supuesto normativo está integrado por dos elementos : uno fáctico, **el cese efectivo de la convivencia conyugal**; y otro volitivo, **el consentimiento** o asentimiento de ambos cónyuges **a dicha situación**.

El primero se puede demostrar por cualquier medio de prueba admitido en Derecho. Para su valoración se debe tener en cuenta lo dispuesto en el art. 87 acerca del cese de la convivencia conyugal, que la hace compatible con el mantenimiento o la reanudación temporal de la vida en el mismo domicilio, cuando ello obedezca en uno o en ambos cónyuges a la necesidad, al intento de reconciliación o al interés de los hijos.

Por el contrario no se debe entender que existe cese efectivo de la convivencia matrimonial; cuando la interrupción de la convivencia obedece a motivos laborales, profesionales o cualesquiera otro de naturaleza análoga, por las mismas razones expuestas (art. 87.2).

El consentimiento o asentimiento de los cónyuges, que constituye el segundo elemento del supuesto normativo, ha de recaer sobre la separación de hecho, y no sobre la tramitación judicial de dicha separación, aunque se puede estar de acuerdo también sobre este extremo.

La demostración de este requisito se puede hacer por cualquier medio de prueba. Al efecto el art. 82. 5 establece que: « se entenderá libremente prestado este consentimiento cuando un cónyuge requiera fehacientemente al otro para prestarlo, apercibiéndole expresamente de las consecuencias de ello, y éste no mostrase su voluntad en contra por cualquier medio admitido en Derecho o pidiese la separación o las medidas provisionales a que se refiere el artículo 103, en el plazo de seis meses a partir del citado requerimiento.»

Ej. Uno de los cónyuges le envía un telegrama al otro, con el que continua conviviendo porque le es imposible encontrar otra vivienda, y le requiere que preste expresamente su consentimiento para la separación y al mismo tiempo le advierte que su silencio durante los seis meses siguientes a la recepción del mismo equivaldrá a la prestación del mismo.

6º)« El cese efectivo de la convivencia conyugal durante el plazo de tres años»

En este supuesto la separación de hecho se puede convertir en separación judicial a iniciativa de uno de los cónyuges. Esta separación no requiere ninguna cualificación especial, sólo el transcurso del tiempo. Puede obedecer a la imposición de uno de los cónyuges o al acuerdo de los dos, con la misma se pretende legalizar situaciones fácticas de separación, permitiendo, incluso, que el que la ha provocado pueda interponer la demanda..

7º) Finalmente se estiman como causas de separación las causas de divorcio en los términos previstos en los números 3, 4, y 5 del artículo 86

En el mismo se hace referencia a causas cuya aplicación es *imposible jurídicamente*, ya que, como la que permite solicitar el divorcio a los dos años de la firmeza de la resolución judicial de separación (art. 86.3); o innecesaria, al contarlos cónyuges con un causa más adecuada a sus intereses en el art. 82.5, (sep.de hecho durante 6 meses) así la que se regula en el art. 86.3,(dos años) o la del apartado 4 que se refiere a la separación de hecho durante cinco años, cuando a los tres años de la misma ya pueden solicitar la separación según el apartado 5 del art. 82. Por lo que parece que la remisión legal sólo es efectiva para los supuestos de ausencia legal, art. 86.3.a, o de condena por sentencia firme por atentar contra la vida del cónyuge, sus ascendientes o descendientes. (VALPUESTA)

1.4.-. Los efectos de la separación judicial.

Se conoce como efectos de la separación al conjunto de medidas que tienden a adaptar el régimen jurídico del matrimonio y de la patria potestad, en su caso, a la nueva situación de los esposos separados. (VALPUESTA)

Algunas de estas medidas han podido ser adoptadas en las fases previas a la sentencia de separación, bien antes de la interposición de la demanda **-medidas provisionales previas a la demanda** (art. 104) y 771 Lec/2000, o durante la sustanciación del procedimiento-medidas provisionales derivadas de la admisión de la demanda (también denominadas coetáneas)- (arts. 102 y 103 C.c. y 773 Lec/2000).

Pueden tener un origen legal, judicial o convencional, en este último caso normalmente deberán ser recogidas en el convenio regulador que los cónyuges acompañarán a la demanda.

Dentro de los efectos, de la separación judicial se suele distinguir asimismo entre los que son comunes al divorcio y a la nulidad, regulados conjuntamente en los arts. 102 a 106 del C.c., y los que son específicos de la separación, que se producirán siempre como resultado de una sentencia judicial; estos aparecen contemplados en el art. 83 C.c.: «La **sentencia de separación** produce la **suspensión** de la **vida en común** de los casados, y **cesa** la **posibilidad de vincular bienes** del otro cónyuge en el ejercicio de la potestad doméstica.»

La suspensión de la convivencia o, más bien, del deber de convivencia que pesaba sobre los cónyuges por imposición del art. 68. Constituye el efecto típico de la separación, por cuanto la sentencia judicial viene a reconocer una situación de crisis matrimonial. Ello afecta a la presunción de convivencia que establece el art. 68. La ley

no dice que quede extinguido de modo definitivo, sino que no es exigible mientras dure la separación, esta situación puede terminar con la reconciliación, así pues el deber de convivencia se encuentra en suspenso, pero si la separación se transforma en divorcio se tornará en definitivo.

La suspensión del deber de convivencia afecta a otros deberes conyugales, así el *deber de respeto* (art. 67) ya no puede tener ese contenido específico que le imprimen las relaciones conyugales, estando más cerca del deber general de respeto que merecen todas las personas. El *deber de ayuda mutua o el de socorro*, previstos en los arts. 67 y 68, se concretarán en el derecho a pensión del art. 97. El *deber de fidelidad* queda muy debilitado tras la separación judicial, pues su incumplimiento tiene escasa relevancia jurídica, ni siquiera es suficiente para la pérdida del derecho a pensión del art. 97, a no ser que se conviva maritalmente con otra persona, que es el supuesto que prevé el art. 101. Finalmente, el *deber de actuar en interés de la familia* (art. 67), carece de sentido mantenerlo en esta nueva situación de los cónyuges, en la que el régimen jurídico del matrimonio y de la patria potestad ha sido sustituido por una nueva reglamentación, que tiende a salvaguardar cada uno de los intereses en juego. (Valpuesta)

El segundo efecto que dispone el art. 83 es el *cese de la posibilidad de vincular bienes del otro cónyuge en el ejercicio de la potestad doméstica*. En definitiva lo que desaparece es la misma potestad doméstica, a la que se le priva de su fundamento y efectos.

La potestad doméstica, que está regulada en el art. 1.319, dentro del régimen económico matrimonial primario, supone una fuente de legitimación de los cónyuges para que puedan atender a las necesidades ordinarias de la familia, y conforme al mismo de las deudas contraídas en el ejercicio de aquella potestad responden subsidiariamente los bienes del otro cónyuge. Al desaparecer, tras la separación, el supuesto fáctico en el que se asienta esta figura, y ser sustituidas las reglas referidas a las relaciones económicas del matrimonio por otras más adecuadas a la nueva situación (disolución del régimen de comunidad, pensión entre los cónyuges, alimentos a los hijos), carece de sentido que se mantenga su vigencia. (VALPUESTA)

La separación judicial produce *efectos en otros ámbitos jurídicos de los cónyuges*, como en la presunción de paternidad matrimonial, art. 116 (sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 118); o en los derechos hereditarios, tanto en la sucesión intestada, art. 945, o en la legitimaria, art. 834; o en las donaciones por razón de matrimonio, art. 1.343.

La sentencia de separación, según CASTÁN, tiene carácter constitutivo y hace nacer el estado civil de cónyuge separado, con un conjunto de deberes y obligaciones en parte diferentes del de casado.

1.5. La reconciliación conyugal

La reconciliación, según VALPUESTA, supone la reanudación de la vida matrimonial con intención de poner fin a la situación de separación³ en la que se encontraban los cónyuges. Esta es un negocio jurídico de carácter bilateral puesto que requiere la colaboración y consentimiento de ambos cónyuges.

Sobre la forma de la misma nada establece nada el código, si bien podrá ser expresa o tácita.

Sus efectos están establecidos en el art. 84, que dispone que: « La reconciliación

³Todas las causas que extinguen el matrimonio hacen cesar al mismo tiempo el estado de separación al faltar uno de sus presupuestos, ya que sin matrimonio no puede haber separación.(CASTÁN)

pone término al procedimiento de separación y deja sin efecto ulterior lo en él resuelto, pero los cónyuges deberán poner aquélla en conocimiento del Juez que entienda o haya entendido del litigio.»

La reconciliación tendrá diferentes consecuencias según las distintas situaciones en las que se encuentren los cónyuges.

A) *Esposos separados de hecho*. La reconciliación pone término a los efectos que se derivaban de tal situación, de origen legal o convencional, salvo que caso se hubieran otorgado capitulaciones matrimoniales para modificar el régimen económico matrimonial. (art. 1.443), también extingue la acción de separación (CASTÁN)

B) *SEPARACIÓN estaba en fase de tramitación judicial*, decaen las medidas provisionales adoptadas por el Juez en virtud del art. 103, o las que hubieran acordado los cónyuges al amparo de dicha norma. También los efectos legales derivados del art. 102, salvo, la revocación de consentimientos y poderes que tiene carácter definitivo. Finalmente supone la finalización del procedimiento.

C) *Reconciliación posterior a la sentencia de separación*, extingue los efectos definitivos de la misma (art. 91) o los que hubiera acordado los cónyuges en el convenio regulador, salvo los referentes a la patria potestad y al régimen económico matrimonial.

Respecto al primero dispone el art. 84, que: « mediante resolución judicial serán mantenidas o modificadas las medidas adoptadas en relación a los hijos, cuando exista causa que lo justifique.»

El interés de los hijos no tiene que coincidir con el de los padres que se reconcilian, por ello el juez puede mantener o modificar las medidas adoptadas en relación a los hijos sometidos a la patria potestad.(VALPUESTA)

Respecto al régimen económico matrimonial establece el art. 1.443, que la separación de bienes decretada no se alterará por la reconciliación de los cónyuges en caso de separación personal. A lo que hay que añadir que, si los cónyuges otorgaron en su momento capitulaciones matrimoniales para modificar el régimen económico, éstas no pierden vigencia por el hecho de la reconciliación.

Finalmente, los cónyuges han de poner su reconciliación en conocimiento del juez que entienda o haya entendido de la separación. Esta notificación no es requisito de validez para la reconciliación, pero si para su eficacia, caso contrario el Juez no podrá dejar sin efecto todas las medidas decretadas a lo largo del proceso.

Si la separación estaba inscrita en uno de los Registros públicos, el Registro civil, el de la propiedad o el mercantil, se deberá inscribir o anotar, según proceda, la reconciliación, a fin de que produzca sus efectos frente a terceros.

§2.- La disolución del matrimonio

2.1.- Las causas de disolución del matrimonio.

Se llama disolución del matrimonio-según GARCÍA CANTERO- a la extinción del vínculo matrimonial , producida por una causa sobrevenida a su constitución.

Según el art. 85 C.C. existen tres causas de disolución del matrimonio:«El **matrimonio se disuelve** sea cual fuere la forma y el tiempo de su celebración, **por la muerte o declaración de fallecimiento** de uno de los cónyuges y **por divorcio**»

A pesar de lo preceptuado en este artículo las causas de separación se han de aumentar a cuatro, puesto que de acuerdo con el art. «80 C.C. Las ...decisiones pontificias sobre matrimonio rato y no consumado [que regulan los cánones 1.061-1, 1.142 y 1.697 y ss. del Codex.], tendrán eficacia en el orden civil...»

De este modo, hemos de admitir que son cuatro las causas de disolución, combinando lo dispuesto en los preceptos de los artículos 85 y 80 C.: la muerte y la declaración de fallecimiento de uno de los cónyuges, el divorcio y la dispensa canónica del matrimonio rato y no consumado homologado civilmente. (PUIG BRUTAU)

La nulidad a diferencia de los supuestos de disolución produce sus efectos con carácter retroactivo; el matrimonio nulo lo será *ab origine*, por el contrario en los supuesto de disolución el matrimonio ha sido válido y ha desplegado todos su efectos hasta el momento de la disolución.

2.2.- La muerte como causa de disolución del matrimonio.

La muerte hace desaparecer el estatus jurídico de casado y hace nacer el de viudo. Cuando la disolución se produce por causa de muerte, el cónyuge sobreviviente es llamado a la herencia bien como legitimario (art. 834) o como heredero ab intestato (art. 913 y 944).La muerte extingue la acción de divorcio según el art. 88-1.

2.3.- La declaración de fallecimiento.

La declaración de fallecimiento plantea el problema de que sucede, si disuelto el matrimonio, aparece el cónyuge al que se había declarado fallecido; la opinión mayoritaria de la doctrina estima que la declaración de fallecimiento es equiparable a la muerte y que el vínculo queda perfectamente disuelto desde la firmeza del auto de declaración de fallecimiento. Así pues la mera reaparición no provoca el que se recupere el vínculo disuelto; para ello los cónyuges habrán de contraer nuevamente matrimonio entre sí. (Ante el silencio del código se aplicará lo dispuesto por el código para el caso de reconciliación tras la sentencia de divorcio art. 88)

En el supuesto de que el cónyuge presente se hubiera vuelto a casar, el segundo matrimonio se declararía subsistente. (MONTÉS PENADÉS)

§3.- El divorcio.

3.1.- Concepto y caracteres.

La expresión divorcio tiene su origen en la expresión latina *divertere* que significa apartarse, irse cada uno por su lado. El divorcio es el acto judicial por el que se disuelve el vínculo matrimonial por causas sobrevenidas a su constitución y en vida de ambos cónyuges (PUIG BRUTAU)

El matrimonio disuelto por divorcio, se diferencia de la disolución por muerte y por declaración de fallecimiento en que el vínculo se disuelve en vida de ambos cónyuges, y se diferencia del matrimonio anulado, en que los cónyuges han estado

válidamente casados mientras ha durado el matrimonio, [desde la celebración de la boda hasta la sentencia de divorcio] , así pues la sentencia de divorcio no mira al pasado sino al futuro(GARCÍA CANTERO).

Según PEÑA Y BERNALDO DE QUIRÓS el divorcio presenta la siguientes características:

a) Es un acto judicial. La disolución del matrimonio sólo podrá tener lugar en virtud de sentencia de separación (art. 89 c.c.) y por lo tanto se escapa a la autonomía de la voluntad.

b) Es una sentencia constitutiva puesto que la sentencia no declara el divorcio sino que lo produce.

c) Por la resolución judicial los cónyuges adquieren el estado civil de divorciados.

El primer texto legal que admitió el divorcio en España fue el art. 43 de la Constitución de 1.931 y la ley del divorcio de 1932, que desarrollaba el precepto constitucional.. La Ley de 23 de septiembre de 1.939 derogó la anterior ley. La Ley 30 de 7 de Julio de 1.981 reintroduce de nuevo esta institución nuestra legislación como consecuencia del desarrollo del art. 32 de la Constitución. Los principios constitucionales de igualdad (art. 14 CE) y de libertad religiosa (art 16 CE) fundamentan esta institución.

En la aplicación del art. 85 c.c. -según MONTÉS PENADÉS- destacan las ideas de generalidad y de:

Generalidad: la disolución del matrimonio mediante divorcio se produce por las causas del art. 86 sea cual fuere la forma y tiempo de su celebración. En virtud de ello el divorcio es aplicable al matrimonio celebrado en forma religiosa.

Retroactividad: el divorcio es aplicable también a aquellos matrimonios celebrados con anterioridad a la Ley 30/1981

3.2.- El sistema español de divorcio.

La Ley española sólo admite el divorcio por vía judicial; pero si lo instan ambos cónyuges o uno con el consentimiento del otro, cuando ello procede según el art. 86, la disposición adicional sexta de la Ley 30/1981 arbitra un procedimiento que en realidad es de homologación judicial del acuerdo privado, pues incluso pueden valerse los interesados de un mismo abogado y procurador. En los demás casos el divorcio es contencioso y sigue el trámite de los incidentes, con las modificaciones introducidas por la disposición adicional 5ª.

En las causas de divorcio del art. 86, existen supuestos de *divorcio sanción*, como el de la causa 5.a del art. 86: condena en sentencia firme por atentar contra la vida del cónyuge, sus ascendientes o descendientes, que es el más claro; pero también puede citarse el supuesto del art. 86, causa 3.a, letra b). De los supuestos de *divorcio remedio* en sentido estricto puede hablarse en el caso del art. 86, causa 3.a (declaración de ausencia legal), y en los de alcoholismo toxicomanía y perturbaciones mentales (artículo 82, causa 4., si han sido previamente causa de separación.

Pero la circunstancia que la ley ha tomado como base dominante del divorcio ha

sido el cese efectivo de la convivencia conyugal. Con excepción de la condena penal por atentado (art. 86, causa 5.a), en los demás casos es el transcurso del tiempo de cese efectivo de la convivencia la causa determinante.

En ningún caso en el pleito de divorcio la demostración de la **culpa** por si sola es determinante de la disolución del matrimonio; es necesario que además se haya producido la ruptura de la convivencia conyugal durante un tiempo determinado.

El divorcio consensual sólo está admitido a base del cese efectivo de la convivencia conyugal, mantenido durante algún tiempo y que permita presumir la ruptura matrimonial (cfr. art. 86, causa 1.a, en relación con el último párrafo del artículo y lo dicho antes en relación con la disposición adicional 6.a).

Las causas del art. 86 constituyen un *numerus clausus*, no podrá alegarse ninguna causa diferente a las del mencionado artículo.

3.3.- La causas de divorcio.

A).- Causa 1ª, art. 86.- 1ª «El **cese efectivo de la convivencia conyugal** durante al menos **un año** ininterrumpido **desde** la interposición de la **demanda de separación** formulada por **ambos cónyuges** o por uno de ellos con el consentimiento del otro, cuando aquélla se hubiera interpuesto una vez transcurrido un año desde la celebración del matrimonio.»

Los presupuestos para ejercer esta causa de divorcio son:

1º.- Demanda de separación interpuesta pedirse por ambos cónyuges, o por uno con el consentimiento del otro.

2º.- Transcurso de un año desde la interposición de la demanda de separación.

3º.- Que no se haya reanudado la convivencia conyugal, es decir que desde la interposición de esta demanda de separación haya cesado de manera efectiva y sin interrupción

4º.- Que la demanda se haya interpuesta después de vez transcurrido el primer año de matrimonio-

Por lo tanto, el legislador facilita la presentación de la demanda de divorcio sin tener que aguardar a que se pronuncie la sentencia de separación cuando ha transcurrido un año desde que se ha pedido la separación.(PUIG BRUTAU)

Esta es una forma de divorcio consensual basado en una previa separación convenida o consentida, con un tiempo de cese efectivo de la convivencia conyugal de dos años en total. Pueden intentarlo ambos cónyuges de común acuerdo o uno de ellos con el consentimiento del otro. El último párrafo del art. 86, exige la presentación de la propuesta de convenio regulador de sus efectos, conforme a los arts. 90 y 103 del mismo Código (SANCHO REBULLIDA).

B) La causa 2ª del art. 86. «2º El **cese efectivo de la convivencia conyugal** durante al menos **un año ininterrumpido** desde la **interposición** de la **demanda de separación** personal, a petición del demandante o de quien hubiere formulado reconvencción conforme a lo establecido en el **art. 82**, una vez firme la resolución estimatoria de la demanda de separación o, si transcurrido el expresado plazo, no

hubiere recaído resolución en la primera instancia.»

Los presupuestos ejercer esta causa son:

1º.- En esta segunda causa ha de partirse del hecho de que no ha habido acuerdo de separación entre los cónyuges y que el proceso se ha iniciado a instancia de uno de ellos. (Puig Brutau).

2º.- Que se haya interpuesto una demanda o reconvencción basada en alguna de las causas previstas en el art. 82 c.c..

3º.- Que se haya producido un cese efectivo de la convivencia conyugal durante un año a partir de la interposición de la demanda de separación.

4º.- Que haya una sentencia firme estimando la separación.

5º.- Si no hay sentencia de separación que haya transcurrido más de un año desde la interposición de la demanda.

C) La causa 3ª del art. 86.- «3ª.- El cese efectivo de la convivencia conyugal durante al menos dos años ininterrumpidos:

a) Desde que se consienta libremente por ambos cónyuges la **separación de hecho** o desde la **firmeza** de la **resolución judicial**, o desde la **declaración de ausencia legal** de alguno de los cónyuges, a petición de cualquiera de ellos.

b) Cuando quien pide el divorcio acredite que, **al iniciarse la separación de hecho**, el otro estaba **incurso en causa de separación.**»

La causa del apartado A, dice PUIG BRUTAU, agrupa tres supuestos de hecho muy diferentes.

1º.- El primer supuesto tienen como base una separación de hecho libremente consentida por ambos cónyuges.

Cuando pida el divorcio uno solo de los cónyuges sin el consentimiento del otro, deberá probar el cese efectivo de la convivencia y que la separación de hecho fue libremente consentida.

Esta causa está encaminada a convertir en divorcio la separación de hecho de mutuo acuerdo.

2º.- El segundo supuesto requiere la existencia de una sentencia firme de separación conyugal. El cómputo se ha de realizar **desde** la firmeza de la resolución judicial, entendiéndose que ésta es la que estimó la demanda de separación. A diferencia del supuesto del art. 86.1 el cómputo en que el cómputo se establecía desde la interposición de la demanda ahora se refiere a la firmeza de la resolución. El precepto no exige que la misma sea estimatoria o no.

3º.- Cese efectivo de la convivencia conyugal durante al menos dos años "desde la declaración de ausencia legal de alguno de los cónyuges, a petición de cualquiera de ellos". La reaparición después de dos años de declarada la ausencia, implica el cese de la convivencia conyugal durante el mismo período, y si no ha pedido el divorcio el cónyuge presente, podrá hacerlo el que estuvo declarado ausente. (PUIG BRUTAU)

La causa del apartado B; exige como presupuestos: 1º la separación de hecho impuesta unilateralmente por uno de los cónyuges. 2º transcurso de 2 años de cese efectivo de la convivencia. 3º Que quien interponga la demanda acredite que el otro cónyuge al tiempo de producirse la separación se encontraba incurso en causa de

separación.

Según Diez-Picazo y Gullón, este es el caso de quien iba a presentar una demanda de separación causal, prefirió la discreción e impuso una separación de hecho.

D) La causa 4ª del art. 86.- «4ª El cese efectivo de la convivencia conyugal durante el transcurso de al menos cinco años, a petición de cualquiera de los cónyuges.»

En esta causa la ley, a cambio de exigir el transcurso de un plazo más dilatado, funda la acción de divorcio únicamente en el cese efectivo de la convivencia, sin tener en cuenta si la separación ha sido libremente consentida o impuesta por uno de los cónyuges. Cualquiera de los cónyuges, incluso quien impuso la separación, está legitimado para pedir el divorcio a base de demostrar el transcurso de cinco años de cese efectivo de la convivencia conyugal.

Según García Cantero, esta es una manifestación moderna del repudio o divorcio *ad libitum*; ya que el cónyuge que abandono puede obtener tranquilamente una sentencia de divorcio sin que valga para nada la oposición del otro cónyuge.

E) La causa 5ª del art. 86.- «5ª La condena en sentencia firme por atentar contra la vida del cónyuge, sus ascendientes o descendientes.»

Estamos ante un caso de divorcio sanción que no exige plazo alguno de cese efectivo de la convivencia a cambio de la existencia de la condena en sentencia firme. Bastará para ello presentar el testimonio de la sentencia penal. (PUIG BRUTAU)

En el último párrafo del art. 86, se establece la obligatoriedad de acompañar convenio regulador: «Cuando el divorcio sea solicitado por ambos o por uno con el consentimiento del otro, deberá necesariamente acompañarse a la demanda o al escrito inicial la propuesta convenio regulador de sus efectos, conforme a los artículos 90 y 103 de este Código»

3.4.-El cese efectivo de la convivencia conyugal

Una característica común a los plazos señalados en el art. 86 es que han de ser ininterrumpidos, lo que se traduce, en que debe haber solución de continuidad, y no pueden adicionarse varios periodos de separación hasta lograr el tiempo total exigido por la Ley. Si transcurre un plazo incompleto y se reanuda la convivencia, habrá que empezar de nuevo el cómputo (GARCÍA CANTERO).

Si la interrupción se produce por la reconciliación, el plazo legal ha de volver a iniciarse para que pueda finalmente invocarse (cfr. art. 84).(PUIG BRUTAU)

El art. 87 C.c. establece en su apartado primero una serie de supuestos en los que a pesar de convivir juntos los cónyuges tal convivencia es compatible con cese efectivo de la convivencia y en el segundo apartado una serie de supuestos en los que a pesar de haber una separación de los cónyuges tal separación no debe reputarse como cese efectivo de la convivencia al que se refieren los arts 82 y 86.

«El cese efectivo de la convivencia conyugal, a que se refieren los artículos 82 y 86 de este Código es compatible con el mantenimiento o la reanudación temporal de la vida en el mismo domicilio, cuando ello obedezca en uno o en ambos cónyuges a la necesidad, al intento de reconciliación o al interés de los hijos y así sea acreditado por cualquier medio admitido en derecho en el proceso de separación o de divorcio correspondiente.

La interrupción de la convivencia no implicará el cese efectivo de la misma si obedece a motivos laborales, profesionales o cualesquiera otros de naturaleza análoga»

En STS 25.11-1985 (RJA 1985, 5908) se dice: «la convivencia conyugal... puede resultar rota...a pesar de que marido y mujer sigan pernoctando bajo el mismo techo, como señala el art. 87»

3.5.- La acción de divorcio.

Caracteres.-En nuestro ordenamiento jurídico, la acción de divorcio se presenta como una acción de estado, que es personalísima, imprescriptible, e irrenunciable.

Es personal: sólo puede ser ejercitada por los propios cónyuges y no se transmite a los herederos.

Esta sometida a un plazo de prescripción de quince años como todas las acciones personales aunque para un sector de la doctrina es imprescriptible; el C.c. por su parte guarda silencio al respecto (GARCÍA CANTERO)

Irrenunciable: la posibilidad de una renuncia general y anticipada a la acción de divorcio, conduciría a la configuración de un matrimonio indisoluble, lo cual no es posible en nuestro Derecho habida cuenta del principio de disolubilidad del matrimonio, otra cuestión es la renuncia a una determinada acción ya ejercitada, que puede admitirse y que de hecho se admite sin problema alguno (MONTÉS PENADÉS).

La extinción de la acción de divorcio.- La acción de divorcio se extingue en dos supuestos, por muerte de uno de los cónyuges y por la reconciliación de los cónyuges.(art. 87 C.c.)

La muerte extingue o disuelve el matrimonio, y por ello, el ejercicio de la acción de divorcio tras la muerte de uno de los cónyuges carece de sentido. La extinción de la acción conlleva a que el cónyuge que se encontraba en el momento del fallecimiento del otro en trance del proceso de divorcio no pierda por esta sola causa los *derechos legitimarios* que le pudieran corresponder, sin perjuicio de lo establecido en los arts. 834 y concordantes. En similares términos se manifiesta el art. 945 con respecto a la sucesión ab intestato o legítima.(MONTÉS PENADÉS.)

3.6.- La reconciliación de los cónyuges

Los efectos que producirá la misma dependen del momento en que ésta se produzca.

A) Reconciliación **anterior a la sentencia** de divorcio:

La reconciliación de los cónyuges, deberá ser **expresa** cuando se produzca **después de interpuesta la demanda**; por el contrario si tiene lugar **antes de la interposición de la demanda**, en el caso de que se hubiere producido una de las causas de divorcio, la reconciliación puede podrá ser, tácita o expresa. (MONTÉS PENADÉS)

Después de haberse producido la reconciliación, no puede replantearse la demanda de divorcio por una causa anterior, salvo que fuere desconocida para el cónyuge.

B) La **reconciliación posterior al divorcio**, señala el segundo párrafo del art. 88, no produce efectos legales, esto es no hace renacer en ningún caso el matrimonio. Si bien queda abierta la posibilidad de que los cónyuges puedan casarse de nuevo entre sí.

3.7.-Efectos de la sentencia de divorcio

El divorcio sólo produce efectos desde la firmeza de la sentencia de divorcio (art. 89), sin perjuicio de aquellos los efectos comunes a la nulidad, separación y divorcio. Los efectos específicos de la sentencia de divorcio nunca producen efectos con carácter retroactivo (a diferencia de la sentencia de nulidad y pueden clasificarse - de acuerdo con MONTÉS PENADÉS- en:

A) *Efectos respecto de las partes.*- Respecto de las partes, la sentencia produce un **efecto directo** que consiste en la disolución del matrimonio, y una serie de **efectos secundarios**: como con la facultad para contraer matrimonio (salvo el canónico); la modificación del deber de mutuo socorro (art. 68 C.C.) que es sustituido por la prestación por desequilibrio económico del art. 97 del Código; cabe la pérdida de la patria potestad por uno de los propios cónyuges a tenor del art. 92-3 C.C.; así como la posibilidad de solicitar la revocación de las donaciones por razón de matrimonio y en general, la cesación de los deberes recíprocos, salvo cuanto hemos dicho respecto del de mutuo socorro, con base en el art. 97 C.C.

Respecto de los bienes del matrimonio, por imperativo del art. 95, se produce la disolución del régimen económico matrimonial.

Se conservan, los deberes u obligaciones de los padres para con los hijos, como dispone textualmente el art. 92-1 C.C.

B) *Efectos respecto de terceros.* Si la sentencia produce efectos inter partes desde el momento en que adquiere firmeza, en, cambio respecto de terceros ha de verificar una distinción entre los terceros que conozcan o que debieran conocer la situación de divorcio y los terceros que no la conozcan, en función de la buena fe, (art. 89), para estos últimos el momento en que empezará a producir efectos el divorcio será a partir de la inscripción de la sentencia en el Registro Civil.

Según la disp. Adic. 9ª de la Ley 30/1981 de 7 de Julio las sentencias de separación, nulidad y divorcio se comunicarán de oficio a los Registros Civiles en que consten el matrimonio y los hijos y prevé que puedan ser anotadas, a petición de parte, en los Registros de la Propiedad y Mercantil.

Tema 6

EFFECTOS COMUNES EN RELACIÓN CON LA NULIDAD, SEPARACIÓN Y DIVORCIO

§1.- Efectos comunes en relación con la nulidad, separación y divorcio.

§2.- El derecho de pensión y de indemnización.

§3.- La separación de hecho.

§1.- Efectos comunes en relación con la nulidad, separación y divorcio.

Con la finalidad de evitar reiteraciones, la reforma de 7 de julio de 1981 recogió en los artículos 90 a 101 C.c. los «efectos comunes» a las sentencias estimatorias y a las demandas de nulidad, separación y divorcio. Esta sistemática, presenta, según CLEMENTE MEORO, una **ordenación discutible** -se regulan antes los efectos de la sentencia que los de la demanda y los previos a la demanda-y **no siempre su contenido se ajusta a lo predicado** así, los arts. 95.2 y 98 sólo resultan aplicables a la declaración de nulidad, y los arts.97 y 99 a 101 sólo al divorcio y a la separación, con lo que no tienen nada de "comunes". Además, se presentan **problemas de conexión** con los preceptos del C.C. reformados por L. 13 mayo 1981 relativos a la **patria potestad** y al **régimen económico matrimonial**.

1.- Efectos previos a la demanda de nulidad, separación o divorcio: las llamadas medidas provisionales previas a la demanda.

Las demandas de separación o divorcio, y en no menor medida las de nulidad, ponen de manifiesto una situación de crisis matrimonial; pero, evidentemente, ésta es anterior a aquéllas, y puede interesar a alguno de los cónyuges, por razones de urgencia o necesidad, o para evitar o poner fin a situaciones violentas, que se adopten determinadas medidas, aún antes de presentar la demanda.Estas medidas ahora se denominan «provisionales previas», aunque tradicionalmente habían recibido el nombre de previas, provisionalísimas o provisionales (CLEMENTE MEORO).

El código las regula por vía de remisión en el art. 104; y las complementa con el art. 105. El art. 104-1 C.C. establece que «el cónyuge que se proponga demandar la nulidad, separación o divorcio de su matrimonio puede solicitar los efectos y medidas a que se refieren los dos artículos anteriores».

Las medidas previas que pueden solicitarse serán **todas o algunas de las medias** del **art 103** , es decir las mismas medidas (Provisionales) que el Juez puede adoptar a solicitud de cualquiera de los cónyuges una vez admitida la demanda, y **los efectos** contemplados en el **art. 102** (efectos *ex lege*).

Las medidas previas o provisionales, solo **subsistirán** si dentro de los **treinta días** siguientes a su solicitud se presenta demanda ante el Juez o Tribunal competente. (104.2)

El procedimiento para la tramitación de estas medidas está señalado en los 771 a 775 de la L.e.c/2000.

La presentación y admisión de la demanda, produce que la medidas previas se conviertan en provisionales; (CLEMENTE **Meoro**) además cabe la solicitud de otras medidas-ahora como medidas provisionales- que no se solicitaron en la primera fase (**Castán**); y asimismo se producirán automáticamente los efectos *ex lege* que comporta toda presentación de demanda.

En cuanto a la modificación las medidas previas, dice **Entrena Klett**⁴ que no cabe su modificación, salvo que se alcance un convenio regulador aprobado por el Juez o se estimara oportuno por el mismo efectuar algún cambio de acuerdo con lo ordenado por el art. 103.

El **art. 105** establece una **medida previa** no sólo a la demanda sino incluso a las propias medidas provisionales, esta medida consiste en la posibilidad de que el cónyuge salga del domicilio por una causa razonable y en plazo de treinta días presente la demanda o las medidas a que se refieren los arts. anteriores (art. 104 medidas. previas).

Esta norma ,según Lacruz y Sancho, tiende a facilitar la libertad e independencia de los cónyuges que deciden interponer una demanda de nulidad, separación o divorcio, permitiéndole el abandono del domicilio conyugal.

2 Medidas provisionales que pueden adoptarse en los procesos de nulidad, separación y divorcio.

2.1.- La autonomía de la voluntad en relación con las medidas provisionales.

La L. 7 julio 1981, ha supuesto un amplio reconocimiento a la **autonomía privada** en relación con la determinación de los efectos de las demandas y sentencias de nulidad, separación y divorcio. . Así, conforme a los arts.90 y 1.03 C.C. los **cónyuges pueden convenir tales efectos** (ya sea en Convenio regulador o a través de los pactos que menciona el art. 103) y sólo **subsidiariamente** serán acordados por el Juez.

Sin embargo, ha de tenerse en cuenta que el **principio de autonomía privada** se encuentra **limitada por los principios de igualdad de los cónyuges** (arts 14 y 32 C.E.) y **de protección a los hijos** (art.39C.E.), que determinan:

1.º que sea necesaria la **aprobación judicial de los acuerdos** a que hayan llegado los cónyuges., teniendo que controlar el Juez que no sean dañosos para

⁴Matrimonio, separación y divorcio.Pamplona, 1.982.Ed. Aranzadi, pág.445

los hijos o gravemente perjudiciales para uno de los cónyuges (cfr. arts. 90-2, 91 y 103- 1 C.C.).

2.º que los cónyuges **no pueden excluir ninguno de los efectos legalmente establecidos**-salvo la pensión compensatoria a que se refieren los arts. 97 y 99 a 101 C.C.-, de suerte que si no se pronuncian sobre alguno de ellos, dándose los presupuestos para que se produzcan, tendrá que hacerlo el Juez (cfr. art. 91 C.C.). P.ej.- si existiendo hijos comunes no se hace referencia a los mismos en la propuesta de convenio, será el Juez el que se tendrá que pronunciar al respecto

2..2. El convenio regulador a que se refieren los arts. 81 y 86 C.c.

A) *Concepto*.- Según **Diez-Picazo y Gullón**, el convenio regulador es un negocio jurídico familiar, que tiene carácter mixto, por intervenir los particulares y la autoridad pública que tiene como finalidad regular los efectos de las situaciones de crisis del matrimonio; su función es facilitar a los cónyuges un vehículo para manifestar su voluntad en los casos en que exista acuerdo en los mencionados efectos.

B) *Clases*.- Cabe distinguir en el Código-según **Clemente Meoro**- dos tipos de convenio conforme a su contenido y naturaleza:

a) **Convenio regulador propiamente dicho**; a que se refieren los artículos 81, 86 y ; 90-1 C.C. Se trata de un **convenio de contenido mínimo** y que ha de proponerse en los siguientes supuestos :

1.º Cuando se solicite la separación o el divorcio de mutuo acuerdo o por un cónyuge con el consentimiento del otro. Este convenio ha de acompañar necesariamente a la demanda, siendo presupuesto de su admisión.

2.º Cuando solicitado el divorcio o la separación por uno sólo de los cónyuges, o la nulidad por las causas comprendidas en los apartados 2.º y 3.º del art. 73 C.C., las partes soliciten que se continúe el procedimiento, que un principio era contencioso, por los trámites de la disp. adic. 6 a L. 7 julio 1981 (mutuo acuerdo). Cuando se solicite cambio de procedimiento se ha de acompañar obligatoriamente el convenio.

b) Convenios o pactos que en los procedimientos de nulidad o separación o divorcio contenciosos, pueden las partes presentar para su aprobación judicial ; a estas pactos o convenios se refieren los arts. 90 C.c. apartado 2º (Las **medidas...convenidas** por los cónyuges...); y 103 c.c. (el Juez a falta de **acuerdo de ambos cónyuges**). Estos pactos que no ha de tener un contenido mínimo como el convenio regulador en sentido estricto ni son presupuesto de admisión a trámite de la demanda. Estos pactos -dice Roca Trías- acompañaran a la solicitud de medidas provisionales.. Esta autora les llama acertadamente **acuerdos sobre las medidas provisionales**.

Ej. Este tipo de pactos pueden tener lugar cuando en una separación, a pesar de ser contenciosa, (piensese en una separación por adulterio) ambos cónyuges tienen interés en pactar con respecto a las cuentas corrientes comunes que tienen en los bancos que de otra forma podrían quedar bloqueadas.

C) *Contenido del convenio regulador*.- El convenio regulador [en sentido estricto] ha

de tener un **contenido mínimo**⁵ que viene determinado en el art. 90-1, que podrá ser ampliado por los interesados cuando existan supuestos que sea necesario regular y que no estén incluidos en los supuestos del art. 90:

a) La determinación de la **persona** a cuyo **cuidado** hayan de quedar los **hijos** sujetos a la patria potestad de ambos, el ejercicio de ésta y el **régimen de visitas**, comunicación y estancia de los hijos con el progenitor que no viva con ellos.

La persona que cuidará de los hijos deberá ser uno u otro cónyuge, no un extraño, es ésta una solución residual y excepcional (. art. 103.1.a).

b) La **atribución del uso de la vivienda y del ajuar familiar**.

c) La contribución a las **cargas del matrimonio y alimentos**, así como sus bases de actualización y garantías, en su caso.

d) La bases para la fijación de la **liquidación**⁶, cuando proceda, del **régimen económico del matrimonio**.

e) La **pensión** que, conforme al **artículo 97**, corresponde satisfacer, en su caso, a uno de los cónyuges. Los cónyuges pueden estimar que no procede la pensión compensatoria del artículo 97, o renunciar a ella.

D) *Forma* .- El Código no establece ningún requisito de forma para el convenio regulador, si bien es opinión mayoritaria la forma escrita.

E) *La aprobación judicial*.- Para la eficacia del convenio regulador el art. 90.3 exige la **aprobación u homologación judicial**; («Los acuerdos de los cónyuges...serán aprobados por el Juez...») Si el Juez considera que los pactos establecidos por los cónyuges **incompletos**, por faltar alguno de los requisitos del art. 90 **ó perjudiciales** (por ser «dañosos para los hijos o gravemente perjudiciales para uno de los cónyuges), denegará su aprobación al dictar sentencia; otorgando un nuevo plazo para la presentación de un nuevo convenio con respecto al punto no admitido o para completar el convenio; transcurrido ese plazo el Juez podrá puede sustituir la voluntad de los cónyuges dictando soluciones distintas a las pactadas. (Art.. 90.3 c.c. y Disp. Adic. 7 Ley 30/1981). La aprobación judicial del convenio se produce también en la sentencia que es la misma en la que se acuerda la separación o el divorcio.

F) *La modificación posterior del convenio*.-Aunque el convenio es irrevocable y debe ser observado en sus propios términos, se admite su modificabilidad a instancia de cualquiera de los cónyuges y, por tanto, la de la situación jurídica creada por él. Según

⁵Pero como establece Roca Trias es posible que algunas circunstancias no concurren en algunos supuestos del art. 90, p. ej. no hay hijos, o no se produce desequilibrio económico, entonces no se tendrán que producir estipulaciones al respecto.

⁶Hay que tener presente que los cónyuges no pueden disolver el régimen, sólo fijar las bases para su disolución que sólo puede producirse al dictarse la sentencia de se., divorcio. o nulidad.(Roca Trias)

el texto del penúltimo párrafo del artículo 90, las estipulaciones de los cónyuges pueden ser «modificadas judicialmente o por nuevo convenio cuando se alteren sustancialmente las circunstancias».

La posibilidad de modificar las estipulaciones se refiere tanto a los pactos de los cónyuges, que homologó el Juez, como a la medidas acordadas por el Juez en su defecto. La iniciativa para la modificación puede provenir de uno o de ambos cónyuges. En ambos casos se requiere la aprobación judicial **(E.Roca i Trias)**

2.3 Medidas provisionales por demanda de nulidad, separación y divorcio.-

Desde el momento en que se presenta demanda de nulidad, separación o divorcio, e incluso desde antes (medias previas ex. art.. 104), resulta manifiesto que las relaciones conyugales no obedecen a una situación de normalidad matrimonial y que consecuentemente, no pueden regirse por las reglas hasta ese momento vigentes.

El Código civil, en el Capítulo X , del Libro I, bajo un mismo epígrafe «De las medidas provisionales por demanda de nulidad, separación y divorcio», distingue entre efectos y medidas provisionales. Los **efectos** aparecen regulados en el art.. 102 y se producen automáticamente una vez admitida la demanda de nulidad, separación o divorcio. Las **medidas**, reguladas en el art. 103, solamente se pueden adoptar a instancia de parte y se referirán al cónyuge que ha quedar con los hijos, la vivienda y ajuar familiares y el régimen económico matrimonial.

La suma de los efectos y medidas, en su caso, constituirán el **estatuto jurídico** del matrimonio **mientras dure el pleito** con independencia de cuál sea su resultado definitivo..

A).-Los efectos “ex lege” del art. 102:

Conforme al art. 102 C.c., la **admisión de la demanda** de nulidad, separación o divorcio, determina por ministerio de la Ley o *ex lege* u *ope legis*, es decir de forma automática, sin que tengan que ser acordarlos por el Juez ni ser solicitados por los cónyuges, los siguientes **efectos**:

1.º **Los cónyuges podrán vivir separados.** Por tanto, cesa el deber de convivencia establecido en el art. 68 C.c., pero quedando a la voluntad de los cónyuges la continuación de la vida en el mismo domicilio ("podrán"), que puede ser conveniente para los mismos (dificultades económicas, intento de reconciliación) o para los hijos. Consecuentemente, no se entenderá como reconciliación ni interrumpirá el cese efectivo de la convivencia conyugal (cfr. art.. 87), salvo prueba en contrario.**(Clemente Meoro)**

2.º **Cesa la presunción de convivencia conyugal** establecida en el art.. 69 C.C. En consecuencia, el domicilio deja de ser común, lo que determina que el demandante tenga que designar el suyo y el del demandado, a efectos de notificaciones, emplazamientos y demás comunicaciones procesales. Caso de que fuese el demandado quien hubiese salido del domicilio conyugal y el demandante ignorase su nuevo domicilio, sera aquél quien tendrá que designarlo en su primer escrito procesal. De otra parte, desde la demanda de nulidad, separación o divorcio cesa- por cesar la de convivencia conyugal-la **presunción de paternidad establecida en el art.. 116 C.C.**

(Clemente Meoro)

3.º Quedan revocados los consentimientos y poderes que cualquiera de los cónyuges hubiera otorgado al otro. Conforme al art.. 71.C.c., ninguno de los cónyuges puede atribuirse la representación del otro sin que haya sido conferida.

4º.- Cesa la posibilidad de vincular bienes privativos del otro cónyuge en el ejercicio de la potestad domestica, salvo pacto en contrario. (Vid. Art.. 1.319-2)

B) Las medidas provisionales del art. 103.

Interpuesta una demanda de separación o divorcio o nulidad, de común acuerdo por ambos cónyuges, o por uno con el consentimiento del otro, deberán acompañar necesariamente a la demanda **propuesta de convenio regulador**. En los casos en que la demanda sea contenciosa los cónyuges también podrán **convenir o pactar** con respecto a alguna o todas las medidas que aparecen reflejadas en el art. 103. En este supuesto estaríamos ante una **propuesta de medidas provisionales**.

Subsidiariamente, es decir, si los cónyuges no llegan a un acuerdo sobre las medidas o si las presentadas no son aprobadas total o parcialmente, el **Juez podrá adoptarlas**, a solicitud ⁷ de cualquiera de ellos y, en su caso, del Ministerio Fiscal (cfr. art.. 749 L.E.C.), y con audiencia de los mismos (cfr. **arts. 103-1 C.C. y 773.3 L.E.C.**),
(Clemente Meoro)

La aprobación judicial ha de responder a los mismos criterios del art.. 90 C.C. (que no sea dañoso para los hijos o gravemente perjudicial para uno de los cónyuges).
(Valpuesta)

Esta norma está dirigida fundamentalmente al juez, al que se le indica las materias sobre las que puede tomar las medidas oportunas y los criterios para adoptarlas. En este punto se observa el reconocimiento de un amplio arbitrio judicial.

El carácter **transitorio o provisional** de estas medidas obedece a que en esta fase judicial se carecen de datos suficientes para apreciar en toda su dimensión las necesidades reales de los cónyuges e hijos, de ahí que puedan ser modificadas a lo largo del procedimiento cuando se alteren las circunstancias que las motivaron. **(Valpuesta)**

Las medidas que puede **adoptar** el Juez son las siguientes :

A) Respecto de los hijos: «Determinar, en interés de éstos, con cuál de los cónyuges han de quedar los sujetos a la patria potestad de ambos y tomar las disposiciones apropiadas de acuerdo con lo establecido en el Código civil y en particular la forana en que el cónyuge apartado de los hijos podrá cumplir el **deber de velar** por éstos y el tiempo, modo y lugar en que podrá **comunicar** con ellos y **tenerlos** en su compañía.

Excepcionalmente, los hijos podrán ser encomendados a otra persona y, de no

⁷ Las **medidas provisionales**, salvo que hayan sido propuestas por ambos cónyuges, han de ser **solicitadas por alguno de los cónyuges** o por el Ministerio Fiscal de acuerdo con los principios de rogación y disposición que informan el proceso civil; luego el Juez no podrá decretarlas de oficio (Valpuesta)

haberla, a una institución idónea, confiriéndoseles las funciones tutelares que ejercerán bajo la autoridad del Juez» (art.. 103-1.a).

Criterio básico y determinante ha de ser el interés del hijo, como expresamente señala el art.. 103- 1 .a (cfr. también arts. 90-2 y 92-2), y ha de tenerse en cuenta su opinión cuando tuviere suficiente juicio (cfr. art.. 154-3 C.C.,)

B) El uso de la vivienda y ajuar familiares. El Juez determinará, «teniendo en cuenta el interés familiar más necesitado de protección, cuál de los cónyuges ha de continuar en el uso de la **vivienda familiar** y asimismo, previo inventario, los bienes y objetos del **ajuar** que continúan en ésta y los que se ha de llevar el otro cónyuge, así como también las medidas cautelares convenientes para conservar el derecho de cada uno». La continuación del uso de la vivienda es independiente de la titularidad (arrendamiento, usufructo, propiedad, etc.)

C) La contribución de cada cónyuge a las cargas del matrimonio. « Fijar la contribución de cada cónyuge a las **cargas del matrimonio**, incluidas si procede las **litis expensas**, establecer las bases para la actualización de cantidades y disponer las garantías, depósitos, retenciones u otras medidas cautelares convenientes, a fin de asegurar la efectividad de lo que por estos conceptos un cónyuge haya de abonar al otro.

Se considerará contribución a dichas cargas el trabajo que uno de los cónyuges dedicará a la atención de los hijos comunes sujetos a patria potestad.»

La fijación de la contribución de cada cónyuge a las cargas del matrimonio estará en función de las medidas que se hayan tomado en relación con el régimen económico-matrimonial, que sigue subsistiendo durante la tramitación del procedimiento.

La *litis expensas* es la obligación de pagar aquellos gastos necesarios causados en litigios que sostenga uno de los cónyuges contra el otro o contra terceros y tienen por objeto impedir la indefensión en que se encontraría el cónyuge que pleitea que no podría alcanzar el beneficio de justicia gratuita por la situación patrimonial de su consorte. (DIEZ-PICAZO Y GULLÓN)

D) Medidas sobre el régimen económico matrimonial.

La iniciación del procedimiento no implica ninguna modificación del régimen económico matrimonial vigente hasta ese momento, que seguirá subsistiendo hasta la sentencia. Sin embargo, la ley establece algunas medidas que compatibilizan la pervivencia del régimen matrimonial previo con la nueva situación que se instaura. Además, la proximidad de la sentencia puede ser aprovechada abusivamente por uno de los dos cónyuges en su beneficio y en perjuicio del otro, lo que hace conveniente la adopción de algunas medidas de garantía o de tutela. (Diez-Picazo y Gullón)

Nuestra Código civil regula esta materia en las reglas 4ª y 5ª del artículo 103, distinguiendo el régimen de los bienes comunes y el de los privativos.

1.º Los bienes comunes. La comunidad conyugal no se divide de iure, pero se trocea de facto, de manera que la administración y gestión de una parte de los bienes comunes se entrega a un cónyuge y la otra al otro, previo inventario. Para decidir qué bienes se entregan a cada cónyuge se ordena únicamente atender a las circunstancias. También han de establecerse las reglas que se deben observar en la administración y

disposición de los bienes, así como sobre la obligatoria rendición de cuentas, que se extenderán a los bienes que en ese momento se reciben y los que en lo sucesivo se adquieran (y tengan la calificación de comunes).

2.º **Los bienes privativos.** No experimenta su régimen jurídico ninguna modificación por el hecho de que el procedimiento de separación se inicie, pues se encuentran bajo el pleno dominio de aquel a quien pertenecen. No obstante, si hubiere bienes de esta clase especialmente afectados a las cargas del matrimonio en capitulaciones matrimoniales o en escritura pública, el juez determinará su régimen de administración y disposición.

3. Extinción de las medidas previas y provisionales

El art. 106-1 dice que «los efectos y medidas previstos en este capítulo, terminan en todo caso, cuando sean sustituidos por los de la sentencia estimatoria o se ponga fin al procedimiento de otro modo» (ej. desestimiento).

Se refiere a este precepto tanto a los efectos *ex lege* de la demanda (art. 102) como a las medidas previas (arts. 104) y a las provisionales (104) y distingue entre terminación del proceso por sentencia estimatoria o de otro modo.

4.4.-Efectos definitivos y comunes a la sentencia de nulidad, separación o divorcio. (Las medidas definitivas)

Dice **Roca i Trias**, que el art. 91 del C.c establece un sistema paralelo al convenio regulador, en el sentido de que junto a la autonomía de la voluntad de las partes, se hace intervenir al Juez para suplirla cuando no es posible conseguir el acuerdo entre los cónyuges.

Establece el art. 91 C.C. que: «En las sentencias de nulidad, separación o divorcio, o en ejecución de las mismas, **el Juez, en defecto de acuerdo**⁸ **de los cónyuges o en caso de no aprobación** del mismo, determinará conforme a lo establecido en los siguientes las medidas que hayan de sustituir a las ya adoptadas con anterioridad en relación con los hijos, la vivienda familiar, las cargas del matrimonio, liquidación del régimen económico y las cautelas o garantías respectivas, estableciendo las que procedan si para alguno de estos conceptos no se hubiera adoptado ninguna.

Estas medidas podrán ser modificadas cuando se alteren sustancialmente las circunstancias»

El **carácter subsidiario** de estas medidas determina que sólo serán dispuestas a falta de convenio, o si éste no es aprobado-total o parcialmente-o resulta incompleto. De otra parte, sustituirán, en su caso, a las medidas provisionales⁹ acordadas por los cónyuges o a aquellas otras, también de carácter judicial, dictadas en virtud del art. 103 C.c. -, y por ello suelen denominarse **medidas definitivas**¹⁰ (**Clemente Meoro**)

Las medidas adoptadas judicialmente, en virtud de este art. 91, a su vez podrán

⁸Pacto: se refiere tanto al convenio regulador (art. 90) o pactos (art. 103)

9

10 Las medidas definitivas aparecen reguladas en el art. 774 de la Lec/2000.

ser modificadas cuando se alteren sustancialmente las circunstancias que se tuvieron en cuenta para su adopción. La modificación del convenio regulador o las medidas judiciales que se dictaron en la sentencia requerirán de nuevamente la intervención judicial para su modificación.

En los supuestos del art.. 91, el juez ya no está sometido al principio de **rogación-Roca i Trias- y** el Juez deberá actuar por propio impulso, cuando o no exista convenio, o éste contenga graves perjuicios para los intereses de los implicados o de sus hijos.

El juez deberá de pronunciarse con respecto a los siguientes extremos. **(Diez-Picazo y Gullón):**

a) **Las relaciones paterno-filiales.- (art.. 92)** La regla fundamental que establece el párrafo 1.º del artículo 92 es que la separación, la nulidad y el divorcio no eximen a los padres de sus obligaciones para con los hijos. No hay exoneración, pero tiene necesariamente que haber una modalización de su cumplimiento, porque es inevitable la valoración, en relación con los hijos de los hechos que hayan ocasionado la crisis matrimonial.

Las medidas judiciales con relación a los hijos, que han de adoptarse para de su beneficio, tras oírles si tuvieran suficiente juicio y siempre a los mayores de doce años (art.. 92, p. 2.º), son las siguientes:

Patria potestad. Puede acordarse la privación de la patria potestad (a uno de los progenitores o a ambos), cuando en el proceso se revele la existencia de una causa suficiente para ello. Si se priva de la patria potestad a uno de los padres, el otro asume todas sus funciones y facultades. Si se priva de ella a ambos es necesario constituir la tutela. No obstante, aun que no haya privación de la patria potestad, se pueden adoptar medidas sobre su ejercicio teniendo en cuenta la conveniencia de los hijos. Así puede acordarse que la patria potestad sea ejercida total o parcialmente por uno de los cónyuges, o que el cuidado de ellos corresponda a uno u otro, procurando no separar a los hermanos (art.. 92, p. 4.º).

Gastos de mantenimiento de los hijos. El **artículo 93** dice que el juez determinará «la contribución de cada progenitor para satisfacer los alimentos y adoptará las medidas convenientes para asegurar la efectividad y acomodación de las prestaciones a las circunstancias económicas y necesidades de los hijos en cada momento». Debe considerarse como contribución el trabajo del cónyuge a la atención de los hijos que hayan quedado a su cuidado (art.. 103.3.a, por analogía).

En el artículo 93.2. se establece que : «Si convivieran en el domicilio familiar hijos mayores de edad o emancipados que carecieran de ingresos propios, el juez, en la misma resolución fijará los alimentos que sean debidos conforme a los artículos 142 y siguientes del Código civil.»

El derecho de visita y de comunicación. Según el **art.. 94:** «El progenitor que, como consecuencia del estatuto de la crisis matrimonial no tenga consigo a los hijos menores o incapacitados, gozará del derecho de visitarlos, comunicar con ellos y tenerlos temporalmente en su compañía.» El tiempo, modo y lugar de ejercicio de este derecho es determinado judicialmente. No obstante, también por decisión judicial, se puede limitar o suspender el referido derecho, cuando se dieran graves circunstancias

que así lo aconsejen o se incumplieran grave o reiteradamente los deberes impuestos por la resolución.

b) La disolución del régimen económico matrimonial (art.. 95). El art.. 95 establece que : «la sentencia firme producirá, respecto de los bienes del matrimonio, la disolución del régimen económico matrimonial.»

c) El uso de la vivienda familiar (art.. 96).- El uso de la vivienda familiar, que comprende el de los objetos de uso ordinario que en ella existan, corresponde en línea de principio a los hijos del matrimonio y al cónyuge en cuya compañía queden (art.. 96), por entenderse que es el suyo lo que la redacción anterior del Código llamaba el interés familiar más urgentemente necesitado de protección. Cuando no todos los hijos queden en compañía de uno de los cónyuges, el artículo 96 faculta al juez para resolver lo que sea procedente sin ningún tipo de condicionamiento, aun cuando el interés más urgente necesitado de protección deba ser también en este caso un principio rector.

El uso de la **vivienda familiar es independiente de la titularidad de los derechos** subjetivos que respecto de ella (v. gr., propiedad, usufructo, arrendamiento, etc.) se puede ostentar. Así, puede otorgarse el uso de la vivienda a un cónyuge, aunque la propiedad de la misma sea privativa del otro. En el caso de que el matrimonio no tenga hijos, de acuerdo con lo que dispone el párrafo 3.º del artículo 96, la regla general es que el uso corresponde a aquel a quien pertenezca la titularidad del derecho subjetivo, si bien puede acordarse que temporalmente se atribuya al cónyuge no titular si las circunstancias lo hacen aconsejable, por ser su interés el más necesitado de protección.

Cuando el uso de la vivienda y bienes indicados corresponda al cónyuge no titular, los actos de disposición sobre ella requerirán el consentimiento de ambas partes o en su caso la autorización judicial.

§2.- El derecho de pensión y de indemnización

El artículo 97 configura para los casos de separación y divorcio un derecho de pensión», que no es una forma de facilitar las prestaciones vitales en que los alimentos consisten. El Código exige dos requisitos para su establecimiento **(Diez-Picazo y Gullón):**

- un **desequilibrio económico de uno de los cónyuges** en relación con la posición del otro, es decir, una situación en que tras las crisis uno sale económicamente mejor y otro peor parado; y, además,
- **la comparación de esa situación con la anterior en el matrimonio** para decidir si significa un empeoramiento. En definitiva, y dicho de otro modo, se trata de compensar a aquel de los cónyuges cuya dedicación a las necesidades de la familia haya supuesto una pérdida de expectativas. Como esta pensión se extiende a la hipótesis de separación legal, no es incompatible ni sustitutiva del derecho de alimentos que se hubiese acordado, aunque en tal caso se disminuiría considerablemente la apreciación del desequilibrio.

La **pensión se fija** al cónyuge perjudicado en la sentencia teniendo en cuenta las siguientes circunstancias que aparecen reflejadas en el art.. 97.2:

- 1º.- Los acuerdos a que hayan llegado los cónyuges;
- 2º.- La edad y el estado de salud.
- 3º.- La cualificación profesional y las probabilidades de acceso a un empleo.

4º.-La dedicación pasada y futura a la familia.

5º.-La colaboración con su trabajo a las actividades mercantiles, industriales o profesionales del otro cónyuge; la duración del matrimonio y la convivencia conyugal.

6º.- La pérdida eventual de un posible derechos de pensión.

7º.-El caudal y los medios económicos y las necesidades de uno y otro cónyuge.

En la resolución judicial se establecerán las **bases para actualizar la pensión y las garantías para su efectividad**»

El **derecho a la pensión** del artículo 97, puede ser válidamente renunciado por las partes, o no hecho valer, en cualquiera de ambos supuestos, el **Juez no podrá decretarla de oficio** (S. de 2 de diciembre de 1987. RJA 1987,9174).

«El órgano jurisdiccional ha de sujetarse a lo solicitado, [...].**Ni en las medidas provisionales** anteriores a la demanda de separación o divorcio (art. 104 del C.C.), **ni en las coetáneas [provisionales]** al procedimiento, cuando no existe convenio regulador entre las partes (arts. 102 y 103), **ni en las medidas definitivas** a adoptar por el juez, a que se refiere el art.. 91, **figura la pensión compensatoria**; si, pues, **la ley no autoriza al juez a que señale tal pensión de oficio** y, en cambio, las partes pueden incluirla en el convenio regulador o pedirla en el procedimiento, demostrando la concurrencia de las circunstancias a que se refiere el art.. 97 del C.C. (desequilibrio en relación con la posición del otro; empeoramiento respecto a su situación anterior en el matrimonio),...».

B) *Modificación*.-Según el artículo 100, una vez fijada la pensión y sus bases de actualización, no existe otra posibilidad de **modificación judicial** que las alteraciones sobrevenidas en la fortuna de uno y otro cónyuge cuando deban considerarse sustanciales. Pero cabe el acuerdo de los cónyuges en cualquier momento para la sustitución de la pensión por una renta vitalicia, por un derecho de usufructo sobre bienes determinados o por la entrega de un capital en bienes o dinero (art.. 99).

C) *Extinción*. (Art.. 101)- El **derecho de pensión se extingue** por el cese de la causa que lo motivó, por contraer el acreedor nuevo matrimonio o por vivir maritalmente con otra persona (art.. 101, p. 1.º).No se extingue por el solo hecho de la muerte del deudor, pero sus herederos pueden solicitar del juez la reducción o la supresión de la pensión, si el caudal hereditario no puede satisfacerla o afecta a los derechos de legítima (art.. 101, p. 2.º).

D) *La indemnización del art.. 98 del C.c.*-El derecho de pensión lo establece el artículo 97 para los casos de separación y de divorcio. En los supuestos de **nulidad** el artículo 98, otorga el derecho a una **indemnización** en favor del contrayente de buena fe si hubiera existido convivencia conyugal. El deudor será el cónyuge de mala fe, entendiéndose por mala fe-según García

Cantero- la falta de voluntad consciente de contraer un matrimonio válido.

En el supuesto de que ambos cónyuges lo fueran de buena o de mala fe no existirá el derecho de indemnización.

Requisitos para la procedencia de la indemnización (**García Cantero**):

1º.- Que el matrimonio haya sido declarado nulo.

- 2°.- Que el reclamante sea el cónyuge de buena fe
- 3°.- Que haya existido convivencia conyugal
- 4°.- Que se atiende a las circunstancias del art.. 97 para la determinación de su cuantía.

El artículo 98 se remite al 97, en cuanto que las circunstancias que en él se previenen para establecer el derecho de pensión han de concurrir para; establecer el derecho a indemnización.

La indemnización de la que trata el artículo 98 no presenta inconveniente para coexistir con la acción indemnizatoria que el cónyuge de buena fe tenga contra el que dio causa a la nulidad del matrimonio (p. ej.,tercero que coaccionó al otro cónyuge para que contrajera matrimonio).

§3.- La separación de hecho

A) *Concepto.*- La separación de hecho consiste en el cese efectivo de la convivencia conyugal que no está basado en una separación legal. **(Peña y Bernaldo de Quirós)**

La separación de hecho fue durante mucho tiempo considerada ilícita, puesto que el antiguo art. 56 C.c, (al que la Jurisprudencia consideraba de derecho imperativo) establecía el deber de convivencia, como consecuencia de las diferentes reformas de derecho de familia, se pasó a reconocer efectos jurídicos a este tipo de separaciones que se habían originado al margen del Derecho. Actualmente la separación de hecho produce una serie de efectos que en parte suelen ser similares con los que produce la separación judicial.

B) *Clases.*- En atención a la reprochabilidad de la situación pueden distinguirse **(Peña y Bernaldo de Quirós):**

- a) La separación de hecho puede venir **impuesta por uno de los cónyuges**, separación unilateral,(abandono de hogar, expulsión del cónyuge).
- b) Separación de hecho por **imposición justificada de uno de los cónyuges**, (supuestos de los arts. 102, 104 y 105 C.c.)
- c) Separación **acordada por ambos cónyuges**, separación convencional.

La separación de hecho puede culminar en la celebración de un convenio entre los esposos para regular los efectos de esa separación, que se conoce como **pactos de separación de hecho**. La separación de hecho no cambia el estado civil de los cónyuges que sigue siendo el de casados. **(Valpuesta)**

B) *Efectos de la separación de hecho.*

En primer lugar la separación de hecho legitima para pedir la separación legal o el divorcio en los supuestos regulados en el art.. 82 y 86, al margen de que la conducta de uno o ambos en la ruptura conyugal pueda coincidir con alguna de las causas de separación de los mencionados artículos.

Además, la separación de hecho puede generar otros efectos parecidos a los de la separación legal. Así en el ámbito de las **relaciones personales** el incumplimiento del deber de fidelidad pierde relevancia jurídica ya que no se podrá alegar como causa de separación judicial, si existe previa separación de hecho libremente consentida o

impuesta por el que la alega (art. 82.1).

En las **relaciones económico matrimoniales** la separación de hecho de hecho puede ser causa de la disolución de la sociedad legal de gananciales (art. 1.393.3); o justificar la transferencia de gestión a uno de los cónyuges de los bienes comunes (art. 1.388); también es suficiente para destruir la presunción de donación que establece el art. 1.442; además de tenerse en cuenta para determinar las cargas de la sociedad de gananciales (art. 1.368).

En el ámbito de las **relaciones paterno filiales**, la separación de hecho puede modificar el ejercicio de la patria potestad. (Arts. 156 y 159). Puede ser causa de emancipación; asimismo la presunción de paternidad legítima se destruye con la separación de hecho.(arts.116 y 118 C.c.).

También puede ser causa de exclusión de los cónyuges en la sucesión testamentaria y ab intestato. No podrán ser los cónyuges separados tutores ni curadores. (234 y 291)

El cónyuge separado de hecho podrá solicitar alimentos de acuerdo con los arts. 142 y siguientes.

C) Los convenios de separación.

Tradicionalmente la doctrina y la jurisprudencia venían manteniendo que los **pactos reguladores de la situación de hecho** o « pactos de separación de hecho» eran nulos puesto que su origen se encontraba en un tipo de separación que estaba prohibida por la ley (antiguo art. 56 C.c.).

Hoy en día se admite su validez en virtud del más amplio papel que juega la autonomía de la voluntad en Derecho de familia como consecuencias de las reformas de 1981. Normalmente estos pactos se realizan a través de capitulaciones matrimoniales. El problema se plantea en aquellos pactos para los cuales se prevé la aprobación judicial- p.ej. el ejercicio de la patria potestad de los hijos comunes (**Peña y Bernaldo de Quirós**).

Tema 7

EL ASPECTO PATRIMONIAL DEL MATRIMONIO

- §1. Conceptos fundamentales
- §2. El sistema del Código civil
- §3. El régimen económico matrimonial primario
- §4. Las normas de protección de terceros

§1. Conceptos fundamentales

1.1.- Matrimonio y régimen económico matrimonial.

El matrimonio produce efectos entre los cónyuges no sólo en su esfera personal sino también en su aspecto patrimonial; los bienes de los cónyuges también quedan comprometidos a las necesidades de la vida en común y al interés de la nueva familia. El **régimen económico matrimonial** es el régimen del consorcio conyugal en su aspecto patrimonial. (Peña y Bernaldo de Quirós).

Para Castán, el *régimen patrimonial del matrimonio* o *régimen matrimonial* es aquel conjunto de reglas que delimitan los intereses pecuniarios que se derivan del matrimonio, ya en las relaciones de los cónyuges entre si, ya en sus relaciones con los terceros.

Para López y López, la existencia del régimen económico matrimonial, está justificada, puesto que si bien teóricamente sería posible organizar todas las relaciones económicas que surgen entre los cónyuges acudiendo a las normas generales del Derecho de cosas y del Derecho de las obligaciones y contratos, en la práctica sería imposible puesto que el consorcio de vida en común tiene unos reflejos patrimoniales tan importantes y particulares para los cónyuges y terceros que resulta inconveniente su regulación sólo con las normas del Derecho patrimonial general.

La comunidad de vida que surge por el matrimonio entre los cónyuges se traduce, en lo económico, en una cierta **sociedad**, llamada **conyugal**, que está presente incluso cuando entre los cónyuges rige el sistema de separación de bienes. La intensidad de los efectos societarios depende del régimen económico elegido por los cónyuges; si bien todos los regimenes presentan las siguientes notas comunes (Peña y Bernaldo de Quirós):

- A) La existencia de un objetivo común: el sostenimiento de la familia.
- B) La obligación de cada cónyuge a contribuir (con dinero, con su trabajo) al levantamiento de las cargas comunes.
- C) Cada cónyuge asume, en relación con ese objetivo común, una cierta potestad de administración y gestión..

1.2.-Regimenes matrimoniales típicos:

La singular diversidad y complejidad de los regímenes patrimoniales del matrimonio hace difícil la tarea de clasificarlos. En los ordenamientos jurídicos de nuestro entorno podemos encontrar la existencia de algunos tipos fundamentales, dentro de los cuales tienen cabida numerosas variedades y modalidades (Borda):

a) Régimen de la absorción de la personalidad económica de la mujer por el marido: El matrimonio provoca la transferencia de todo el patrimonio de la mujer a manos de su marido; éste es el único propietario y administrador y puede disponer libremente de todos los bienes; soporta todas las cargas del hogar y es el único responsable de las deudas. A la disolución de la sociedad por muerte del marido, la mujer tiene derecho a parte de los bienes como heredera, no como socia.

Este era el régimen del matrimonio *cum manus* del Derecho romano y, desde luego, ha desaparecido completamente del derecho moderno.

b) Régimen de separación de bienes: Cada cónyuge conserva la propiedad de los bienes que poseía en el momento de casarse, y de los que adquiriera posteriormente; los administra por sí y responde exclusivamente por las deudas contraídas.

Es el régimen imperante como sistema legal, en defecto de pacto, en Inglaterra a partir de la ley de 1882 y en la mayor parte de los Estados Unidos. Fue también el sistema de la ley soviética de 1918, pero el Código de la Familia de 1926 aceptó la existencia de una comunidad de gananciales. También rige en Italia, Austria y Grecia.

c) Régimen de la comunidad: Este régimen, que parte de una comunidad de bienes entre los esposos, admite numerosas variantes: 1) En el régimen de la comunidad universal todos los bienes presentes y futuros de los esposos pertenecen a ambos; disuelta la sociedad, se dividen entre ellos en partes iguales, sin consideración de su origen. Este es el sistema que mejor responde al concepto de "unión de cuerpos y almas" y de matrimonio indisoluble pero naturalmente, la proliferación de los divorcios, sean vinculares o de cuerpos, lo hace actualmente injusto e inaplicable; 2) en el régimen de la comunidad relativa (sociedad de gananciales) cabe distinguir tres masas de bienes: los que aporta el marido al matrimonio, los que aporta la esposa y los adquiridos con posterioridad o gananciales. La comunidad se refiere solamente a los últimos. En algunas legislaciones, la comunidad comprende también a los bienes muebles llevados al matrimonio por cada uno de los cónyuges, pero no a los inmuebles.

En cuanto a la administración de estos bienes, las soluciones son numerosas. A veces, el marido es el administrador de todos los bienes, incluso los propios de la mujer, como ocurría en el sistema de nuestro Código hasta el año 1.975; o sólo lo es de los gananciales; o cada cónyuge administra sus propios bienes y los gananciales adquiridos con su trabajo personal; o la administración es conjunta sistema actual de nuestro Cc.

d) Régimen de unidad de bienes: El patrimonio de la mujer se transfiere al marido al contraerse el matrimonio; pero al disolverse por divorcio o muerte, la esposa o sus herederos tienen derecho a que se les restituya el valor de los bienes aportados al matrimonio.

Este régimen tiene hoy solamente un interés histórico; por la grave desigualdad que crea entre los esposos y el eventual peligro de desaparición de los bienes de la mujer, no tiene ya vigencia en la legislación comparada.

e) Régimen de unión de bienes: La mujer transfiere al marido, no ya la propiedad de los bienes, como en el régimen anterior, sino sólo su usufructo; es decir, que los frutos devengados por esos bienes corresponden al marido. Pero a la disolución de la sociedad conyugal, la mujer recupera, no ya el valor de los bienes, sino estos mismos bienes en especie.

Aunque menos injusto que el anterior, sigue siendo gravemente inconveniente para la mujer, el privarla de la administración de su patrimonio y de los frutos que éste haya devengado. También ha desaparecido en el derecho comparado.

f) Regimen de participación: Nos dice Castán que este sistema está a mitad camino entre el régimen de separación y el de comunidad; en esencia consiste en que el régimen económico matrimonial funciona como si fuera de separación, conservando cada uno de los cónyuges la libre administración y disposición de sus bienes, pero se liquida como si fuera de comunidad, es decir que los cónyuges ostentan un derecho de participación en las ganancias habidas constante el régimen.

La tendencia general de la legislación contemporánea es la decadencia y desaparición de los regímenes comunitarios basados en la administración exclusiva por el marido. Se prefiere o bien la separación de patrimonios o bien una comunidad en que cada uno de los cónyuges administra y dispone de los bienes que ha aportado al matrimonio y de los que adquiera con su trabajo personal, adecuándose así al principio de la igualdad jurídica de los esposos. (Borda)

§2. El sistema del Código civil

2.1. *Regulación*.- El régimen económico matrimonial se encuentra regulado en los artículos 1.315 a 1.444 del C.c., que se distribuyen en seis capítulos que forman el título III del libro IV del Código civil (De las obligaciones y contratos): I. Disposiciones generales; II. De las capitulaciones matrimoniales; III. De las donaciones por razón de matrimonio; IV. De la sociedad de gananciales; V. Del régimen de participación y VI. Del régimen de separación de bienes.

La Ley 11/1981, de 13 de mayo, introdujo profundas modificaciones en materia de régimen económico del matrimonio; siendo objeto de nueva redacción la mayoría de los preceptos relativos al régimen económico-matrimonial.

CASTÁN, critica que el Código incluya al régimen matrimonial dentro de la materia de contratos por varias razones:

1º.- Porque rompe la unidad de la doctrina al disgregar instituciones relativas al Derecho matrimonial.

2º.- Porque las capitulaciones matrimoniales tienen un aspecto contractual muy limitado, puesto que las obligaciones que contienen son consecuencia de un orden general de Derecho preestablecido para el matrimonio.

3º.- Porque las relaciones económicas del matrimonio, pueden existir sin necesidad de contrato, tal como se establece en los arts. 1.315 y 1.316.

2.2.- *Características*. El sistema español de régimen económico matrimonial presenta las siguientes características (López y López):

1º.- Es un **régimen con libertad de pacto**, como se deriva del art.1.315 C C, al disponer que el régimen económico del matrimonio será el que los cónyuges estipulen en capitulaciones matrimoniales.

Según Peña y Bernaldo de Quirós, los esposos pueden adoptar como régimen económico de su matrimonio uno de los tres tipos que el Derecho regula, (la sociedad de gananciales, separación de bienes o el régimen de participación); puramente o con *especiales modificaciones* (vid.art. 1.325). O bien pueden estipular un régimen *atípico*, si bien con respeto siempre a las demás normas imperativas.

2º.- Es una **libertad de pacto limitada**, tanto por las limitaciones generales del **art. 1.255** (ley, moral, orden público) como por las específicas de los **arts. 1.315**, al establecer que la libre estipulación en capitulaciones matrimoniales no tendrá otras limitaciones establecidas en el Código y el **art. 1328**, según el cual: «Será nula cualquier estipulación contraria a las leyes o las buenas costumbres o limitativa de la igualdad de derechos que corresponda a cada cónyuge»

3º.-En caso de ausencia de estipulaciones de los cónyuges o de ineficacia de éstas, se produce la imposición de un **régimen legal supletorio**, que será el de gananciales tal como señala el art.1.316 C.C.: «A falta de capitulaciones o cuando estas sean ineficaces, el régimen será el de la sociedad de gananciales».

4º.- La ley también prevé el llamado **régimen legal supletorio de segundo grado**,

El legislador ha tomado en consideración el régimen de separación como **supletorio¹¹ de segundo grado**, es decir, que se aplicará cuando por alguna razón no sea aplicable el sistema supletorio de primer grado, el de la sociedad de gananciales (Peña y Bernaldo de Quirós). Esto ocurre en los supuestos de los arts. 1.435-2º y 3º :

«Existirá entre los cónyuges separación de bienes: [...] 2. Cuando los cónyuges hubieren pactado en capitulaciones matrimoniales que no regirá entre ellos la sociedad de gananciales, sin expresar las reglas por que hayan de regirse sus bienes.

3. Cuando se extinga, constante matrimonio, la sociedad de gananciales o el régimen de participación, salvo que por voluntad de los interesados fuesen sustituidos por otro régimen distinto».

El régimen de separación de bienes también será el supletorio en el supuesto previsto en el art. 1.373 Cc, salvo que, como señala el art. 1.374, el cónyuge opte por el comienzo de una nueva sociedad de gananciales (HERRERO GARCÍA)

Hasta la reforma del Código Civil de 2 de Mayo de 1.975 estuvo vigente el principio de la **inmutabilidad de las capitulaciones**, en cuya virtud se establecía que la autonomía de la voluntad a la hora de estipular un régimen económico matrimonial solamente se podía ejercer al comienzo del matrimonio y que una vez establecido un régimen este ya no se podía variar. Este principio ha sido sustituido su opuesto, el de la

¹¹En el sistema del Cc el régimen **supletorio de primer grado** es el de gananciales que se aplicará según el art. 1.316 a falta de capitulaciones o cuando estas sean ineficaces.

mutabilidad de las capitulaciones, que viene a decir que el régimen económico matrimonial puede variarse a lo largo del matrimonio, siempre que no se perjudiquen los derechos adquiridos por terceros (art. 1.317).

§3. El régimen económico matrimonial primario

3.1.- *Concepto.*- Según López y López desde la reforma del Código de 1981 la doctrina se viene llamando **régimen matrimonial primario** a una serie de normas contenidas dentro de las «Disposiciones Generales» sobre el régimen económico matrimonial(arts. 1.315 a 1.324 C.C.), cuyo denominador común es su aplicación a todos los regímenes matrimoniales, ya sean de comunidad, ya sean de separación.

El término régimen económico matrimonial primario, continua el mismo autor, es una expresión equívoca, pues las normas que lo integran son muy **inconexas** y probablemente de muy diversa índole y de muy vario calado, sin que ni siquiera se pueda decir que esa aplicabilidad a todos los regímenes sea consecuencia de un carácter imperativo de dichos preceptos, (puesto que algunos de estos artículos son de derecho dispositivo). Además hay normas que decaen ante regulaciones más específicas de los problemas en algún régimen económico concreto.

Dice CASTÁN que los arts. 1.315, .1316 y 1.317 no pertenecen al régimen matrimonial primario ya que se limitan a sentar los principios generales a que obedece nuestro régimen económico matrimonial (libertad de pacto, libertad de modificación durante el matrimonio y la sociedad de gananciales como régimen supletorio).

3.2.- *Las reglas del régimen patrimonial primario.*

A) El levantamiento de las cargas del matrimonio

El art. 1.318-1º C.C. establece que : «Los bienes de los cónyuges están sujetos al levantamiento de las cargas del matrimonio.» Según Díez-Picazo y Gullón esta regla es consecuencia del mutuo deber de socorro y mutua ayuda en relación con la de actuar siempre en interés de la familia.(Arts. 67 y 68).

Según López y López se entiende por "cargas del matrimonio"el sostenimiento de la familia, la alimentación y educación de los hijos comunes y las atenciones e previsión acomodadas a los usos y circunstancias de la familia. (Según este autor es el art. 1.632 C.c. el que suministra un criterio para determinar que son cargas del matrimonio al determinar que gastos son a cargo de la sociedad de gananciales.)

El art. 1.318-2º dispone que: «Cuando uno de los cónyuges incumpliere su deber de contribuir al levantamiento de estas cargas [del matrimonio], el Juez, a instancia del otro, dictará las medidas cautelares que estime pertinentes a fin de asegurar su cumplimiento y los anticipos necesarios o proveer a las necesidades futuras.» Dichas medidas cautelares son atípicas y quedan al arbitrio del Juez tras la solicitud por las partes. (López y López)

Según CASTÁN este precepto es de derecho necesario y no admite pacto en contrario de los cónyuges.

B) Las litis expensas

Según el **art. 1.318-3º**:« Cuando un **cónyuge carece de bienes propios suficientes** para los **gastos** necesarios causados en **litigios** que sostenga con el **otro cónyuge** sin mediar mala fe o temeridad, o contra **tercero** si redundan en **provecho de la familia**, serán **de cargo del caudal común**, y **faltando éste se sufragarán a costa de los bienes propios del otro cónyuge** cuando la **posición económica** de éste **impida** al primero por imperativo de la Ley de Enjuiciamiento Civil la obtención del **beneficio de justicia gratuita**.»

La doctrina entiende que tanto si se trata de un litigio de un cónyuge contra el otro cónyuge, como si el litigio es del cónyuge contra un tercero, es exigible para la obtención de las litis expensas que el pleito no sea inútil, temerario o de mala fe, entablado únicamente para perjudicar al cónyuge.

La jurisprudencia ha admitido el que las *litis expensas* se puedan otorgar en cualquier tipo de proceso, y para todas las actuaciones judiciales conectadas con el pleito. Asimismo, se ha exigido reiteradamente que la carencia o insuficiencia de bienes por parte de aquel que pretenda las litis expensas ha de ser probada, siendo así lógico concederle las litis expensas ya sea a cargo bien de los bienes comunes, o a costa de los bienes propios del cónyuge rico en este último caso por inexistencia o insuficiencia de los bienes comunes. (López y López)

C) La potestad doméstica

Según el **art. 1.319 C.C**: «Cualquiera de los cónyuges podrá realizar los **actos** encaminados a atender las **necesidades ordinarias de la familia**, encomendadas a su cuidado, conforme al uso del lugar y a las circunstancias de la misma.

De las **deudas** contraídas en el ejercicio de esta potestad **responderán solidariamente** los bienes comunes y los del cónyuge que contraiga la deuda, y **subdiariamente** los del otro cónyuge.

El hubiera aportado caudales propios para satisfacción de tales necesidades tendrá **derecho a ser reintegrado** de conformidad con su régimen matrimonial.»

La regla establecida en párrafo primero responde a lo que en el Derecho anterior a la reforma del año 75 del Código Civil, se conocía con la expresión “potestad de llaves o potestad doméstica”; como la mujer necesitaba para actuar en el mundo jurídico de la **licencia de su marido**, era preciso arbitrar un sistema para que pudiera realizar los actos encaminados a la atención de las necesidades ordinarias de la familia, que habitualmente le estaban encomendadas,, sin necesidad de obtener aquella licencia. (López y López)

Hoy en día, desaparecida la licencia marital, supone el simple reconocimiento de que cualquiera de los cónyuges puede contratar en beneficio del grupo familiar y que dado el principio de igualdad, no cabe que un cónyuge pueda restringir o suprimir al otro dicha capacidad de actuación. (Herrero García).

De acuerdo con Lacruz y Sancho, la actuación doméstica puede referirse a todos los bienes y servicios que componen la razonable cobertura de las necesidades vitales de la familia; alimentación, vestido, educación, transporte, entretenimiento, suministros, reparaciones ordinarias..acomodadas al nivel de vida familiar.

Según Castán esta norma, por ser de derecho necesario, también es indisponible por los cónyuges.

D) La disposición de derechos sobre la vivienda habitual y los muebles de uso ordinario

El art. 1320 C.C. dice que: «Para **disponer de los derechos sobre la vivienda habitual y los muebles de uso ordinario de la familia**, aunque tales derechos pertenezcan a uno sólo de los cónyuges se requerirá el consentimiento conjunto de ambos o en su caso, autorización judicial.»

La razón de ser de este precepto está inspirada por la existencia de un «derecho al hogar» que tiene sus mínimas manifestaciones en la utilización de una vivienda de manera habitual y de unos muebles o efectos de uso ordinario.

El art. 1320 se aplica según Díez-Picazo y Gullón, a cualquier tipo de negocio jurídico dispositivo que pueda privar de la utilización de la vivienda a los cónyuges : cesión, arrendamiento, compraventa....

Es indiferente, tal como se desprende del tenor literal del precepto, que los derechos sobre la vivienda pertenezcan en exclusiva a uno de los cónyuges.

La inexistencia del consentimiento de ambos cónyuges se sanciona de doble manera, según la cesión sea a título oneroso o a título gratuito; en el primer caso se aplicará la sanción de anulabilidad y en el segundo la de nulidad.

Según López y López la norma del art. 1320 es de derecho imperativo y no admite pacto en contrario.

E) La atribución al cónyuge sobreviviente del ajuar de la vivienda habitual

Según el art. 1.321 C.C.:« **Fallecido uno de los cónyuges las ropas, el mobiliario y enseres que constituyen el ajuar de la vivienda habitual común de los esposos se entregarán al sobreviviente**, sin computárselo en su haber [hereditario].

No se entenderán comprendidos en el ajuar las alhajas, objetos artísticos y otros de extraordinario valor.»

Son razones de humanidad y de piedad las que fundamentan este precepto: no se quiere añadir al luto la preocupación por cuestiones materiales imprescindibles y de primera necesidad. La vivienda en la que estaba instalado el ajuar no sólo ha de ser habitual sino común lo que impide la aplicación del precepto en los casos de cese de la convivencia conyugal. En el caso de que todo el ajuar o parte de él fuera propiedad del fallecido se produce un traspaso *mortis causa* automático (ex lege) de dicha propiedad al del patrimonio del cónyuge sobreviviente.

El párrafo segundo del precepto excluye los objetos de extraordinario valor, lo que se ha de medir con parámetros objetivos, no referidos al nivel de la familia.

La norma del 1.321 C.C. admite pacto en contrario por ser de derecho dispositivo.(López y López)

F) La regulación general del consentimiento dual.

Según el art. 1.322 C.C: «Cuando la ley requiera para un acto de administración o disposición que **uno de los cónyuges actúe con el consentimiento del otro**, los realizados sin él y que no hayan sido tácita o expresamente confirmados podrán ser **anulados** a instancia del cónyuge cuyo consentimiento se haya omitido o de sus

herederos.

No obstante serán **nulos los actos a título gratuito** sobre bienes comunes si falta, en tales casos, el consentimiento del otro cónyuge»

Según Diez-Picazo y Gullón este precepto se refiere a actos que tengan carácter patrimonial, aquellos actos que aún a pesar de requerir la actuación conjunta de ambos cónyuges carezcan de contenido económico están excluidos del supuesto de este artículo.

La sanción que se establece es la de la anulabilidad, dice la norma, salvo confirmación tácita o expresa; la nulidad se aplicará cuando el acto de disposición lo haya sido a título gratuito.

G) Libertad de transmisiones y contratación entre los cónyuges

Establece el art. 1.323 C.C. que: «El marido y la mujer podrán transmitirse por cualquier título bienes y derechos y celebrar entre si toda clase contratos»

Este precepto ha venido a quebrar, dice López y López, la trayectoria histórica de prohibición de contratos onerosos entre los cónyuges cuando el régimen económico es de comunidad, y de prohibición de las donaciones entre cónyuges. Tras la reforma del Código Civil se suprimió el principio de inmutabilidad de las capitulaciones matrimoniales, y la posición deprimida de la mujer con respecto al marido, al suprimirse la licencia marital, una vez dentro del matrimonio, razones que en otra época permitían justificar la existencia de estas prohibiciones.

§4. Las normas de protección de terceros

La reforma de 2 de mayo de 1.975 al establecer la posibilidad de la mutabilidad del régimen económico matrimonial, ha aumentado la posibilidad de que se utilice esta vía para defraudar a los terceros. De ahí la necesidad de toda una serie de normas para la protección de los intereses de éstos.

Para Peña y Bernaldo de Quirós estas normas tienden a distintas finalidades: 1ºGarantizar la integridad de los derechos ya adquiridos por terceros. 2º.- Dar seguridad al tráfico , dando seguridad a los terceros (adquirentes acreedores que desconozcan las vicisitudes internas del consorcio conyugal y de su régimen económico. 3º.- Proteger a los terceros (acreedores, legitimarios) contra el fraude de sus derechos por los cónyuges.

A.-Normas que garantizan la integridad de los derechos ya adquiridos por terceros a pesar del cambio de régimen económico matrimonial : En ese sentido el art. 1.317 establece que : «La modificación del régimen económico matrimonial realizada durante el matrimonio no perjudicará en ningún caso los derechos ya adquiridos por terceros».

No perjudicar en ningún caso los derechos ya adquiridos significa que no sólo persiste idéntico el derecho de crédito sino que conserva igualmente su fuerza contra las correspondientes masas de responsabilidad.

B.- Normas protectoras de la seguridad del tráfico. Que a su vez se desglosan en:

1°.- Normas que dan fuerza a la apariencia

a) *Apariencia de matrimonio*. La declaración de nulidad de un matrimonio no determina la nulidad retroactiva del régimen económico matrimonial; para el Derecho el régimen ha existido siempre, desde la boda hasta la sentencia firme de nulidad del matrimonio; esta última provocará de ese régimen. (arts. 1392 y 1415 C.c.).

b) *Apariencia de la vigencia de ciertas capitulaciones*. Los pactos modificativos de las mismas han de constar por nota en la escritura que contenga las capitulaciones modificadas y en las copias que se expidan (Art. 1332 c.c.)

2°.- Normas que imponen la publicidad registral del régimen económico y de sus modificaciones como condición de su oponibilidad a terceros. Para los hechos relativos al régimen económico matrimonial está prevista una doble y hasta triple constancia:

1°.- **En el Registro civil.**

- En él han de constar obligatoriamente el matrimonio y sus vicisitudes (separación, divorcio o nulidad).

-En cuanto a los hechos que modifican el régimen económico matrimonial, constarán a petición de interesado, estos hechos se refieren tanto a las capitulaciones y los pactos (art. 90 y 103), resoluciones y demás hechos que modifiquen el régimen económico matrimonial

2°.- **En el Registro de la propiedad.** En el han de constar *a petición del interesado* las capitulaciones y las demandas y sentencias de nulidad, separación o divorcio de los comerciantes.

Fuerza de esos asientos como condición de oponibilidad a terceros.

a) Los asientos del Registro civil. La regla general es que los hechos que modifiquen el régimen económico matrimonial . y que no consten debidamente , por inscripción o por indicación registral no perjudican a terceros de buena fe.

b) Los asientos del Registro de la Propiedad. en cuanto a la modificación del régimen afecte aun inmueble, rigen además las reglas específicas del Registro de la Propiedad. Aunque el hecho modificativo conste en el Registro Civil, si no consta debidamente en el Registro de la Propiedad, no perjudicará en cuanto afectare a ese inmueble a los terceros de buena fe. (1219 y 1333 cc)

c) Los asientos del registro mercantil . Los documentnos sujetos a inscripción y no inscritos no producirán efectos respecto de terceros. (art. 26 C.de. Com).

C.- Norma que mantiene la fuerza de las presunciones legales frente a la confesión de un cónyuge .Inoponibilidad de esta confesión.

1°.- Según cual sea el régimen económico matrimonial , rige una u otra presunción legal sobre la pertenencia común de los bienes. En el **régimen** de la sociedad de gananciales , rige la presunción legal de que los bienes son gananciales (art. 1361). En el régimen legal de separación de bienes rige la presunción de que pertenece por mitad a ambos cónyuges cualquier bien o derecho respecto del que no sea posible acreditar a cual de los dos cónyuges pertenece (art. 1441)

Las citadas presunciones tienen el carácter de *iuris tantum*, y pueden destruirse mediante prueba en contrario, así pues para destruir entre cónyuges las citadas presunciones y acreditar por el contrario que determinados bienes son de uno de ellos bastará la confesión del otro, de acuerdo con el art. 1.324 C.C.: «Para probar entre

cónyuges que determinados bienes son propios de uno de ellos, será bastante la confesión del otro, pero tal confesión por sí sola no perjudicará a los herederos del confesante, ni a los acreedores, sean de la comunidad o de cada uno de los cónyuges.»

Tema: 8

LAS CAPITULACIONES MATRIMONIALES.

§1. Capitulaciones matrimoniales

§2. Donaciones por razón de matrimonio

§1. Capitulaciones matrimoniales

1.1. *Concepto.-*

Las capitulaciones son según- DIEZ-PICAZO- un negocio de Derecho de familia a través del cual los cónyuges o futuros cónyuges (según que las capitulaciones se hayan otorgado antes de la celebración del matrimonio o durante el mismo) establecen las reglas relativas a su régimen matrimonial o cualesquiera otras disposiciones por razón de su matrimonio.

El concepto de capitulaciones, se extrae al relacionar los arts. 1315 y 1.325; el segundo de ellos es la regla básica y establece que : «En las capitulaciones matrimoniales podrán los otorgantes estipular, modificar o sustituir el régimen económico de su matrimonio o cualesquiera otras disposiciones por razón del mismo»; el anterior precepto es desarrollo del art . 1.315 «El régimen económico del matrimonio será el que los cónyuges estipulen en capitulaciones matrimoniales, sin otras limitaciones que las establecidas en éste Código» (Diez-Picazo y Gullón)

1.2. *Contenido.-*

El contenido esencial de las capitulaciones puede consistir en estipular, modificar o sustituir el régimen económico del matrimonio, también caben en las mismas otras disposiciones, tal como establece el art. art.1325 Cc cuando dice : «o cualesquiera otras disposiciones por razón del mismo» ; incluso caben también disposiciones otorgadas por terceras personas, tal como se desprende del art. 1.331. .

Según Clemente Meoro podemos determinar un **contenido estricto o típico de las capitulaciones** y un **contenido amplio o no necesario**.

A) *El contenido típico*: Está constituido por las estipulaciones relativas al régimen económico y consiste en determinar que régimen económico del matrimonio se va a adoptar; en virtud del principio de la libertad de estipulación de las capitulaciones, así pues, caben tres posibilidades: a) establecer un régimen típico puro (ej. El de gananciales o separación de bienes), b) la opción de un régimen típico pero modificado,(de gananciales con modificaciones) c) atípico (un régimen inventado por los cónyuges dentro de los límites del Cc).

Dicha determinación se puede establecer estipulando un régimen económico (en este caso, los otorgantes aún no han contraído matrimonio), modificando el régimen existente o sustituyendolo por otro diverso (en estos casos los otorgantes normalmente ya han contraído matrimonio, aunque puede darse el supuesto de una modificación de capitulaciones, ya otorgadas, antes del matrimonio).

B) *El contenido no necesario o amplio*: Las capitulaciones matrimoniales son, pues, un acto complejo en el que caben, como ha dicho Lacruz pactos de diversa naturaleza, incluso aunque no guarden relación con el matrimonio (Ej. disposiciones testamentarias) Así, se desprende del inciso final del art. art. 1.325: «cualesquiera otras disposiciones por razón del mismo». El el contenido de las capitulaciones matrimoniales, en sentido amplio, puede consistir, según este autor, en:

a) Pactos relativos al régimen económico del matrimonio: su estipulación, modificación o sustitución.

b) Las atribuciones patrimoniales no modificativas del régimen económico: donaciones *propter nuptias*, entre los futuros cónyuges o las realizadas por terceros y disposiciones sucesorias.

c) Los negocios de Derecho de familia no patrimoniales: P.ej. reconocimiento de hijo no matrimonial..

d) En general, cualquier negocio jurídico que pueda constar en escritura pública.

1.3.Estructura.-

A) Elementos subjetivos

1º) Los sujetos.

Según Clemente Meoro, en materia de capitulaciones matrimoniales nos podemos encontrar con los siguientes:

Sujetos esenciales, asistentes y sujetos no esenciales o accidentales. Los primeros son sólo los cónyuges o futuros cónyuges. Su presencia es necesaria hasta el punto que no cabe la representación sino, a lo más, la actuación mediante nuntius, pues el otorgamiento de capítulos matrimoniales es un acto personalísimo. Los cónyuges o futuros cónyuges son parte de todas las estipulaciones contenidas en los capítulos.

Los **asistentes** son las personas que, en determinados supuestos, deben concurrir para completar la capacidad de de uno o de ambos cónyuges o futuros cónyuges (vid. arts. 1.329 y 1.330 C.C.).

Sujetos no esenciales o accidentales son los sujetos que intervienen concediendo algún derecho, en la terminología del art. 1.331 C.C. (por ejemplo, el donante en una donación *propter nuptias* que conste en las capitulaciones, el mejorante ex art. 827 C.C., etc.). No son, pues, ni los cónyuges ni los futuros cónyuges. Su intervención no es necesaria, aunque sí en la modificación de las capitulaciones si vivieren y la modificación afectare a derechos concedidos portales sujetos (art.1.331 C.C.).

2º) Capacidad

a) Menores.- El art.1.329 C.C. recoge la regla clásica «*habilis ad nuptias. habilis ad nuptialia*» si bien introduce en ella algunas matizaciones. Establece dicho precepto que: «el menor no emancipado que con arreglo a la Ley pueda casarse podrá otorgar capitulaciones matrimoniales, pero necesitará el concurso y consentimiento de

sus padres o tutor, salvo que se limite a pactar el régimen de separación o participación».

Según Diez-Picazo y Gullón el complemento de la capacidad del menor se realiza por el «concurso y consentimiento de sus padres», lo cual requiere su asistencia personal al acto de otorgamiento de las capitulaciones.

b) Incapacitados.- El art. 1.330 establece que: «El incapacitado judicialmente sólo podrá otorgar capitulaciones matrimoniales con la asistencia de sus padres, tutor o curador»

Según Diez-Picazo y Gullón, el Código al hablar de «asistencia» lo está haciendo con el mismo sentido del «concurso y consentimiento» del artículo 1.329.

B) Elementos temporales.-

El art. 1.326 admite que las capitulaciones matrimoniales puedan otorgarse **antes y después** de celebrado el **matrimonio**; consagrando así el llamado **principio de mutabilidad de las capitulaciones matrimoniales y del régimen económico matrimonial** constante matrimonio que se introdujo con la reforma efectuada por la Ley de 2 de mayo de 1975; antes de la misma cualquier mutación o modificación de las capitulaciones debía de hacerse antes de celebrarse el matrimonio (principio de la inmutabilidad de las capitulaciones). La posibilidad de modificación de los capítulos lleva aparejado, un sistema de protección de terceros y de previsión y elusión del fraude que se manifiesta a través de diversas normas y mecanismos, fundamentalmente: la irretroactividad o inoponibilidad del nuevo régimen (art. 1.317 C.C.) y la publicidad de las capitulaciones matrimoniales y sus modificaciones (arts. 1.332, 1.333 C.C. y 77 LRC y concordantes de su Reglamento). Clemente Meoro

C) Elementos formales.-

Establece el art. 1.327 C.C. que: «Para su validez, las capitulaciones matrimoniales habrán de constar en escritura pública» Este precepto está en íntima conexión con el art. 1.280 C.C. , a cuyo tenor deberán constar en documento público las capitulaciones y sus modificaciones. La forma exigida tiene, por tanto, un valor constitutivo, es una *forma ad solemnitatem* o requisito de validez del negocio capitular. Las capitulaciones matrimoniales sólo son válidas si constan en escritura pública; en caso contrario, aunque se trate de un documento público, no serán válidas por defecto (falta) de forma. La invalidez no es sólo frente a terceros, es decir, no es una cuestión de inoponibilidad frente a terceros sino también produce efectos incluso inter partes pues la norma del art. 1.327 C.C. es imperativa. Las capitulaciones que no consten en escritura pública serán nulas.

1.4.- *Modificación y publicidad de las capitulaciones matrimoniales*

A) *Modificación*

La modificabilidad. de las capitulaciones matrimoniales, exige la articulación de un sistema de protección de los terceros que pueden ser perjudicados o afectados por tales modificaciones. Dicho sistema se organiza en el Código civil de dos maneras:

Primero mediante la **publicidad de las capitulaciones** y mediante el principio de la irretroactividad de la capitulaciones o inoponibilidad de la modificación, la cual no perjudicará a los derechos ya adquiridos por terceros (art. 1.317 C.C.).

La segunda vía es la exigencia de que asistan y concurran a la modificación de las capitulaciones las personas que intervinieron como otorgantes, si vivieran y la modificación afectare a derechos concedidos por tales personas (art. 1.331 C.C.), es decir, que concurran a la modificación las personas que intervinieron como otorgantes en las capitulaciones matrimoniales que se quieren modificar.

Así, el donante que realiza una donación propter nuptias (arts. 1.336 y sigs. C.C.), el padre o ascendiente de alguno de ellos que mejorar irrevocablemente (art. 827 C.C.) o promete mejorar (art. 826 C.C.) a su hijo o descendiente, etc.

Por ello, el artículo 1.331 C.C. establece que para que sea válida la modificación de las capitulaciones matrimoniales deberá realizarse con la asistencia y concurso de las personas que en éstas intervinieron como otorgantes si vivieren y la modificación afectare a derechos concedidos por tales personas.

b) Publicidad.-

En la medida en que el régimen económico matrimonial determina el ámbito de los poderes de disposición sobre los bienes y el ámbito de las responsabilidades contraídas, los terceros que contratan con los cónyuges tienen un legítimo interés en conocer el régimen a que están sujetos los esposos. (Diez Picazo y Gullón), además la oponibilidad frente a terceros de las capitulaciones matrimoniales exigen la publicidad

En nuestro sistema la publicidad de las capitulaciones matrimoniales¹² y de sus modificaciones se articula mediante: a) la mención de las capitulaciones y sus modificaciones en la inscripción del matrimonio en el Registro Civil (art. 1.333 C.C.); b) La toma de razón en el Registro de la Propiedad, si las capitulaciones matrimoniales o los pactos modificativos de las mismas afectaran a inmuebles (art. 1.333 C.C.); c) anotación de las capitulaciones matrimoniales, en su caso, en el Registro Mercantil (Art. 21-9 C.deC.); La indicación de los pactos modificativos mediante nota en la escritura que contenga la anterior estipulación (1. 332 C.C.).

1.5.- *Ineficacia de las capitulaciones*

Las capitulaciones matrimoniales, dicen Diez-Picazo y Gullón, se conciertan con vista a un matrimonio futuro, por lo que si éste no llega a celebrarse quedan sin efecto alguno. Tampoco son eficaces si no se otorgan de acuerdo con la forma legal requerida (escritura pública).

A la ineficacia de las capitulaciones matrimoniales se refieren los arts. 1.334 y 1.335 C.C.; establece el primero que: «Todo cuanto se estipule en capitulaciones matrimoniales bajo el supuesto del futuro matrimonio quedará sin efecto en el caso de no contraerse en el plazo de un año.» Según Clemente Meoro parece, pues, tratarse de

¹²Vid. Tema 6, apartado 4. Las normas de protección de terceros.

una condición (el contraer matrimonio) sujeta a un plazo en su verificación (un año a partir del otorgamiento de las capitulaciones). Si transcurrido el año no se contrae matrimonio, las estipulaciones devienen sobrevenidamente ineficaces. Obviamente la norma se refiere solamente a aquellas estipulaciones susceptibles de ser sometidas a condición o a plazo, es decir, a aquellas derogables por la voluntad de los sujetos, no a las demás (por ejemplo, el reconocimiento de hijo).

La invalidez de las capitulaciones matrimoniales según el art. 1.335 se rige por las reglas generales de los contratos (arts. 1.290 y sigs. C.C.), además las consecuencias de la anulación no perjudicarán a terceros de buena fe (art. 1.335).

Además hay otras causas de ineficacia, como señala Clemente Meoro: la inobservancia de la forma de escritura pública produce la nulidad de las capitulaciones (art.1.327 C.c); las estipulaciones contrarias a la ley, o a las buenas costumbres o limitativas de la igualdad de derechos son nulas (art. 1.328; y también las contrarias a la moral y al orden público, en cuanto no subsumidas en las anteriores, de acuerdo con el art.1.255 C.C.); el no concurso y consentimiento de los padres o del tutor, cuando fuera necesario, da lugar a la anulabilidad de la capitulaciones (arts. 1.329 y 1.330 C.C.); o la no asistencia y concurso de los otorgantes en el supuesto del art. 1.331 C.C. que produce la nulidad parcial de la modificación de las capitulaciones matrimoniales.

Según el art. 1.316 C.c la ineficacia de las capitulaciones conlleva el que se aplique el régimen de gananciales, cuando las mismas se utilizaron para establecer un sistema económico matrimonial.

§2. Donaciones por razón de matrimonio

2.1.- Concepto y caracteres

El art. 1.336c.C. define las donaciones por razón de matrimonio como "las que cualquier persona hace, antes de celebrarse, en consideración al mismo y en favor de uno o varios de los dos esposos".

Sus características son las siguientes:

a) Son donaciones, actos a título gratuito cuya causa es la liberalidad del bienhechor (cfr. arts.618 y 1.274). Por ello se rigen por las reglas ordinarias de la donaciones en cuanto no se modifiquen por sus reglas específicas (art.1.337).

b) Han de realizarse en consideración a un matrimonio lo que determina su particular régimen jurídico

c) Han de ser antenupciales. No son donaciones por razón de matrimonio, aunque se hagan en consideración a un matrimonio, las postnupciales, ya que estas se rigen por las reglas ordinarias de las donaciones y no por las de aquéllas.

d) Han de hacerse en favor de uno o de los dos esposos. No son donaciones por razón de matrimonio las que tienen por donatario persona distinta de los futuros cónyuges, aunque se hagan *contemplatio matrimonii*. Pero donante puede ser cualquiera, esto es, tanto los propios esposos como los terceros

2.2.- Régimen jurídico

Establece el art. 1.377 que: «Estas donaciones se rigen por las reglas ordinarias en cuanto no se modifiquen por los artículos siguientes».

Las modificaciones que se producen en relación con las donaciones ordinarias son las siguientes:

A) Sujetos.- Según manifiestan los profesores Diez-Picazo y Gullón, pueden donar por razón de matrimonio cualesquiera personas y el beneficiario de la donación pueden ser los dos o uno de los esposos.

La capacidad para realizar y recibir donaciones por razón de matrimonio presenta la particularidad recogida en el art. 1.338: «El menor que con arreglo a la Ley pueda casarse, también puede en capitulaciones matrimoniales o fuera de ellas hacer donaciones por razón de su matrimonio con la autorización de sus padres o del tutor. Para aceptarlas se estará a lo dispuesto en el título II del Libro III de este Código» Es decir que en materia de capacidad para el menor se aplicará el mismo régimen que para el otorgamiento de capitulaciones matrimoniales.¹³

B) Objeto.- Señala el art. 1.341 que: «Por razón del matrimonio los futuros esposos podrán donarse bienes presentes.

Igualmente **podrán donarse** antes del matrimonio en capitulaciones **bienes futuros** , sólo **para el caso de muerte**, y en la medida marcada por las disposiciones referentes a la sucesión testada»

El apartado segundo de este art. supone una excepción a la regla establecida en el art. 635 que prohíbe la donación de bienes futuros.

No obstante para que dichas donaciones sobre bienes futuros se exige:

1.º Que se trate de la donación por razón de matrimonio de un futuro esposo al otro. No cabe, por tanto, donación de bienes futuros por razón del matrimonio de un tercero.

2.º Que se haga antes del matrimonio en capitulaciones, no fuera de ellas.

3.º Que sea para el caso de muerte.

4.º Que se haga en la medida marcada por las disposiciones referentes a la sucesión testada. Así, el art. 636 establece que nadie puede dar ni recibir, por vía de donación más de lo que pueda dar o recibir por vía de testamento.

C) Efectos.- Según el art. 1.339, «Los bienes donados conjuntamente a los esposos pertenecerán a ambos en pro indiviso ordinario y por partes iguales, salvo que el donante haya dispuesto otra cosa». Este precepto no presenta ninguna particularidad en relación con lo establecido en el art. 637.1.

a) Falta de celebración del matrimonio

¹³Vid. Pág. 3

De acuerdo con el art. 1.342: «Quedarán sin efecto las donaciones por razón del matrimonio si no llegara a contraerse en el plazo de un año» . También sería de aplicación la misma solución en el supuesto de que antes de transcurrido ese plazo fuera seguro que el matrimonio no va a tener lugar, como si muere uno de los prometidos, o contrae matrimonio con un tercero, o concurre impedimento no dispensable. (Lacruz y Sancho).

b) Revocación

En cuanto a su revocación como causa de ineficacia, Clemente Meoro, señala las siguientes particularidades (cfr. art 1.343):

1º) Son **revocables** por las causas comunes, excepto la supervivencia o superveniencia de hijos; por lo tanto, son revocables por incumplimiento de cargas (art.647) y por ingratitud (art. 648) (como reiteran los párrafos 2.º y 3.º del art. 1.343).

2º) Se considera **incumplimiento de cargas**, además de cualesquiera otras específicas a que pudiera haberse condicionado la donación:

a.- En las otorgadas por terceros, la anulación del matrimonio por cualquier causa, aunque el donatario sea de buena fe y la separación y el divorcio si al cónyuge donatario le fueren imputables según la sentencia, los hechos que los causaron.

b.- En las otorgadas por los contrayentes, la anulación del matrimonio si el donatario hubiere obrado de mala fe.

3º) Se estima **ingratitud** además de los supuestos legales en las donaciones otorgadas por los contrayentes el que el donatario incurra en causa desheredación del art. 855 o le sea imputable la causa de separación o divorcio.

Tema 9

La sociedad de gananciales (I)

§ 1. Concepto

§ 2. Nacimiento y pervivencia de la sociedad de gananciales

§ 3. Bienes privativos y bienes gananciales

§ 4. Cargas y obligaciones de la sociedad de gananciales

§ 5. Los órganos de gestión de la sociedad de gananciales

§ 1. Concepto

A.- *Concepto de la sociedad de gananciales.*

La sociedad de gananciales viene regulada en el Código civil en el Capítulo IV, Título III (Régimen económico matrimonial) del Libro IV y comprende los artículos 1.344 a 1.410.

Bajo el término *gananciales* se hace referencia tanto a la sociedad de gananciales, considerada como régimen económico y a la cualidad de los bienes que integran el patrimonio ganancial.

El régimen de gananciales es el *régimen legal* en el ámbito de aplicación del CC, tal como se establece en el art 1.316 CC. De manera que a falta de capitulaciones matrimoniales en las que se pacte otro régimen diferente, el matrimonio se regirá por el de gananciales que es el régimen legal supletorio de primer grado.

Según el profesor Castán el concepto de la sociedad de gananciales se obtiene de relacionar los arts. 1.316 y 1.344 del CC. : «La sociedad de gananciales es la sociedad que la ley declara existente entre los cónyuges a falta de estipulación en contrario (1.316), y por virtud de la cual se hacen **comunes** y divisibles por mitad, a la disolución del matrimonio las **ganancias y beneficios** obtenidos indistintamente por cualquiera de ellos durante el matrimonio (art. 1.344)»

Según el mismo autor la sociedad de gananciales puede regularse de dos modos: en primer lugar pactando en capitulaciones matrimoniales un régimen de gananciales y estableciendo modificaciones dentro de los límites permitidos por el código y en su defecto por lo establecido en los arts. 1.344 a 1.410 Cc, es decir un régimen de gananciales puro, sin modificación alguna. .

La nota esencial que caracteriza a este régimen, es la creación de un patrimonio separado (los bienes gananciales) como consecuencia de la contracción del matrimonio y cuya finalidad es **atender al levantamiento de las cargas del matrimonio**.

Según Peña y Bernaldo de Quirós, la sociedad de gananciales implica un régimen económico-matrimonial mixto, en el que nos en el que convive el régimen de separación y de el comunicación de bienes: de modo que el al mismo tiempo que persisten separados, como ámbitos independientes de poder y responsabilidad los patrimonios personales de ambos cónyuges (bienes privativos), nos encontramos con bienes que se comunican -los gananciales- y con ellos se crea un patrimonio común, atribuido conjuntamente a marido y mujer.

Hay que resaltar que si bien el artículo 1.344 CC define la sociedad de gananciales como una comunidad en las ganancias y en los beneficios, en la realidad no sucede así, ya que constante matrimonio no hay una comunidad en las ganancias y beneficios, puesto que la ganancia o beneficio no se atribuye a cada cónyuge hasta la disolución de la comunidad, hasta ese momento lo que se da es una comunidad en la titularidad de unos bienes. (Diez-Picazo y Gullón)

B.- *Naturaleza jurídica.*

La naturaleza jurídica de la sociedad de gananciales ha sido una cuestión muy debatida por la doctrina, no obstante es aceptado por la mayoría que la sociedad de gananciales es una comunidad germánica o en mano común, es decir, sin cuotas (Castán), en el mismo sentido se manifiesta la jurisprudencia¹⁴, y la doctrina de la Dirección General de los Registros, que en su Resolución de 22-5-1986, establece que: «...configurando la sociedad de gananciales... como una comunidad de tipo germánico,

¹⁴STS 12-6-1990 RJA 1990,4754: «...mientras dicha sociedad constituida por marido y mujer subsista, se mantiene una **comunidad** que responde a aquella denominada **de mano en común** o manos reunidas, de la técnica germana, sin atribución de cuotas, muy distinta de la comunidad romana...», En el mismo sentido, entre otras, las de 29 Abril 1.994 (RJA 1994,2946) y a marzo de 1.994 (RJA 1994,1652)

en la que el derecho que ostentan los cónyuges afecta indeterminadamente al objeto sin atribución, de cuotas ni facultad de pedir la división material mientras dura la sociedad, a diferencia de lo que sucede con el condominio romano , con cuotas definidas y en donde cabe el ejercicio de la división de la cosa común, y por eso en la sociedad de gananciales no se es dueño de la mitad de los bienes comunes , sino que ambos esposos conjuntamente tienen la titularidad del patrimonio ganancial...»

Aún a pesar de que el art. 1.344 todavía habla de «sociedad», esta noción que estaba vigente hasta la reforma de 1.981, ha sido ampliamente superada. Es por eso que el antiguo art. 1.395 nos remitía a las normas del contrato de sociedad y no a las de la comunidad de bienes como supletorias del régimen ganancial. No hay ningún género de duda de que el mecanismo legal vigente -sostienen Diez-Picazo y Gullón- es el de la **comunidad**; de tal forma que el patrimonio ganancial está colocado bajo una titularidad que no la ostenta una personalidad jurídica distinta de la de cada uno de los cónyuges¹⁵, puesto que **la sociedad de gananciales no es una persona jurídica** distinta de los cónyuges tal como lo es la sociedad respecto de los socios. En opinión de Martínez Vázquez de Castro¹⁶ consecuencia de ello es que la sociedad de gananciales no puede ser propiamente deudora; deudores lo serán siempre los cónyuges, aislada o conjuntamente como personas individuales.

§ 2. Nacimiento y pervivencia de la sociedad de gananciales

La **comunidad de gananciales**, de acuerdo con el artículo 1.345 **puede empezar**, bien **al celebrarse el matrimonio** siempre que los cónyuges no pacten otro régimen en capitulaciones; o **con posterioridad a la celebración**, cuando se pacte en capitulaciones postnupciales que el régimen de gananciales sustituya al régimen económico matrimonial vigente hasta ese momento entre los esposos.

Existe un tercer supuesto, un tanto excepcional, recogido en el artículo 1.374 CC. En efecto, el artículo 1.373, contempla un supuesto de disolución de la sociedad como consecuencia del embargo del patrimonio ganancial, por deudas de uno de los cónyuges. Por su parte el artículo 1.374 concede al cónyuge del deudor que ha propiciado el embargo que en el plazo de tres meses opte por el comienzo de la nueva sociedad de gananciales. (Peña y Bernaldo de Quirós)

Según Castán la doctrina es unánime a la hora de excluir el pacto de que la sociedad comience antes de la celebración del matrimonio. Sin embargo estimamos que si que se puede pactar en capitulaciones antes del matrimonio si lo que se quiere es establecer es un sistema de gananciales pero introduciendo modificaciones.

§ 3. Bienes privativos y bienes gananciales

3.1.- Reglas generales.

La sociedad de gananciales supone una separación entre el patrimonio

¹⁵ Castán, se refiere a la misma como de un **patrimonio colectivo sin personalidad**

¹⁶ Martínez Vázquez de Castro, L.: *Responsabilidad patrimonial de la sociedad de gananciales*, Madrid, 1995, Ed. Civitas, 1ª Ed.

privativo de los cónyuges y el patrimonio común, al que se llama **ganancial**, para ello es necesario establecer unas reglas para determinar que bienes son privativos y cuales son gananciales.

El Código Civil no formula una regla general sino que resuelve casuísticamente qué bienes son privativos y cuáles son gananciales. La doctrina, no obstante, ha establecido una serie de criterios para la determinar la naturaleza de los mismos, y de acuerdo con Castán son los siguientes:

1º.- *El derivado de la naturaleza de la sociedad de gananciales.* Así pues siendo esta una comunidad de adquisiciones a título oneroso, se consideran como **bienes comunes** las ganancias provenientes de la industria de los cónyuges y las rentas de sus bienes propios; y se reputarán **privativos** los bienes aportados al constituirse la sociedad y los aportados con posterioridad.

2º.- *El principio de subrogación real.* En virtud del mismo , los bienes adquiridos durante la vigencia de la comunidad de gananciales, en sustitución de otros bienes que pertenecían privativamente a los cónyuges, adquieren la misma condición de propios o privativos, mientras que los adquiridos en sustitución o representación de los comunes o gananciales toman esta cualidad.

3º.- *La atribución voluntaria del carácter ganancial por acuerdo de los cónyuges.* De acuerdo con el artículo 1.355 del C.C., y según el cual: «Podrán los cónyuges, de común acuerdo, atribuir la condición de ganancial a los bienes que adquieran a título oneroso durante el matrimonio, cualquiera que sea la procedencia del precio o contraprestación y la forma y plazos en que satisfaga.

Si la adquisición se hiciera en forma conjunta y sin atribución de cuotas, se presumirá su voluntad en favor del carácter ganancial de tales bienes.»

Esta norma es una manifestación de la autonomía de la voluntad en materia de gananciales , siempre que no sea utilizada para defraudar a terceros.

4º.- *La presunción de ganancialidad.*-Según lo establecido en el art.1.361: «Se presumen gananciales los bienes existentes en el matrimonio mientras que no se pruebe que pertenecen privativamente al marido o a la mujer»

Esta regla tiene por objeto resolver las dudas que con frecuencia se suscitan acerca de la procedencia y carácter de determinados bienes del matrimonio y al mismo tiempo evita que las manifestaciones de los cónyuges encubran verdaderas donaciones entre ellos mismo, así pues se establece que los bienes serán comunes mientras que no se demuestre que son privados.

De acuerdo con el art. 1.324, la confesión del cónyuge no adquirente respecto del carácter privativo de la adquisición será bastante entre cónyuges para destruir la presunción establecida por el artículo 1.361, pero por si sola no perjudicará a los herederos forzosos del confesante ni a los acreedores de la comunidad o de los cónyuges.

3.2.Los bienes privativos.

Los **bienes privativos**, por oposición a los bienes gananciales, son aquellos que integran el activo de cada uno de los patrimonios personales de uno y otro cónyuge, sin constituir elementos del activo del patrimonio común o ganancial (Peña y Bernaldo de Quirós).

El Código establece en los arts 1346 y 1348 y ss los criterios para otorgar el carácter de privativos a los bienes; el art. 1346 sigue el método casuístico y establece una relación de bienes que tienen aquella condición, sin embargo en los artículos 1.348 y siguientes, se deduce el carácter privativo "a contrario" de los casos en que se establece la ganancialidad. (Montés Penadés).

El CC sigue un método casuístico para determinar que bienes son privativos de cada uno de los cónyuges y que bienes son gananciales. No obstante los bienes privativos son agrupados por la doctrina en varios grupos. Según Castán los bienes privativos o propios pueden serlo, de **modo inmediato o por su origen**, por **sustitución o subrogación**, por el principio de **accesión**, por **pertenecer a la esfera de la personalidad** y por **decisión de los cónyuges** o del **donante**.

A.- Bienes privativos de modo directo.

1º.- *Bienes privativos por razón de su pertenencia originaria.*- Según el art. 1.346-1.º C.C., «son privativos los bienes y derechos que pertenecieran a cada cónyuge al comenzar la sociedad.» El momento determinante para la calificación es el inicio de la sociedad de gananciales, no el de la celebración del matrimonio, que puede haberse contraído bajo otro régimen.

El art. 1.357 viene a matizar el contenido de este artículo con respecto a los bienes comprados a plazos cuando establece que: «Los bienes comprados a **plazos** por uno de los cónyuges **antes de comenzar la sociedad** tendrán siempre carácter privativo, aun cuando la totalidad o parte del precio aplazado se satisfaga con dinero ganancial»

En el apartado segundo de este mismo artículo nos encontramos con una excepción: « Se exceptúa la vivienda y ajuar familiares, respecto de los cuales se aplicará el artículo 1.354 [pro indivisión del bien a favor de la sociedad y del cónyuge adquirente]»

2º.- *Bienes privativos por adquisición a título gratuito.* De acuerdo con el art. 1.346-2.º «son privativos de cada uno de los cónyuges los bienes y derechos que adquiera después [del inicio de la sociedad de gananciales] por título gratuito.»

El artículo 1.353 C.C. matiza el contenido del anterior artículo, al establecer que «los bienes donados o dejados en testamento a los cónyuges conjuntamente y sin especial designación, de partes, constante la sociedad, se entenderán gananciales, siempre que liberalidad fuere aceptada por ambos y el donante o testador no hubiese dispuesto lo contrario.»

B.- Bienes privativos por sustitución o subrogación . El principio general se encuentra recogido en el art. 1.346 -3º y luego se modaliza en su apartado 4º.

1º.- *Los adquiridos a costa o en sustitución de bienes privativos.* Este supuesto se recoge en el artículo 1.346-3º «son bienes privativos los adquiridos **a costa o en sustitución de bienes privativos**» se repite para los gananciales en el art. 1.347-3.º; este principio puede formularse diciendo que en las adquisiciones a título oneroso el bien adquirido tendrá el mismo carácter, privativo o ganancial, que tuviere el bien objeto de la contraprestación.

2º.- *Bienes privativos por derecho de retracto perteneciente a uno sólo de los cónyuges.* Esta es el caso del art.1.346-4º «son bienes privativos los adquiridos por derecho de retracto pertenecientes a uno solo de los cónyuges»

La calificación de los bienes adquiridos por derecho de retracto no perderán su carácter de privativos por el hecho de que su adquisición se haya realizado con dinero ganancial (art. 1.346 inciso final), aunque en este caso la sociedad será acreedora del cónyuge propietario por el valor satisfecho. (Diez-Picazo y Gullón)

C.- Bienes privativos por accesión.- Este supuesto se encuentra en el art. 1.359: «las edificaciones , plantaciones y cualesquiera otras mejoras que se realicen en los bienes gananciales y en los bienes privativos tendrán el carácter correspondiente a los bienes que afecten sin perjuicio del reembolso del valor satisfecho...»

D.-Bienes privativos por su inherencia a la persona. Son los supuestos enumerados en los apartados 5º a 8º del artículo 1.346.Se trata de supuestos en que los bienes, en virtud del principio de subrogación real o por tratarse de adquisiciones derivadas de industria o trabajo, deberían seguir la condición de gananciales, pero son privativos por razón de su especial vinculación con el cónyuge adquirente (Peña y Bernaldo de Quirós)

1º.- Los bienes y derechos inherentes a la persona.- Dice el art. 1.346-5º «son bienes privativos los bienes y derechos **patrimoniales** inherentes a la persona...» Según Diez-Picazo y Gullón, no se pueden confundir con los derechos de la personalidad, ya que estos no forman parte del patrimonio, sino las consecuencias económicas de su infracción. Por ejemplo el caso de la indemnización por daños al honor o a la intimidad.

2º.-Los bienes no transmisibles *inter vivos*.- Este es el supuesto del último inciso del art. 1.346-5º«son bienes privativos... los **no transmisibles inter vivos**» Comprende retiros, jubilaciones, pensiones, gratificaciones, condecoraciones etc.

3º.-El resarcimiento por daños.-Este es el caso del artículo 1.346-6º.«son bienes privativos el resarcimiento por daños inferidos a las persona de uno de los cónyuges o a sus bienes privativos.»

4º.-Las ropas y objetos de uso personal.- Este es el caso del art.1.346-7º. «son bienes privativos las ropas y objetos de uso personal que no sean de extraordinario valor» Aunque se adquieran con fondos comunes , la sociedad no tiene derecho de reembolso porque se tratan de gastos de cargo con la sociedad de gananciales , de acuerdo con el art. 1.362-1.º. (Montés Penadés)

5º.- Los instrumentos necesarios para el ejercicio de la profesión u oficio.- Este es el supuesto contemplado en el art. 1.346-8º:« son bienes privativos los instrumentos necesarios para el ejercicio de la profesión u oficio, salvo cuando éstos sean parte integrante o pertenencias de un establecimiento o explotación de carácter común.»

Si su adquisición se ha efectuado con fondos comunes, la sociedad será acreedora del cónyuge propietario por el valor satisfecho tal como consta en el artículo1.346 inciso final

E.-Bienes propios por acuerdo de los cónyuges.

Esta es la norma del art. 1.355 «Podrán los cónyuges de común acuerdo, atribuir la condición de gananciales a los bienes que adquieran a título oneroso durante el matrimonio, cualquiera que sea la procedencia del precio o de la contraprestación y la forma y plazos en que se satisfaga. Si la adquisición se hiciera en forma conjunta y sin atribución de cuotas, se presumirá su voluntad favorable al carácter ganancial de tales

bienes»

Según Castán es el contenido de este precepto es reversible, y funciona en ambas direcciones , por lo cual cabe el pacto de considerar privativos los bienes adquiridos durante el matrimonio con dinero ganancial.

3.3. *Los bienes gananciales.*

Las reglas utilizadas para la clasificación de los bienes privativos sirve también para los gananciales en aquellos casos que son aplicables. La mayoría de los supuestos de ganancialidad aparecen recogidos en el artículo 1.347 del Código, pero al igual que sucedía con los bienes privativos hay supuestos especiales de ganancialidad que aparecen recogidos casuísticamente en los artículos 1.348 y siguientes.

A) Por modo directo. Son los supuestos del artículo. 1.347-1º y 2.º

1º) *Los bienes obtenidos por el trabajo o la industria de cualquiera de los cónyuges* (1.347-1.º Cc). Según Diez-Picazo y Gullón el Código al referirse a "industria" se refiere a los rendimientos del trabajo.

El precepto se completa con el artículo 1.351, que considera gananciales : «las ganancias obtenidas por el marido o la mujer en el juego o las procedentes de otras causas que eximan de la restitución». Así, son gananciales los bienes obtenidos por ocupación, descubrimiento del tesoro (en la parte del inventor) invención, tanto cuanto suponga actividad dirigida a ese resultado (caza o pesca) como cuando es fruto del azar. (Montés Penadés)

2º) *Los frutos, rentas o intereses que produzcan tanto los bienes privativos como los gananciales* (art. 1.347-2.º)

Según Castán este apartado se refiere a toda clase de utilidades o beneficios, con independencia de que se trate de frutos naturales, industriales o civiles.

3º) *Los bienes donados o dejados en testamento a los cónyuges conjuntamente y sin especial designación de partes*, salvo disposición en contrario del donante o testador y con aceptación por ambos (art. 1.353).

Según Montés Penadés este supuesto es una excepción al principio según el cual lo adquirido a título lucrativo o gratuito es privativo (art. 1.346-2.º).

B) Por subrogación real.

Se refieren a ella los apartados 3º y 4º del artículo 1.347. Así pues, son gananciales:

1º) *Los adquiridos a título oneroso a costa del caudal común*, bien se haga la adquisición para la comunidad, bien para uno solo de los esposos. Los artículos 1.354 y 1.356 dictan normas complementarias sobre las adquisiciones a título oneroso.

El artículo 1.354, cuando se establece que: «los bienes adquiridos mediante

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

El artículo 1.356 dice que: «Los bienes adquiridos por uno de los cónyuges constante la sociedad, por precio aplazado, tendrán naturaleza ganancial si el primer desembolso tuviera tal carácter, aunque los plazos restantes se satisfagan con dinero privativo. Si el primer reembolso tuviere carácter privativo, el bien tendrá esa naturaleza.»

Finalmente el art. 1357 establece que: «Los bienes comprados a plazos por uno de los cónyuges antes de comenzar la sociedad tendrán siempre carácter privativo, aun cuando la totalidad o parte del precio aplazado se satisfaga con dinero ganancial.

Se exceptúan la vivienda y ajuar familiares, respecto de los cuales se aplicará el artículo 1354.» Ej .- Este sería el supuesto en que uno de los cónyuges seis años antes de casarse se compra un piso que va pagando a plazos, y después de casado se continúa pagando pero con dinero ganancial.

2º) *Los adquiridos por derecho de retracto de carácter ganancial*, aun cuando lo fuera con fondos privativos, en cuyo caso la sociedad será deudora del cónyuge por el valor satisfecho. (art. 1.347-4º).

C) Por accesión. Este supuesto, aplicable también a los bienes privativos, se encuentra en el art. 1.359: «las edificaciones, plantaciones y cualesquiera otras mejoras que se realicen en los bienes gananciales y en los bienes privativos tendrán el carácter correspondiente a los bienes que afecten sin perjuicio del reembolso del valor satisfecho...»

Cabría incluir dentro de un concepto muy amplio de accesión, según Castán, al trabajo o a la industria de los cónyuges, que es el supuesto del artículo 1.347-5º, que califica como bienes gananciales a «las Empresas y establecimientos fundados durante la vigencia de la sociedad por uno cualquiera de los cónyuges a expensas de los bienes comunes. Si a la formación de la empresa o establecimiento concurren capital privativo y capital común, se aplicará la regla del art. 1.354.»

D) Por mutuo acuerdo. Este es el caso del art. 1.355 que también podía aplicarse para establecer el carácter de privativo a un determinado bien. Al igual que sucedía con los bienes privativos, supone una ampliación de la autonomía de la voluntad en materia de calificación de los bienes de la sociedad conyugal. Este supuesto está regulado en los artículos 1.355 y 1.353.

3.4.- *Los créditos entre patrimonios privativos y ganancial*

A lo largo de vigencia de la sociedad de gananciales, es frecuente que se produzcan circunstancias en base a las cuales se originan créditos de un cónyuge contra la sociedad o de ésta contra uno de los cónyuges. El artículo 1.358 del Código Civil da una regla general en relación con estos créditos que surgen con ocasión de la **adquisición de bienes** que no ingresasen en el patrimonio de donde proceden los fondos invertidos:

«cuando conforme a este Código los bienes sean privativos o gananciales, con independencia de la procedencia del caudal con que la adquisición se realice, habrá de **reembolsarse el valor satisfecho** a costa, respectivamente del caudal común o del propio, mediante el reintegro de su importe actualizado **al tiempo de la liquidación.**»

También se generan estos créditos **por gastos o pagos** que sean de cargo de la sociedad y que se realicen con fondos de uno de los cónyuges o viceversa (1.398-3; 1.362-1º y 2º; 1-373-2º y 1.397-3º)

§ 4. Cargas y obligaciones de la sociedad de gananciales.

El Código Civil trata en los artículos 1.362 a 1.374 sobre las cargas y obligaciones de la sociedad de gananciales.

Según Martínez Vázquez de Castro hay que distinguir entre **cargas** de la sociedad de gananciales de las **obligaciones** de que responden los bienes comunes. Según Torralba, al aspecto relativo al patrimonio que ha de sufragar los gastos (aspecto interno de las relaciones entre cónyuges), se dedican los arts. 1.362 y 1.363. Mientras que de los reembolsos se dedica el artículo 1.364. Finalmente, del aspecto externo, es decir de la responsabilidad del patrimonio frente a terceros se ocupan los arts 1.365 a 1.374

4.1 Cargas de la sociedad de gananciales:

Concepto.- Cargas de la comunidad, nos dice Martínez Vázquez de Castro, son los **gastos que ésta debe soportar**, de manera que si alguno de ellos es sufragado por alguno de los cónyuges éste tendrá derecho a ser reintegrado con cargo al patrimonio común.(art. 1364).

En opinión de Díez-Picazo y Gullón, la sociedad de gananciales no tiene personalidad jurídica independiente, por lo que, en sentido; estricto, no puede contraer deudas. Deudores personales lo son siempre los cónyuges, aislada o conjuntamente, como personas individuales..

Pero cuando la deuda se ha contraído para satisfacer necesidades de la sociedad, el pago (en definitiva) deberá recaer sobre el patrimonio ganancial. Por ello, en el supuesto de que se verifique el pago de esa deuda con bienes de un patrimonio privativo, se generará un crédito en favor de ese patrimonio privativo contra el ganancial. Es la regla del artículo 1.364 C.C., que dice que:«.. El cónyuge que hubiere aportado bienes privativos para los gastos o pagos que sean de cargo de la sociedad tendrá derecho a ser reintegrado del valor a costa del patrimonio común.»

Puig Brutau dice que el art. 1.362 enumera aquellos gastos que por su naturaleza han de formar el pasivo de la sociedad de gananciales en la relación *inter partes*. Delimitar cuáles son las cargas comunes en la relación entre cónyuges no es lo mismo que señalar la responsabilidad directa de los bienes gananciales frente a los acreedores como sucede en los arts. 1.365 a 1.374

Clases.- Son fundamentalmente, en opinión de Peña y Bernaldo de Quirós, de dos clases, aquellas que tienen su origen en el sostenimiento de la familia y las cargas

derivadas de la gestión económica de bienes.

1º.- Cargas derivadas del sostenimiento de la familia: Estas a su vez, se subdividen , según que su imputación proceda de la ley o del acuerdo de los cónyuges.

a) Cargas por determinación de La ley en el art. 1.362-1º, se considera a cargo de la sociedad de gananciales; «.. El sostenimiento de la familia, la alimentación y educación de los hijos comunes y las atenciones de previsión acomodadas a los usos y circunstancias de la familia...».

b) Cargas por acuerdo de los cónyuges :El artículo1.362-1º se refiere a un contenido mínimo de los gastos familiares a cargo de la sociedad; siempre cabe la posibilidad de que por acuerdo de ambos cónyuges la sociedad de gananciales soporte gastos que van más allá del sostenimiento de la familia.

En ese sentido el artículo 1.363 C.C. establece que : «.. Serán también de cargo de la sociedad las cantidades donadas o prometidas por ambos cónyuges de común acuerdo cuando no hubiesen pactado que hayan de satisfacerse con los bienes privativos de uno de ellos en todo o en parte».

2º.- Cargas derivadas de la gestión económica

Son las que se producen como consecuencia de la gestión de bienes. Su justificación es evidente, dado que el patrimonio ganancial se nutre de los frutos y rendimientos de los bienes tanto comunes como privativos. (Montés Penadés)

Así pues el Código dice que serán a cargo de la sociedad de gananciales los gastos que se originen por :

a)-«La adquisición, tenencia y disfrute de los bienes comunes» (art. 1.362-2º).

b)-«La administración ordinaria de los bienes privativos de cualquiera de los cónyuges» (art. 1.362-3º). Ello es así en correspondencia a que sus frutos y rendimientos son comunes o gananciales. Díez-Picazo y Gullón.

c) -«La explotación regular de los negocios o el desempeño de la profesión, arte y oficio de cada cónyuge» (art. 1.362-4º). Su justificación es idéntica a la del supuesto anterior.

4.2. *La responsabilidad sobre los bienes gananciales*

Según Peña y Bernaldo de Quirós , son **obligaciones de la sociedad de gananciales**, aquellas deudas de uno o de los dos cónyuges de las que responden frente al acreedor, los bienes gananciales. (constituyen el elemento pasivo del patrimonio ganancial).

Las deudas de la sociedad de gananciales constituyen el pasivo del patrimonio ganancial. Por ello responden directamente frente al acreedor. (Art. 1.365) De modo que ciertos acreedores van a tener garantizados sus créditos no sólo por el patrimonio privativo del cónyuge deudor, sino además, por el patrimonio ganancial. Y así dice el art. 1.369 que «de las deudas de un socio que sean, además, deudas de la sociedad responderán también solidariamente otros bienes de ésta».

Obligaciones privativas de un cónyuge son aquellas deudas tuyas de las que responde frente al acreedor sólo con los bienes propios. (constituyen el elemento pasivo del respectivo patrimonio personal).

Según dice el art. 1.373 «cada cónyuge responde con su patrimonio personal de las deudas propias» Ahora bien ese patrimonio, compuesto por todos sus bienes presentes y futuros (art. 1.911 C.C.), contiene también una participación en el patrimonio ganancial. Montés Penadés.

De esta constitución básica parece partir el art. 1.373 C.C. Los bienes gananciales están también en el patrimonio del cónyuge deudor, pero su responsabilidad por deudas privativas se organiza de otro modo y se caracteriza por las siguientes notas de subsidiariedad:

Los bienes gananciales no responden de las deudas privativas solidariamente sino subsidiariamente, es decir sólo «si sus bienes privativos no fueren suficientes para hacerlas efectivas» (1.373 frente al 1.369).

Para decir qué deudas son privativas y cuáles son gananciales sigue el Código, también aquí, el método casuístico, y no formula ninguna regla general, pero puede inducirse que todas las deudas que contrae uno de los cónyuges son privativas mientras la Ley no disponga otra cosa. Lo que es coherente con lo dispuesto en el artículo 1.367, con lo establecido en el art. 1.375 y con el principio de libertad personal. Montés Penadés.

Deudas de las que responde directamente la sociedad de gananciales.:

Con los bienes gananciales, en opinión de Martínez Vázquez de Castro se responde:

1º De todas las deudas contraídas por los dos cónyuges conjuntamente o por uno con el consentimiento expreso del otro. (1.367)

2º De las obligaciones contraídas por un cónyuge sólo sin el consentimiento del otro en los siguientes casos:

A) En situación normal de matrimonio:

a.- En los supuestos contemplados en el art. 1.365

b.- En el caso de obligaciones extracontractuales de acuerdo con lo establecido en el artículo 1.366.

B) En situación de separación de hecho de los cónyuges, art. 1.368

3º En el supuesto especialísimo del art. 1.370.

1º.-Obligaciones contraídas por los dos cónyuges.

El supuesto del art. 1.367 «Los bienes gananciales responderán en todo caso de las **obligaciones contraídas por los dos cónyuges** conjuntamente o por uno con el consentimiento expreso del otro»

Este artículo señala que «**los bienes gananciales responderán en todo caso**», es decir, es decir, con independencia de la finalidad perseguida al contraer la deuda, así como de la naturaleza del gasto, la deuda puede haberse constituido tanto en interés de la sociedad como de un patrimonio privativo.

2º.-Obligaciones contraídas por un cónyuge sólo sin el consentimiento del otro.

A) *En situación normal de matrimonio.*

a) Los supuestos del art. 1.365:

1º. « Los bienes gananciales responderán directamente frente al acreedor por las deudas contraídas por un cónyuge: 1º En el ejercicio de la potestad doméstica, o de la gestión o disposición de gananciales , que por Ley o por capítulos le corresponda».(1.365-1º)

En el caso de la potestad doméstica, se refiere a las necesidades ordinarias de la familia a tenor de lo dispuesto en el art. 1.319-2º y en su virtud responden solidariamente los bienes comunes y los del cónyuge que contrajo la deuda, y subsidiariamente los del otro cónyuge.

2º.- «En el ejercicio ordinario de la profesión, arte u oficio o en la administración ordinaria de los bienes propios». (1365-2º C.C.).

b)- El caso de obligaciones extracontractuales. (art.1.366)

El art. 1.366 establece, exige dos requisitos para que las obligaciones extracontractuales (lo que incluye también la responsabilidad civil subsidiaria por delitos ajenos) sean de la responsabilidad y cargo de la sociedad:

1º.- Que la obligación sea consecuencia de la actuación individual del cónyuge **en beneficio de la sociedad conyugal** o en el ámbito de la administración de bienes.

2º.- Que las obligaciones extracontractuales no sean causadas por acción u omisión lícita debida a dolo o culpa grave del cónyuge deudor.

B) *En situación de separación de hecho de los cónyuges.*

Este es el caso contemplado en el art. 1.368: «También responderán los bienes gananciales de las obligaciones contraídas por uno solo de los cónyuges en caso de separación de hecho para atender a los **gastos de sostenimiento, previsión y educación** de los **hijos** que estén a cargo de la sociedad de gananciales»

C) *El caso especialísimo del art. 1.370.*

«Por el precio aplazado del bien ganancial adquirido por un cónyuge sin el consentimiento del otro **responderá siempre el bien adquirido**, sin perjuicio de la responsabilidad de otros bienes según las reglas de este código.»

Según Diez-Picazo y Gullón el art.1.370 es un precepto favorecedor del cónyuge que no da su consentimiento para la adquisición a plazos y perjudicial para el acreedor que no cuenta con la protección del art. 1.369.

4.3 *Las deudas privativas*

Las obligaciones propias de los cónyuges presentan, según Martínez Vázquez de Castro, una *peculiaridad*. Aunque en principio sólo están llamadas a responder de las mismas los bienes privativos del cónyuge deudor, el acreedor puede hacerlas efectivas también sobre los bienes comunes. Para ello es necesario que los bienes privativos del deudor no alcancen a cubrir la deuda y que su consorte no haga uso del derecho que le confiere el art. 1.373

Las deudas propias son, continua el citado autor, todas aquellas , que contraídas por uno sólo de los cónyuges, no desatan la responsabilidad directa e incondicionada de los bienes comunes.

Este tipo de deudas son las siguientes:

- 1º.- Las deudas del juego de los arts. 1.371 y 1.372.
- 2º.- Las deudas hereditarias.
- 3º.- Las deudas antematrimoniales, contraídas por el marido y la mujer antes de casarse.
- 4º.- Las deudas que cumplan alguno de los requisitos de los arts. 1.365, 1.366 y 1.368 del CC
- 5º.- Las deudas cuyo carácter ganancial no se haya probado.

§ 5. Los órganos de gestión de la sociedad de gananciales

5.1.- *El principio de cogestión.*

Una de las consecuencias de la reforma de 1.981 ha sido el atribuir completa igualdad de derechos y deberes a uno y otro cónyuge. Por ser iguales los derechos del marido y de la mujer (Art. 66 Cc), la administración y disposición de los bienes de la sociedad de gananciales les corresponde conjuntamente. Puig Brutau.

El principio de cogestión de actuación conjunta de los cónyuges se formula en el art. 1.375 C.C., a cuyo tenor, «en defecto de pacto en capitulaciones, la gestión y disposiciones de los bienes gananciales corresponde conjuntamente a los cónyuges, sin perjuicio de lo que se determina en los artículos siguiente.».

Según Peña y Bernaldo de Quirós la regla de la cogestión no siempre se aplica en términos absolutos, puesto que hay supuestos en los que se exige rigurosamente la actuación conjunta para que los actos realizados sean válidos y, sin embargo, en otros la falta de consentimiento de uno de los cónyuges puede ser suplida por el juez.

1º) Supuestos en los que se exige la obligación conjunta con todo rigor.

Es el caso de los **actos a título gratuito** del art. 1.378: «Serán nulos los actos a título gratuito si no concurre el consentimiento de ambos cónyuges. Sin embargo, podrá cada uno realizar con los bienes gananciales las liberalidades de uso.»

El principio de la cogestión se exige con todo rigor hasta el punto de que la actuación conjunta ha de ser coetánea, no pudiendo ser suplida por la autoridad judicial y su defecto puede provocar la nulidad *ex lege* Peña y Bernaldo de Quirós.

Ej. La donación de un inmueble ganancial realizada por el marido a un sirviente sin la concurrencia del consentimiento de su mujer sería nulo de pleno derecho.

Este principio tiene una excepción constituida por las liberalidades de uso: limosnas, propinas, regalos de boda...

B) Supuestos en los que se exige la actuación conjunta sin tanto rigor.

Este es el caso de los **actos de administración** (art. 1.376) y **de disposición a título oneroso**, en los cuales la cogestión se exige, pero de un modo más flexible. (arts.

y 1.377 C.C.).

En ambos supuestos es posible suplir el consentimiento de uno de los esposos, cuando éste se negara o estuviera impedido para prestarlo, por la autorización judicial previa.

Si falta el consentimiento se aplicará como sanción la anulabilidad, tal como lo prevé el art. 1.322; sin embargo el acto puede ser convalidado tácita o expresamente por el cónyuge que no prestó su consentimiento.

5.2. Excepciones al principio de cogestión.

Es el propio art. 1.375 quien establece sus propias excepciones cuando dice dicho principio se aplicará «en defecto de pacto en capitulaciones» y «sin perjuicio de lo que se determina en los artículos siguientes»

1ª.- El pacto capitular.

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1.375, y en los 1.315,1.365-1 C.C. cabe que se pacte en capitulaciones un sistema de gestión distinto al que contiene el C.C. (Pretel Serrano). Así pues cabe que la gestión se confíe indistintamente o solidariamente a cada uno de los cónyuges o a ambos. No será válido un pacto que confíe a uno sólo de los cónyuges la gestión; puesto que con ello se estará violando los límites que establece el art. 1.328, que establece la nulidad de cualquier estipulación limitativa de la igualdad de derechos que corresponda a cada cónyuge

2ª.- Los otros supuestos:

Dentro de la sección cuarta, del Capítulo dedicado a la sociedad de gananciales, nos encontramos con las siguientes excepciones al principio de cogestión:

- 1.- Cada uno de los cónyuges puede realizar con los bienes gananciales liberalidades de uso (art. 1378 CC).
- 2.- Cada cónyuge es administrador de su patrimonio y, en tal concepto, puede disponer de los frutos y productos de sus bienes (art. 1381).
- 3.- Cada cónyuge tiene derecho a la provisión de fondos necesarios para el ejercicio de su profesión o la administración ordinaria de sus bienes.(art. 1.382)
- 4.- Cada cónyuge puede, igualmente, realizar actos de administración sobre los bienes de los que es titular o se encuentran bajo su poder, e incluso disponer de dinero o títulos valores en tales circunstancias (art. 1384)
- 5.- Los derechos de crédito serán ejercitados por el cónyuge a cuyo nombre aparezca constituido (art. 1385).
- 6.- Cada uno de los cónyuges puede defender los bienes comunes (art. 1385 II).
- 7.- Es suficiente el consentimiento de uno solo de los cónyuges para los gastos urgentes de carácter necesario, aunque sean extraordinarios (art. 1386) y, con más razón, para la atención de las necesidades ordinarias de la familia (art. 1319).
- 8.- Es posible que en ciertos supuestos, bien por decisión de los Tribunales (art. 1388), bien por ministerio de la ley (art. 1387) la administración y disposición de los bienes comunes corresponda a uno solo de los cónyuges.

5.4. El deber de información.

El régimen de gananciales respeta la gestión de la propia esfera individual, en lo que concede una autonomía muy amplia, pero por razón del estatuto matrimonial ha de cumplir determinados deberes.

Así, el art. 1.383 C.C. impone a cada cónyuge el **deber de información** sobre la situación y rendimientos de cualquier actividad económica propia; y de los apartados segundo y cuarto del art. 1.393 se deduce un **deber general de lealtad** en el comportamiento, de modo que si los actos de gestión entrañan fraude o daño o peligro para los derechos del otro cónyuge o se incumple grave o reiteradamente el deber de informar, puede solicitarse la disolución de la sociedad de gananciales.

5.5.- *Transferencia de la potestad de gestión a uno de los cónyuges*

Puede producirse ministerio *legis*, según lo dispuesto en el artículo 1.387 CC-, a cuyo tenor se producirá en favor del cónyuge que sea tutor o representante legal de su consorte. Pero también cabe por decisión de los Tribunales cuando el otro cónyuge se encontrare en imposibilidad de prestar consentimiento, hubiere abandonado la familia o existiera separación de hecho. Las consecuencias y el alcance se fijan en el artículo 1.389 C.C.

El cónyuge en cuyo favor se produzca la transferencia tendrá plenas facultades para la administración, salvo que el juez cuando lo considere de interés para la familia y previa información sumaria, establezca cautelas o limitaciones. Para realizar actos de disposición sobre inmuebles, establecimientos mercantiles, objetos preciosos o valores mobiliarios necesitará autorización judicial.

5.6.- *Medidas judiciales especiales*

Se adoptan respecto de la gestión de la sociedad de gananciales, ya restringiendo meramente la potestad de uno de los cónyuges, ya atribuyéndosela al otro.

Así, en los pleitos sobre la concurrencia de la causa de disolución de gananciales, de acuerdo con lo dispuesto en el segundo inciso del artículo 1.394 C.C.

En los pleitos de nulidad, separación o divorcio, según lo previsto en los 103-4 y 104 C.C.

5.7.- *Defensa de un cónyuge ante la gestión irregular del otro*

Cabe, ante todo, el ejercicio de las **acciones de nulidad** o de anulabilidad previstas en el artículo 1.322 C.C.; además, los artículos 1.390 y 1.391 prevén remedios específicos. El primero de ellos para el caso de actos de administración o de disposición, a cabo por uno solo de los cónyuges, que hubiere obtenido un beneficio o lucro excesivo o hubiere ocasionado dolosamente un daño. En tal caso, aunque no se impugne la eficacia del acto, se deberá restituir el importe a la sociedad.

En el supuesto del artículo 1.391 C.C., cuando el cónyuge hubiere realizado un acto en fraude de los derechos de su consorte, deberá restituir el importe y, además si el adquirente hubiere procedido de mala fe, se producirá la **rescisión**.

Tema 10

La Sociedad de Gananciales (II)

- § 1. Disolución de la sociedad de gananciales
- § 2. Régimen del patrimonio ganancial en liquidación
- § 3. Régimen de la liquidación
- § 4. La facultad de cada cónyuge para exigir la liquidación y partición
- § 5. Reglas de la liquidación en casos especiales

§ 1. Disolución de la sociedad de gananciales.

1.2.- *Las causas de disolución*

Las causas de disolución aparecen recogidas en el Código en los artículos 1.392, 1.393 y 1.373; y pueden clasificarse en dos grupos, según que operen automáticamente -producen la disolución de pleno derecho o por decisión judicial a petición de uno de los cónyuges. .

Las causas de **disolución de pleno derecho** aparecen recogidas en el artículo 1.392 que establece que : «La sociedad de gananciales concluirá de pleno derecho:
«1º) Cuando se disuelva el matrimonio.» Puesto que si no hay matrimonio no puede existir régimen económico matrimonial

«2º) Cuando sea declarado de nulo.» En este supuesto la sociedad se disuelve por idénticas razones que en el anterior

«3º) Cuando judicialmente se decrete la separación de los cónyuges.» En este caso la sociedad de gananciales subsistirá durante la tramitación del proceso, con las modificaciones de la regla cuarta del artículo 103 C.C.(Montés Penadés)

«4º) Cuando los cónyuges convegan un régimen económico distinto en la forma prevenida en el este Código.» Es consecuencia de la mutabilidad del régimen económico constante el matrimonio, no es necesario que el cambio se convenido por las partes, puesto que las partes pactan solamente la disolución de la sociedad de gananciales, y si no pactan otro régimen, de forma automática en virtud del art. 1.435.3 se aplicará el de separación de bienes.

El artículo 1.393 C.C.contiene una relación de los supuestos en que se produce la **extinción** de la sociedad de gananciales, **mediante decisión judicial** , a petición de uno de los cónyuges.De acuerdo con Peña y Bernaldo de Quirós estas causas lo que producen en verdad es un cambio de régimen matrimonial. La causas son las siguientes:

«1º) Haber sido el otro cónyuge declarado judicialmente incapacitado, declarado ausente o en quiebra o en concurso de acreedores, o condenado por abandono de familia.

Para que el Juez acuerde la disolución bastará que el cónyuge que la pidiere presente la correspondiente resolución judicial

2º) Venir realizando el otro cónyuge por sí sólo actos dispositivos o de gestión patrimonial que entrañen fraude, daño o peligro para los derechos del otro en la sociedad.

3º) Llevar separado de hecho más de un año por mutuo acuerdo o por abandono de hogar.

4º) Incumplir grave y reiteradamente el deber de informar sobre la marcha y rendimiento de sus actividades económicas. »

A los anteriores supuestos del art. 1.393 hay que añadir el de la extinción de la sociedad de gananciales con ocasión del embargo de determinados bienes gananciales como consecuencia deudas propias de uno de los cónyuges. La sociedad se disolverá cuando el Juez, a petición del otro cónyuge, acuerde que en la traba se sustituyan los bienes comunes por la parte que ostenta el cónyuge deudor de la sociedad.(art. 1.373).

Según se establece en el art. 1.394, en los supuestos previstos en el art. 1.393 los efectos de la disolución se producirán desde la fecha en que se fije en la sentencia; cuando haya de seguirse pleito, el precepto citado ordena que deberá de practicarse **inventario** y el Juez adoptará **medidas** necesarias para la **administración** del caudal, requiriéndose licencia judicial para todos los actos que excedan de la administración ordinaria.

En los supuestos del art. 1.392, la disolución se producirá en el momento en que se produzca el hecho determinante de la misma (Montés Penadés)

Además de las medidas previstas en el art. 1.394, en opinión de Peña y Bernaldo de Quirós, pueden adoptarse las siguientes:

- La transferencia de la potestad de gestión sobre los bienes gananciales, a uno sólo de los cónyuges. (artículos 1.387 a 1.389 C.C.).

- Las medidas Judiciales especiales que se pueden adoptar con respecto a los bienes gananciales adoptadas en los pleitos de nulidad, separación o divorcio. (artículos 103-4 y 104 C.C.)

1.2 Efectos de la disolución de la sociedad de gananciales.

Los efectos que produce la disolución son de dos órdenes, según Peña y Bernaldo de Quirós:

1º.- Se produce la **extinción del régimen económico matrimonial** de la sociedad de gananciales, bien por desaparecer directamente el régimen económico matrimonial (p.ej. por disolución del matrimonio, ya que si no hay matrimonio no puede haber régimen económico matrimonial) o por haberse efectuado un cambio de régimen (p.ej. cuando se extingue el régimen de gananciales pero subsiste el matrimonio) que será el de separación de bienes de acuerdo con lo establecido en el art. 1.435-3 C.C.: «Existirá entre los cónyuges separación de bienes :...3º Cuando se extinga, constante matrimonio, la sociedad de gananciales..., salvo que por voluntad de los cónyuges fueren sustituidos por otro régimen»

2º.-De otra parte, **subsistirá el patrimonio ganancial**, hasta el momento de su liquidación, pero ya no como una comunidad ganancial, sino como una masa de bienes afecta a determinadas obligaciones, (como, por ejemplo, la de atender a las deudas de la sociedad de gananciales); esta masa de bienes tendrá una régimen jurídico diferente a la

sociedad de gananciales.

§ 2. Régimen del patrimonio ganancial en liquidación.

2.1.- Régimen general

Tras la disolución de la sociedad de gananciales, sea éste automática o por declaración judicial, se producen las siguientes modificaciones (Peña y Bernaldo de Quirós)

1ª.- El patrimonio ganancial sólo subsiste como un **patrimonio en liquidación**. En la realidad sucede frecuentemente, que a pesar de haberse disuelto la sociedad conyugal que no se lleve a cabo inmediatamente la liquidación, y que la fase de interinidad se prolongue durante cierto tiempo, como ocurre con el patrimonio de una persona cuando muere.

2ª.- Los **poderes** de los cónyuges o de sus herederos (si uno de ellos hubiere fallecido) ya **no** son los **correspondientes a la sociedad de gananciales**, sino que cada uno pasa a tener los potestades ordinarias que corresponden a cualquier comunero en una comunidad. En un principio la naturaleza y régimen de esos poderes son los iguales a los de la comunidad sobre una herencia yacente.

2.2.-Naturaleza jurídica de la sociedad disuelta.

Según Diez-Picazo y Gullón nos encontramos en presencia de un patrimonio colectivo o comunidad de bienes, formado por los bienes que antes fueron gananciales y cuya titularidad la ostentan los cónyuges o el conyuge sobreviviente y los herederos del premuerto si la causa de disolución fue la muerte de uno de los cónyuges.

En cuanto a la naturaleza jurídica de ese patrimonio, Diez-Picazo y Gullón¹⁷, sostienen que no nos encontramos ante una comunidad sobre cada uno de los bienes o derechos, que se regularía por los arts. 392 y ss; sino que en función de la remisión que el Código hace a la partición y a la liquidación de herencia (art. 1.410), cabe afirmar que se trata de una **comunidad de naturaleza especial** equiparable a la comunidad hereditaria antes de la partición, es decir que nos encontramos ante un patrimonio entero cuya titularidad la ostentan varias personas.

La STS 8-10-1990 dice que «mientras la pervivencia de esa denominada comunidad postmatrimonial [cuando la disolución es por fallecimiento de uno de los cónyuges] a cada comunero le pertenece una **cuota en abstracto** sobre la masa ganancial, que se materializará, tras la división-liquidación, en una parte concreta e individualizada de los bienes y derechos que se les adjudique correspondientemente..»

2.3.Régimen jurídico de la sociedad disuelta.

El régimen jurídico de la sociedad en liquidación viene determinado por: 1º.- Las **normas específicas** contenidas en los **artículos 1.395 y ss.** 2º.- Supletoriamente

¹⁷La misma posición doctrinal sigue el T.S, entre otras las SS de 28-9-1993 (RJA 1993;6657) y 8-10-1.990; (RJA 1.990, 7482); también mantiene la misma postura la D.G.R. véase la Res.10-7-1952 (RJA 1.952,1632)

por lo establecido para la partición y liquidación de herencias (arts. 1.402 y 1.410) 3°.- Por las reglas ordinarias sobre la comunidad de bienes en cuanto sea compatible con las reglas anteriores (Peña y Bernaldo de Quirós).

Sin perjuicio de las normas mencionadas en el párrafo anterior a este tipo de comunidad le son aplicables las siguientes:

1°) La comunidad indivisa no se ve aumentada con las rentas de trabajo ni con las del capital privativo, puesto que serán en todo caso privativas al no existir la sociedad de gananciales. (Diez-Picazo y Gullón)

2°) El patrimonio de la comunidad indivisa sigue respondiendo de las obligaciones que pesaban sobre la sociedad, pero las que contraiga con posterioridad cualquier titular recaen sobre su propio patrimonio.

3°) Facultades de disposición .- La disposición de los bienes sigue un régimen distinto al de la sociedad de gananciales, para realizar cualquier acto de disposición es necesario, en opinión de Diez-Picazo y Gullón, el consentimiento de todos los cotitulares, porque todos codisponen del bien, la sanción por falta de consentimiento de alguno de ellos es la nulidad..

4°) Facultades de administración puede resolverse acudiendo al régimen de mayorías del artículo 398. Si no se puede obtener la mayoría puede nombrarse un administrador judicial conforme a las normas del juicio de testamentaria.

5°) En cuanto al régimen de las adquisiciones llevadas a cabo durante este período, Diez-Picazo y Gullón, se inclinan por aplicar el principio de la subrogación real.

6°) En cuanto a la carga de la prueba de la adquisición de los bienes ya no regirá la presunción legal del art. 1.361.

7°) Hasta que no se efectúe la liquidación y pago del haber el art. 1.408 ordena que con cargo a la masa consorcial se paguen los alimentos al cónyuge sobreviviente y a los hijos.

8°) Defensa de las cosas comunes.- Cualquier comunero está legitimado para ejercitar las acciones que defiendan a todos todos, siempre que actúe en beneficio común.

2.4.- Posición de los acreedores de la sociedad de gananciales y de los privativos de cada cónyuges.

Por aplicación del artículo 1.317 C.C al régimen de gananciales, aunque la sociedad de gananciales quede disuelta por desaparición o cambio del régimen económico matrimonial, los derechos de los acreedores de la sociedad de gananciales conservan igualmente su fuerza con respecto a al patrimonio ganancial .

A) Conservación de facultades.- Los acreedores siguen teniendo como garantía de su crédito la masa de bienes que integra el patrimonio privativo del cónyuge deudor y además el patrimonio ganancial (artículos 1.369 1.401 y 1.402 C.C.). El párrafo primero del artículo 1.401 dispone que mientras no se hayan pagado por entero las deudas de las sociedad, los acreedores conservarán sus créditos contra el cónyuge deudor. El **patrimonio ganancial**, de acuerdo con los arts. 1.402 y 1.410 C.C **persiste individualizado**, cualesquiera que sean las vicisitudes de su titularidad hasta la total

extinción de las deudas a que está afecto, como ocurre con el patrimonio hereditario; además **sobre los bienes gananciales** tienen **preferencia** los **acreedores** por deudas **de la sociedad** sobre a los acreedores por deudas privativas de los conyuges o de sus herederos.. (Montés Penadés)

B) Nuevas facultades a los acreedores de la sociedad de gananciales disuelta:

a) Los cónyuges se sitúan en la alternativa de ajustarse al **régimen de liquidación del beneficio de inventario** de la aceptación de herencia o sufren la responsabilidad «ultra vires» personal y solidaria, incluso con los bienes privativos artículos 1.402, 1.410 1.003 y 1.084 C.C.)

b) Los acreedores pueden **oponerse** a que se lleven a efecto las **operaciones particionales** y cabe que promuevan el juicio de testamentaria con la consiguiente intervención del patrimonio ganancial, hasta que sus créditos no sean completamente pagados o suficientemente garantizados (artículos 1.082 y 1.038-4 C.C.)

c) Pueden pedir **anotación preventiva** de su **derecho de crédito** como lo pueden hacer los acreedores hereditarios pueden hacerlo sobre los bienes hereditarios (artículos 46 L.H. y 146-4 R.H.).

C) Posición de los acreedores privativos de cada cónyuge.

Los **acreedores privativos** de cada cónyuge no podrán pedir el **embargo** de bienes gananciales concretos, sino el embargo de "la parte que ostenta el cónyuge deudor en la sociedad conyugal" (artículo 1.373), es decir, la **cuota abstracta** que le corresponde sobre la masa ganancial en liquidación, lo que en definitiva equivale a la retención o embargo del remanente que pueda resultar a favor del cónyuge deudor.

Los acreedores en 1ª liquidación, pueden utilizar las acciones subrogatoria y revocatoria, además tienen la facultad de intervenir a su costa en la participación para evitar que ésta se haga en fraude o perjuicio de sus derechos. (artículos 1.083, 403 y 392-2 C.C.).

§ 3. Régimen de la liquidación

La disolución de la sociedad de gananciales, ha de ir seguida de una serie de operaciones encaminadas a separar los bienes del matrimonio de los privativos de cada cónyuge, determinar si han habido o no ganancias y distribuir éstas [por mitad] en su caso entre los cónyuges. Este conjunto de operaciones, recibe el nombre de liquidación de la sociedad de gananciales.(Castán)

El Código dedica determinadas reglas a la liquidación, pero siendo insuficientes, en el artículo 1.410 establece una remisión a lo establecido para la partición y liquidación de la herencia.

Las operaciones de la liquidación son: la formación del inventario; la tasación o avalúo de los bienes; la determinación del pasivo de la sociedad y, en su caso el establecimiento de las formas para su pago ; la fijación del remanente líquido y su distribución y finalmente la adjudicación de bienes para su distribución. Díez-Picazo y Gullón

A) Inventario.-

La formulación del inventario está ordenada por el artículo 1.396, y comprende la determinación del activo y del pasivo de la sociedad.

La ley no dispensa en ningún caso de su práctica, pero no establece ningún tipo de sanción para la liquidación realizada sin inventario. Si bien se desprenden otros efectos como es el del **beneficio de inventario**: según el 1.401 es que el cónyuge no deudor solamente responderá de las deudas de la sociedad de gananciales con el límite de los bienes que le hayan sido adjudicados si se hubiera formulado debidamente inventario judicial o extrajudicial. Por tanto, en caso de caso de inexistencia de inventario el cónyuge no deudor tendrá una responsabilidad «*ultra vires*», que llegará más allá de los límites de los bienes gananciales que le han sido adjudicados, alcanzando a sus bienes privativos.

El artículo 1.397 regula el **contenido del activo del inventario** que se compone:

1º de los **bienes gananciales** existentes en el momento de la disolución.

2º el importe actualizado del **valor** que tenían los **bienes** al ser **enajenados** por **negocios ilegales o fraudulentos** si no hubieran sido recuperados.

3º el importe actualizado de las **cantidades pagadas por la sociedad** que fueran **de cargo de un cónyuge** y en general, las que constituyen **créditos de la sociedad contra éste**.

Al **pasivo**, se refiere el artículo 1.398 y lo considera integrado por:

1º las **deudas** pendientes a cargo de la sociedad,

2º el importe actualizado del valor de los **bienes privativos** o de los deterioros producidos en dichos bienes, cuando su restitución deba hacerse en metálico por haber sido gastados en beneficio de la sociedad.

3º el importe actualizado de los créditos o **cantidades pagadas por uno** sólo de los **cónyuges** que fueran a cargo de la sociedad.

B) El avalúo o tasación de los bienes.

Los bienes que formen parte del activo de la sociedad de gananciales deberán de tasarse o evaluarse, igual que las partidas del pasivo. La valoración se realiza en la práctica el día de la liquidación puesto que no hay ninguna norma que señale el día de la misma. Díez-Picazo y Gullón

C) Formación del haber o remante líquido

De acuerdo con lo dispuesto en los artículos 1.399 y sigs., terminado el inventario, y antes de proceder a la partición y adjudicación se han de pagar:

1º.- Las deudas de la sociedad, comenzando por las alimenticias, cuya preferencia se decreta. Las obligaciones alimenticias a las que se refiere el precepto deben ser las del artículo 1.362-1 C.C. (Montés Penadés)

2º.- Las indemnizaciones y reintegros debidos a cada cónyuge; estas se posponen a los derechos de los acreedores de la sociedad.

Los pagos no necesariamente se tienen que realizar en efectivo, puesto que el artículo 1.400 permite la posibilidad de realizar adjudicaciones de bienes gananciales, o sea, daciones en pago, que si no son consentidas por el acreedor darán lugar a enajenación y pago con el importe obtenido.

Finalmente tal como dice el artículo 1.404: «hechas las deducciones en el caudal inventariado que prefijan los artículos anteriores (1.399, 1.400, 1.403, fundamentalmente) el remanente constituirá el **haber** de la **sociedad de gananciales**, que se dividirá por mitad entre el marido y mujer o sus respectivos herederos.»

D) Adjudicación de los bienes

Para la adjudicación de bienes en pago del haber de cada cónyuge, se aplicará lo dispuesto para la partición de herencia (1.410). De acuerdo con el art. 1.061 los adjudicaciones satisfechas deben realizarse observando la posible igualdad y haciendo **lotes** con la misma naturaleza, calidad o especie.

Pero este principio general tiene las importantes excepciones de las **adjudicaciones preferenciales** previstas en los artículos 1.406 y 1.407 C.C.

Se trata de los **bienes de uso personal** no incluidos en el número siete del artículo 1.346, de la explotación agrícola, comercial o industrial que hubiere llevado con su trabajo, del local donde hubiese venido ejerciendo su profesión y de la vivienda donde tuviese residencia habitual, pero esto sólo en caso de muerte del otro cónyuge. En los supuestos del local y de la vivienda cabe que se le atribuya el derecho de uso o habitación, y si el valor de los bienes superara el haber del cónyuge adjudicatario deberá éste abonar la diferencia en dinero. La razón de ello es que la adjudicación preferencial determina una inclusión en el haber y además la imputación a la cuota del cónyuge que ha ejercitado ese derecho.

Finalmente, en el caso de un cónyuge acreedor personal del otro al tiempo de la liquidación, el artículo 1.405 faculta al acreedor para exigir que en pago de la se le adjudiquen bienes gananciales hasta el importe de su crédito, salvo que el deudor pague voluntariamente.

§ 4. La facultad de cada cónyuge para exigir la liquidación y partición

La disolución de la sociedad de gananciales origina una situación jurídica en la que hay un patrimonio indiviso, ninguno de los titulares tiene la obligación de permanecer en esa situación y puede en cada momento pedir la apertura de la fase siguiente, la **liquidación**; en la que los cotitulares se distribuirán el **haber** después de realizar las operaciones que sirven para determinarlo. Diez-Picazo y Gullón.

Según Peña y Bernaldo de Quirós, tras la liquidación las *cuotas abstractas* se concretan en un lote de bienes; esta facultad, al igual que sucede en toda acción de división de cosa común es **imprescriptible**. Su ejercicio se realizará aplicando las mismas reglas que para la división de herencia. (Art. 1.410)

Tema 11

LA SEPARACIÓN DE BIENES. LA PARTICIPACIÓN EN LAS GANANCIAS

§ 1. La separación de bienes

§ 2. La participación en las ganancias

§ 1. La separación de bienes

1.1. *Concepto y naturaleza jurídica.*

El régimen de separación de bienes está regulado en el Código civil en los arts. 1.435 a 1.444.

Según Castán es aquel régimen en que cada uno de los cónyuges retiene, con independencia del otro, el dominio, el goce y la administración de sus propios bienes.

Este sistema, según Puig Brutau está caracterizado por las siguientes notas:

- a) Cada cónyuge conserva la titularidad de los bienes que le pertenecen en el momento inicial y la de todos los que adquiriera después por cualquier título (art. 1.437).
- b) Cada cónyuge tiene plena autonomía para la administración, goce y libre disposición de tales bienes (art. 1.437, inciso final).
- c) Cada cónyuge responderá con su propio patrimonio de las obligaciones que haya contraído personalmente (art. 1.440-1).

A pesar de ello, no puede afirmarse que exista una total independencia económica, puesto que la vida en común de los cónyuges y las atenciones familiares producen la necesidad de verificar aportaciones patrimoniales para atender a las **cargas** que se generan. (Montés Penadés.)

Con la separación de bienes se elimina la puesta en común de los bienes o de sus ganancias, pero no puede impedirse la existencia de unas obligaciones que deben ser atendidas por ambos cónyuges. La ley, dice Puig Brutau, protege en todo caso el interés de la familia, la vivienda habitual e impone la obligación de contribuir al levantamiento de las cargas del matrimonio. El art. 67 impone a los cónyuges la obligación de actuar en interés de la familia. Como disposición general a todo régimen económico matrimonial, el art. 1.318-1 dispone: «Los bienes de los cónyuges están sujetos al levantamiento de las cargas del matrimonio.» Con el mismo carácter general, el artículo 1.320-1 añade: «Para disponer de los derechos sobre la vivienda habitual y los muebles de uso ordinario de la familia, aunque tales derechos pertenezcan a uno solo de los cónyuges, se requerirá el consentimiento de ambos o, en su caso, autorización judicial.»

Aunque la característica principal de la separación de bienes, es precisamente la separación de patrimonios, es inevitable que en determinadas circunstancias existan bienes con respecto de los cuales exista confusión en cuanto a la determinación de su titular. Para ello el art. 1.441 establece la regla de la «presunción de copropiedad».

1.2.- *La iniciación del régimen de separación.*

Existirá entre los cónyuges separación de bienes en los siguientes casos (artículo 1.435):

- 1.- «Cuando así se haya convenido.»

- 2.- «Cuando hayan pactado en capitulaciones matrimoniales que no regirá entre ellos la sociedad de gananciales sin expresar las reglas por las que hayan de regirse sus bienes.»
- 3.-«Cuando se extinga, constante matrimonio, la sociedad de gananciales o el régimen de participación, salvo que por voluntad de los interesados fuese sustituido por otro régimen.»

De la enumeración anterior se desprende que existe una separación de bienes de origen convencional, legal o judicial (Diez-Picazo y Gullón).

La **separación de bienes convencional**, se presenta de dos formas diferentes, bien como un pacto positivo que así establezca este régimen entre los cónyuges, (1.435-1º) o bien como una convención de tipo negativo por la que se excluya la sociedad de gananciales entre los cónyuges, sin que se establezca un régimen económico matrimonial en concreto (1.435-2º).

La **separación de bienes legal** es un régimen matrimonial supletorio de segundo grado, operante en el supuesto, de un pacto capitular que se limitase sólo a excluir la sociedad de gananciales.

La **separación judicial**, llamada así puesto que requiere una decisión de un órgano judicial. Este supuesto, según Montés Penadés engloba dos situaciones diversas:.

a) En la **separación personal**.- Según el artículo 95 CC la sentencia firme, produce la disolución del régimen económico matrimonial. De la dicción literal del precepto no puede deducirse que por ello se tenga que aplicar el régimen de separación de bienes. Pero como el art. 1433 establece que: «La separación de bienes decretada no se alterará por la reconciliación de los cónyuges en caso de separación personal o por la separación de cualquiera de las demás causas que la hubieran motivado». Ello significa que el régimen de separación se había instaurado al disolverse el régimen económico matrimonial.

b) Las **irregularidades económicas o personales** de uno de los cónyuges faculta al otro, en virtud del art. 1.393 para pedir la disolución de la sociedad de gananciales aunque subsista el matrimonio e incluso la convivencia conyugal.

El Juez decretará la disolución e impondrá el régimen de separación si los cónyuges no declaran su voluntad de constituir un régimen distinto. (Art 1.435.3)

Una vez decretada la disolución de la sociedad de gananciales puede procederse a su liquidación, según sabemos. El Código civil, teniendo presente el supuesto de una sociedad disuelta y liquidada, dice en el artículo 1.443 que «la separación de bienes decretada no se alterará por la reconciliación de los cónyuges en caso de separación personal o por la desaparición de las demás causas que la hayan motivado», pero, agrega en el artículo 1.444, que «los cónyuges pueden acordar en capitulaciones que vuelvan a regir las mismas reglas que antes de la separación de bienes.»

1.3.- *El régimen de separación como supletorio de segundo grado.*

El legislador de 1981 ha tomado en consideración el régimen de separación como **supletorio¹⁸ de segundo grado**, es decir, que se aplicará cuando por alguna razón no sea aplicable el sistema supletorio de primer grado, el de la sociedad de gananciales (Peña y Bernaldo de Quirós). Esto ocurre en los supuestos de los arts. 1.435-2º y 3º

El régimen de separación de bienes también será el supletorio en el supuesto previsto en el art. 1.373 Cc, salvo que, como señala el art. 1.374, el cónyuge opte por el comienzo de una nueva sociedad de gananciales (Herrero García)

Las normas del régimen de gananciales son supletorias de primer grado del régimen de participación, según se establece en el art. 1.434. «En todo lo no previsto en este capítulo se aplicarán, durante la vigencia del régimen de participación, las normas relativas a la separación de bienes»

1.4. Los principios organizativos de la separación de bienes.

a) **El principio de la separación de titularidades y sus consecuencias jurídicas**

Dice el artículo 1.437 que «en el régimen de separación pertenecerán a cada cónyuge los bienes que tuviese en el momento inicial del mismo y los que después adquiriera por cualquier título. Asimismo corresponderá a cada uno la administración, goce y libre disposición de tales bienes.»

En consecuencia, no se forma entre los casados ningún tipo de comunidad de carácter conyugal. Si se formase, sería respecto a algún o algunos bienes en concreto y sería una comunidad ordinaria de las regidas por el art. 392 y ss. Díez-Picazo y Gullón.

Esta separación de titularidades lleva aparejadas las siguientes consecuencias:

1º.- *La responsabilidad patrimonial por deudas.* Al existir patrimonios distintos e independientes, las obligaciones contraídas por cada cónyuge son de su exclusivo cargo y de ellas responde sólo su patrimonio. Así lo declara el artículo 1.440, pero haciendo la salvedad de «las obligaciones contraídas en el ejercicio de la potestad doméstica ordinaria»,

En el supuesto «responderán ambos cónyuges en la forma determinada por los artículos 1.319 y 1.438 de este Código».

2º.- *La administración de los bienes o intereses del otro.* A pesar de la independencia de los patrimonios de los cónyuges, es posible que uno de los cónyuges administre bienes o intereses del otro.

Atendiendo a esa situación de el artículo 1.439 establece: «Si uno de los cónyuges hubiere administrado o gestionado bienes o intereses del otro, tendrá las mismas obligaciones e intereses que un mandatario, pero no tendrá la obligación de rendir de cuentas de los frutos percibidos y consumidos, salvo cuando se demuestre que los invirtió en atenciones distintas del levantamiento de las cargas del matrimonio»

1.5.- *El sostenimiento de las cargas del matrimonio*

En el régimen de separación hay que proveer al sostenimiento de las cargas del

¹⁸En el sistema del Cc el régimen **supletorio de primer grado** es el de gananciales que se aplicará según el art. 1.316 a falta de capitulaciones o cuando estas sean ineficaces.

matrimonio por ambos cónyuges. Así se deduce del artículo 1.438, añadiendo: «Los cónyuges contribuirán al sostenimiento de las cargas del matrimonio. A falta de convenio lo harán proporcionalmente a sus respectivos recursos económicos. El trabajo para la casa será computado como contribución a las cargas y dará derecho a obtener una compensación que el juez señalará, a falta de acuerdo, a la extinción del régimen de separación. »

El artículo 1.438 es una norma de distribución entre los cónyuges de los gastos que origine el atender a las cargas del matrimonio; esta norma a su vez está relacionada con los arts. 1.318, 1.362 y 142..

Por cargas del matrimonio deben de entenderse tanto las que son citadas en el art. 1.362, como gastos a cargo del patrimonio ganancial, como aquellos otros gastos que pueden obtenerse pensando que socialmente se entiende que son gastos familiares los provocados por el consumo del grupo familiar no atribuibles especialmente a ninguno de sus miembros.

1.6.. La prueba de la pertenencia de los bienes

Comoquiera que los cónyuges no son extraños en ningún caso y que normalmente viven juntos, lo que conlleva una posesión común de los bienes muebles y posibilidades de trasvase de un patrimonio a otro difícilmente demostrables. El artículo 1.441, sobre esta realidad, establece la denominada “presunción de comunidad” : «cuando no sea posible acreditar a cuál de los cónyuges pertenece algún bien o derecho, corresponderán a ambos por mitad».

Se ha cuestionado si son admisibles los pactos en capitulaciones para determinar la consideración que merezcan los bienes adquiridos, alegándose en su favor el principio de libertad de contratación entre cónyuges reconocido en el artículo 1.323. En contra, hay que señalar que estos pactos son contrarios a las normas sobre la prueba, de orden público.

1.7.- La presunción de donación en el caso de quiebra o concurso de acreedores

Una regla de características especiales, llamada «presunción muciana», es la que contiene el artículo 1.442, en beneficio de los acreedores para el caso de quiebra o concurso de acreedores de un cónyuge. Dice que se presume que los **bienes adquiridos a título oneroso** por el cónyuge del quebrado o concursado durante el año anterior a la declaración (de concurso) o en el período a que alcance la retroacción (de la quiebra) fueron **en su mitad donados** por el concursado o quebrado.

§ 2. La participación en las ganancias

2.1. Concepto.

El régimen de participación es introducido en nuestro por la ley de 13 de mayo de 1.981; el Código Civil lo regula en los artículos 1.411 a 1.434. Los cónyuges pueden adoptar este régimen en virtud de pacto (art. 1.325 C.c.) antes o después de celebrado el matrimonio.(1.326)

El régimen de participación, en opinión de García Cantero, consiste en un

régimen que funciona como uno de separación de bienes mientras se mantiene en vigor y que a su extinción se comporta como uno de gananciales.

El sistema se consagra en el Derecho alemán a partir de 1957 y ha sido acogido por algunos otros ordenamientos europeos. En el Derecho francés, desde 1965 se introdujo como un régimen electivo y este mismo carácter recibe en la reforma española de 1981, que introduce por vez primera este sistema en nuestro ordenamiento.

2.2. Caracteres.

Este régimen, según Blasco Gascó, presenta los siguientes caracteres:

A) Es un **régimen convencional**, puesto que solamente funciona entre los esposos si ha sido pactado en capitulaciones matrimoniales.

B) Durante su funcionamiento se trata de un **régimen de separación** de bienes en el que a cada cónyuge le corresponde la administración, el disfrute y la libre disposición de los bienes que tiene en el momento de celebrar el matrimonio y los que pueda adquirir después por cualquier título (art. 1.412). Además las normas del régimen de separación se aplicarán subsidiariamente al régimen de participación. (Art.1.413).

C) A la extinción del régimen de participación se actualiza para uno de los cónyuges (nunca para los dos) un **derecho de crédito a participar en la diferencia entre las ganancias** obtenidas por el otro y las obtenidas por el mismo. La determinación del crédito se realizará a través de una serie de operaciones aritméticas y compensaciones.

D) El derecho a la participación en las ganancias **no crea una comunidad** ni siquiera una vez extinguido el régimen, porque no es lo mismo ser cotitular en las ganancias que tener un derecho de crédito una vez finalizado el régimen sobre las ganancias del otro cónyuge.

2.3. El régimen de participación constante matrimonio

Durante el matrimonio cada uno de los cónyuges actúa en la vida jurídica de manera totalmente independiente y libre, como si existiera entre los esposos separación de bienes. En consecuencia:

1º.- No se forma un patrimonio ganancial común.

2º.- Cada cónyuge es titular de los bienes que tenía antes de entrar en vigor el régimen y de todos los que adquiera en virtud de cualquier título durante su vigencia.

3º.- Cada esposo es responsable de las deudas que contraiga.

El art. 1.413 establece que las normas previstas para el régimen de separación de bienes se aplicarán supletoriamente al régimen de participación, es decir en todo lo no previsto para éste régimen.

En su virtud se aplicarán al régimen de participación (Blasco Gascó):

a) las normas acerca de la contribución de los cónyuges al levantamiento de las **cargas del matrimonio** y la responsabilidad de los cónyuges por las deudas contraídas por las necesidades ordinarias de la familia (Art. 1.318).

b) La norma referente a la administración o gestión de bienes o intereses de un cónyuge por el otro. (art. 1.439)

- c) La norma de la «presunción de cotitularidad» de los cónyuges sobre los bienes cuya pertenencia no sea posible probar art. 1.441.
- d) La llamada «presunción muciana» del art. 1442, en cuya virtud se presumen donados la mitad de los bienes adquiridos por uno de los cónyuges.
- E) Las normas de los arts. 1443 y 1.444 sobre la reconciliación de los cónyuges.

2.4.- *La extinción del régimen de participación.*

Las causas de extinción de este régimen se encuentran establecidas en los artículos 1.415 y 1.416, y son:

1ª.- Las mismas causas por las que puede extinguirse la sociedad de gananciales, aplicándose lo dispuesto en los artículos 1.394 y 1.395.

2ª.- La irregular administración que un cónyuge realiza de sus propios bienes cuando con ello comprometa gravemente los intereses del otro.

2.5.- *Las operaciones de liquidación.*

El sistema de participación se basa en el hecho de que cada cónyuge adquiere el derecho a participar en las ganancias obtenidas por el otro durante el tiempo en que el régimen ha estado vigente; por ello, una vez extinguido el régimen, **se actualiza el derecho** de participación. Aparece así el **crédito de participación**, que es un crédito pecuniario cuya cuantía debe quedar determinada. Para concretar la cuantía y para determinar asimismo qué cónyuge ostenta la posición de acreedor y quién resulta deudor, es preciso establecer las ganancias habidas en los patrimonios de cada uno de los cónyuges. (Diez-Picazo y Gullón)

Para el cálculo de la ganancia hay que realizar las siguientes operaciones:

a) La formación del llamado «**patrimonio inicial**»

Según el artículo 1.418, el patrimonio inicial de cada cónyuge se considera constituido por:

1º.- Los bienes y derechos que pertenecieran a dicho cónyuge al empezar el régimen.

2º.- Por los adquiridos después a título de herencia, donación o legado.

Por tanto el patrimonio inicial está integrado por los bienes que pertenecen al cónyuge al empezar el régimen y por los adquiridos posteriormente a título gratuito, tanto *inter vivos* como *mortis causa*.

Del **activo** así formado se deduce el **pasivo**, que, según el art. 1.419, está constituido por las obligaciones que el titular del patrimonio tuviera en el momento de empezar el régimen y por las obligaciones derivadas de las sucesiones hereditarias o de las cargas inherentes a las donaciones o legados que hubieran incrementado el activo, en lo que no excedan de los bienes donados y heredados

El artículo 1.420 establece una importante regla al señalar que si el pasivo fuese

superior al activo no habrá patrimonio inicial o, lo que es lo mismo, se considera que el patrimonio inicial presenta un valor aritmético de cero.

Dedica el Código alguna regla especial a puntualizar los criterios que an de tenerse en cuenta en punto al estado de los bienes y a su valor de estimación. El artículo 1.421 dice que: « Los bienes constitutivos del patrimonio inicial se estimarán según el estado y el valor que tuvieran al empezar el régimen o, en su caso, al tiempo en que fueron adquiridos .

El importe de la estimación deberá **actualizarse** el día en que el régimen haya cesado»

El artículo 1.421 impone la actualización de la estimación exclusivamente para los bienes constitutivos del activo del patrimonio inicial.

B) La determinación del **«patrimonio final»**.- El llamado patrimonio final está integrado según el artículo 1.422: «Por los bienes y derechos de que sea titular e momento de la terminación del régimen, con deducción de las obligaciones que todavía no estén satisfechas.»

El patrimonio final es el verdadero patrimonio del cónyuge en el momento de la terminación del régimen. Engloba la totalidad de los bienes que integraban el patrimonio inicial si todavía subsistieran y los que se hayan adquirido después cualquiera que fuese el título de la adquisición. También si la adquisición fue gratuita, aunque en este caso se compensa al haberse incluido también en el patrimonio inicial.

Los bienes constitutivos del patrimonio final, a semejanza de lo que establece el art. 1.421 para el inicial, se estiman de conformidad con el estado y valor que tuvieran en el momento de la terminación del régimen de participación. (Art. 1.425)

Según los artículos 1.423 y 1.424, en el patrimonio final se ha de incluir el valor de los **bienes** de que el cónyuge titular de ese patrimonio hubiese **dispuesto por título gratuito** sin el consentimiento de su consorte con la única excepción de las liberalidades de uso. La misma disposición se aplica a los **«actos realizados** por uno de los cónyuges **en fraude** de los derechos del otro».

C) El calculo de la ganancia.-La participación es en la ganancia, que se mide a través de la diferencia entre patrimonio final y patrimonio inicial. La existencia de pérdida se considera como no ganancia o ganancia cero, pero no se impone en modo alguno participación en la pérdida.

El Código civil, y en cuanto a la distribución de esa ganancia, distingue dos supuestos.

1º.- Si las diferencias entre los patrimonios inicial y final de uno y otro cónyuge arrojan resultados positivos (hay ganancia de los dos), la participación se realiza atribuyendo al cónyuge cuyo patrimonio haya experimentado un incremento menor el derecho a percibir la mitad de la diferencia entre su propio incremento y el del otro cónyuge (art. 1.427).

Ej. Si el patrimonio de Juan ha tenido un incremento de 10.000.000 y el de María 4.000.000., ésta tendrá derecho a percibir .3.000.000 de pts que es la mitad de la diferencia entre su beneficio y el de su marido.

2º.- Cuando únicamente arroja resultado positivo uno de los patrimonios en las comparaciones entre el inicial y el final, el derecho de participación del cónyuge no titular de ese patrimonio consistirá en la mitad del incremento (cfr. art. 1.428). Sin que se tenga en cuenta el déficit que pudiera haber sufrido uno de los dos patrimonios.

Ej. Si el patrimonio de Juan ha tenido un incremento de 10.000.000 y el de María ha sufrido un déficit de 4.000.000., ésta tendrá derecho a percibir 5.000.000 de pts que es la mitad del beneficio de su marido.

Obsérvese, pues, que si en potencia ambos cónyuges tienen un derecho de participación, cuando se hace realidad la ganancia únicamente nace en favor del cónyuge cuyo patrimonio no ha experimentado incremento o lo ha experimentado en menor medida que el del otro cónyuge.

Por regla general, la participación se hace por el criterio de la mitad de la diferencia entre las ganancias. Sin embargo, se admite que en el momento de la constitución del régimen se puede pactar en capitulaciones, una cuota distinta de la mitad (p. ej., 30 % o del 40%, etc.). Ello con las siguientes condiciones:

- a) Que el porcentaje sea el mismo para ambos cónyuges. (art. 1.429).
- b) Que no haya descendencia no común. En el supuesto de que la hubiera solamente podría pactarse una proporción por mitad (art. 1.430).

D) El pago del crédito de participación.- Determinada la ganancia, el cónyuge a cuyo favor se materializa el derecho a la participación en las ganancias del otro cónyuge, es titular de un derecho de crédito pecuniario y que por consiguiente debe ser satisfecho en dinero (art. 1.431)

El artículo 1.432 permite el pago mediante adjudicación de bienes concretos, por acuerdo de los interesados o por decisión judicial a petición fundada del deudor. La petición es del deudor y que ser fundada, aunque el único fundamento posible será la falta de liquidez o de tesorería y la imposibilidad de encontrar crédito. También queda a discreción de la autoridad judicial el señalamiento de los bienes. (Diez-Picazo y Gullón)

El crédito de participación es de pago inmediato una vez establecida su liquidación. Sin embargo, se permite la concesión de aplazamiento por decisión judicial, siempre que el deudor tenga dificultades para el pago, que el aplazamiento no exceda de tres años, y que el principal de la deuda y sus intereses legales queden suficientemente garantizados (art. 1.431).

Tema 12: LA FILIACIÓN

- § 1. Concepto.
- § 2. Clases de filiación por naturaleza.
- § 3. La filiación y el régimen de apellidos.
- § 4. Atribución de la filiación y su prueba.
- § 5. Determinación legal de la filiación matrimonial.
- § 6. La filiación sobrevenidamente matrimonial.
- § 7. La determinación de la filiación no matrimonial.
- § 8. Las acciones de filiación.
- § 9. Las acciones de reclamación.
- § 10. Las acciones de impugnación.
- § 11. La filiación y las técnicas de reproducción asistida.

§ 1. Concepto.

1.1.- LA RELACION JURIDICA DE FILIACION Y SUS PROBLEMAS

La filiación es un hecho biológico y consiste en que una persona ha sido engendrada o procreada por otra. Esa realidad biológica es recogida y regulada a posteriori por el ordenamiento jurídico, que distribuye derechos y obligaciones entre padres e hijos (DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN).

Como hecho natural se da en toda persona, si bien como hecho jurídico sólo se da cuando es reconocido por el derecho.

El Ordenamiento jurídico del hecho natural de la generación deriva dos consecuencias jurídicas (BLASCO GASCÓ):

1º.- Hace surgir la **relación jurídica de filiación** entre los sujetos a los que atribuye la condición de padres y al sujeto al que se atribuye la condición de hijo.

2º.- Atribuye al nacido un **status**, que consiste en una determinada forma de estar del individuo en la sociedad a través de su pertenencia a un grupo familiar.

Los problemas jurídicos básicos que la relación de filiación plantea son los relativos al modo de su establecimiento o de fijación, determinando en cada caso quién es el padre o la madre y el hijo, y a la asignación de un determinado contenido jurídico de derechos y obligaciones a la relación en cuestión.

§ 2. Clases de filiación por naturaleza.

Tradicionalmente en materia de filiación se partía de una distinción de los hijos en dos grupos atendiendo a su origen, de manera que de acuerdo con ella la relación jurídica de filiación recibe una mayor o menor carga de derechos. La distinción se fundaba en el hecho de que los hijos hubieran sido procreados después o antes del matrimonio de los padres. En el primer caso se hablaba de **filiación legítima** y en el segundo de **filiación ilegítima** en sentido amplio. En la utilización de las ideas de legitimidad y de ilegitimidad había una connotación peyorativa, que traslada a los hijos la valoración que se atribuía al acto de procreación (legítimo dentro del matrimonio e

ilegítimo fuera). El pecado de los padres se traspassa a los hijos y deja en ellos una huella imborrable. Pero en realidad, lo que estaba en cuestión no era tanto la reprobación del acto de los padres sino la organización de una serie de medidas de protección del grupo familiar establecido sobre el matrimonio.

Dentro de la filiación ilegítima, a su vez se hacia una subdistinción entre **hijos ilegítimos naturales**, cuando los progenitores, al realizar el acto de procreación reprobado, fueran hábiles para contraer matrimonio. Por el contrario cuando entre los padres existía algún impedimento matrimonial a los hijos se les denominaba hijos **ilegítimos adúlteros o incestuosos**. En este último caso era mayor la mancha y mayor el atentado al justo orden familiar. La discriminación entre estos dos grupos era muy grande. (Díez-Picazo y Gullón)

La Constitución de 1978 terminó con la discriminación entre los hijos; al establecer el principio de igualdad (art. 14 CE) la enunciación de los principios rectores de la política familiar (artículo 39,2).

El artículo 14 dice que los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento (entre otras que se enumeran), lo que sin duda hace referencia a la filiación. El apartado segundo del artículo 39 dice que los poderes públicos aseguran «la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil». El precepto constitucional añade que «la ley posibilitará la investigación de la paternidad».

La puesta en práctica de los principios contenidos en los artículos 14 y 39 de la Constitución obligó a una profunda revisión del Derecho de filiación del Código civil, que llevó a cabo la **Ley 11/1982 de 13 de mayo, de modificación del Código civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio**.

Tras la reforma en materia de filiación esta puede ser **por naturaleza o por adopción**. La **filiación por naturaleza** es la que tiene como base el hecho natural de la generación imputado (a veces por medio de presunciones) o asumido por determinadas personas (normalmente los autores de la generación).

Filiación adoptiva es la que deriva del acto jurídico denominado **adopción**, que establece una relación de filiación entre dos personas que no están unidas por vínculos de sangre.

En el art. 108-2 del Código civil se establece que la filiación matrimonial como la no matrimonial, así como la adoptiva, surten los mismos efectos, conforme a las disposiciones del Código civil.

La filiación por naturaleza a su vez puede ser **matrimonial y extramatrimonial**, con respecto a la primera dice (art. 1082.1) que «es matrimonial cuando el padre y la madre estén casados entre si» deduciéndose en sentido contrario que es no matrimonial cuando el padre y la madre no estén casados entre si. Esta terminología viene a sustituir a la tradicional filiación legítima-ilegítima, sin bien no hay total coincidencia entre ambas categorías. (Castán).

La filiación matrimonial puede ser originaria o sobrevenida. Puesto que de acuerdo con el art. 119 «la filiación [extramatrimonial] adquiere el carácter de matrimonial desde la fecha del matrimonio de los progenitores cuando este tenga lugar con posterioridad al nacimiento del hijo...». Según Castán, se trata de una matrimonialización sobrevenida por la posterior celebración del matrimonio entre los padres, que incluso puede tener lugar después de la muerte del hijo. (Art. 119).

En el movimiento en pro de la igualdad y equiparación de los hijos se han suprimido las las normas restrictivas o represivas, lo que ha llevado a un aumento de derechos de los hijos no matrimoniales o incluso a una igualación de ellos con los matrimoniales.

No obstante, como establece ALBALADEJO, no puede hablarse de una total igualdad puesto que la ley puede ordenar que un hijo nacido de unas relaciones fugaces tenga los mismos derechos que si hubiera nacido estando sus padres casados, pero es impotente para otorgar al mismo un hogar que aquellos le negaron, además el Derecho no puede obligar a sus padres a casarse.

§ 3. La filiación y el régimen de apellidos.

La reforma de 1981 ha otorgado a la filiación el siguiente **contenido básico**. (Díez-Picazo y Gullón)

a) **El derecho a los apellidos**, que es el derecho a que el origen familiar luzca en las señas de identidad. El artículo 109 C.c. establece que: «La filiación determina los apellidos con arreglo a lo dispuesto en la ley. Si la filiación está determinada por ambas líneas, el padre y la madre de común acuerdo podrán decidir el orden de transmisión de su respectivo primer apellido, antes de la inscripción registral. Si no se ejercita esta opción, regirá lo dispuesto en la ley. El orden de apellidos inscrito para el mayor de los hijos regirá en las inscripciones de nacimiento posteriores de sus hermanos del mismo vínculo. El hijo, al alcanzar la mayor edad, podrá solicitar que se altere el orden de los apellidos. »

b) **El derecho velar por los hijos menores y prestarles alimentos**, que se encuentra ligado con la condición de padre o madre. El artículo 110 dice que el padre y la madre, aunque no ostenten la patria potestad, están obligados a velar por los hijos menores y prestarles alimentos, y cuando el artículo 11] señala los casos en que el progenitor queda excluido de la patria potestad y de las demás funciones tuitivas, advierte que quedarán siempre a salvo las obligaciones de velar por los hijos y prestarles alimentos.

c) **Los derechos sucesorios**. Aunque no se encuentran mencionados en los artículos 109 y siguientes, el sistema sucesorio de nuestro Código civil se funda básicamente en el Derecho de familia y, tras la reforma de 1981, sin distinción por el origen familiar se otorgan derechos legitimarios a toda clase de hijos (arts. 807, 808 809 y concordantes), aconteciendo lo mismo en la sucesión intestada. (arts. 930, 945 y 946).

d) **Las relaciones personales**. El art. 161 establece que el padre y la madre tienen derecho a relacionarse con sus hijos menores aunque no ejerzan la patria potestad. No podrá impedirse sin justa causa las relaciones personales entre el hijo y otros parientes y allegados.

§ 4. Atribución de la filiación y su prueba.

4.1. Regulación.

El Capítulo II, Título V del Libro I del Código civil (arts. 112 a 126) se titula *determinación y prueba de la filiación*, y contiene unas *disposiciones generales* (112 a 114), y unas *disposiciones relativas a la determinación de la filiación matrimonial* (arts 115 a 119) y *no matrimonial*. (Arts. 120 a 126).

En un sentido estricto, el hecho biológico de la generación debería ser la fuente de la relación jurídica de filiación, pero como ese hecho biológico no puede ser constatado por sí mismo, el Derecho se ve obligado a establecer los **presupuestos de hecho** a los cuales liga los efectos de la filiación. (Díez-Picazo y Gullón).

La determinación de la filiación tiene carácter constitutivo de tal manera que antes de la determinación no hay relación jurídica de filiación. (Blasco Gascó). No obstante el art. 112 establece que su determinación legal tiene efectos retroactivos siempre que la retroactividad sea compatible con la naturaleza de aquellos.

4.2.- La **determinación de la filiación**.

Hay que distinguir entre dos supuestos:

A) La *matrimonial*.- Por el matrimonio de los padres y la presunción de paternidad del marido de la madre (art. 116); por sentencia firme (115-2) y por el reconocimiento del marido. Respecto de la madre el hecho del parto.

B) La *no matrimonial*.- Por el reconocimiento ante el encargado del Registro, en testamento o en otro documento público; por sentencia firme, por resolución recaída en expediente tramitado de acuerdo con la legislación del Registro civil (art 120 CC), Respecto de la madre cuando se haga constar en la inscripción de nacimiento practicada de acuerdo con lo dispuesto en la Ley de Registro civil (art 120-4), es decir si coinciden declaración y parte facultativo. (47 L.R.C y 181 y ss. R.R.C.)

4.3.- La prueba de la filiación.

En cuanto a la **prueba**, preceptúa el artículo 113 que la **filiación se acredita**: «por la **inscripción en el Registro Civil**, por el documento o **sentencia** que la determinó legalmente, por la **presunción de paternidad matrimonial** y, a falta de los medios anteriores, por la **posesión de estado**. Para la admisión de pruebas distintas a la inscripción se estará a lo dispuesto en la Ley de Registro Civil. No será eficaz la determinación de una filiación en tanto resulte acreditada otra contradictoria».

Los tres primeros medios se refieren a la prueba de una filiación ya determinada. La presunción de paternidad matrimonial, sin embargo, puede servir para que se determine una filiación matrimonial, pues se basa en unos hechos que previamente han de acreditarse (matrimonio, maternidad, nacimiento del hijo en determinado plazo). Por último, y en cuanto a la posesión de estado, nos remitimos al epígrafe siguiente.

El párrafo final del **artículo 113** sienta el principio general de que «no será

eficaz la determinación de una filiación en tanto resulte acreditada otra contradictoria», que no hace más que recoger lo dispuesto en el artículo 50 L.R.C.: «No podrá extenderse asiento alguno contradictorio con el estado de filiación que pruebe el Registro mientras no se disponga otra cosa por sentencia firme», que exigirá la rectificación del asiento correspondiente (arts. 3. y 50 L.R.C.; arts. 82 y 123 R.R.C.). El **artículo 114** del Código permite la rectificación de los asientos de la filiación «conforme a la Ley del Registro Civil», sin perjuicio de lo que se dispone en cuanto a las acciones sobre impugnación de la filiación. Pueden también rectificarse en cualquier momento los asientos que resulten contradictorios con los hechos que una sentencia penal declare probados, según el párrafo último del precepto citado. (DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN)

4.4.- La posesión de estado.

La idea de «posesión», aplicada a los estados civiles y a la filiación, alude a una determinada situación de apariencia. A través de una serie de actos concluyentes se crea una apariencia jurídica, que sirve para establecer o declarar, por lo menos inicial o provisionalmente, la realidad de la que es reflejo.

La reforma de 1981, aunque alude en reiteradas ocasiones a la posesión de estado, no especifica en que consiste la misma, ni qué circunstancias sirven para configurarla y poderse afirmar en consecuencia su existencia.

La jurisprudencia había recogido con anterioridad la antigua doctrina que reputaba la existencia de una posesión de estado si concurrían el *nomen*, *tractatus* y *fama* o *reputatio*.

El *nomen* consiste en el hecho de que una persona lleve el utilice habitual o constantemente el apellido de la persona cuya filiación *posee*, es decir del supuesto padre o madre.

El *tractatus* es la forma que una persona tiene de tratar a otra o a la inversa, es la forma de ser tratada ésta por aquélla, que coincide con lo que es usual en las relaciones entre padres e hijos.

La *fama*, es la opinión general, la *vox populi*, que reconoce al hijo como de un determinado padre o madre.

La reforma de 1981 no se ocupa de la posesión de estado, sólo se conforma con pedir que «sea constante» cuando la posesión de estado se utiliza para ejercitar la acción de reclamación de la filiación que ella publique (art. 131), lo que ha de entenderse por continua, o sea, no interrumpida.

La jurisprudencia dice que: «la posesión de estado de filiación no es más que una situación residual...que consiste en el concepto público en que es tenido un hijo con respecto a su padre natural, cuando este concepto se forma por actos directos del mismo padre o de su familia, demostrativos de un verdadero reconocimiento perfectamente voluntario, libre y espontáneo» (Ss. de 10 y 17 de marzo de 1988).

La tendencia del TS es la interpretar la posesión de estado en sentido amplio. Así la STS 27 febrero 2003 (RJA 2516). Esta reconoce que la «posesión de estado» propiamente dicha, es aquella en la que concurren los elementos o requisitos tradicionalmente exigidos para ello, cuales el "nomen" o utilización

habitual en el hijo del apellido del supuesto padre o madre, y el "tractatus" o comportamiento material y afectivo propio de la relación de filiación y dispensado por el progenitor o su familia.

Pero, además reconoce la posibilidad de algo parecido a lo que se podría denominar como "**posesión por notoriedad pública**", ya que los vecinos del pueblo y aledaños vienen reconociendo desde siempre a la actora como hija extramatrimonial del fallecido hermano del demandado comparecido. Incluso este mismo, separándose de su anterior actitud opositoria en la primera instancia, vino en el acto de la vista del presente recurso, bien que en términos formalistas, a reconocer dicha filiación, afirmando que no se oponía a la misma, aunque defendía sus derechos patrimoniales».

Por lo que se refiere a la doctrina científica, prestigiosos especialistas entienden que el «**reconocimiento expreso**» del art. 135 CC, lógicamente distinto del solemne al que se refiere el art. 120 del mismo cuerpo legal, puede ser oral y por tanto probarse mediante testigos, desde luego con todas las cautelas que al juzgador encomendaba el hoy derogado art. 1248 del citado Código. En cuanto al **reconocimiento tácito**, se suele poner en relación con la **posesión de estado**, caracterizando a ésta como una variante cualificada de aquél o poniendo el acento del reconocimiento tácito en hechos concluyentes aislados y por tanto sin la nota de continuidad propia del «tractatus».

La posesión de estado es un **título de legitimación subsidiario**, pues como establece el art. 113 C.c. acredita a la filiación a falta de los medios anteriores (inscripción en el Registro...), como han señalado DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN, no desempeña una función probatoria ya que el art. 113 la configura como un título de legitimación.

Además de título de legitimación, la posesión de estado, es tomada por el legislador como criterio para determinar la **legitimación procesal** para el ejercicio de las acciones de filiación.

§ 5. Determinación legal de la filiación matrimonial.

5.1.- LA DISTINCION ENTRE FILIACION MATRIMONIAL Y FILIACION NO MATRIMONIAL

El establecimiento de la filiación se funda en dos principios: que es siempre posible determinar la maternidad (*mater semper certa est*) y que es imposible determinar la paternidad (*pater semper incertus*). Para establecer la maternidad basta con probar que la mujer ha alumbrado y que el nacido procede de ese alumbramiento. En cambio la paternidad aparece rodeada por un velo del misterio, pero como jurídicamente el padre tiene que quedar fijado, se entiende que es padre el que ha realizado el acto procreador con la madre en el momento probable de la concepción. (Díez-Picazo y Gullón)

Partiendo de estos datos se llegó de antiguo a la regla, según la cual *pater vero is est quem nuptiae demonstrant* o, lo que es lo mismo, a la presunción de que el padre es el marido de la madre.

El art. 108 del Código, actúa como clave del sistema al establecer los distintos tipos de filiación. «La filiación puede tener lugar por naturaleza y por adopción. La filiación por naturaleza puede ser matrimonial y no matrimonial. Es matrimonial cuando el padre y la madre están casados entre sí.

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

La **filiación es matrimonial** «cuando el padre y la madre están casados entre sí», pero no se puntualiza en que momento, el de la concepción o el del nacimiento, debe existir el matrimonio. La disciplina de la reforma de 1981 se basa, como principio general, en el nacimiento con posterioridad al matrimonio.

La **filiación matrimonial** paterna y materna quedará **determinada legalmente**, señala el art. 115 cc, por la **inscripción del nacimiento** junto con la del matrimonio de los padres y por **sentencia firme**. La sentencia de será normalmente el resultado de una acción de reclamación,. En el supuesto de que se haya impugnado antes o en otro proceso otra filiación contradictoria (art. 113) habrá desaparecido el obstáculo para el juego de la presunción de paternidad del marido. (Díez-Picazo y Gullón)

La doctrina ha señalado como requisitos para la determinación de la filiación matrimonial los siguientes. (Blasco Gascó):

- A) el matrimonio entre la mujer y el varón.
- B) La generación por obra del marido de la mujer,
- C) La maternidad de la mujer casada e identificación del hijo,
- D) La concepción o el nacimiento constante matrimonio.

No todos los anteriores requisitos deben acreditarse, ni todos se acreditan de la misma forma. El *matrimonio* se acredita mediante la correspondiente inscripción en el Registro Civil; la *maternidad* mediante la demostración del parto y la identidad del hijo con el oportuno parte facultativo. La *generación por parte del marido* no es en si un requisito de la filiación matrimonial, o al menos no debe acreditarse, en principio toda vez que se presume *iuris tantum*. Finalmente tampoco la *concepción o el nacimiento* debe verificarse constante el matrimonio tal como se deriva del art. 119.

5.2.- LA PRESUNCION DE PATERNIDAD DEL MARIDO DE LA MADRE.

Los artículos que el Código civil dedica a la filiación matrimonial se ocupan básicamente de la presunción de paternidad del marido de la madre respecto al nacido dentro del matrimonio y antes de los trescientos días siguientes a su disolución o a la separación legal o de hecho de los cónyuges. Como es obvio que la paternidad no puede ser objeto de una demostración directa, automática e inequívoca, y lo normal es, por otra parte, que los hijos nacidos de mujer casada tengan por progenitor a su marido, el Derecho recurre al establecimiento de una presunción *iuris tantum*, así el artículo 116 establece que «se presumen hijos del marido los nacidos después del matrimonio y antes de los trescientos días siguientes a su disolución o a la separación legal o de hecho de los cónyuges».

5.3.- LA FILIACION DEL HIJO DE CONCEPCION PREMATRIMONIAL

El artículo 116 no fija ningún plazo desde la celebración del matrimonio al nacimiento para que al hijo se le tenga por matrimonial, presume simplemente que su concepción se ha operado dentro de una situación de convivencia familiar. Pero el

presupuesto tradicional del plazo en nuestro Derecho (y que recogía el Código civil antes de la reforma de 1981) hace su aparición en el nuevo **artículo 117**, según el cual, «nacido el hijo dentro de los ciento ochenta días siguientes a la celebración del matrimonio, podrá el marido destruir la presunción mediante declaración auténtica en contrario formalizada dentro de los seis meses siguientes al conocimiento del parto».

Es claro que la reforma de 1981 sigue acogiendo el plazo de seis meses como el mínimo de gestación, por lo que el nacido dentro de él no ha sido concebido en el matrimonio y, en consecuencia, no habría lugar a la presunción de paternidad del marido. Obsérvese, sin embargo, que el artículo 117 se manifiesta en este punto de una forma peculiar; la presunción no es que deje de ser operante, sino que se faculta al marido para destruirla, si bien de una forma sencilla: mediante **declaración auténtica** en contrario formulada dentro de un determinado plazo. Por auténtica se entiende que la declaración se haga bajo una forma que ga rante su autenticidad (v.gr., escritura pública, ante el encargado del Registro)

El **plazo** para efectuar la declaración es de seis meses desde el conocimiento del parto. El marido no podrá hacer la declaración, o carecerá de eficacia lo que hubiese hecho, en dos supuestos que recoge el citado precepto. Uno es el del reconocimiento expreso o tácito del hijo. Otro, el que al casarse conozca el embarazo de su mujer.

El reconocimiento es una manifestación de voluntad reveladora de su convicción sobre un hecho biológico (su procreación), tenga o no la intención de atribuir al hijo el status de matrimonial; no depende de su querer, sino de la ley. La reforma de 1981 tiene como uno de sus presupuestos el de procurar asentar la filiación sobre la verdad biológica, y sería incongruente cualquier interpretación favorable al arbitrio individual. Como una forma de **reconocimiento tácito** se ha de considerar el hecho de haber contraído matrimonio sabiendo que su mujer se hallaba embarazada. Impide al marido destruir por sí solo la presunción de paternidad, salvo que «la declaración auténtica se hubiese formalizado, con el consentimiento de ambos, antes del matrimonio o después del mismo, dentro de los seis meses siguientes al nacimiento».

5.4.- LA DISOLUCION DEL MATRIMONIO O LA SEPARACIÓN CONYUGAL Y LA PRESUNCION DE PATERNIDAD DEL MARIDO. EL ARTICULO 118 DEL CODIGO CIVIL

Según DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN, si el matrimonio se ha disuelto o los cónyuges están separados legalmente o de hecho, la presunción de paternidad rige, según el artículo 116, si el hijo nace «antes de los trescientos días siguientes» a la disolución o separación. La reforma de 1981 acepta el tradicional plazo de trescientos días como máximo de gestación, que estaba recogido ya en el Código Civil. El artículo 118 C.c., permite determinar la filiación y su carácter matrimonial en ausencia de la presunción de paternidad respecto al hijo nacido existente el matrimonio, pero separado legalmente o de hecho, dice «que podrá inscribirse la filiación como matrimonial si concurre el consentimiento de ambos cónyuges». El supuesto de este artículo no se aplicará cuando se haya producido la disolución del matrimonio.

Es decir que los requisitos de aplicación de este artículo son: a) ausencia de presunción de paternidad (v.gr.nacimiento después de los trescientos días) . b) Separación legal o de hecho de los cónyuges, es decir subsistencia del vínculo matrimonial. c) Consentimiento de ámbos cónyuges (BLASCO GASCÓ).

El consentimiento de ambos cónyuges en realidad a lo que da lugar es a una

determinación extrajudicial de la filiación matrimonial, que tendrá su reflejo o su incidencia en el Registro Civil.

§ 6. La filiación sobrevenidamente matrimonial.

Para el caso de que el matrimonio sea posterior al nacimiento el artículo 119 establece que : «La filiación adquiere el carácter de matrimonial desde la fecha del matrimonio de los progenitores, cuando este tenga lugar con posterioridad al nacimiento del hijo, siempre que el hecho de la filiación quede determinado legalmente». Esta determinación, según añade el precepto, debe ajustarse a lo «dispuesto en la sección siguiente», que es la que regula la filiación no matrimonial.

Los **requisitos del art. 119** son: a) el matrimonio de los progenitores. b) que en su día se hubiese determinado legalmente la filiación conforme a lo dispuesto para la filiación no matrimonial. (BLASCO GASCÓ).

El carácter sobrevenidamente matrimonial de la filiación aprovecha a los descendientes del hijo fallecido, cuando el matrimonio de los padres se produce después del fallecimiento del hijo, (art. 119 *in fine*).

El supuesto del art. 119 parece un resto de la vieja institución de la legitimación de los hijos originariamente ilegítimos que se producía por subsiguiente matrimonio de los progenitores desde el Derecho romano, lo que suponía una transformación del status y la adquisición de una condición más beneficiosa en derechos de todo tipo. Si las filiaciones son hoy todas iguales, y la distinción en entre filiación matrimonial y no matrimonial no posee más alcance que el de permitir una articulación diferente de las vías de su determinación, ¿para qué se da el «carácter» de matrimonial a una filiación no matrimonial, cuando se exige que esté ya determinada legalmente según las reglas de la filiación no matrimonial? La única explicación que ello puede tener es que las acciones de impugnación de tal filiación, a partir del momento del matrimonio de los progenitores, no puede realizarse más que por unos cauces propios (art. 138). DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN

§ 7. La determinación de la filiación no matrimonial.

7.1.- CONCEPTO Y DETERMINACIÓN.

La filiación es **no matrimonial** cuando el padre y la madre no están casados entre sí (art. 108 a contrario). El art. 120 establece los medios de determinación legal de la filiación no matrimonial:

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

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

3º.- Por sentencia firme.

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

7.2.- EL RECONOCIMIENTO COMO MODO DE DETERMINACION DE LA FILIACION NO

MATRIMONTAL

El artículo 120.1 cc considera el reconocimiento como el primero de los modos de determinación de la filiación no matrimonial. Antes de la reforma de 1981 solamente el hijo que reuniese la condición de natural (porque los progenitores podían casarse al tiempo de su concepción) era susceptible de reconocimiento, aunque se discutió la posibilidad de admitir el reconocimiento de la filiación ilegítima no natural.

La reforma de 1981 parte de un planteamiento distinto: supresión de toda discriminación entre los hijos por razón de nacimiento. Por tanto, es claro que hoy pueden reconocerse a los hijos extramatrimoniales sin ningún impedimento, con independencia de que el reconocedor estuviese casado con persona distinta a la del otro progenitor del reconocido al tiempo de la concepción o al de su nacimiento o al del momento en que se efectúe el reconocimiento. Tampoco se prohíbe el reconocimiento de los hijos incestuosos, si bien sometido a unos condicionamientos específicos.

a) Naturaleza y caracteres.-La filiación no matrimonial queda determinada desde luego por la declaración del progenitor, pero estos efectos derivan directamente de la ley, que para nada tiene en cuenta si el que reconoce los quería alcanzar.

Al reconocimiento, según Díez-PICAZO Y GULLÓN, se le pueden atribuir los siguientes caracteres:

- 1 Es un *acto voluntario*.
- 2 Es un *acto personalísimo*, propio del padre o de la madre exclusivamente.
- 3 Es un *acto puro*, no sujeto a término ni condición.
- 4 Es un *acto irrevocable* (aunque conste en testamento).
- 5 Tiene por principio general *carácter retroactivo en cuanto a sus efectos* (art. 112).

El artículo 122 dice que «cuando un progenitor hiciere el reconocimiento separadamente, no podrá manifestar en él la identidad del otro, a no ser que esté ya determinada legalmente. . Implícitamente («cuando») admite, junto al reconocimiento por cada progenitor separadamente del otro, un reconocimiento de ambos progenitores modo conjunto. En esta hipótesis no se destruye el carácter unilateral del reconocimiento puesto que lo que hay es una manifestación coetánea de dos voluntades coincidentes.

El reconocimiento por separado ha de respetar el derecho a la intimidad del otro cónyuge. Por eso no se puede revelar en él su identidad ni, creem ninguna circunstancia por lo que pueda ser conocido, salvo que antes del reconocimiento esté «legalmente» determinada.

El reconocimiento unilateral puede serlo en sentido estricto-porque reconoce uno solo de los padres-o unilateral doble-porque cada uno de e reconoce en acto separado e independiente-, de manera que los dos reconocimientos sucesivos proporcionan al hijo dos vías de determinación de la filiación no matrimonial.

En cuanto a la capacidad para realizar el reconocimiento, según el artículo 121, reconocimiento otorgado por incapaces o por quienes no pueden contraer matrimonio por razón de edad necesitará para su validez aprobación judicial audiencia del Ministerio Fiscal».

7.3. LA DETERMINACION DE LA FILIACION NO MATRIMONIAL POR EXPEDIENTE TRAMITADO CON ARREGLO A LA LEY DEL REGISTRO CIVIL Y POR SENTENCIA FIRME

El segundo de los títulos de determinación de la filiación no matrimonial es la **resolución recaída en expediente tramitado con arreglo a la legislación del Registro Civil** (art. 120.2.). Recoge la Reforma de 1981 el expediente gubernativo del artículo 49 L.R.C. y preceptos concordantes del Reglamento, que permitió sustituir en determinados supuestos el juicio declarativo por los sencillos trámites de un expediente que deberá ser aprobado por el Juez de Primera Instancia.

El expediente sólo puede iniciarse si concurre alguna de las siguientes circunstancias y no hay oposición al mismo:

a) Que exista escrito indubitado del padre o de la madre en que expresamente reconozca la filiación.

b) Que el hijo se halle en la posesión continua del estado de hijo (natural) no matrimonial del padre o de la madre, justificada por actos del mismo padre o de su familia.

c) Respecto de la madre, siempre que se pruebe cumplidamente el hecho del parto y de la identidad del hijo.

La **sentencia firme** es otro de los medios de determinación legal de una filiación no matrimonial (art. 120.3). La sentencia puede ser tanto **civil** como **penal**. (art. 190 R.R.C.).

7.4 LA DETERMINACION DE LA FILIACION MATERNA NO MATRIMONIAL

El artículo 120.4. dispone que la filiación no matrimonial quedará determinada respecto de la madre, cuando se haga constar la filiación materna en la inscripción de nacimiento, practicada dentro del plazo, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley del Registro Civil. Pero es conveniente distinguir dos supuestos: madre no casada, y madre casada.

A) **Madre no casada.**-El artículo 47 L.R.C. dice en su párrafo 1. : «En la inscripción de nacimiento constará la filiación materna siempre que en ella coincidan la declaración y el parte o comprobación reglamentaria (del nacimiento).» De ello se colige que no hay necesidad de ningún reconocimiento de la madre antes de la inscripción, pero a fin de evitar que quedase determinada la filiación no matrimonial respecto a ella por declaración de terceros, el párrafo 2. del citado precepto dispone que «no constando el matrimonio de la madre ni el reconocimiento por ésta de la filiación, el encargado del Registro, sin demora, notificará el asiento personalmente a la interesada o a sus herederos».

Otro supuesto de determinación de la filiación no matrimonial materna, de mujer no casada, en inscripción de nacimiento dentro de plazo es el de la **declaración de nacimiento hecha por el padre**. Dice el artículo 181 R.R.C. que puede expresar en ella la persona de la madre, «siempre que el dato de la maternidad coincida con el del parte o comprobación reglamentaria de nacimiento». La declaración de nacimiento hecha por el marido ha de entenderse como un reconocimiento de la filiación no matrimonial paterna ante el encargado del Registro Civil, y a la mujer entendemos que se le debe notificar en los términos y a los efectos del artículo 47 L.R.C.

b) *Madre casada*.-La cuestión básica que se suscita se deriva de la presunción de paternidad del marido, porque aparentemente es una contradicción la determinación de una filiación materna no matrimonial en el hijo de mujer casada. A esta cuestión da solución el art. 185 R.R.C al señalar que sólo se podrá inscribir, virtud de declaración formulada dentro del plazo, la filiación no matrimonial de hijo de casada...si se comprueba antes de la inscripción que no rige la presunción de legal de paternidad del marido.

§ 8. Las acciones de filiación.

Los artículos 127-129 contenían (derogados por la Lec/2000) en una serie de **principios generales**, de aplicación al **ejercicio de las acciones de filiación**. Estos que siguen vigentes, si bien ahora están regulados en sede de la Ley Rituraria, son los siguientes: 1.º La admisibilidad de la libre investigación de la paternidad y de la maternidad. 2.º La posibilidad de utilizar toda clase de pruebas, incluidas las biológicas. 3.º La articulación de un control previo de viabilidad de las demandas, mediante la exigencia de un principio de prueba. 4.º La adopción de medidas de protección de la persona del hijo y de los bienes durante el procedimiento. 5.º Las condiciones subjetivas de ejercicio de la acción.

8.1. Principio de la intervención obligatoria de Ministerio Fiscal.

La intervención obligatoria del Ministerio Fiscal en los pleitos sobre filiación queda establecida en el art. 749 de la Lec/2000 que establece que: «1. En los procesos sobre incapacitación, en los de nulidad matrimonial y en los **de determinación e impugnación** de la filiación será siempre parte el Ministerio Fiscal, aunque no haya sido promotor de los mismos ni deba, conforme a la Lev, asumir la defensa de alguna de las partes.

2. En los demás procesos a que se refiere este título será preceptiva la intervención del Ministerio Fiscal, siempre que alguno de los interesados en el procedimiento sea menor, incapacitado o esté en situación de ausencia legal »

8.2.- Principio de la libre investigación de la paternidad y de la maternidad.

El derogado **artículo 127 C.c.** establecía que que en los juicios sobre filiación es admisible la investigación de la paternidad y de la maternidad, mediante toda clase de pruebas incluidas las biológicas. El art. 767 Lec, que ha venido a sustituirlo establece las siguientes especialidades en materia de procedimiento y prueba, al establecer que: «1. En ningún caso se admitirá la demanda sobre determinación o impugnación de la filiación si con ella no se presenta un principio de prueba de los hechos en que se funde.

2. En los juicios sobre filiación será admisible la investigación de la paternidad y de la maternidad mediante toda clase de pruebas, incluidas las biológicas.

3. Aunque no haya prueba directa, podrá declararse la filiación que resulte del reconocimiento expreso o tácito, de la posesión de estado, de la convivencia con la madre en la época de la concepción, o de otros hechos de los que se infiera la filiación,

de modo análogo.

4. La negativa injustificada a someterse a la prueba biológica de paternidad o maternidad permitirá al tribunal declarar la filiación reclamada, siempre que existan otros indicios de la paternidad o maternidad y la prueba de ésta no se haya obtenido por otros medios».

Se continúa así la tradición del derogado art. 127 C.c., que rechazaba la regla prohibitiva de la investigación de la paternidad del Código de Napoleón y que se había reiterado a lo largo de todos los Derechos codificados de su influencia, cuyo principal designio era la preservación de la paz de las familias y el deseo de evitar las falsas imputaciones de paternidad y un tipo de proceso escandaloso que con anterioridad parecía haberse producido en ocasiones.

8.2- El control preliminar de la viabilidad de la demanda.

El temor a los procesos escandalosos de filiación, a las falsas imputaciones de paternidad realizadas con fines no siempre confesables y a la ruptura de la paz familiar que ello acarrea, continúa latiendo en nuestro ordenamiento jurídico y da origen a la traba o cautela que aparece en el art. 767 Lec (antes en el artículo 127. 2º C.c.). Según esta norma, el juez no admitirá la demanda en que se ejercite una acción de filiación si con ella no se presenta un «principio de prueba de los hechos en que se funde».

Por razones que resultan obvias, se trata de un control del fundamento razonable de la demanda y no puede pedirse que la prueba de los hechos se produzca ya en la misma. La Lec habla tan sólo de un «principio de prueba». No basta, pues, la afirmación escueta. La demanda tiene que ir acompañada de alguna posibilidad de prueba.

Aun cuando el artículo 767 habla de presentar este principio de prueba con la demanda, la doctrina entiende que no debe tratarse necesariamente de una prueba documental o escrita, o algo parecido. El principio de prueba se presenta también ofreciéndola para que se practique en el momento procesal adecuado. Se hace recaer este principio de prueba sobre los hechos en que la demanda se funde. También este punto es de interpretación razonablemente teleológica. No debe exigirse un principio de prueba sobre todos los hechos, sino sobre todos aquéllos que sean o resulten fundamentales.

8.3- Medidas cautelares.

El art. 768 Lec/2000 establece las medidas cautelares mientras dure el proceso de filiación, al establecer que:

«1. Mientras dure el procedimiento por el que se impugne la filiación, el tribunal adoptará las medidas de protección oportunas sobre la persona y bienes del sometido a la potestad del que aparece como progenitor.

2. Reclamada judicialmente la filiación, el tribunal podrá acordar alimentos provisionales a cargo del demandado y, en su caso, adoptar las medidas de protección a que se refiere el apartado anterior.

3. Como regla, las medidas a que se refieren los apartados anteriores se acordarán previa audiencia de las personas que pudieran resultar afectadas. Para ello será de aplicación lo dispuesto en los artículos 734, 735 y 736 de esta Ley.

No obstante, cuando concurren razones de urgencia, se podrán acordar las medidas sin más trámites, y se mandará citar a los interesados a una comparecencia, que se celebrará dentro de los diez días siguientes y en la que, tras oír las alegaciones de los comparecientes sobre la procedencia de las medidas adoptadas, resolverá el tribunal lo que proceda por medio de auto.

Para la adopción de las medidas cautelares en estos procesos, podrá no exigirse caución a quien las solicite».

8.4- Legitimación activa y pasiva.

La legitimación activa para el ejercicio de estas acciones aparece recogido en el art. 765 Lec, bajo el epígrafe: *«Ejercicio de las acciones que correspondan al hijo menor o incapacitado y sucesión procesal.*

1. Las acciones de determinación o de impugnación de la filiación que, conforme a lo dispuesto en la legislación civil, correspondan al hijo menor de edad o incapacitado podrán ser ejercitadas por su representante legal o por el Ministerio Fiscal, indistintamente.

2. En todos los procesos a que se refiere este capítulo, a la muerte del actor, sus herederos podrán continuar las acciones ya entabladas».

La legitimación pasiva, el art. 766, del citado cuerpo legal, establece que; «En los procesos a que se refiere este capítulo serán parte demandada, si no hubieran interpuesto ellos la demanda, las personas a las que en ésta se atribuya la condición de progenitores y de hijo, cuando se pida la determinación de la filiación y quienes aparezcan como progenitores y como hijo en virtud de la filiación legalmente determinada, cuando se impugne ésta. Si cualquiera de ellos hubiere fallecido, serán parte demandada sus herederos».

El Código civil, en los artículos derogados, no contenía ninguna regla general sobre la legitimación para ejercitar las acciones de filiación, pues el artículo 129 contemplaba un problema de legitimación indirecta más que el de legitimación en general.

8.5.- Clases de acciones de filiación.

Las acciones de filiación, ejercitables ante los tribunales, pueden ser de **determinación** o de **impugnación**. De acuerdo con lo establecido en el art. 764 de la Lec /200: «1. Podrá pedirse de los tribunales la determinación legal de la filiación, así como

impugnarse ante ellos la filiación legalmente determinada, en los casos previstos en la legislación civil.

2. Los tribunales rechazarán la admisión a trámite de cualquier demanda que pretenda la impugnación de la filiación declarada por sentencia firme, o la determinación de una filiación contradictoria con otra que hubiere sido establecida también por sentencia firme.

Si la existencia de dicha sentencia firme se acreditare una vez iniciado el proceso, el tribunal procederá de plano al archivo de éste».

a) Las acciones de reclamación de la filiación.

Las acciones reclamación de la filiación (de determinación de la filiación según la Lec), están contempladas en los arts. 131 a 134 C.c., y pretenden la obtención de un pronunciamiento judicial que determine la filiación de una persona que con anterioridad no ostentaba, bien porque no tenga ninguna, bien porque pese a existir (salvo que haya sido determinada judicialmente), la reclamación va acompañada de su impugnación (DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN).

b) Las acciones de impugnación de la filiación.

El Código civil regula estas acciones en los los artículos 136 a 141. , ambos inclusive, en las que puede distinguirse un régimen para la impugnación de la filiación matrimonial y otro para la de filiación no matrimonial.

1) Filiación matrimonial

1º.- impugnación de la paternidad

El **artículo 136** legitima **al marido** «para ejercitar la acción de impugnación de la paternidad en el plazo de un año contado desde la inscripción de la paternidad en el Registro Civil. Sin embargo, el plazo no correrá mientras el marido ignore el nacimiento».

A los herederos del marido les otorga legitimación, los párrafos 2.º y 3º del citado precepto en los siguientes casos: 1.º Si aquél fallece antes de transcurrir el plazo del año. 2.º Si fallece sin conocer el nacimiento, contándose entonces el plazo desde que lo conozca el heredero.

Además del marido, el **artículo 137 legitima** activamente a las siguientes **personas para impugnar la paternidad:**

a) Al hijo durante el año siguiente a la inscripción de la filiación. Pero si es menor o incapaz, el plazo contará desde que alcance la mayoría de edad o la plena capacidad legal. b) A la madre que ostente la patria potestad o al Ministerio Fiscal, si el hijo es menor o incapacitado, durante el plazo del año desde la inscripción

Si faltan en las relaciones familiares la posesión de estado de filiación matrimonial, la demanda podrá ser interpuesta, en cualquier tiempo por el hijo o sus herederos.

2º.- Impugnación de la maternidad.

En cuanto a la de la maternidad, el artículo 139 legitima a la mujer siempre que justifique la suposición del parto o no ser cierta la identidad del hijo. Ha de entenderse que no se transmite a los herederos, y es imprescriptible.

La legitimación pasiva en los juicios de impugnación de la filiación matrimonial no es abordada. Entendemos que deben ser demandadas las partes de la misma que no figuren como demandantes.

2) Filiación no matrimonial

Los modos de determinación de la filiación matrimonial se especifican en el artículo 120. Son impugnables las filiaciones que resulten de ello, a excepción de la que provenga de sentencia (art. 134, 2.º).

Con carácter general determina el artículo 140 la legitimación activa para la impugnación de la filiación no matrimonial (materna o paterna), según falte o exista posesión de estado.

Si falta la posesión de estado, podrá ser impugnada por aquellos a quienes perjudique (p.ej., el verdadero padre). No se dice en qué plazo, por lo que, como acción de estado civil, hay que estimarla imprescriptible (art. 1.936).

Si existe esa posesión de estado, la acción corresponderá a quien aparece como hijo o progenitor y a quienes por la filiación puedan resultar afectados (perjuicio potencial, no actual) en su calidad de herederos forzosos. La acción caducará pasados cuatro años desde que el hijo, una vez inscrita la filiación, goce de la posesión de estado.

El art. 140 *in fine* establece que: «Los hijos tendrán en todo caso acción durante un año después de haber llegado a la plena capacidad.»

Atención especial dedica el artículo 141 al tema específico de **la impugnación de los reconocimientos por vicios de la voluntad**. Legitima al que lo hubiese otorgado mediante error, violencia o intimidación, y caduca la acción al año del reconocimiento o desde que cesó el vicio del consentimiento, y podrá ser ejercitada o continuada por los herederos de aquél, si hubiese fallecido antes del transcurrir el año (DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN).

En el artículo 141 de lo que se trata es de impugnar un acto jurídico viciado y sus efectos. Por eso la sentencia, en cuanto a la filiación, no tiene la eficacia erga omnes de toda sentencia sobre el estado civil (art. 1.252, p. 2.º). Por tanto, el hijo reconocido dejará de serlo del progenitor impugnante, pero podrá ejercitar contra él una acción de reclamación de su filiación.

La impugnación del reconocimiento por la vía del artículo 141 es específica, para la hipótesis de vicios de la voluntad del reconocedor. Ello no impide, por lo tanto, la nulidad del reconocimiento por haberse faltado en él a prescripciones legales (p. ej., de forma o de capacidad).

c) Accion mixta de reclamacion e impugnacion de la filiación

Dice el artículo 134 que el ejercicio de una acción de reclamación, por el hijo o progenitor, permitirá «en todo caso» la impugnación de la filiación contradictoria. Pero no podrá reclamarse una filiación que contradiga otra determinada en virtud de sentencia.

d) Determinación de la filiación derivada de inseminación artificial.

El legislador español ha regulado las técnicas y los efectos derivados de la inseminación artificial en la Ley 35/1988, de 22 de noviembre sobre **Técnicas de Reproducción asistida**. La regulación de la filiación del Código civil, presupone, aunque el Código no lo diga expresamente, que la reproducción humana se ha llevado a cabo en forma natural. Al reformarse el Código en 1981, las técnicas de reproducción asistida eran conocidas, pero el legislador no consideró oportuno darles cabida en el Código.

Estas técnicas han sido, en cambio, reguladas en la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, que ha permitido su utilización con una notable generosidad muy discutible desde el punto de vista de política jurídica.

Estas técnicas consisten en la inseminación o fecundación artificial y en la implantación de óvulos previamente fecundados in vitro. La Exposición de Motivos de la Ley dice que «habida cuenta de las posibilidades y combinaciones que pueden darse, especialmente cuando en la gestación intervienen donantes de gametos u óvulos fecundados, los Códigos han de actualizarse sobre cuestiones determinadas que no contemplan». El problema que plantean estas técnicas es que permiten una diversificación entre la maternidad y la paternidad biológicas, sobre las que el Derecho de familia tradicional descansa, y lo que la Exposición de Motivos de la Ley llama maternidad y paternidad «legales, educacionales o de deseo». Además, así como desde una perspectiva biológica sólo existe una paternidad genética, la maternidad puede dissociarse, pues existe una maternidad biológica plena, cuando la madre ha gestado al hijo con su propio óvulo, frente a otra en que son distintas las personas que aportan los óvulos (maternidad genética) o la gestación (maternidad de gestación).

En términos generales, se puede decir que la Ley se ha inclinado por atribuir mayor rango a la maternidad de gestación «por la estrecha relación psico física con el futuro descendiente durante los nueve meses de embarazo» (Exposición de Motivos). Asimismo, ha preferido, frente a la paternidad biológica, la que queda determinada por la relación existente entre el varón y la madre (DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN).

Tema 13

LA PATRIA POTESTAD

§ 1. Concepto

§ 2. Titularidad y ejercicio

§ 3. Contenido

§ 4. Actos para los que se requiere autorización judicial

§ 5. El defensor judicial

§ 6. Extinción de la patria potestad

§ 7. La patria potestad prorrogada

§ 1. Concepto

Una vez que la filiación queda determinada, hay que constituir entre los términos personales de ella una relación jurídica, a la que puede denominarse relación paterno-filial.

La mayor parte del contenido de la relación paterno-filial, en cuanto relación jurídica, se encuentra embebido en el régimen jurídico de la patria potestad. Pero sería erróneo identificar el contenido de la relación paterno-filial con el régimen jurídico de la patria potestad. La primera existe desde que la filiación queda legalmente determinada, pero la segunda es un plus que se le superpone en la fase de la menor edad de los hijos. Por ello puede existir una relación paterno-filial cuyo contenido no corresponda a la patria potestad, bien porque el padre y la madre han sido privados de ella, o excluidos, o bien porque los hijos se hayan emancipado. En todos estos casos subsiste una relación que tiene un contenido jurídico.

En efecto, el **artículo 110** dice que: « El padre y la madre, aunque no ostenten la patria potestad, están **obligados a velar** por los **hijos menores** y a **prestarles alimentos** » y el artículo 160 les reconoce el derecho a relacionarse con ellos aunque no ejerzan la patria potestad. . Por otra parte, la **obligación alimenticia** entre ascendientes y descendientes (aquí padres e hijos) se da con independencia y más allá de la patria potestad. Y para los **hijos** se señalan **especiales deberes**: el de obedecer a los padres mientras permanezcan en su potestad y respetarles siempre (art. 155.1.), con lo que se diferencia entre los deberes inherentes a la patria potestad y los propios de la relación paterno-filial.

El estatuto de las relaciones paterno-filiales se completa con la imposición que se impone tanto a los padres como a los hijos, de abstenerse en sus relaciones de conductas ilícitas o injuriosas, que son sancionadas por el Derecho sucesorio como causas de indignidad o de desheredación (art. 756 y 853).

II. La patria potestad: naturaleza y caracteres.

En Roma la *potestas* era la jefatura doméstica o soberanía que el jefe del grupo, el *pater familias*, ejerce sobre todos los miembros del mismo. Era un **poder absoluto** concebido en favor de quien lo ejerce y de la cohesión del grupo mismo.

La evolución posterior ha transformado, del mismo modo que la familia

patriarcal, el sentido de la patria potestad, que hoy se considera con una **función social** y como un conjunto de poderes dirigidos al cumplimiento de los deberes y de las obligaciones que la ley impone a los progenitores. La patria potestad es hoy en día la institución básica del orden social-familiar y por ello la patria potestad es de orden público. Esto se desprende de sus caracteres como institución intransmisible, irrenunciable e imprescriptible.

La reforma de 1981 supuso modificaciones con relación al régimen anterior. En primer lugar, deja de ser un poder exclusivo del padre para compartirse con la madre. Además, se pone un especial énfasis en el ejercicio de la patria potestad que no se ejerce en interés del padre, sino en beneficio del hijo. Esta idea del «**beneficio del hijo**» constituye el eje central de la reforma. Conduce todo el a una suavización del sistema punitivo y a la necesidad que se tenga «cuenta en todo momento la personalidad del sujeto sometido, así como de otorgarle audiencia en un buen número de ocasiones. Asimismo se han **incrementado los controles públicos**, de modo que la patria potestad deja de ser absoluta, y se limita y relativiza como consecuencia de un avance de las competencias y de los poderes del Estado frente a los estrictamente familiares. (DIEZ PICAZO Y GULLÓN)

§ 2. Titularidad y ejercicio.

En la patria potestad hay un sujeto titular de la potestad y otro a quien la potestad se dirige o que se encuentra sometido a ella. Para designar a los primeros hablaremos **titular de la patria potestad** y para designar a los segundos, de **persona sometida**.

•A) *Los titulares de la patria potestad e hijos sujetos a ella.*

La regla general es que la **titularidad es conjunta** y pertenece al padre y a la madre (art. 154-1º): « Los **hijos no emancipados** están bajo la **patria potestad del padre y de la madre** ». El carácter compartido de la patria potestad es independiente de la existencia de matrimonio entre los progenitores, pero requiere una filiación legalmente determinada, matrimonial o no matrimonial.

Por excepción no existe patria potestad en aquellos casos en que alguno de los progenitores ha sido excluido o privado a posteriori de la misma.

Las **causas de privación** se encuentran reguladas en el art. 170 C.c.: « El padre o la madre podrán ser privados total o parcialmente de su potestad por sentencia fundada en el incumplimiento de los deberes inherentes a la misma o dictada en causa criminal o matrimonial ».

Los motivos de **exclusión** de la patria potestad se encuentran reguladas en el art. 111 cc. que establece que: « Quedará excluido de la patria potestad, y demás funciones tuitivas y no ostentará derechos por ministerio de la Ley respecto del hijo o de sus descendientes, o en sus herencias, el progenitor:

1.^a- Cuando haya sido condenado a causa de las relaciones a las que obedezca la generación, según sentencia penal firme .

2.^a Cuando la filiación haya sido judicialmente determinada contra su oposición.

En el primero de aquellos casos el delito les hace indignos de la función paterna y en el

segundo caso La exclusión de la potestad se funda en la desconfianza y reproche que esa conducta suscita.

En ambos casos, el hijo no ostentará el apellido del progenitor excluido más que si lo solicita él mismo o su representante legal.

B) *Titularidad conjunta de la patria potestad y modos de ejercicio.*- El artículo 156 dice que «la patria potestad se ejercerá conjuntamente por ambos progenitores o por uno solo con el consentimiento expreso o tácito del otro». Debe ser admisible un consentimiento previo, incluso en bloque (para todos los actos de ejercicio de la patria potestad), con o sin limitación temporal. No se hace posible por esta vía una renuncia a la patria potestad, porque esos consentimientos son siempre revocables. (DIEZ-PICAZO Y GULLÓN.)

A continuación de proclamar el artículo 156 el ejercicio conjunto como principio general, continúa: «Serán **válidos los actos** que realice uno de ellos conforme al **uso social y a las circunstancias** o en situaciones de **urgente necesidad**», lo cual es perfectamente lógico ante las dificultades que para el tráfico supone siempre la necesidad del ejercicio conjunto de cualquier facultad o en situaciones de necesidad. También es perfectamente lógico ante las dificultades que para el tráfico supone la necesidad del ejercicio conjunto de cualquier facultad o en situaciones de urgente necesidad.

Continúa el mismo artículo diciendo que «En los supuestos de los párrafos anteriores, respecto de **terceros de buena fe**, se presumirá que cada uno de los progenitores actúa en el **ejercicio ordinario** de la **patria potestad** con el **consentimiento del otro.**»

C) *La imposibilidad del ejercicio conjunto.*-El ejercicio conjunto de la patria potestad requiere coincidencia o unanimidad que es imposible llegar en las siguientes hipótesis que el **artículo 156** considera:

a) **Los desacuerdos** (párrafo 2.). Pueden ser de dos tipos: simples o relativos a un acto concreto, y reiterados.

En el caso de **desacuerdo simple** el juez, después de oír a ambos padres y al hijo si tuviera suficiente juicio y, en todo caso, si fuera mayor de doce años, atribuirá sin ulterior recurso la facultad de decidir al padre o a la madre. Cuando los **desacuerdos son reiterados** o concurriese cualquier otra causa que entorpezca gravemente el ejercicio de la patria potestad, podrá atribuirse total o parcialmente a uno de los padres o distribuir entre ellos sus funciones. Esta medida tendrá vigencia durante el plazo máximo de dos años. La atribución no es de la potestad, sino de su ejercicio, puesto que los hechos que la determinan no están considerados por el Código civil como causas de privación (cfr. art. 170).

b) **Ausencia, incapacidad o imposibilidad** (párrafo 4.). Cuando los padres se encuentre en cualquiera de estas situaciones, la patria potestad será ejercida por el otro.

c) **Separación de los padres.** El último párrafo del artículo refiere al supuesto de que los padres vivan separados, y ordena que la patria potestad se ejercerá por el progenitor con quien el hijo conviva Sin embargo, el juez, a solicitud fundada del otro progenitor podrá, en interés del hijo, atribuir al solicitante la patria potestad para que la que la ejerza conjuntamente con aquél, o distribuir entre el padre y la madre las funciones inherentes a su ejercicio. El supuesto de hecho es la mera falta de convivencia de los padres, cualquiera que fuera su origen..

§ 3. Contenido.

Como la patria potestad es un poder fundamentalmente tuitivo, destinado a la protección de los menores desde el momento de su nacimiento hasta que alcancen la plena capacidad de obrar, tiene que comprender, sobre todo en la primera edad, tanto la **esfera personal** como la **patrimonial**.

El artículo 154, con relación a los padres, establece que la patria potestad comprende los siguientes **deberes y facultades**:

«1. Velar por los hijos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educar los y procurarles una formación integral.»

La expresión «**velar**» comprende la dispensación de toda clase de cuidados, materiales y morales, lo que no es más que una suma de las actuaciones que después se reseñan en el mismo artículo. «**Tenerlos en su compañía**» significa la necesidad de una relación interpersonal continuada, que presupone la comunidad de vivienda. No obstante, por motivos legítimos pueden encomendar transitoriamente las funciones de compañía a otras personas o instituciones (p. ej., internado para estudios, en establecimientos sanitarios, por la necesidad de realizar un viaje, etc.).

El deber de prestar alimentos al hijo va más allá de la concreta aplicación de la obligación alimenticia entre parientes regulada en los artículos 142 y siguientes, que se basa en una situación de necesidad muy cualificada.

Los deberes relativos a la educación y formación integral no son más que ampliaciones de la obligación de velar por los hijos.

«2. Representarlos y administrar sus bienes.»

Para el ejercicio de la patria potestad o para el desarrollo de sus funciones, el párrafo último del artículo 154 otorga a los padres el derecho de «corregir razonable y moderadamente a los hijos» y el de «recabar el auxilio de la autoridad».

§ 4. Actos para los que se requiere autorización judicial

En la reforma de 1981 se ha producido un aumento de los controles y de los límites, que se concentran en la idea de **beneficiode los hijos** (art. 154), como móvil que debe guiar los actos de ejercicio que deben ser sometidos o en decisiones de control de la autoridad judicial.

En el primer aspecto, se puede citar la necesaria audiencia de los hijos que posean suficiente juicio en todas las decisiones que les afecten (art. 154, p. 2.).

Los **controles judiciales** los fija el Código en los artículos 158 y 167 dan lugar a la adopción de las medidas necesarias para la salvaguarda de los derechos de la esfera personal o patrimonial de los hijos, respectivamente.

•En relación a la **esfera personal** del menor el Juez puede dictar las siguientes **medidas** :

1. **Asegurar la prestación de alimentos** y proveer a las futuras necesidades del hijo, en caso de incumplimiento de este deber por los padres.

Estas medidas cautelares pueden adoptarse aunque el padre no tenga patria potestad sobre el hijo, porque el artículo 110 le impone en este caso la obligación de velar por él y prestarle alimentos.

2. **Disposiciones** apropiadas a fin de **evitar** a los hijos **perturbaciones** dañosas

en los casos de cambio de titular de la potestad de guarda. La norma se refiere a las hipótesis en que hay una división entre padre y madre del contenido de la patria potestad (p. ej., tras la separación, nulidad o divorcio, el juez puede acordar que el cuidado de los hijos corresponda al padre o a la madre, aunque no prive de la patria potestad a ninguno;(art. 92).

3. Disposiciones que **aparten** al menor de un **peligro** o que le **eviten perjuicios**.

•En cuanto a la **esfera patrimonial**, si los padres, administradores legales de los bienes de de los hijos, ponen en peligro su patrimonio, el artículo 167 autoriza a la autoridad judicial para dictar **providencias** que tienen por objeto la **seguridad o recaudo de los bienes**, o exigir **caución o fianza** para la continuación en la administración, o incluso nombrar un administrador.

§ 5. El defensor judicial

Dice el artículo 163 que «siempre que en algún **asunto** el padre o la madre tengan un **interés opuesto al de sus hijos no emancipados**, se nombrará a éstos un **defensor** que los represente en juicio y fuera de el». Esta figura del **defensor judicial** sustituye **transitoriamente** a la patria potestad en cuanto faculta para representar al sometido a ella, debido a la incompatibilidad de intereses con quien la ejerce, pero no es un órgano de vigilancia de la misma. De ahí que el defensor actúe en un asunto individualizado («algún asunto», dicen los arts. 163 y 299.1.).

Presupuesto de su nombramiento es el conflicto de intereses entre el padre y la madre respecto del hijo sometido a la patria potestad. Por eso señala el parrafo 2. del artículo 163 que «si el conflicto de intereses existiera sólo con uno de los progenitores, corresponde al otro por Ley y sin necesidad de especial nombramiento representar al menor». Esta solución es aplicable únicamente el caso en que ambos progenitores sean los que ejerzan la patria potestad, porque es cuando ambos tienen la representación legal del hijo.

Su **nombramiento** puede realizarlo el **juez** en procedimiento de jurisdicción voluntaria, de oficio o a **petición del Ministerio Fiscal** o de **cualquier otra persona capaz** de comparecer en juicio, y recaerá en quien el propio juez estime más idóneo para el cargo (art. 300). Sus atribuciones son las que el juez le haya conferido, al que deberá rendir cuentas de su gestión (art. 302), siéndole aplicables las causas de inhabilidad, excusa y remoción de tutores y curadores (art. 301).

§ 6. Extinción de la patria potestad

Solamente mediante una decisión judicial el padre o la madre pierden la patria potestad sobre los hijos. Las causas de **privación de la patria potestad**, que puede ser total o parcial se encuentran recogidas en el artículo 170 y son de tres tipos:

1. **La sentencia firme**, incumplimiento de los deberes inherentes a la patria potestad. Debe tratarse de un incumplimiento grave. La privación ha de hacerse en interés y beneficio de los hijos.

2. **La sentencia dictada en causa criminal**. Aun cuando el Código no lo dice, no constituye esta disposición, artículo 170 una habilitación a los tribunales penales para

adoptar medidas dadas en orden a los hijos del reo. Hay que entenderlo como una norma de remisión a los casos en que, de acuerdo con el Código Penal, pueda imponerse, como pena accesoria, la privación de la patria potestad.

3. **La resolución recaída en causa o pleito matrimonial.** Los procesos que los cónyuges siguen respecto de su situación jurídica, (nulidad, separación, divorcio), pueden incidir sobre la titularidad y ejercicio de la patria potestad, tanto en el momento de la tramitación del procedimiento como en el momento en que se haya dictado en él una sentencia firme.

La **recuperación de la patria potestad** la regula con carácter muy genérico el párrafo final del artículo 170: «Los Tribunales podrán, en beneficio e interés del hijo, acordar la recuperación de la patria potestad cuando hubiere cesado la causa que motivó la privación»

Las causas de **extinción de la patria potestad** las recoge el artículo 169, y son :

- 1º.- La muerte o declaración de fallecimiento de los padres o del hijo.
- 2º.- La emancipación.
- 3º.- La adopción del hijo.

La extinción de la patria potestad genera la aparición de unos deberes de liquidación de la situación extinguida. El art. 168 posibilita que los hijos al término de la patria potestad puedan exigir a los padres la rendición de cuentas de la administración que ejercieron sobre sus bienes hasta entonces. Esta acción prescribirá a los tres años. En caso de pérdida o deterioro de los bienes por dolo o culpa grave, responderán los padres de los daños y perjuicios causados.

§ 7. La patria potestad prorrogada

El artículo 171, que consagra la figura de la prorroga de la patria potestad, contempla dos supuestos:

- 1º.- El hijo que hubiera sido ya incapacitado judicialmente, durante la minoría de edad, por las causas que determina la ley (art. 200). En estos supuestos la patria potestad queda **prorrogada** por el ministerio de la ley al llegar el hijo a la mayor edad.
- 2º El del hijo mayor de edad y soltero, que hubiera continuado viviendo en compañía de sus padres, o de cualquiera de ellos y sea incapacitado en la mayor edad. Se dispone que se **rehabilitará** la patria potestad y será ejercitada por la persona a quien hubiera correspondido si el hijo fuese menor. En realidad no se trata de pura prórroga, porque extinción anterior de la patria potestad.

Tal patria potestad, cualquiera que sea la vía por la que se haya llegado a ella, se ejerce con sujeción a lo que se haya dispuesto en la resolución de incapacitación y subsidiariamente por las reglas del Código en materia de patria potestad.

La patria potestad prorrogada **termina** por las siguientes motivos (art. 170):

- 1º.- Por la muerte o la declaración de fallecimiento de ambos padres o del hijo.
- 2º.- Por la adopción del hijo.
- 3º.- Por haberse declarado la cesación de la incapacidad.
- 4º.- Por haber contraído matrimonio el incapacitado.

Lo que supone obviamente que tiene capacidad para prestar el consentimiento matrimonial (cfr. art. 56, p. 2.), lo que habrá que enjuiciarse por sus especiales. Es lógico que se extinga la patria potestad del incapacitado porque a su cónyuge hay que darle alguna facultad en el cuidado de la persona de éste y de sus bienes. (DIEZ PICAZO Y GULLÓN)

Tema 14 LA TUTELA

- § 1.-Instituciones tuitivas supletorias
- § 2.-Concepto de tutela
- § 3.-Constitución de la tutela
- § 4.-Inscripción
- § 5.- Contenido de la tutela
- § 6.-Actos para los que el tutor requiere autorización judicial
- § 7. -Actos prohibidos al tutor
- § 8. -Extinción
- § 9. -Otras instituciones tuitivas.

§ 1.-Instituciones tuitivas supletorias

La ley de reforma del Código civil en materia de **tutela**, de 24 de Octubre de 1.983, dio una nueva redacción a los títulos IX (De la incapacitación) y X (De la tutela , de la curatela, y de la guarda de los menores y de los incapacitados) del Libro I.

No obstante el indudable avance que aquella Ley supuso, junto con la Ley 21/1.987 en **materia de adopción**, la aplicación de las mismas ha supuesto la existencia de determinadas lagunas, asimismo el tiempo transcurrido desde su promulgación ha hecho surgir nuevas necesidades y demandas en la sociedad, lo cual ha motivado la aprobación de la **L.O. 1/1.996 de Protección Jurídica del Menor**.

Normalmente los hijos menores se encuentran bajo el amparo de la patria potestad de sus padres, quienes serán sus órganos de representación y defensa. Pero puede ocurrir, sin embargo, que los menores hayan perdido a sus padres, o que los ignoren o que se trate de mayores de edad incapacitados que se encuentren en la misma situación que los anteriores. El Derecho suple esa incapacidad atribuyendo el cuidado de sus personas y bienes a las llamadas «**instituciones de guarda y protección, tutelares o tuitivas**»

La finalidad de estas instituciones, según Lacruz y Sancho, es la de suplir o complementar la capacidad de obrar de quien no la posee o no la posee en plenitud; a ellas se refiere el Código en el art. 215 Cc: « La guarda y protección de la persona y bienes o solamente de la persona o de los bienes de los menores o incapacitados se realizará, en los casos que proceda, mediante:

- 1.º La tutela.
- 2.º La curatela.
- 3º El defensor judicial.»

Por otra parte el art. 299, encomienda en determinados supuestos, al Ministerio Fiscal , la representación y defensa de la persona que eventualmente, deba ser sometida a tutela; y la de sus bienes, a un administrador.

Finalmente se regula en los arts. La **guarda de hecho**.

Según el art. 216 todos los cargos tutelares deberán ser ejercitados por su titular en beneficio del menor o del incapacitado y estarán bajo la salvaguarda de la autoridad judicial.

De acuerdo con el art. 218 las resoluciones judiciales sobre los cargos tutelares y de curatela habrán de inscribirse en el Registro Civil.

§ 2. Concepto de tutela

La tutela es un órgano **permanente** de actuación habitual, ya que su función consiste en suplir la capacidad de obrar de quien carece de ella sin estar sometido a la patria potestad. (P.ej. Un huérfano de padre y madre) Al igual que la patria potestad, la tutela comprende la guarda y representación del tutelado y así como la administración de su patrimonio. (Lacruz y Sancho)

Según el art. 222. « Estarán sujetos a tutela:

1º Los menores no emancipados que no estén bajo la patria potestad.

2º Los incapacitados, cuando la sentencia lo haya establecido

3º Los sujetos a la patria potestad prorrogada, al cesar ésta, salvo que proceda la curatela

4º Los menores que se hallen en situación de desamparo.»

§ 3. Constitución de la tutela

Según el art. 223: «Los padres podrán en testamento o documento público notarial nombrar tutor, establecer órganos de fiscalización de la tutela, así como designar las personas que hayan de integrarlos u ordenar cualquier otra disposición sobre la persona o bienes de sus hijos menores o incapacitados ».

Están obligados a promover la tutela (art. 229):

1º.- aquellos parientes a quienes los padres , haciendo uso de la facultad que les otorga el art. 223 hayan llamado para desempeñara el cargo tutelar.

2º.- También está obligado a promover la constitución la persona bajo cuya guarda esté el menor 3º.- Los funcionarios del Mº Fiscal dentro del ámbito territorial de su competencia. (228)

4º.- Cuando no exista ninguna de las personas señaladas anteriormente, estará obligado el Juez competente por razón del territorio.

Para ser nombrado tutor se exige, según PRATS ALBENTOSA, que el nombrado se encuentre en el pleno ejercicio de sus derechos civiles; es decir que sea mayor de edad y tenga plena capacidad de obrar y que no se encuentre incurso en ninguna de las causas de inhabilidad de los arts. 243 a 246 Cc

Normalmente el cargo de tutor recae sobre una sola persona; no obstante el Código en el art. 236 prevé distintos supuestos en los que podrá ser nombrada más de una persona:

1.º Cuando por concurrir circunstancias especiales en la persona del tutelado o de su

patrimonio, convenga separar como cargos distintos el de tutor de la persona y el de los bienes, cada uno de los cuales actuará independientemente en el ámbito de su competencia, si bien las decisiones que conciernan a ambos deberán tomarlas conjuntamente.

2°.- Cuando la tutela corresponda al padre y a la madre, será ejercida por ambos conjuntamente de modo análogo a la patria potestad.

3° Si se designa a alguna persona tutor de los hijos de su hermano y se considera conveniente que el cónyuge del tutor ejerza también la tutela.

4° Cuando el Juez nombre tutores a las personas que los padres del tutelado hayan designado en testamento o documento público notarial para ejercer la tutela conjuntamente.

En el art. 239 se contempla la posibilidad, en el supuesto de menores desamparados, de que sean tutores las entidades públicas a las que esté encomendada la protección de menores.

§ 4.Inscripción.

Obligaciones del tutor al inicio del cargo:

1°.- Prestar fianza de acuerdo con los arts 260 y 261 Cc.

2°.- Realizar inventario de los bienes del tutelado (Arts.262 a 264 y 266 Cc.)

3°.- Depósito de los bienes relacionados en el art. 265.

§ 5. Contenido de la tutela

Son funciones del tutor (arts. 267 a 270)

1°.- Representar al menor.

2°.- Velar por el tutelado.

3°.- Administrar el patrimonio del tutelado.

§ 6.Actos para los que el tutor requiere autorización judicial

De acuerdo con el art. 271Cc, modificado por la L.O. 1/1.996 : «el tutor necesitará autorización Judicial

1°. Para internar al tutelado en un establecimiento de salud mental o de educación o formación especial.

2°.- Enajenar o gravar bienes inmuebles , establecimientos mercantiles o industriales, objetos preciosos y valores mobiliarios de los menores o de incapacitados, o celebrar contratos o realizar actos que tengan carácter dispositivos y sean susceptibles de inscripción [...]

3°.- Para renunciar a derechos, así como transigir o someter a arbitraje cuestiones en que el tutelado estuviere interesado

4°.- Para aceptar sin beneficio de inventario cualquier herencia, o para repudiar esta o las liberalidades.

5°. Para realizar gastos extraordinarios en los bienes.

6°.- para entablar demanda en nombre de los sujetos a tutela, salvo en los asuntos urgentes o de escasa cuantía.

7° . Para ceder en arrendamiento por tiempo superior a seis años.

8°.- Para dar y tomar dinero a préstamo.

9°. Para disponer a título gratuito de bienes o derechos del tutelado.

10º.- Para ceder a terceros los créditos que el tutelado tenga contra él, o adquirir a título oneroso los créditos de terceros contra el tutelado.

§ 7. Actos prohibidos al tutor

Según el art. 221. Se prohíbe a quien desempeñe algún cargo tutelar:

1º.- Recibir liberalidades del tutelado o de sus causahabientes, mientras que no se haya aprobado definitivamente su gestión.

2º.- Representar al tutelado cuando en el mismo acto intervenga en nombre propio o de un tercero y existiera conflicto de intereses.

3º.- Adquirir por título oneroso bienes del tutelado o transmitirle por su parte bienes por igual título.

§ 8. Extinción

En los arts. 276 y 277 del Cc se enumeran, sin ánimo de exhaustividad, las causas que dan lugar a la extinción del instituto tutelar:

Arts. 276. La tutela se extingue :

1º.- cuando el menor de edad cumple los dieciocho años a menos que con anterioridad hubiera sido judicialmente incapacitado.

2º.- Por la adopción del tutelado menor de edad.

3º.- Por el fallecimiento de la persona sometida a tutela.

4º.- Por la concesión al menor del beneficio de la mayor edad.

Art. 277 .También se extingue la tutela :

1º.- Cuando habiéndose originado por privación o suspensión de la patria potestad, el titular de esta la recupere.

2º.- Al dictarse la resolución judicial que ponga fin a la incapacitación o que modifique la sentencia de incapacitación e virtud de la cual se sustituye la tutela por la curatela.

§ 9.- Otras instituciones tuitivas supletorias

A. La curatela.

El curador es un órgano permanente pero, a diferencia del tutor, su actuación no es habitual, puesto que su actuación no trata de suplir la falta de capacidad de obrar sino complementarla en aquellos casos que la ley lo requiera.

B. El defensor judicial

Este instituto tutelar resulta aplicable tanto a menores sometidos a la patria potestad, a la tutela o a la curatela. (Prats Albentosa)

El defensor judicial sustituye al representante legal -padres, tutor o alcurador en aquellos asuntos en los que existe conflicto de intereses entre estos órganos y el menor o incapacitado sometido a ellos (art. 299.1º) sustituye también al tutor o al curador en aquellos casos en que por cualquier causa, no desempeñan sus funciones. (Art. 299.2)

El nombramiento de defensor judicial tiene una limitación temporal.

C. La guarda de hecho

Es una institución contemplada en los arts 303 a 306 que opera a modo de cláusula de cierre del sistema de guarda y de protección de menores e incapaces. El legislador es consciente de que en ocasiones las situaciones de desamparo de menores e incapaces de hecho (aunque su incapacidad no se encuentre establecida mediante sentencia judicial), son atendidas de facto, por la propia familia o incluso por personas estrechamente vinculadas a la misma o por Instituciones religiosas al margen de las previsiones legales.

Reconocida la guarda de hecho el legislador reconoce a esta situación una serie de consecuencias jurídicas:

D. Tutela o guarda por entidades públicas

El artículo 172, modificado por la L.O. 1/1.996, situado bajo el título «De la guarda y acogimiento» de menores, comienza no obstante ocupándose de la tutela de los menores que se encuentren en situación de desamparo, preceptuando que corresponderá la tutela, por ministerio de la ley a la entidad pública que, en el respectivo territorio, tenga encomendada la protección de menores. Esta tutela lleva consigo obviamente la guarda del menor desamparado.

El desamparo se describe como situación que «se produce de hecho a causa del incumplimiento, o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de los menores, cuando éstos queden privados de la necesaria asistencia moral o material».

La asunción de la tutela atribuida a la entidad pública lleva consigo la suspensión de la patria potestad o de la tutela ordinaria.

Por otra parte, el artículo 172.2 autoriza a quienes tienen potestad sobre el menor (padres, tutores) para confiar la guarda exclusivamente a la entidad pública durante el tiempo necesario, si justifican no poder atender por enfermedad u otras circunstancias graves.

La guarda asumida a solicitud de los padres o tutores o como función de la tutela por ministerio de la Ley, se realizará mediante el acogimiento familiar o el acogimiento residencial.

El acogimiento familiar se ejercerá por la persona o personas que determine la entidad pública. El acogimiento residencial se ejercerá por el Director del centro donde sea acogido el menor.

Incumbe al Fiscal la superior vigilancia de la tutela y guarda de menores, que no exime a la entidad pública de su responsabilidad para con el menor y de poner en conocimiento de aquél las anomalías que observe (art. 174).

F.- El acogimiento familiar

Como figura previa de la adopción, pero no imprescindible, se regula el acogimiento familiar; esta institución ha sido reformada por la L.O. 1/1.996

A) EFECTOS.-El acogimiento produce la plena participación del menor en la vida de la familia e impone a quien lo recibe las obligaciones de velar por él, tenerlo en su compañía, alimentarlo, educarlo y procurarle una formación integral.

Este acogimiento se podrá realizar por la persona o personas que sustituyan al núcleo familiar del menor o por el hogar funcional (art. 173.1). Coinciden estas obligaciones con el contenido personal de la patria potestad (vid. art. 154).

Al Ministerio Fiscal corresponde la superior vigilancia del acogimiento sin que ello exima a la entidad pública de su responsabilidad para con el menor y de su obligación de poner en conocimiento en aquél las anomalías que observe (art. 174.1).

No hay, como en la adopción, integración de iure en la familia del que lo acoge, ni ruptura con la familia de origen. Los padres (o el tutor) tienen derecho a visitar y relacionarse con el acogido, si bien puede ser regulado o suspendido por el juez, atendidas las circunstancias y el interés del menor (art. 161).

B) PROCEDIMIENTO.-El acogimiento se formalizará por escrito, con el consentimiento de la entidad pública, tenga o no la tutela o la guarda, de las personas que reciban al menor y de éste, si tuviera doce años cumplidos. Se observarán todos los trámites previstos en el art. 173.2 del C.c

C) EXTINCION.- El acogimiento del menor cesará por los supuestos previstos en el art. 173.3 C.c

D)CLASES DE ACOGIMIENTO.

En el art. 173 bis., que es también de nueva redacción, se introducen tres modalidades diferentes de acogimiento familiar:

1.º Acogimiento familiar simple, que, tendrá carácter transitorio, bien porque de la situación del menor se prevea la reinserción de éste en su propia familia bien en tanto se adopte una medida de protección que revista un carácter más estable .

2.º Acogimiento familiar permanente, cuando la edad u otras circunstancias del menor y su familia así lo aconsejen y así lo informen los servicios de atención al menor, En tal supuesto, la entidad pública podrá solicitar del Juez que atribuya a los acogedores aquellas facultades de la tutela que faciliten el desempeño de sus responsabilidades, atendiendo en todo acaso al interés superior del menor.

3º Acogimiento familiar preadoptivo, que se formalizará por la entidad pública cuando ésta eleve la propuesta de adopción del menor, informada por los servicios de atención al menor, ante la autoridad judicial, siempre que los acogedores reúnan los requisitos necesarios para adoptar, hayan sido seleccionados y hayan prestado ante la entidad pública su consentimiento a la adopción, y se encuentre el menor en situación jurídica adecuada para su adopción.

La entidad pública podrá formalizar, asimismo, un acogimiento familiar preadoptivo cuando considere, con anterioridad a la presentación de la propuesta de adopción, que fuera necesario establecer un período de adaptación del menor a la familia

Este período será lo más breve posible y, en todo caso, no podrá exceder del plazo de un año.»

Tema 15 LA ADOPCIÓN

- § 1. Concepto
- § 2. Constitución
- § 3. Efectos
- § 4. Impugnación de la adopción
- § 5. Extinción de la adopción

§ 1. Concepto

Para CASTÁN la adopción es un acto jurídico que crea entre dos personas un vínculo de parentesco civil, del que se derivan relaciones análogas (aunque no enteramente idénticas) a las que resultan de la paternidad y filiación por naturaleza.

La adopción suscita el interés del público, que encuentra a través de ella un cauce para realizar aspiraciones y deseos de los matrimonios sin hijos y de amparo de los niños abandonados o recogidos en establecimientos benéficos. Mediante la adopción se proporcionan los beneficios de la filiación y de la paternidad a personas que, por naturaleza carecían de ellos. (DIEZ-PICAZO Y GULLÓN).

La adopción se regula en los arts.175 a 180 del Cc, sin embargo ha sido objeto de regulación en algunas de las CCAA con capacidad legislativa en materia civil. Ej. Código de Familia de Cataluña Ley 9/1998;

A) *Caracteres.*- Tras la Ley 21/1.987, de 11 de Noviembre sobre adopción, esta figura presenta, según DIEZ-PICAZO Y GULLÓN, las siguientes características:

1º.- Es un **instrumento de integración familiar**; mediante la completa ruptura del vínculo jurídico que el adoptado mantenía con su familia anterior y la creación de una relación de filiación a la que resultan aplicables las normas generales sobre la filiación contenidas en los artículos 108 y siguientes.

2º.- Hay una completa **intervención judicial** en la tramitación de la adopción, hasta el punto de que la resolución judicial accede a ella se conceptúa como **«constitutiva»** (art. 176.1), asimismo la intervención administrativa en la creación del vínculo de filiación es enorme.

3º.- La **adopción** se reserva, salvo casos excepcionales, para los **menores de edad**, en el Código civil se regula una **única clase de adopción**, que integra plenamente al adoptado en la familia. También se ha regulado un nuevo instituto, que es el del **acogimiento de menores**.

B) *Adoptantes.*-Según el art. 175 C.c. «La adopción requiere que el adoptante

tenga veinticinco años cumplidos y por lo menos catorce años más que el adoptado. En la adopción por ambos cónyuges basta que uno de ellos haya alcanzado dicha edad. (art. 175.1), con el fin de que la relación adoptiva se asemeje más a la filiación natural.

Lo dispuesto en cuanto a la adopción simultánea por los cónyuges; también aplicable «al hombre y la mujer integrantes de una pareja unida de forma permanente por relación de efectividad análoga a la conyugal (Disp Adicional 3ª).

Fuera de la adopción por ambos cónyuges, nadie puede ser adoptado por más de una persona. Sólo es posible una **nueva adopción** en caso de muerte del adoptante, o cuando este haya incurrido en causa de privación de la patria potestad y el juez le haya excluido de las funciones tuitivas y de los derechos que por ley le correspondan respecto del adoptado o sus descendientes. (art. 175.4 y 179).

También debe de bastar la extinción judicial de la adopción para una nueva.

C) *Adoptando*.-Únicamente podrán ser adoptados los menores no emancipados. Excepcionalmente es posible la adopción de un **mayor de edad** o de un **menor emancipado** cuando inmediatamente antes de la emancipación, hubiese existido una situación no interrumpida de acogimiento o convivencia (con el adoptante o adoptantes), iniciada **antes** de que el adoptado hubiere cumplido los **atorce años** (art. 175.2).

En todo caso **no puede adoptarse** (art. 175.3):

1.º A un descendiente (del adoptante).

2.º A un pariente (del adoptante) en segundo grado de línea colateral por consanguinidad o por afinidad.

3.º A un pupilo por su tutor hasta que haya sido aprobada definitivamente la cuenta general justificada de la tutela.

§ 2. Constitución

2.1.- *Procedimiento*.-El procedimiento de adopción se tramita a través de un **expediente de jurisdicción voluntaria**, que se regula en la Ley de Enjuiciamiento Civil. Este es un procedimiento judicial cuyas actuaciones se practicarán con intervención del Ministerio Fiscal, pudiendo los interesados, si lo desean, actuar bajo la dirección de abogado, y se llevarán a cabo con la conveniente reserva, «evitando en particular que la familia de origen tenga conocimiento de cuál sea la adoptiva» El juez podrá ordenar la práctica de cuantas diligencias estime oportunas para asegurarse de que la adopción es beneficiosa para el menor (arts. 1.825 y 1.826 LEC).

El expediente se inicia:

a) Por **propuesta** previa de la **entidad pública** a favor del adoptante o adoptantes que dicha entidad pública haya declarado idóneos para el ejercicio de la patria potestad.

La declaración de idoneidad podrá ser previa a la propuesta.

b) No se requerirá propuesta cuando en el adoptando concorra alguna de las circunstancias siguientes (art. 176.2):

1ª.- Ser huérfano y pariente del adoptante en tercer grado por consanguinidad o afinidad.

2ª.- Ser hijo del consorte del adoptante.

3ª Llevar más de un año acogido legalmente por el adoptante o haber estado el

mismo tiempo bajo su tutela. Pero ha de tenerse en cuenta que el tutor no puede adoptar a su pupilo hasta que se le haya aprobado la cuenta general de la tutela.

4.º Ser mayor de edad o menor emancipado. Sin embargo, el adoptando ha de haber estado inmediatamente antes de la emancipación en una situación de acogimiento o convivencia con el adoptante antes de cumplir los catorce años.

Si se dan cualquiera de estas excepciones, la solicitud para la adopción ha de hacerse por el adoptante a la autoridad judicial justificando la concurrencia de alguna de las anteriores circunstancias.

A) Sujetos que han de prestar su consentimiento.- «Habrán de consentir la adopción, en presencia del Juez, el adoptante o los adoptantes y el adoptando mayor de doce años» (art. 177.1)

B) Personas que deben **asentir** a la adopción en la forma prevista en art. 177.2 C.c.

1.º El **cónyuge del adoptante**, salvo que medie separación legal por sentencia firme o separación de hecho por mutuo acuerdo que conste fehacientemente.

2.º Los padres del **adoptando**, a menos que estén privados legalmente de la patria potestad o que se encuentren incurso en causa para su privación o que el hijo se hallare emancipado.

En ningún caso será necesario el asentimiento cuando los que deben prestarlo se hallen imposibilitados para ello.

El asentimiento de la madre no podrá prestarse hasta que hayan transcurrido treinta días desde el parto.

Por último, se señalan las **personas** que deben ser simplemente **oídas por el Juez** (art. 177.3).

1º.- Los **padres** que **no** hayan sido **privados de la patria potestad** cuando su asentimiento no sea necesario para la adopción. (Ej. Los padres a los que se les haya privado la patria potestad; o los del menor emancipado)

2º.- El **tutor** y, en su caso, el **guardador o guardadores**. Injustificadamente se rebaja la opinión del tutor, pues debía de asentir a la adopción, ya que suple el lugar de los padres del menor.

3º.- El **adoptando** menor de doce años, si tuviere suficiente juicio.

El expediente concluye con Auto del Juez , que dará lugar o no a la adopción propuesta o solicitada. Dicho auto será susceptible sólo de apelación.(art. 1.826 LEC). La resolución judicial es constitutiva del vínculo adoptivo (art. 176.1).

4º .- La **entidad pública**, a fin de apreciar la idoneidad del adoptante, cuando el adoptado lleve más de un año acogido legalmente por aquél.

§ 3. Efectos

La adopción, según BLASCO GASCÓ, produce dos efectos:

a) Un efecto **positivo** consistente en la creación de un vínculo adoptivo entre el adoptado y el adoptante (y la familia de éste), Siendo tal vínculo de filiación y por lo tanto produce los mismos efectos que la filiación por naturaleza (art. 108).

b) Un efecto **negativo** consistente en la extinción de los vínculos jurídicos entre el adoptado y su familia anterior, salvo lo dispuesto sobre impedimentos matrimoniales. Por excepción, subsistirán las relaciones con la familia paterna o materna, según el caso:

1.º Cuando el adoptando sea hijo del cónyuge del adoptante, aunque el consorte hubiese fallecido.

2.º Cuando únicamente uno de los progenitores haya sido legalmente determinado, y el adoptante sea persona de distinto sexo al de dicho progenitor, siempre que tal efecto hubiere sido solicitado por el adoptante, el adoptado mayor de doce años y el padre o madre cuyo vínculo haya de persistir.

§ 4. Impugnación de la adopción

Según PEÑA Y BERNALDO DE QUIRÓS, como la adopción se constituye por un **acto judicial**, su impugnación está sujeta a la impugnación de los actos judiciales.

Las normas sobre la nulidad de los actos judiciales están contenidas en los artículos 238 a 243 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

La doctrina procesalista estima que las resoluciones recaídas en los expedientes de jurisdicción voluntaria no producen efectos de cosa juzgada material, es decir que en juicio ordinario pueden replantearse las mismas cuestiones decididas en el expediente de adopción.

En materia de impugnación es reiterada la doctrina jurisprudencial que confiere a los Tribunales amplias facultades para acceder o no a una ineficacia del acto de la adopción cuando faltó el asentimiento de los padres al no haber sido citados, o cuando, citados se negaron a prestar su asentimiento a la adopción.

§ 5. Extinción de la adopción

La adopción es irrevocable (art. 180.1), solamente puede **extinguirse judicialmente** a petición del padre o de la madre que, sin culpa no hubieren intervenido en el expediente (bien para asentir, bien para ser oídos) siempre que la demanda se interponga dentro de los dos años siguiente a la adopción y que la extinción solicitada no perjudique gravemente al menor.

La **extinción de la adopción**, cuando se dé lugar a ella, no es causa de pérdida de la nacionalidad ni de la vecindad civil adquirida, ni alcanza a los efectos patrimoniales ya producidos (art. 180.3). Es decir, opera para el futuro (DIEZ-PICAZO Y GULLÓN.)

Supuesto distinto del de la extinción de la adopción es el de la **exclusión** regulado por el artículo 179 C.c.:

1.- El Juez, a petición del Ministerio Fiscal, del adoptado o de su representante legal, acordará que al adoptante que hubiese incurrido en causa de privación de la patria potestad, quede excluido de las funciones tuitivas y de los derechos que por ley le correspondan respecto al adoptado o sus descendientes, o en sus herencias. De modo

que el adoptante pierde los derechos que ostenta por razón del parentesco(alimentos, etc.), pero no el adoptado.

2.- Una vez alcanzada la plena capacidad por el adoptado, es decir que llega a la mayoría de edad, la exclusión sólo puede ser pedida por él dentro de los dos años siguientes.

3.- En cualquier caso las anteriores restricciones adoptadas dejarán de producir con respecto al adoptante por determinación de propio hijo una vez alcanzada la plena capacidad.

Tema 16: LOS ALIMENTOS ENTRE PARIENTES

- § 1.- Concepto y fundamento de la obligación de alimentos entre parientes
- § 2.- Clases
- § 3.- Caracteres
- § 4. Personas obligadas a darse alimentos
- § 5. Orden de preferencia para reclamar y prestar los alimentos
- § 6.- Distribución de la carga entre los obligados y jerarquía de alimentistas
- § 7.- Cuándo son exigibles y cuándo deben pagarse los alimentos
- § 8.- Determinación de la cuantía de los alimentos
- § 9.- Formas de cumplimiento de la obligación alimenticia.
- § 10.- Extinción

§1.- Concepto y fundamento de la obligación de alimentos entre parientes

El Código civil regula la obligación de alimentos entre parientes en los artículos 142 a 153, que forman el Título VI del Libro I, bajo el epígrafe «De los alimentos entre parientes».

La deuda de alimentos, según Puig Brutau, es la obligación que impone **la ley** entre parientes próximos para que se proporcionen medios de vida cuando concurren determinadas circunstancias. Esta obligación además de su origen legal, también puede nacer de un **negocio jurídico**, como en el caso de haberse convenido por contrato o de representar el cumplimiento de una obligación impuesta en testamento. Por ello, el artículo 153 del Código establece que las disposiciones de los artículos 142 a 152 también «son aplicables a los demás casos en que por este Código, por testamento o por pacto se tenga derecho a alimentos, salvo lo pactado, lo ordenado por el testador o lo dispuesto por la ley para el caso especial de que se trate.».

La obligación legal de alimentos según Diez-Picazo y Gullón está **fundada** en el principio de solidaridad familiar que obliga a los parientes a atender las necesidades que cualquiera de ellos tenga y no pueda satisfacer por si mismo.

§ 2.- Clases

En atención a lo que establecen los arts. 142 y 143-2 se habla de *alimentos amplios y restringidos* (Puig Brutau), o en palabras de Castán de *alimentos propiamente dichos y los auxilios necesarios para la subsistencia*.

Los primeros aparecen recogidos en el el art. 142: «Se entiende por alimentos

todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica.

Los alimentos comprenden también la educación e instrucción del alimentista mientras sea menor de edad y aun después cuando no haya terminado su formación por causa que no le sea imputable.

Entre los alimentos se incluirán los gastos de embarazo y parto, en cuanto no estén cubiertos de otro modo.»

A los segundos se refiere el último párrafo del art. 143 dispone: «Los hermanos sólo se deben los auxilios necesarios para la vida, cuando los necesiten por cualquier causa que no sea imputable al alimentista, y se extenderán en su caso a los que precisen para su educación.»

La diferencia entre unos y otros estriba en que la cuantía de los alimentos extensos se determina teniendo en cuenta el caudal o medios de quien los da, mientras que la de los auxilios se regula atendiendo únicamente a las necesidades de subsistencia del alimentista. (Castán)

§ 3.- Caracteres

La obligación de alimentos -según Puig Brutau- presenta los siguientes caracteres:

a) Es una obligación *personal*, por estar fundada en el vínculo familiar que une al acreedor (alimentista) con el deudor.

b) Por la misma razón, tanto el crédito como la deuda son *intransmisibles*. Según el art. 151: «No es renunciable ni transmisible a un tercero el derecho a los alimentos. Tampoco pueden compensarse con lo que el alimentista deba al que ha de prestarlos.»

Añade el párrafo segundo: «Pero podrán compensarse y renunciarse las pensiones alimenticias atrasadas, y transmitirse a título oneroso o gratuito el derecho a demandarlas.»

c) El derecho de alimentos es también *irrenunciable*, como dispone el art. 151. Pero son renunciables y compensables las pensiones alimenticias atrasadas.

d) No es un crédito que se halle en situación de reciprocidad con otro crédito ya existente; pero deriva, a pesar de ello, de una situación familiar de reciprocidad en el sentido de que el obligado a prestar alimentos al pariente necesitado tiene a su vez derecho a obtenerlos de éste, si llega a estar necesitado y el alimentista primitivo ha pasado a estar en condiciones de auxiliarle.(art. 149)

e) Es un derecho que no puede ser objeto de *transacción*, como dispone el artículo 1.814: «No se puede transigir sobre el estado civil de las personas, ni sobre las cuestiones matrimoniales, ni sobre alimentos futuros.»

f) Es *condicional y variable*, en el sentido de que se extingue en los supuestos que establecen los arts. 150 y 151, y la cuantía de la prestación varía según las alteraciones que experimenten las necesidades del alimentista y la fortuna del obligado.

Después de afirmar el art. 146 que la cuantía de los alimentos será

proporcionada al caudal o medios de quien los da y a las necesidades de quien los recibe, el art. 147 añade: «Los alimentos, en los casos a que se refiere el artículo anterior, se reducirán o aumentarán proporcionalmente según el aumento o disminución que sufran las necesidades del alimentista y la fortuna del que hubiere de satisfacerlos.»

g) Normalmente confiere al obligado un derecho de elección. El art. 149 dispone: «El obligado a prestar alimentos podrá, a su elección, satisfacerlos, o pagando la pensión que se fije, o recibiendo y manteniendo en su propia casa al que tiene derecho a ellos.»

h) El derecho a reclamar alimentos es *imprescriptible*, pero la acción para exigir el pago de las pensiones alimenticias ya devengadas prescribe a los cinco años (arts. 1.966, núm. 1.º). En este punto hay que distinguir también entre el derecho unitario o global a pedir alimentos, que es imprescriptible, y el derecho a pedir el pago de cada una de las pensiones vencidas, que prescribe a los cinco años.

Alguno de los caracteres expuestos son manifestación o consecuencia del fundamento de esta obligación, que es atender a una necesidad actual del pariente necesitado. La regulación legal tiene en cuenta que no se necesitan medios presentes para atender a la vida que ya ha transcurrido en el pasado. Este principio, *in praeteritum non vivitur*, se encuentra regodido implícitamente en el art. 148 del Código Civil; cuando dice que **los alimentos sólo se abonarán desde la fecha de la interposición de la demanda**, es decir que solamente se admite que la obligación se imponga para el futuro (Puig Brutau).

Puig Peña señala tres supuestos en los que excepcionalmente se podrán reclamar alimentos con carácter retroactivo:

a) cuando los alimentos no hayan sido reclamados antes por causa imputable al obligado a prestarlos.

b) cuando por la misma razón el alimentista haya contraído deudas para subvenir a sus necesidades, pues será justo que pueda reclamar su importe a las personas que ya hubiesen estado obligadas al contraerlas.

c) cuando las necesidades del alimentista hayan sido atendidas por un tercero, pues sin duda éste podrá dirigirse contra el obligado para exigirle el reembolso (art. 1.894, párrafo primero).

§ 4. Personas obligadas a darse alimentos

Están obligadas recíprocamente a darse alimentos en toda la extensión que señala el art. 142, las personas que enumera el primer párrafo del art. 143: 1.º Los cónyuges. 2.º Los ascendientes y descendientes. El párrafo segundo del mismo artículo se refiere también a los hermanos, si bien respecto a prestaciones de contenido más limitado (auxilios)

1.º Los cónyuges.- El art. 68 C.c establece que los cónyuges «están obligados a vivir juntos, guardarse fidelidad y socorrerse mutuamente». Este socorro mutuo propio de la convivencia efectiva se convierte en deber de alimentos cuando se rompe la unidad de vida.

2.º Los ascendientes y descendientes.- Después de la reforma de 13 mayo 1981, el núm. 2.º del art. 143 comprende a todos los parientes en línea recta, matrimoniales y

extramatrimoniales, y a los padres e hijos adoptivos y los descendientes de éstos. El nieto puede reclamar alimentos al abuelo si carece de padres o éstos se hallan imposibilitados (sentencia de 24 noviembre 1925). Esta obligación es recíproca y por tanto los padres, en su caso, también podrán reclamar alimentos a sus hijos.

3.º Los hermanos.-Según el art. 143, último párrafo: «Los hermanos sólo se deben los auxilios necesarios para la vida, cuando los necesiten por cualquier causa que no sea imputable al alimentista, y se extenderán en su caso a lo que precisen para su educación.»

Según Castán el supuesto se refiere tanto a los hermanos de doble y de único vínculo legítimos como a los extramatrimoniales, asimismo a los adoptados.

En este caso el deber de alimentos aparece con los caracteres de **restringido**, subsidiario (sólo si no hay familiares de mejor derecho: art. 144) y condicionado a que no exista culpa grave en el origen de la necesidad.

§ 5.- Orden de preferencia para reclamar y prestar los alimentos.

Si hay varios obligados, lo establece el art. 144:

«La reclamación de alimentos cuando proceda y sean dos o más los obligados a prestarlos se hará por el orden siguiente:

- 1.º Al cónyuge.
- 2.º A los descendientes de grado más próximo.
- 3.º A los ascendientes, también de grado más próximo.
- 4.º A los hermanos, pero estando obligados en último lugar los que sólo sean uterinos o consanguíneos.

Entre los descendientes y ascendientes se regulará la gradación por el orden en que sean llamados a la sucesión legítima de la persona que tenga derecho a los alimentos ».

La jurisprudencia ha establecido que la prelación señalada por el art. 144 entre los obligados a dar alimentos no obliga a seguir por el mismo orden una serie de procedimientos sucesivos hasta encontrar a quien disponga de medios para quedar obligado, sino que la acción puede dirigirse inicialmente contra cualquiera de ellos, siempre que se justifique que carecen de medios los que la ley coloca antes en el orden de preferencia. (Puig Brutau)

§ 6.- Distribución de la carga entre los obligados y jerarquía de alimentistas

El art. 145 regula las situaciones en que hay más de una persona obligada a prestar alimentos o en que hay más de una con derecho a percibirlos. Dispone lo siguiente:

«Cuando recaiga sobre dos o más personas la obligación de dar alimentos, se repartirá entre ellas el pago de la pensión en cantidad proporcional a su caudal respectivo.

Sin embargo, en caso de urgente necesidad y por circunstancias especiales, podrá el Juez obligar a una sola de ellas a que los preste provisionalmente, sin perjuicio de su derecho a reclamar de los demás obligados la parte que les corresponda.

Cuando dos o más alimentistas reclamaren a la vez alimentos de una misma persona obligada legalmente a darlos, y ésta no tuviere fortuna bastante para atender a todos, se guardará el orden establecido en el artículo anterior, a no ser que los alimentistas concurrentes fuesen el cónyuge y un hijo sujeto a la patria potestad, en cuyo caso éste será preferido a aquél.»

Lacruz y Sancho Rebullida dicen que **no** cabe estimar que la **obligación es solidaria** por lo que resulta del párrafo segundo de este art. 145. Es un supuesto excepcional que sólo faculta al alimentista para dirigirse por el todo contra el deudor que el Juez haya designado, sin facultad para dirigirse contra los otros, a su elección, como exigiría la verdadera solidaridad (cfr. art. 1.144). Además, si la cuantía de los alimentos ha de ser proporcionada al caudal de quien los da (art. 146), sería injusto que pudiera reclamarse la totalidad de la deuda al obligado que contara con menos fortuna.

§ 7.- Cuándo son exigibles y cuándo deben pagarse los alimentos

El artículo 148 del Código civil dispone lo siguiente:

«La obligación de dar alimentos será exigible desde que los necesitare, para subsistir, la persona que tenga derecho a percibirlos; pero no se abonarán sino desde la fecha en que se interponga la demanda.

Se verificará el pago por meses anticipados, y, cuando fallezca el alimentista, sus herederos no estarán obligados a devolver lo que éste hubiese recibido anticipadamente.

El Juez, a petición del alimentista o del Ministerio Fiscal, ordenará con urgencia las medidas cautelares oportunas para asegurar los anticipos que haga una Entidad pública u otra persona y proveer a las futuras necesidades.»

Parece contradictorio que la ley declare exigible la obligación de dar alimentos desde que los necesite el alimentista y que, en cambio, no deban abonarse sino desde una fecha posterior, como será la de interposición de la demanda. Esta demanda se formulará ante el incumplimiento de una obligación que puede producir otros efectos independientes de la reclamación judicial. Por ejemplo, puede producirse la causa de revocación de donaciones por ingratitud en caso de negarse indebidamente los alimentos (art. 648-8.º).

§ 8.- Determinación de la cuantía de los alimentos

La cuantía de los alimentos, dispone el art. 146, «será proporcionada al caudal o medios de quien los da y a las necesidades de quien los recibe»; además, añade el art. 147, «se reducirán o aumentarán proporcionalmente según el aumento o disminución que sufran las necesidades del alimentista y la fortuna del que hubiere de satisfacerlas».

Resulta de tales preceptos que han de tenerse en cuenta las necesidades del alimentista y la capacidad económica del alimentante. El primero ha de carecer de recursos con que subvenir a sus necesidades, y carecer de recursos significa no disponer de ingresos ni de capital que pudiera permitirle gestionar la obtención de un crédito.

Por lo que se refiere a la capacidad de trabajo de la persona que pide alimentos, ha de tenerse en cuenta que el art. 152 dispone que cesará la obligación de dar alimentos, entre otras causas, cuando el alimentista pueda ejercer un oficio, profesión o industria. Pero este hecho seguramente ha de juzgarse en relación con la posibilidad objetiva de ejercer una profesión u oficio. La posibilidad de trabajar y la falta de aplicación al trabajo, es lo que puede justificar que la obligación se extinga.(Puig Brutau)

Tanto la valoración de las necesidades del alimentista como la de los medios del obligado son de libre apreciación de los Tribunales, si bien con respecto al último se entiende que cuenta con medios suficientes si puede realizar la prestación alimenticia si perjudicar su propia manutención (Castán)

Según el Código, el pago de alimentos puede ser realizado por un tercero, como dispone el art. 1.894, que pertenece a la sección que regula la gestión de negocios ajenos. Dispone este artículo: «Cuando sin conocimiento del obligado a prestar alimentos, los diese un extraño, éste tendrá derecho a reclamarlos de aquél, a no constar que los dio por oficio de piedad y sin ánimo de reclamarlos.

Los gastos funerarios proporcionados a la calidad de la persona y a los usos de la localidad deberán ser satisfechos, aunque el difunto no hubiere dejado bienes, por aquellos que en vida habrían tenido la obligación de alimentarle.»

§ 9.- Formas de cumplimiento de la obligación alimenticia.

El obligado a prestar alimentos puede, a su elección, satisfacerlos, o pagando la pensión que se fije, o manteniendo en su propia casa al que tiene derecho a ella (art. 149).

Hay aquí, pues una obligación alternativa, en la que la elección, de acuerdo con la regla general que para estas obligaciones impone el artículo 1.132, está atribuida al deudor.

A) Pago par pensiones.-Cuando se opta por pagar los alimentos en dinero, se fija una pensión mensual al alimentista. El Código preceptúa que se verificará el pago por meses anticipados, y, cuando fallezca el alimentista, sus herederos no estarán obligados a devolver lo que éste hubiere recibido anticipadamente (art. 148-2º).

B) Prestación en la propia casa del obligado.Cuando se opta por esta forma de prestar los alimentos, el alimentante recibe y mantiene en su casa al alimentista. Esta formade cumplir la obligación puede incluso considerarse normal mientras existen relaciones familiares regulares.

(Castán)

§ 10.- Extinción

El art. 150 dispone: «La obligación de suministrar alimentos cesa con la muerte del obligado, aunque los prestase en cumplimiento de una sentencia firme.»

La disposición no ofrece ninguna duda por tratarse de una consecuencia del carácter estrictamente personal de la obligación.

El art. 152 añade las siguientes causas de extinción:

«Cesará también la obligación de dar alimentos:

1.º Por muerte del alimentista.

2.º Cuando la fortuna del obligado a darlos se hubiere reducido hasta el punto de no poder satisfacerlos sin desatender sus propias necesidades y las de su familia.

3.º Cuando el alimentista pueda ejercer un oficio, profesión o industria, o haya adquirido un destino o mejorado de fortuna, de suerte que no le sea necesaria la pensión alimenticia para su subsistencia.

4.º Cuando el alimentista, sea o no heredero forzoso, hubiese cometido alguna falta de las que dan lugar a la desheredación.

4.º Cuando el alimentista sea descendiente del obligado a dar alimentos, y la necesidad

de aquél provenga de mala conducta o de falta de aplicación al trabajo, mientras subsista esta causa."

Ha de tenerse en cuenta, respecto a la muerte del alimentista (número 1.º del artículo), que sus herederos no estarán obligados a devolver lo que ya hubiese recibido, al haberse verificado el pago por meses anticipados (art. 148-2).

Como antes se ha visto, el derecho a reclamar alimentos no prescribe, pero las acciones para exigir el pago de las pensiones alimenticias atrasadas prescribe a los cinco años (art. 1.966, núm. 1.º, del Código Civil)

SEGUNDA PARTE

SUCESIONES

Tema 1

CONCEPTOS FUNDAMENTALES DEL DERECHO DE SUCESIONES

§1.- Los sistemas del Derecho de sucesiones.

§2.- El sistema del Código civil

§3.- La sucesión por causa de muerte a título universal.

§4.- La sucesión a título particular.

§5.- La sucesión voluntaria y sucesión legal.

§6.- La herencia como objeto de la sucesión *mortis causa*

§7.- Problemas de interpretación en el nombramiento de heredero y de legatario.

§1.- LOS SISTEMAS DEL DERECHO DE SUCESIONES.

El Derecho de sucesiones, -según PUIG BRUTAU-puede organizarse de dos formas:

A) **El derecho de sucesiones de base romana.-** Este es un sistema que procura la transmisión por igual del activo y del pasivo de la persona fallecida, de manera que una o varias personas se conviertan en titulares activos y pasivos de las relaciones jurídicas transmisibles del causante, pasando por tanto a ocupar el lugar de éste. Es decir que para este sistema, la muerte del causante es un hecho que no afecta a la relación entre crédito y deuda, de manera que ésta subsiste con un nuevo deudor que es el heredero.

B) El sistema del derecho de sucesiones anglosajón.- **En el que se considera que el momento del fallecimiento del causante señala el momento oportuno para satisfacer sus deudas y, en general para extinguir su pasivo a costa de su activo. Si el derecho romano se funda en que la posición jurídica que ocupaba el causante se mantiene en lo esencial inalterada, a base a colocar en su lugar al heredero, el sistema angloamericano, por el contrario, estima que los sucesores no son más que unos meros receptores del remanente o saldo activo que queda o pueda quedar después de la liquidación.**

§2.- EL SISTEMA DEL CÓDIGO CIVIL.

Hasta el año 1944 la doctrina aceptó sin discusión que nuestro derecho de sucesiones seguía el denominado **sistema romano**, que subordina la adquisición de la condición de heredero a la aceptación de la herencia, para ello alegaban los antecedentes históricos y la retroactividad de la aceptación al momento de la muerte del causante que

sigue el modelo romanista (en el modelo germanista la herencia se acepta por la simple delación).

A partir de ese año un amplio sector de la doctrina (García Valdecasas) defendió la solución germanista, para el la que la transmisión de la herencia al heredero se produce desde el mismo instante de la muerte del causante, para ello alegan:

a.- que el código civil califica de heredero en numerosos artículos a quien simplemente es un llamado.

b.- el hecho de no estar regulada la herencia yacente

c.- la existencia del art. 661 que señala que los herederos suceden al difunto por el hecho sólo de su muerte en todos sus derechos y obligaciones.

No obstante la mayoría de la doctrina continúa adscrita a la solución romanista (LACRUZ).

En la organización jurídica del fenómeno sucesorio influyen criterios de política jurídica, que será muy distinta según la relevancia que se dé a factores como el interés familiar, la perpetuación de la propiedad individual o los intereses sociales.

Las **líneas de evolución del Derecho español** contemporáneo, de acuerdo con DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN son las siguientes:

1º.- **Canalización de una parte del caudal relicto hacia la comunidad** través de un sistema de impuestos progresivos que gravan la sucesión, siendo mayor el impuesto a medida que el heredero se encuentra más alejado en grado de parentesco con el causante.

2º .- Consagración en **principio de la libre voluntad del causante** con su correspondiente sistema de freno en favor de sus parientes más próximos (descendientes o ascendientes), los cuales han de heredar necesariamente una parte del caudal relicto (legítimas en nuestro Derecho).

3º.- Ordenación de los **llamamientos legales a la sucesión, en defecto de testamento**, en virtud de la proximidad de relaciones familiares del heredero con el causante (idea ésta que seguramente ha obligado a modificar en 1981 los llamamientos de nuestro Código civil, anteponiendo, por ejemplo, el cónyuge a los colaterales); limitación, dentro de aquellos llamamientos, del núcleo de personas con la cualidad de herederos abintestato.

4º .- **Llamada al Estado** en defecto de familiares con derecho a la sucesión.

§ 3.- LA SUCESIÓN POR CAUSA DE MUERTE A TÍTULO UNIVERSAL.

3.1.- El fundamento de la sucesión *mortis causa*

Sobre el **fundamento** de la sucesión *mortis causa* tanto en su aspecto jurídico como político se ha discutido largamente. La herencia ha tenido sus sostenedores y detractores, estos últimos estiman que es una adquisición de riquezas sin ninguna causa que la justifique. La sucesión por causa de muerte responde en cualquier caso a una necesidad social que se encuentra en la **necesidad de la seguridad, que exige la continuidad en las relaciones jurídicas**. Si la muerte, supusiera la extinción de las relaciones jurídicas que tenía el difunto se produciría una grave inseguridad en la vida

jurídica; los bienes se haría nullius, se extinguirían los iura re aliena, los créditos y las deudas, beneficiándose así sin causa los propietarios y deudores y perjudicándose los acreedores.

3.2.- Sucesión y Derecho de sucesiones.

Por **sucesión** se conoce en términos generales el **cambio de un sujeto por otro en cualquiera de los polos activo y pasivo de una relación jurídica o de un conjunto de ellas**. El cambio de sujeto no afecta al contenido de dicha relación o relaciones y continua siendo el mismo. La sucesión admite una gran variedad de configuraciones, así es posible hablar de sucesión a título particular o general (LÓPEZ Y LÓPEZ).

El **Derecho de sucesiones** regula el destino de las relaciones jurídicas transmisibles de una persona fallecida. El **art. 609.2** del Código civil declara que la **sucesión testada e intestada** es uno de los modos de adquirir y transmitir la propiedad y los demás derechos reales sobre los bienes; pero del **art. 659** resulta que afecta ciertamente a los bienes y derechos, pero también a las obligaciones de una persona que no se extinguen por su muerte. Por tanto, se trata de la parte del Derecho civil que regula el destino legal de los derechos y obligaciones que no se extinguen a la muerte de su titular (PUIG BRUTAU).

3.3.- La sucesión a título universal.

El Código civil no define la **sucesión a título universal**. Pero es doctrina común, aceptada reiteradamente por la jurisprudencia, que esa forma de suceder implica un llamamiento a la totalidad o a una parte alícuota de los bienes del causante (DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN). Ej.- Nos encontramos con un sucesión universal en cualquiera de los siguientes casos: Se instituye por heredero de todos los bienes del causante a X; o se instituye heredero de los bienes a X en una tercera parte; se dejan todos los bienes a X.

La sucesión universal consistiría en la asunción por parte de un nuevo sujeto, el heredero, de una sola vez de todas (o de parte alícuota) las relaciones jurídicas transmisibles que pertenecían al causante; en virtud de un único título y sin necesidad de las formalidades para asumir por separado cada una de ellas. De ahí la denominación de sucesión a título universal (in universum ius) (LÓPEZ LÓPEZ).

El sucesor a título universal adquiere los **bienes, derechos y obligaciones del causante** como objetos independientes, sin perder su individualidad. En vida del causante sólo tenían de común su pertenencia a un mismo titular y esta pertenencia unitaria es lo que pasa al heredero, de modo que éste adquiere **diversas cosas en un solo acto (uno ictu)** y por **un solo título**. La herencia es este conjunto de contenido diverso que se adquiere en un solo acto y por el título único de derecho hereditario (PUIG BRUTAU)

Pero hay que tener presente, que la **muerte** de la persona **no sólo origina fenómenos de sustitución en la titularidad de sus relaciones jurídicas**, sino que puede producir el nacimiento de otras completamente nuevas. Por ejemplo, se constituye un usufructo en favor del cónyuge viudo; se otorga a una persona el derecho a exigir del heredero el pago de una renta anual; etc. Por ello se puede definir el **Derecho de sucesiones o Derecho hereditario** como la parte del Derecho privado

constituida por el **conjunto de normas que regulan el destino de las relaciones jurídicas de una persona cuando muere, y de las que con este motivo se producen** (DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN).

La misión fundamental del derecho de sucesiones es la adopción de determinaciones sobre quién y de que modo va a continuar el destino de las titularidades y relaciones patrimoniales activas y pasivas de una persona después de su muerte (LACRUZ).

§ 4.- LA SUCESIÓN A TÍTULO PARTICULAR.

El **art. 660 CC** establece que « Llámanse heredero al que sucede a título universal y legatario al que sucede a título particular».

El citado precepto establece la doble equiparación **entre heredero y sucesión a título universal** y el **legatario y sucesión a título particular** (SANCHO REBULLIDA).

La **sucesión a título particular** significa la atribución de un derecho singular, o una suma de derechos singulares, a un nuevo titular, causahabiente del anterior. Cuando la atribución tiene lugar por fallecimiento de éste, se denomina sucesión a título particular *mortis causa*(SANCHO REBULLIDA).

El término sucesión a título particular también abarca tanto fenómenos ajenos al derecho de sucesiones, así podemos hablar de **sucesión a título particular** en el ámbito del derecho de obligaciones, como sucede en los supuestos de cesión de créditos, (art.1.526 y ss), en los que el cesionario recibe el crédito con todos los accesorios, ya que se considera el cesionario es un sucesor –causahabiente- del cedente (LACRUZ).

La sucesión a título particular *mortis causa* tiene lugar: A) por una disposición *mortis causa* otorgada en testamento, **el legado**. B) por una disposición legal cuando ésta atribuye al cónyuge sobreviviente los muebles de la vivienda común.

A diferencia del heredero que sucede en todas las relaciones del causante; el sucesor a título particular sólo sucede en determinadas y concretas relaciones jurídicas del causante. El legatario se dice que es, en principio, un mero preceptor de bienes, de sucesor en relaciones jurídicas concretas (SANCHO REBULLIDA). El legado, dice LACRUZ,, es un regalo póstumo.Ej.- Lego mi caballo a X, lego a B mi colección de coches antiguos.

No obstante, hay que advertir que **no siempre el legado es sucesión**. Es posible que el legatario no suceda en ninguna relación jurídica del causante, sino que ésta se cree *ex novo*. (Diez-Picazo y Gullón). Ej. Cuando el testador impone a su heredero un legado de renta anual en favor de un tercero o en el supuesto de legado de cosa ajena. En ambos casos la relación obligatoria se crea *ex novo*, no estaba en la herencia.

Finalmente, hay que tener presente -según LACRUZ- que mientras la herencia se produce forzosamente siempre que alguien muere, haya o no bienes o deudas, la sucesión particular no se produce por necesidad, es preciso el acto de voluntad del causante de ordenar el legado.

§ 5.- LA SUCESIÓN VOLUNTARIA Y SUCESIÓN LEGAL.

Los criterios normales de clasificación de la sucesión *mortis causa* suelen ser dos: el **origen** de la sucesión y el **objeto** sobre el que recae. (DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN)

5.1.- La sucesión voluntaria.

La **sucesión es voluntaria** cuando la persona del sucesor o sucesores ha sido designada libremente por el difunto y el fenómeno sucesorio ha sido libremente regulado por él en virtud de un negocio jurídico unilateral como el **testamento**, o bien mediante convenio con otra persona. En el primer caso estamos ante una **sucesión testamentaria**, que es la regla general en nuestro sistema. En el segundo, ante una **sucesión contractual**, que el Código civil admite sólo de manera excepcional y restringida.

5.2.- La sucesión legal.

La **sucesión es legal** cuando la designación del sucesor y la regulación del fenómeno sucesorio la hace ley. Es la sucesión abintestato, que funciona en defecto de sucesión testamentaria.

Para algunos autores la normativa de las **legítimas**, regulada dentro de la sucesión testamentaria, es una **especie de sucesión legal**. Se afirma al respecto que los familiares que son, con terminología legal, «herederos forzosos» (art. 806), suceden en virtud de la ley y no por voluntad del testador, en la porción de herencia que constituye la legítima, y es asimismo la ley quien regula el fenómeno sucesorio.

Cabe, finalmente, hablar de una **sucesión mixta**, cuando el fenómeno hereditario se regula en parte por la voluntad del difunto (testamento) y en parte por la ley.(art.658-2º). Ej. Cuando en una sucesión voluntaria se declara la nulidad parcial del testamento, se aplican las normas de la sucesión legal o abintestato.

6.- LA HERENCIA COMO OBJETO DE LA SUCESIÓN MORTIS CAUSA

El artículo 659 CC dice que «la herencia comprende todos los bienes, derechos y obligaciones de una persona, que no se extingan por su muerte». La herencia es, pues, el objeto de la sucesión *mortis causa*, y es el total patrimonio del difunto.

El contenido de este artículo puede completarse con las siguientes reglas en cuanto a la composición del patrimonio heredable, también denominado **caudal relicto**. (LÓPEZ Y LÓPEZ):

Derechos que comprende la herencia:

- 1º) El núcleo esencial de la herencia son los derechos de carácter patrimonial.
 - Los derechos sobre las cosas son en general, transmisibles por herencia.
 - Los derechos de crédito son, en principio transmisibles, por establecerlo el art. 1112 CC
 - Las obligaciones también son transmisibles.
 - En derecho de familia son transmisibles los derechos adquiridos por el causante por motivo de las relaciones familiares (crédito resultante de la liquidación de la

sociedad conyugal, impugnación de los actos de un cónyuge realizados sin el consentimiento del otro, etc.)

2º) Hay derechos de carácter extrapatrimonial que pueden transmitirse por herencia. Como es el derecho moral de autor que pueden ejercer los herederos (art. 15 LPI)

Derechos excluidos de la herencia.

1º) Están excluidos de la herencia los siguientes derechos extrapatrimoniales que pertenecían al causante:

- a) Los derechos extrapatrimoniales ligados al estado civil y de familia. Ej. la condición de cónyuge, de hijo, etc.
- b) Los derechos de la personalidad (honor, libertad, integridad física), aunque pueda sucederse en las acciones para la reparación del daño causado.
- c) Los derechos políticos (derecho de sufragio activo y pasivo).
- d) Los derechos a la función pública, ej. La condición de Notario, Registrador de la Propiedad, etc,
- e) el ejercicio de las acciones de impugnación o de reclamación de la paternidad.

2º) Existen derechos de carácter patrimonial que, sin embargo, no se pueden transmitir *mortis causa*:

Los derechos de usufructo vitalicio, el uso y la habitación (art. 525), o cuando en los derechos de crédito se pacte de forma expresa su no transmisibilidad.

3º) Hay derechos que se transmiten o nacen con la muerte de la persona, pero que no forman parte de la herencia, puesto que se atribuyen de acuerdo con otras reglas. Por ejemplo el fenómeno de la subrogación en la posición contractual por causa de muerte del titular del arrendamiento en las legislaciones especiales sobre arrendamiento rústicos y urbanos.

§7. PROBLEMAS DE INTERPRETACIÓN EN EL NOMBRAMIENTO DE HEREDERO Y DE LEGATARIO.

El Código llama **heredero** «al que sucede a título universal, y **legatario** al que sucede a título particular» (art. 660). Además, permite que el testador pueda disponer de sus bienes a título de herencia o de legado (art. 668.1).

Si la sucesión se produce, a falta de testamento por obra de la ley (no cabe entonces el legado) o el testador instituye en la totalidad de sus bienes, (o en una parte alícuota) a uno o varios sucesores es evidente que el designado por la ley o el testador tiene la condición de heredero (LACRUZ).

Esta aparente claridad entre ambas instituciones se difumina en la realidad, puesto que en numerosas ocasiones, el testador designa a alguien como heredero y sin embargo le atribuye relaciones jurídicas singulares (ej, nombro heredero mío a A y le otorgo una casa), o por el contrario otras veces cabe que se designe a alguien como legatario y se le atribuyan una parte alícuota de los bienes de la herencia.

Para LACRUZ hay que partir de tres premisas para poder determinar en que calidad, heredero o legatario, ha sido efectuado un llamamiento:

1º.- A la hora de entender un llamamiento debe prevalecer la voluntad del testador sobre los términos empleados por éste.

2º.- El causante no puede convertir en heredero a quien no vincule los efectos peculiares de esa institución, por ejemplo que le exonere del pago de las deudas.

3º.- El llamamiento a cuota o cosa determinada implican la presunción de herencia o de legado respectivamente.

No obstante- nos dice LÓPEZ Y LÓPEZ- existen una serie de casos que suponen una excepción al criterio de que llamamiento al heredero es llamamiento a una cuota de la herencia: la institución de heredero en cosa cierta y determinada (*institutio ex re certa*) y el legado de cuota alícuota de la herencia (*legatum partitionis*).

A.- La institución de heredero en cosa cierta y determinada (ex re certa.). Según el art. 768 del CC: «El heredero instituido en cosa cierta y determinada será considerado como legatario.».

Este artículo según LACRUZ es una regla interpretativa, careciendo de fuerza imperativa, es decir que la presunción favorable al legado puede desvirtuarse, ya probando que el testador quiso que el instituido contribuyera al pago de las deudas, o bien que atribuyó la cosa en calidad de cuota de su patrimonio y como partición ordenada por él, o pensó que la cosa constituía la totalidad de sus bienes.

B.- El legado de parte alícuota. La diferencia entre heredero y legatario, incluso el que lo sea de parte alícuota, no ha de ofrecer dudas. Los herederos se colocan en el lugar del causante y se convierten, por tanto, en titulares activos y pasivos de sus relaciones jurídicas transmisibles del causante antes de que se realice la efectiva liquidación de la herencia. En cambio, los legatarios sólo podrán recibir los bienes legados después de tal liquidación (PUIG BRUTAU).

Según LACRUZ legado de parte alícuota no se encuentra regulado en el Código civil, puesto que la referencia que hace el art. 655.1 del Código civil, es errónea.

Para este autor, defensor de la denominada teoría subjetiva, queda claro que el testador es dueño de llamar como legatario a cualquiera en la totalidad incluso, o en todo caso en una parte alícuota **de sus bienes**. Sin embargo, precisa, no se puede llamar legatario a una persona a la totalidad o una parte **de la herencia**, entendiendo como tal al conjunto del activo o del pasivo, es decir al conjunto de todas sus relaciones jurídicas transmisibles mortis causa, pues en ese caso se desvirtuaría el sentido de la palabra legar, puesto que en realidad se estaría configurando la posición del heredero. Fuera de esto es perfectamente admisible el legado de parte alícuotas sea de un valor de la herencia, o del remanente de los bienes después de pagadas las deudas, o de la totalidad o una cuota de los cuerpos hereditarios, pues en todo caso se está haciendo aquí un llamamiento singular.

Tema 2: Apertura de la sucesión y llamamiento a la herencia

- §1. Las fases de la sucesión hereditaria.
- §2. La apertura de la sucesión
- §3. La delación
- §4. Incapacidad, prohibición e indignidad para suceder
- §5. Clases de vocación.

§1. Las fases de la sucesión hereditaria.

El fenómeno sucesorio se desenvuelve como un proceso, como un conjunto de fases que tienen lugar de forma sucesiva, pudiendo además coincidir o no en el tiempo (LÓPEZ LÓPEZ). En la transmisión mortis causa se distinguen las siguientes fases.

1º.- **La apertura de la sucesión.** La sucesión de una persona se abre forzosamente en el preciso momento de su muerte. La totalidad de las relaciones jurídicas transmisibles del causante se convierten en herencia, en espera de un sucesor, en el preciso instante del fallecimiento del causante (LACRUZ).

2º.- La delación hereditaria. Dentro de la misma cabe distinguir entre:

a) **Vocación o llamamiento a la herencia.** Supone el **llamamiento** a la herencia **de todos** sus **posibles destinatarios**. Puede ser un llamamiento **actual**, en el supuesto del heredero de primer grado o **virtual**, en el supuesto del resto de herederos para el caso de que no pueda o no quiera suceder el llamado en primer lugar. Tras la muerte del causante, la apertura de la sucesión y vocación coinciden en el tiempo. La vocación es un llamamiento *in abstracto* (LACRUZ).

b).- **Delación de la herencia.** Es el ofrecimiento de la misma, a una o varias personas en concreto, al primero o primeros potenciales herederos que tengan posibilidad de aceptarla. La posibilidad de inmediata aceptación distingue a la delación (como concreto ofrecimiento a unos determinados y concretos sucesores) de la vocación (que es el llamamiento a la generalidad de los sucesores por la voluntad del causante). Delación y vocación, no coinciden en el tiempo.

3º.- **Aceptación.** Consiste en el hecho de quedar investido como heredero del conjunto de titularidades transmisibles del causante.

§2. La apertura de la sucesión.

La sucesión se abre con la muerte del causante. Rige estrictamente en el Derecho moderno el principio *viventis non datur haereditas*. La declaración oficial de fallecimiento de una persona se equipara a la muerte (art. 195 CC). El artículo 196 cc dice que tras la firmeza de la declaración de fallecimiento se abrirá su sucesión, aunque con ciertas cautelas, que obedecen a la posibilidad de que el declarado fallecido viva o se presente, en cuyo caso recuperará los bienes en el estado en que se encuentren (art. 196) (DIEZ-PICAZO Y GULLÓN).

El hecho que origina la apertura de la sucesión es la muerte de la persona física, exclusivamente, puesto que no hay sucesión *mortis causa* en la persona jurídica que, sin embargo, si que es capaz de suceder (LACRUZ Y SANCHO).

El **momento y el lugar de la muerte** tiene gran **trascendencia jurídica** puesto que es en el preciso momento de la apertura cuando el *llamado* a la herencia ha de existir; puesto que ha de sobrevivir al causante y tener capacidad para heredarle (arts. 766 CC); también es el instante de para calificar la capacidad del heredero o del legatario (art. 758 CC), para asunción por el heredero de las titularidades transmisibles del causante, para el momento para la determinación de la competencia territorial, etc.

La legislación del Registro civil se encarga de la fijación pública del instante de la muerte. Así en el *acta de defunción* hay que expresar, si es posible, el día, hora y lugar en que hubiera acaecido la muerte, y la *inscripción* hace fe de esas circunstancias (art. 81 y 290 Rrc.).

Cuando se duda entre dos personas llamadas a sucederse quién ha muerto primero, rige la llamada *presunción de comoriencia* del artículo 33 CC , a cuyo tenor quien sostenga la muerte anterior de una u otra, debe probarla; a falta de prueba, se presumen muertas al mismo tiempo y no hay lugar a la transmisión de derechos de uno a otro (porque no se ha cumplido el requisito de la supervivencia del sucesor al causante) (DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN).

Ej. Este sería el caso en el que en un mismo accidente de tráfico fallecen el padre y sus hijos.

Producida la apertura de la sucesión, en el caso de que el tribunal tenga noticia del fallecimiento de una persona y no conste la existencia de testamento, ni de descendientes, ni ascendientes o cónyuge o asimilado o colateral hasta el cuarto grado, pueden adoptarse *medidas para el aseguramiento de los bienes de la herencia y de los documentos del difunto* (Arts. 790 y ss. Lec/2000).

§ 3. La delación hereditaria.

La teoría tradicional considera la delación como una situación unitaria, y en consecuencia no admite disociación interna entre sus componentes, es decir, que no cabe distinguir entre delación y vocación. La delación es la segunda fase de la herencia, cuando abierta la herencia se produce la oferta al llamado para que manifieste si la acepta pura y simplemente, si la repudia o si la acepta a beneficio de inventario.

La doctrina moderna, sin embargo, ha sometido a revisión la unidad de la delación. Para LACRUZ , DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN, PUIG PEÑA, cabe distinguir dos fases, la vocación y la delación:

Diccionario civil, vocación herencia , pág. 752

a.- **La vocación** es el **llamamiento en abstracto a todos los posibles herederos** en el momento de la muerte del causante, bien por voluntad de este manifestada en testamento, o en todo caso por la ley. La vocación hereditaria es el *título o fundamento jurídico* por cuya virtud una determinada persona es llamada a la herencia del causante y puede por lo tanto, considerarse como aspirante a la misma (LACRUZ).

La vocación es un llamamiento *in abstracto* que otorga la condición de *sucesor eventual* a todos aquellos cuya relación con el causante supone una **expectativa** más o menos lejana de llegar **a ser sus herederos**: bien por la vía del ***ab intestato***, (como cualquier pariente dentro del cuarto grado), bien por la vía ***testamentaria*** en el caso de cualquier persona designada principalmente o subsidiariamente en el testamento.

b.- La delación. Para que una persona sea heredero no le basta ser «llamado», sino que se le tendrá que ofrecer la herencia para su aceptación, y además, ha de aceptarla. El ofrecimiento de la herencia a un llamado en concreto es la ***delación***, siendo la fase sucesoria posterior a la vocación (LACRUZ).

La efectividad del llamamiento, o vocación hereditaria, depende en todo caso de la apertura de la sucesión, y de que el llamado sobreviva al causante, no le haya premuerto. Un problema distinto es el de la llamada a personas que no estén concebidas a la muerte del testador. Sin embargo, puede suceder que la efectividad del llamamiento se retrase, en el supuesto de la institución de heredero a sometido a plazo o a condición. (DIEZ-PICAZO Y GULLÓN)

En el Código civil hay que señalar la constante confusión entre «llamado» y «heredero», que son dos conceptos distintos. Heredero sólo puede ser el llamado que ha aceptado la herencia (DIEZ-PICAZO Y GULLÓN)

Con la ***delación de la herencia***, es decir cuando la herencia se defiere, se atribuye un poder al llamado para que la **acepte o repudie**. A ese poder atribuido al llamado se le denomina ***ius delationis*** naturaleza jurídica es discutida en la doctrina. Se dice que el poder de aceptar o repudiar una sucesión no configura ningún derecho subjetivo, sino que es un reflejo de la capacidad de obrar, un mero poder jurídico.

Sin embargo, la posición dominante lo conceptúa como un derecho subjetivo, que engloba, como todo derecho de esa índole, poderes concretos. En el ***ius delationis*** serían el de aceptar o repudiar la herencia, y el de realizar actos conservativos sobre los bienes hereditarios (art. 999, párrafo último).(Diez-Picazo y Gullón)

Para la eficacia de la ***delación o llamamiento*** hacen falta varios requisitos (ALBALADEJO):

- 1º El fallecimiento del causante o en su caso la declaración de fallecimiento (apertura de la sucesión).
- 2º Las personas llamadas sobrevivan al causante.
- 3º Que tengan capacidad para suceder.
- 4º Que la herencia sea aceptada o que en caso contrario sean llamados nuevos y posibles sucesores.

El segundo de los requisitos , responde a la necesidad de que no puedan transmitir nada a sus propios herederos aquel heredero que hubiese fallecido antes que el testador. En ese sentido se manifiesta el art. **766 Cc** «el heredero voluntario que muere antes que el testador, es incapaz de heredar y el que renuncia a la herencia no transmite ningún derecho a sus herederos, salvo lo dispuesto en los arts. 761 y 857».

§ 4. INCAPACIDAD, PROHIBICIÓN E INDIGNIDAD PARA SUCEDER

4.1.-Regla general de capacidad.

La persona llamada a la sucesión no sólo ha de sobrevivir al causante, sino que ha de tener capacidad para suceder. El Código civil diferencia entre la capacidad para suceder y la capacidad para aceptar la herencia o el legado. Así pues los arts. **744 a 762 Cc** procede a determinar en primer lugar quienes pueden ser nombrados herederos o legatarios y posteriormente examina en que caso los sujetos idóneos para tales fines pueden aceptar por si mismos y en cuales hace falta la concurrencia de determinados requisitos.

El Código civil proclama en el art. 744 como regla general que podrán suceder por testamento o *ab intestato*, los que no estén incapacitados por la ley. Con esta regla permite el Código ser heredero o legatario, en principio a todo sujeto de derecho, puesta la legislación no incapacita a de modo absoluto a ninguno. (Lacruz)

La regla de capacidad del art. 744 Cc, abarca tanto a las personas físicas como a las jurídicas. Estas son capaces de suceder en virtud de los establecido en el art. 38 Cc que establece « que las *personas jurídicas* o morales pueden adquirir y poseer bienes de todas clases, así como contraer obligaciones y ejercitar acciones civiles o criminales conforme a las leyes y reglas de su constitución», en consecuencia, las personas jurídicas tienen aptitud para ser designadas como herederos o legatarios; en ese sentido se manifiesta el art. 746 Cc. : «las Iglesias y los cabildos eclesiásticos, las Diputaciones Provinciales y las Provincias, los Ayuntamientos y Municipios, los establecimientos de hospitalidad, beneficencia e instrucción pública, las asociaciones autorizadas o reconocidas por la ley y las demás personas jurídicas, pueden adquirir por testamento con sujeción a lo dispuesto en el art. 38».

4.2.- Las incapacidades absolutas

El art. **745 Cc** establece que son incapaces para suceder: « 1º Las criaturas abortivas, entendiéndose tales las que no reúnan las circunstancias expresadas en el art. 30 Cc. 2º Asociaciones o corporaciones no permitidas por la ley.»

El Cc califica de incapacidad para suceder con la inexistencia de sujeto idóneo para la sucesión, de esta forma las llamadas por el **incapacidades absolutas** no son propiamente tales incapacidades, porque la incapacidad debería predicarse de una persona existente, y los incapaces del art. 743 Cc **no** son realmente sujetos de derecho.

El Código Civil exige la existencia simultánea de causante y de heredero para que éste suceda a aquel. La supervivencia del heredero al causante viene impuesta por los arts. 33, 190 , 758 y 766 cc. (López y López)

Es indiscutible el derecho a suceder del *nasciturus*, el cual cuando nazca cumpliendo las condiciones legales del art. 30 , consolidará su derecho a la herencia. Hasta entonces hay un llamamiento en su favor pero sometido a una *condictio iuris* de que se produzca el nacimiento y que este sea viable. (Lacruz)

4.3.- Las incapacidades relativas o prohibiciones.

En el Cc nos encontramos con toda una serie de **incapacidades para suceder en relación con un determinado causante**. Nos encontramos con que existe un sujeto de Derecho idóneo en términos generales para ser nombrado heredero o legatario, pero que debido a sus circunstancias especiales ha sido objeto de exclusión por el ordenamiento jurídico. Puig Brutau

Nos encontramos con **dos** grupos de **incapacidades relativas** que tienen en común la circunstancia de referirse siempre a la sucesión TESTADA:

1º) Estas difieren en los hechos de que unas prohibiciones se funden en la existencia de hechos lícitos, pero cuya existencia implica que se incurre en causa de prohibición; se pretende evitar con estos supuestos una posible captación de la voluntad del testador.

2º) Las otras causas toman como base de la exclusión, una aptitud aunque también lícita, pero desconsiderada o poco favorable del excluido frente al testador.

Pertencen al primer grupo los siguientes supuestos:

1.) Art. **752 Cc** «no producirán efectos las disposiciones testamentarias que haga el testador durante su última enfermedad en favor del **sacerdote** que en ella le hubiese confesado, de los parientes del mismo dentro del cuarto grado, de su iglesia, cabildo, comunidad o instituto».

2.) Art. **753 Cc** «tampoco surtirá efecto la disposición testamentaria del pupilo a favor de su **tutor** hecha antes de haberse aprobado la cuenta definitiva de éste, aunque el testador muera después de su aprobación.

Serán, sin embargo, válidas las disposiciones que el pupilo hiciese en favor del tutor que sea su ascendiente, descendiente, hermano, hermana o cónyuge».

3.) Art. **754 Cc** «El testador no podrá disponer del todo o parte de su herencia en favor del **Notario** que autorice su testamento, o del cónyuge o parientes o afines del mismo dentro del cuarto grado, con la excepción establecida en el art. 682 Cc. 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».

Pertencen al segundo grupo de prohibiciones que están fundadas en una actitud poco considerada del excluido en relación con el causante, siguientes:

Art. **257 Cc** «el **tutor** desigando en testamento que se excuse de la tutela al tiempo de su delación perderá lo que. en consideración al nombramiento, le hubiere dejado el testador».

Art. **900 Cc** «el albacea que no acepte el cargo, o lo renuncie sin justa causa perderá lo que le hubiese dejado el **testador**, salvo siempre el derecho que tuviere a legítima.»

4.4. Indignidad para suceder.

En la indignidad para suceder- nos dice Puig Brutau - la ley se funda en circunstancias que afectan a personas que tienen aptitud general para ser nombrados herederos o legatarios.

Las causas de indignidad suponen una transgresión jurídica y se fundan en una

presunción "**iuris tantum**" que el causante hubiere excluido de la sucesión al indigno, si hubiese tenido conocimiento del hecho constitutivo de la indignidad.

Hay autores que afirman que la indignidad es una institución parecida a la revocación de donaciones por causa de ingratitud. La indignidad afecta tanto a la sucesión testada como a la intestada.

El art. **756 Cc**, enumera a los que son incapaces de suceder por causa de indignidad:

1º) Los padres que abandonaren, prostituyeren o corrompiesen a sus hijos.

2º) El que fuere condenado en juicio por haber atentado contra la vida del testador, de su cónyuge, ascendientes o descendientes.

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. (cfr. Código Penal 1995)

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, cuando esta no hubiera procedido ya de oficio.

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

5º) El que, con amenaza, fraude o violencia, obligare al testador a hacer testamento o a cambiarlo.

6º) El que por iguales medios impidiere a otro hacer testamento, o revocar el que tuviese hecho, o suplantare, ocultare o alterase otro posterior.

La institución de la **indignidad** para suceder se aplica tanto en la sucesión testamentaria como en la sucesión legítima o *ab intestato*. Por el contrario las **prohibiciones o incapacidades relativas** se refieren única y exclusivamente a la sucesión testamentaria.

El art. 757 establece que, las causas de indignidad «dejan de sufrir efecto si el testador las conocía al tiempo de hacer testamento, o si, habiéndolo sabido después, las remitiere en documento público»

4.5.- Acciones dirigidas a la declaración de incapacidad

Para el ejercicio de la acción de indignidad están legitimadas todas las personas que puedan obtener un beneficio o mejorar el que ya les corresponda (PUIG BRUTAU).

Con respecto al plazo para su ejercicio, el art **762 Cc**, establece que: « no puede deducirse acción para declarar la incapacidad pasados cinco años desde que el incapaz este en posesión de la herencia o del legado.» Si bien este precepto habla de incapacidad, sin duda se está refiriendo a la indignidad. (Puig Brutau)

4.6.- Efectos de las prohibiciones y de las causas de indignidad

Según el art. 755 Cc «será nula la disposición testamentaria a favor de un

incapaz, aunque se disfrace bajo la forma de contrato oneroso o se haga a nombre de persona interpuesta».

Este artículo no se refiere a los supuestos de indignidad que ya están regulados en el art. 762 Cc sino al resto de incapacidades relativas o prohibiciones.

Según ROCA SASTRE el régimen aplicable en los supuestos de indignidad es similar al de la anulabilidad, puesto que esta acción tiene un plazo de prescripción de 5 años, muy similar al de 4 años de la anulabilidad y, además en el artículo 757 Cc se establece la posibilidad de perdón o rehabilitación al individuo.

En los otros supuestos de incapacidad relativa, se aplicará un régimen que será el mismo que el de la nulidad absoluta.

§ 5. CLASES DE VOCACIÓN.

La vocación puede ser de los siguientes tipos (López y López): **directa**, cuando supone el llamamiento actual y con delación al primer grado del sucesor; **indirecta**, que supone un llamamiento virtual y que se concretará con la delación así que no hayan podido heredar los sucesores de primer o preferente grado, y **solidaria**, cuando el llamamiento se haga de forma conjunta a una pluralidad de sucesores del mismo grado, de tal manera que todos sean potencialmente llamados al todo.

5.1.- La vocación indirecta

La vocación indirecta se manifiesta en dos supuestos distintos, en las sucesiones testamentarias y en el derecho de representación¹⁹.

A) Referencia a las sustituciones testamentarias

El testador puede articular el llamamiento testamentario mediante un orden, de tal manera que al primero o a los primeros llamados sucedan otros si aquéllos no quisieron o no pudieron heredar: la figura es conocida con el nombre de **sustitución hereditaria o testamentaria** (arts. 774 a 789 CC).

B) El derecho de representación

a) Concepto

El Código civil, dentro de las normas dedicadas a la regulación de la sucesión ab intestato, contiene el art. 921-1º, hace referencia al llamado **derecho de representación**, que a su vez es definido en el art. 924 «Llamase 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».

El derecho de representación es sencillamente el llamamiento indirecto efectuado por la ley a la stirpe de uno de los primeros llamados (también en el orden legal, determinado por el parentesco, que no ha sobrevivido al causante o no ha podido sucederle.

¹⁹Nos referimos de manera sucinta a cada uno de los diferentes supuestos de vocación que serán desarrollados en posteriores capítulos.

5.2.- La vocación solidaria. El derecho de acrecer.

La vocación es solidaria cuando se hace un llamamiento conjunto a una pluralidad de sucesores del mismo grado, en forma que todos resulten potencialmente al todo. El efecto de este tipo de vocación es que la falta de alguno o algunos de los designados provoca la expansión de la participación de los restantes en el as hereditario o en la parte de este que había sido objeto del llamamiento conjunto. Dicho efecto es conocido con el nombre de acrecimiento o derecho de acrecer. (LÓPEZ Y LÓPEZ).

Tema 3: Aceptación y repudiación de la herencia.

§ 1.- Sistemas de adquisición.

§ 2.- La herencia yacente.

§ 3.- El derecho de transmisión.

§ 4.- La aceptación de la herencia.

§ 5.- La repudiación de la herencia.

§ 6.- Capacidad y legitimación para aceptar y repudiar la herencia

§1.- SISTEMAS DE ADQUISICIÓN.

1.1.- Diferentes sistemas de adquisición.

El momento de la muerte de una persona produce la *apertura de la sucesión* y el *llamamiento* a los designados por testamento o por la ley como beneficiarios de la sucesión *mortis causa*. Cuestión diferente es la de establecer a partir de que momento el llamado ha de considerarse heredero.

El Derecho de sucesiones - según PUIG BRUTAU- ha de conciliar la protección debida a la voluntad del causante con la de los intereses del *llamado* para aceptar o repudiar la herencia. Los ordenamientos jurídicos pueden seguir dos orientaciones para producir la transmisión de la herencia:

a) El de la **tradición romanista** que estima que el llamamiento no convierte por sí solo en heredero al llamado, sino que además se exige algún acto de aceptación. Es decir que este sistema se basa en la voluntad del llamado (DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN).

Este sistema responde a la idea básica de que existe un cambio de titular de las relaciones jurídicas que estaban enlazadas con el causante, de tal manera que el sucesor continuará con la titularidad de las mismas.

B) El **sistema germánico**, prescinde de la voluntad del llamado puesto que entiende que dicho llamamiento ya le convierte en automáticamente en heredero, sin perjuicio de rechazar (repudiar) tal cualidad en un plazo determinado. Esta orientación corresponde al sistema de derecho angloamericano o «common law» que consideran que el patrimonio del fallecido entra por este hecho en un período de liquidación, de este patrimonio cuidarán unos órganos especiales que entregarán el rematante líquido que pueda quedar a los beneficiarios o herederos.

Para este sistema no existe sucesión en sentido propio, pues está intercalado un órgano imparcial de liquidación que rompe aquella continuidad entre las relaciones jurídicas que afectaban al causante y las que adquieren los beneficiarios.

1.2.- El sistema del CC

La doctrina científica dominante establece que la herencia se adquiere, de

acuerdo con el sistema romanista por la aceptación, lo que supone que no hay adquisición *ipso iure* de la herencia (DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN). En el sistema del Cc español la **adquisición hereditaria** depende de la concurrencia de dos requisitos: la **delación o llamamiento** y la **aceptación o adición**. Del llamamiento nace el derecho a la adquisición de la herencia mediante la aceptación (PUIG BRUTAU).

El requisito de la aceptación sólo es exigible para el caso del heredero (art. 988 y ss.) puesto que en el supuesto del legatario se produce de **forma automática**, sin perjuicio de su eventual repudiación (LÓPEZ Y LÓPEZ); la adquisición de los legados si que sigue el sistema germánico en base a lo establecido en el art. 881 CC:«El legatario adquiere derecho a los legados puros y simples desde la muerte del testador, y lo transmite a sus herederos» (VALPUESTA).

La adscripción del **sistema español** a la **tradición romanista** se desprende de los siguientes artículos:

989: «Los efectos de la aceptación y de la repudiación se retrotraen siempre al momento de la muerte de la persona a quien se hereda».

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».

1006 «Por muerte del heredero sin aceptar ni repudiar la herencia pasará a los suyos el mismo derecho que él tenía».

No obstante, en el Código civil también podemos encontrar artículos que responden al criterio germánico.

El **art. 661** establece que «Los herederos suceden al difunto por el sólo hecho de su muerte en todos los derechos y obligaciones».

El **art. 657 CC** que dice que: «Los derechos a la sucesión de una persona se transmiten desde el momento de su muerte»

y el **440** «La posesión de los bienes hereditarios se entiende transmitida al heredero sin interrupción y desde el momento de la muerte del causante, en el caso de que llegue a adirse la herencia».

1.3.- Las fases de la adquisición.

La apertura de la sucesión y la adquisición de la herencia se desenvuelven en dos fases diferentes:

a) Una primera que **se inicia en el momento de la muerte del causante**, en el que se produce el ofrecimiento de la herencia a los llamados a la misma; en esta fase éstos sólo son titulares del *ius delationis*, que pueden transmitir a sus herederos en caso de fallecimiento (art. 1.006); durante la misma la herencia está **yacente** en cuanto que carece de un titular.

b) una segunda, que **se inicia con la aceptación**, por la que se adquiere la cualidad de heredero; una vez que ésta se ha producido, sus efectos se retrotraen al momento de la muerte del *de cuius* o causante y se considera que el heredero lo ha sido desde que se produjo la *delación*. Si el llamado repudia la herencia, ésta también tiene efectos retroactivos, por lo que la delación que se opera a favor del siguiente o siguientes llamados, hay que situarla al momento de la apertura de la sucesión (VALPUESTA).

1.4.- Posición jurídica del llamado a la herencia antes de que se consolide su derecho.

Según ROCA SASTRE mientras el heredero que ha sido llamado a la herencia no la acepte, no es heredero en sentido estricto, ni tan siquiera provisional. Por el mero hecho de la *delación* el llamado a ser heredero solamente adquiere automáticamente el *ius delationis*, el derecho a ser efectivamente heredero mediante la aceptación, salvo el supuesto que prefiriese repudiar la herencia.

Según LACRUZ Y SANCHO, aunque el CC llama impropiaamente heredero al llamado a la herencia en varios de sus artículos, en realidad tal llamado a heredar no es propietario de las cosas hereditarias ni titular de los créditos y deudas mientras no acepte.

La **posición del llamado a la herencia** presenta las siguientes características (PUIG BRUTAU) :

- 1ª) no puede demandar por razón de créditos a favor de la herencia ni ser demandado por los que ostenten contra la misma. Si el *llamado* ejercitase una acción de la herencia dejaría de ser llamado porque tal acto implicaría la aceptación de la herencia.
- 2ª) puede limitarse a realizar en los bienes hereditarios actos de mera conservación o administración provisional sin perder tal cualidad del llamado a la herencia, es decir sin que ello implique una aceptación tácita de la misma. .

§ 2.- LA HERENCIA YACENTE.

2.1.- Concepto.

Según ROCA SASTRE el sistema romano de no adquirirse la herencia por el heredero mientras hasta su aceptación, produce la situación especial de *herencia yacente*. La especial situación de yacencia se reputa como no acaecida una vez haya tenido lugar la aceptación, puesto que se considera que el heredero una vez haya aceptado ha sido heredero desde el momento mismo de la delación, esta es la norma de *retroacción de la aceptación de la herencia*.

La característica principal de la herencia yacente es la falta de un titular actual que se haga cargo de las relaciones jurídicas y de los bienes que la integran, hasta que sea aceptada por el llamado a la herencia. Esta una situación transitoria, puesto que en última instancia a falta de herederos la herencia se deferirá al Estado. (VALPUESTA).

En el **Código civil ni regula la herencia yacente** ni contiene **ninguna referencia expresa a la herencia yacente**, aunque si que cabe inferir su existencia en algunos supuestos específicos en los que aún no se ha aceptado la herencia (DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN) :

1º En el caso de la institución como heredero de un concebido pero no nacido todavía.(art 965)

2º La institución de heredero bajo condición. (Arts, 801 y 804)

3º La institución a favor de persona incierta, pero que por algún evento puede ser cierta.
Ej. Se instituye heredero a quien descubra una vacuna contra el Sida.

4º Cuando el heredero no exprese todavía su voluntad de aceptar o de no aceptar la herencia (este último supuesto es el más habitual).

5º.- En el caso del art. 1.934 Cc también hay una referencia implícita a la herencia yacente: «la prescripción produce sus efectos jurídicos a favor y en contra de la herencia antes de haber sido aceptada y durante el tiempo concedido para hacer inventario para deliberar».

2.2.- La administración de la herencia yacente.

En cuanto a la administración de la **herencia yacente**, en primer lugar corresponde al "albacea" nombrado por el testador, si no existe albacea, será el "llamado a la herencia" y en su defecto se podrá instar por los interesados la "administrador judicial". Todo ello sin perjuicio de las medidas que corresponda tomar judicialmente en los casos de existir juicio de *ab intestato*, de testamentaria, del derecho de deliberar o del heredero concebido pero aún no nacido.

El Tribunal Supremo concede legitimación pasiva a la herencia yacente, en el sentido de que puede ser demandada en un pleito incluso antes de haber sido aceptada por los llamados a la misma. La reclamación judicial deberá dirigirse contra la herencia yacente y los posibles herederos, que deberán ser mencionados si se conocen, o aludidos si no se sabe quienes pueden ser (STS 21 may 1991, entre otras).

Para DIEZ-PICAZO Y GULLÓN, salvo que el testador haya nombrado un administrador, no queda resuelto el problema de la administración de la herencia yacente, debido sobre todo al silencio del legislador; entienden ambos autores que podría ser aplicable por analogía lo dispuesto en el art. 1.020, que regula la puesta en administración de la herencia cuando el llamado hace uso del derecho para deliberar antes de aceptar o repudiar. Esta solución se podría aplicar en todos los supuestos en los que, estando la herencia yacente, la defensa de los intereses de los llamados a la misma o de terceros exijan la intervención de un administrador, facultándoseles para que insten al Juez a fin de que proceda a su nombramiento.

§ 3.- EL DERECHO DE TRANSMISIÓN.

Según ROCA SASTRE el **derecho de transmisión** es el que tienen los herederos del heredero que fallece en el intervalo comprendido entre la delación hereditaria a su favor y la aceptación o adición hereditaria futura, y en virtud del cual aquéllos hacen suya la facultad de aceptar o repudiar la herencia, o sea, el *ius delationis*, atribuido a éste.

Para nuestro Derecho la muerte del llamado no provoca la extinción de su delación, sino que ésta subsiste hasta que se produzca la adquisición de la herencia por el heredero de dicho llamado, o se extinga por otras causas. La vocación hereditaria, o sea, el *ius delationis*, tiene valor patrimonial y, por tanto, constituye uno de los elementos integrantes de la herencia del heredero llamado y fallecido antes de aceptar, y que, por consiguiente, por formar parte del patrimonio relicto, pasa con éste a sus propios herederos, los cuales podrán aceptar o repudiar la herencia.

La vocación hereditaria y el *ius delationis*, son transmisibles en virtud de lo establecido en el art. 1.006 CC al declarar que: «por muerte del heredero sin aceptar ni repudiar la herencia pasará a los suyos el mismo derecho que él tenía».

El objeto del llamado *derecho de transmisión* es la vocación o delación hereditarias, es decir, no la herencia en si misma, sino el derecho a adquirirla o de repudiarla.

Ej. Si A muere instituyendo heredero a B, que a su vez muere después de A (tras haberse producido la apertura de la herencia) pero antes de la aceptación, el derecho que tiene B de aceptar o repudiar la herencia de A, pasa a los herederos de B. En la herencia de B, quedará comprendido el *ius delationis* con respecto a la herencia de A.

No hay duda que, en primer lugar, los segundos herederos o llamados a la segunda herencia han de resolver si aceptan o repudian la herencia de su directo causante; si repudian, queda igualmente repudiado el derecho de aceptar la que podía haber aceptado o repudiado su causante; pero si la aceptan, pueden hacer uso de su derecho adquirido con esta decisión de aceptar o repudiar la primera herencia. El *ius delationis* es un valor patrimonial contenido en la segunda herencia, y la aceptación, como dispone el Código (art. 990) ha de ser total. El destinatario del derecho de transmisión o heredero del segundo causante, ha de tener capacidad en relación con éste, y además ha de tener capacidad en relación con el primer causante (PUIG BRUTAU).

§ 4.- LA ACEPTACIÓN DE LA HERENCIA.

4.1.- Concepto y caracteres.

La aceptación de la herencia es la declaración de voluntad del llamado a heredar, o el acto que la pone de manifiesto, en el sentido de aceptar o admitir la herencia y de convertirse efectivamente en heredero.

La aceptación de la herencia ofrece los siguientes caracteres (PUIG BRUTAU):

a) *Es un acto voluntario y libre del llamado.* Así lo establece el **art. 988 CC**: «La aceptación y repudiación de la herencia son actos enteramente voluntarios y libres». Por ello, como todas las declaraciones de voluntad, su eficacia puede desaparecer si adolece de vicios del consentimiento. La aceptación, lo mismo que la repudiación, podrá ser impugnada «cuando adoleciesen de algunos de los vicios que anulan el consentimiento, o apareciese un testamento desconocido» (art. 997).

b) *La aceptación es irrevocable.* El llamado es libre para aceptar; pero, una vez manifestada la aceptación (o, en su caso, la repudiación), ésta es irrevocable, sin perjuicio de la posibilidad de impugnación, precisamente si no ha sido libre por vicio del consentimiento (art. 997).

c) *Es un negocio jurídico unilateral.* Es decir que la declaración produce sus efectos sin necesidad de encontrarse con otra voluntad.

d) *Certeza de la delación.* En este sentido el art. 991 establece que: «Nadie podrá aceptar ni repudiar sin estar cierto de la muerte de la persona a quien haya desheredar y de su derecho a la herencia».

e) *La aceptación ha de hacerse en forma pura,* esto es, sin quedar sometida a plazo ni a condición de clase alguna (**art. 990**). Lo contrario equivaldría a introducir un cambio en el llamamiento de la ley o del testador, como si su voluntad pudiese quedar modificada

por la del llamado a suceder.

f) *La aceptación es indivisible*, pues, como dispone el Código (art. 990), «no podrá hacerse en parte». El heredero aceptante ha de quedar subrogado en el lugar del causante, como titular de sus bienes, derechos y obligaciones. No puede recaer sólo sobre parte de los mismos por exclusiva voluntad del llamado.

g) *La aceptación tiene efecto retroactivo*. Lo dispone el art. 989:«Los efectos de la aceptación y de la repudiación se retrotraen siempre al momento de la muerte de la persona a quien se hereda » Lo mismo dispone el art. 440 (posesión civilísima) respecto a la posesión de los bienes hereditarios.

4.2. Clases de aceptación.

El Código dispone que la herencia podrá ser aceptada **pura y simplemente**, o a **beneficio de inventario** (art. 998); además la herencia pura puede ser expresa o tácita; finalmente, el Código reconoce varios supuestos de **actos equivalentes a la aceptación**.

A) Aceptación pura y simple

La **aceptación pura y simple**, o sin beneficio de inventario, produce como consecuencia que el heredero quede responsable de todas las cargas de la herencia, no sólo con los bienes de ésta, sino también con los suyos propios (**art. 1.003 Cc**), esta es la **llamada responsabilidad *ultra vires hereditatis***.

B) La aceptación a beneficio de inventario²⁰.

La **aceptación a beneficio de inventario**, supone que el patrimonio hereditario y el del heredero se constituyen en patrimonios separados; es decir, que el heredero no queda obligado a pagar las deudas y demás cargas de la herencia sino con los bienes de esta y hasta donde ellos alcancen.

El **beneficio** consiste en la limitación de la responsabilidad del aceptante; que en este caso se trata de una **responsabilidad *intra vires hereditatis***. El caudal relicto se conservará como patrimonio separado hasta que se produzca su total liquidación (PUIG BRUTAU) .Para obtener el beneficio hay que realizar un **inventario** de los bienes recibidos, para evitar que se oculten y queden sustraídos a las responsabilidad por deudas y cargas hereditarias (ALBALADEJO).

C) Aceptación expresa y tácita.

La **aceptación pura y simple** puede ser **expresa y tácita (art. 999 CC)**.

a) **La aceptación expresa** es la que se hace en documento público o privado.

b) **La aceptación tácita** es la que se hace por actos que suponen necesariamente la voluntad de aceptar, o que no habría derecho a ejecutar sino con la cualidad de heredero.

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

²⁰ Vid. Tema 4. §.3 .- Limitación de la responsabilidad del heredero. 3.B. El beneficio de inventario.

999).

Al admitir la aceptación tácita, el Código trata de evitar que pueda rechazar los efectos de la aceptación quien con ello habría incurrido en una conducta contradictoria. Con su conducta el llamado puede haberse colocado en la misma posición que resultaría de la aceptación expresa, en cuyo caso ha de admitir las mismas consecuencias jurídicas.

Los supuestos de aceptación tácita aparecen recogidos en el **art. 1.000 CC** que establece que la **herencia ha de entenderse aceptada:**

«1º.- Cuando el heredero vende, dona o cede su derecho a un extraño, a todos sus coherederos o a alguno de ellos.

2º.- Cuando el heredero la renuncia, aunque sea gratuitamente, a beneficio de uno o más de sus coherederos.

3º.- 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.»

D) Actos equivalentes a la aceptación

Además de los supuestos de aceptación tácita del art. 1000 , el CC también prevé algunos **actos equivalentes a la aceptación** (ALBALADEJO). Estos supuestos de atribución de la herencia por efecto legal u *ope legis* son los siguientes:

- a) La **sustracción u ocultación de bienes de la herencia**. El art. 1.002 establece que los herederos que hayan **sustraído y ocultado** bienes de la herencia no pueden renunciar a la herencia misma, y quedan con el carácter de herederos puros y simples.
- b) El dejar transcurrir el plazo para aceptar o deliberar. Se trata del supuesto del art. 1.005 según el cual ejercitada la *interpellatio in iure*, ante el silencio del heredero se entenderá aceptada la herencia y del 1.019 establece que la herencia se considerará aceptada transcurrido el plazo para ejercer el **derecho para deliberar**.

E) Forma de la aceptación.

La aceptación de la herencia pura y simple ha de hacerse mediante documento público o por escrito (art. 999) y la aceptación a beneficio de inventario según el **art. 1011 Cc** (y el 52.1.4º Lec/2000). «la aceptación de la herencia a beneficio de inventario podrá hacerse ante Notario o por escrito ante el juez que sea competente en materia de testamentaria o *ab intestato*».

§ 5.- LA REPUDIACIÓN DE LA HERENCIA.

5.1.- Concepto.

La repudiación o renuncia de la herencia es la declaración de voluntad, unilateral, expresa y formal, del llamado a una herencia de no ser heredero y consecuentemente de no adquirir los bienes hereditarios (DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN). Desde un punto de vista estrictamente jurídico, no se puede hablar de renuncia sino de

voluntad de no adquirir, puesto que el llamado nada ha adquirido. Esto es así puesto que la aceptación una vez hecha es irrevocable (art. 997 CC) y, por tanto, la repudiación no puede consistir en la revocación o resolución de una adquisición ya efectuada (PUIG BRUTAU).

La repudiación supone que **no se acepta la delación o llamamiento legal**, lo que conlleva a que se produzca una segunda delación. La nueva delación se produce en beneficio: a) del sustituto vulgar de haberse previsto por el testador (art. 774), b) de los restantes coherederos en virtud del derecho de acrecer o c) que se abra la sucesión intestada.

El repudiante, aún a pesar del tenor del art. 1001 es un llamado y no un heredero puesto que para ello debería de haber aceptado previamente la herencia.

El derecho de repudiar la herencia lo tienen tanto el heredero testamentario como el *ab intestato*. En el sistema del CC ya no cabe la repudiación una vez que la herencia ha sido aceptada. Tanto la repudiación como la aceptación una vez que se han producido son irrevocables.

5.2.- Forma de la repudiación.

La repudiación ha de efectuarse de modo expreso, ya que a diferencia de lo que sucede con la aceptación que cabe la repudiación tácita. La renuncia estará sometida además a unos requisitos de forma que aparecen recogidos en el **art. 1.008 Cc** «la repudiación de la herencia deberá hacerse en instrumento público o auténtico o por escrito presentando ante el juez competente para conocer de la testamentaria de la *ab intestato*».

La STS de 23 noviembre de 1999 (RJA 1999,9049): exige que *«La repudiación de la herencia debe revestir forma de acto notoriamente sustancial, integrado por la declaración de la voluntad debidamente manifestada de quien es llamado a una concreta sucesión y precisa su correspondiente exteriorización para que pueda ser conocida por todos aquellos interesados en la sucesión de que se trate (SS. de 24-12-1909, 9-2-1992 [RJ 1992\10130] y 4-2-1994 [RJ 1994\909]), no precisándose que el documento auténtico sea documento público, pero sí que se trate de documento que indubitadamente proceda del renunciante.»*

5.3.- Efectos de la repudiación.

La repudiación produce los siguientes efectos (DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN) :

- 1) Hace desaparecer la delación en favor del llamado con efectos retroactivos al momento de la muerte del causante, con el consiguiente nacimiento de un nuevo «ius delationis» en favor de la persona a quien le corresponda. **La herencia repudiada se deferirá:** en primer lugar, a los sustitutos designados en testamento; en su defecto a los coherederos en virtud del derecho de acrecer, y finalmente, si no existen coherederos, se abre la sucesión *ab intestato* siendo llamados los herederos legítimos.

- 2) El renunciante, conserva el derecho de representar al causante en otra sucesión a la que este fuese llamado, siempre que en ella opere legalmente el derecho de representación.
- 3) El repudiante conserva las donaciones que hubiese recibido en vida del causante.4) La repudiación es compatible con la conservación de los legados (art. 989).
- 4) El que renuncia a una herencia se entiende que nunca la ha poseído (art. 440).
- 5) Si la renuncia es a la legítima, se produce la expansión a los restante legitimarios por derecho propio y no por derecho de acrecer (art. 985).

5.4.- Plazo para aceptar y repudiar la herencia.

En el Cc no se establece de forma expresa un plazo para que el llamado acepte o repudie la herencia.

La duración del mismo no es una cuestión pacífica en la doctrina, parte de la misma se inclina por reconocerle un plazo de prescripción de **15 años** que es el previsto en el cc para el ejercicio de las **acciones personales** (ALBALADEJO), y otro sector se inclina por reconocerle un plazo de 30 años que es el mismo que el que el Cc señala para el ejercicio de las **acciones reales**. Esta última tendencia es la que predomina.

Hay dos supuestos en los que el CC si que fija un plazo para aceptar o repudiar la herencia:

- a) 30 días como máximo cuando un tercero interesado inste en juicio para que el heredero acepte o repudie (art. 1005).
- b) 30 días desde la formación de inventario, cuando el heredero lo solicite antes de aceptar o de repudiar, para deliberar sobre ese extremo (arts. 1.010 y 1019).

5.5.- La *interpellatio in iure*

Durante el plazo establecido y antes que el "llamado" acepte o renuncie a la herencia, es decir, durante el periodo de yacencia de la herencia pueden suceder 2 cosas:

1-Que los interesados en la misma la interpielen para que manifieste su voluntad de aceptar o de repudiar (*interpellatio in iure*).

2-Que el mismo ejercite su derecho de deliberar (por ej. acreedor).

La situación de herencia yacente no es satisfactoria ni para los llamados ni para los terceros relacionados con el caudal relicto; y esta situación se puede prolongar en el tiempo si no se produce la aceptación de la herencia por el que le corresponda. Por ello los artículos 1.004 y 1.005 conceden una acción a los interesados en el patrimonio hereditario, tales como los herederos llamados, aquellas personas que sucederían al llamado en su lugar en caso de renuncia, los legatarios y los terceros acreedores de la herencia que insten judicialmente a los titulares del *ius dellationis* para que acepten o renuncien la herencia.

Esta acción no se puede interponer hasta pasados 9 días de la muerte del causante y el juez fijará un término a plazo para que el llamado a la herencia declare si la aceptado la repudia, éste no podrá ser superior a 30 días, una vez transcurrido el mismo sin que el llamado se haya manifestado en algún sentido se entenderá aceptada la herencia.(art. 1005 Código civil) VALPUESTA.

5.6.- El derecho de deliberar

a) *Concepto*.- La aceptación y repudiación de la herencia son actos que pueden tener gran trascendencia en el patrimonio del heredero, por lo que el llamado a la misma debe tener un conocimiento lo más exacto posible de su contenido para poder emitir de forma consciente la declaración de voluntad oportuna.

Además del plazo que se otorga al llamado para que acepte o repudie la herencia, éste puede solicitar un **segundo plazo** para que se deje deliberar sobre la decisión a tomar (ALBALADEJO). Este el denominado derecho de deliberar, y puede solicitarse ante el Juez, en ese sentido el **artículo 1010.2 Cc** «también podrá pedir la formación de inventario antes de aceptar o repudiar la herencia para **deliberar** sobre este punto».

b) *Plazo* .- El plazo para solicitar el derecho a deliberar es el mismo que para la aceptación y repudiación de la herencia; pero si el llamado tiene en su poder los bienes de la herencia o parte de ellos tendrá para su ejercicio 10 días desde que supiere la delación de la herencia.

Una vez solicitado el derecho de deliberar, se procederá a la formación de un **inventario** de los bienes de la herencia, que se regirá por lo dispuesto para la aceptación a beneficio de inventario. El llamado tiene un plazo de 30 días desde la conclusión del inventario para aceptar o repudiar la herencia, entendiéndose aceptada pura y simplemente si no hay manifestación en algún sentido (art.1.019).

El derecho de deliberar tiene escasa utilidad práctica, puesto que con parecidos requisitos formales puede utilizarse el beneficio de inventario que es más seguro para el llamado. (ALBALADEJO)

§ 6.- Capacidad y legitimación para aceptar y repudiar la herencia

6.1.- Capacidad para aceptar

No ha de confundirse la capacidad que el Código exige para suceder con la que es necesaria para manifestar la aceptación. Ahora se trata de si una persona idónea para suceder puede manifestar con eficacia la aceptación por tener para ello la capacidad suficiente para juzgar de la conveniencia de hacerlo (PUIG BRUTAU).

El Código establece una regla general y varias excepciones.

-**La regla general** es que pueden aceptar una herencia «todos los que tengan la libre disposición de sus bienes» (art. 992.1). Los que carezcan de esta capacidad de disponer necesitan que la actuación de su representante legal, y los que la tengan incompleta que les sea completada. Además a las personas jurídicas necesitan de ciertas autorizaciones según los términos de los arts. 992 y ss. (ALBALADEJO).

- **Las excepciones** a la regla general, son las siguientes:

- a) La herencia dejada a los **menores bajo patria potestad** será aceptada por el titular o titulares de la misma, pero la aceptación se entenderá hecha a beneficio de

inventario (art. 166.2).

- b) En el caso del **menor sometido a tutela**, la aceptación de la herencia por el tutor por si solo se entenderá hecha a beneficio de inventario; puesto que para aceptarla sin este beneficio necesitará autorización judicial (art. 271, 4º)
- c) Respecto a la capacidad del menor emancipado, el art. 992.1 enlaza la capacidad para aceptar una herencia a la circunstancia de que se tenga la libre disposición de sus bienes, y el art. 323 CC, dice que la emancipación habilita al menor para regir su persona y bienes como si fuera mayor, con las limitaciones de no poder tomar dinero a préstamo, gravar o enajenar bienes inmuebles u objetos de extraordinario valor sin consentimiento de sus padres o del tutor. Resulta que las limitaciones a la libre disposición de sus bienes no se refieren a la aceptación de la herencia.
- d) Para los **incapacitados sometidos a tutela** deberá aceptar la herencia el tutor con autorización judicial, o bien el tutor por sí solo, en cuyo supuesto la aceptación se entenderá hecha a beneficio de inventario. (arts. 272.1.o y 992.2).
- e) Respecto a las **personas casadas**, cuando la herencia sea aceptada sin beneficio de inventario por uno de los cónyuges y no concurra el otro para prestar su consentimiento a la aceptación, no responderán de las deudas hereditarias los bienes de la sociedad conyugal. (art. 995)
- f) Los **quebrados y concursados** no pueden administrar ni disponer de sus bienes, por estar sometidos a una liquidación especial en beneficio de sus acreedores (arts. 1912 del Código civil y 878 del Código de comercio). Por ello, los síndicos deben autorizar la aceptación o repudiación de una herencia.
- g) La **herencia dejada a los pobres necesita** ser aceptada, pero será siempre con el beneficio de inventario por disposición de la ley (art. 992.2). En las herencias a favor del alma que contempla el art. 747, la aceptación corresponde a los albaceas.
- h) Por las **asociaciones, corporaciones y fundaciones** capaces de adquirir podrán aceptar sus legítimos representantes, aunque para repudiarlas necesitarán aprobación judicial, con audiencia del Ministerio público (art. 993). Los establecimientos públicos oficiales no podrán aceptar ni repudiar las herencias sin la aprobación del Gobierno (art. 994).

6.2.- La aceptación de la herencia por los acreedores del heredero.

El art. 1.001 del CC establece que: «Si el heredero **repudia la herencia en perjuicio de sus propios acreedores**, podrán estos pedir al Juez que los autorice para aceptarla en nombre de aquél.

La aceptación sólo aprovechará a los acreedores en cuanto baste a cubrir el importe de sus créditos. El exceso, si lo hubiere, no pertenecerá en ningún caso al renunciante, sino que se adjudicará a las personas a quienes corresponda según las reglas establecidas en este Código».

En realidad no se trata de que los acreedores acepten en nombre del repudiante, puesto que ni éste deviene heredero ni tampoco los acreedores, puesto que heredero será el llamado que la acepte en defecto del repudiante (ALBALADEJO).

6.3.-Capacidad para manifestar la renuncia

Rigen las mismas disposiciones examinadas respecto a la aceptación, con las siguientes diferencias:

Las asociaciones, corporaciones y fundaciones con capacidad para adquirir

pueden aceptar herencias, «mas para repudiarla necesitan la aprobación judicial, con audiencia del Ministerio público» (art. 993).

La herencia dejada a los pobres ha de ser aceptada por las personas que señala el art. 992.3; pero nada dispone el Código acerca de su repudiación.

Tema 4

LA ACEPTACIÓN CON BENEFICIO DE INVENTARIO. EL DERECHO DE DELIBERAR

§1.- La responsabilidad por deudas de los herederos.

§2.- La aceptación pura y simple de la herencia.

§3.- El derecho de deliberar.

§4.- La aceptación con beneficio de inventario.

§5.- Posición de los acreedores de la herencia

§6.- Los legatarios como acreedores de la herencia

§7.- Posición de los acreedores del heredero

§1.- LA RESPONSABILIDAD POR DEUDAS DE LOS HEREDEROS.

La sucesión a título universal permite al heredero adquirir todos los bienes, derechos y obligaciones del causante que sean transmisibles por no tener carácter personalísimo. Este es el sentido del art. 661 CC «los herederos suceden al difunto por el hecho solo de su muerte en todos sus derechos y obligaciones».

El heredero, por lo tanto, se subroga en la posición jurídica que ocupaba el causante. Según ALBALADEJO, el heredero se convierte a la vez en titular de los derechos que tenía el causante y en deudor de las obligaciones que tenía. Con respecto al pasivo hereditario, el heredero se convertirá en deudor personal de los acreedores del causante.

La regla general es que la sucesión implique la responsabilidad ilimitada del heredero por las deudas de la herencia, es decir respondiendo de aquella con su propio patrimonio personal (responsabilidad *ultra vires hereditatis*). Excepcionalmente puede limitarse la responsabilidad del heredero a los bienes adquiridos por herencia (responsabilidad *intra vires hereditatis*) mediante el llamado beneficio de inventario (art. 1003 Cc.) y el «derecho de deliberar».

La existencia de dos formas diferentes de aceptación de la herencia responde a la necesidad del Derecho de armonizar los distintos intereses que pueden entrar colisión en la sucesión universal por causa de muerte (PUIG BRUTAU):

- a) El **interés del heredero** que podría sufrir las consecuencias perjudiciales de una herencia onerosa.
- b) El interés de los **acreedores del causante** que podían tener suficiente garantía con los bienes de su primitivo deudor.

- c) El interés de los **acreedores del heredero**, que pueden quedar perjudicados si su deudor acepta una herencia con un pasivo superior al activo.

§2.- LA ACEPTACIÓN PURA Y SIMPLE DE LA HERENCIA.

2.1.- Efectos.

Según el art. 998Cc, «La herencia podrá ser aceptada pura y simplemente o a beneficio de inventario».

La **aceptación pura y simple**, comporta la responsabilidad ilimitada del heredero; los efectos de este tipo de aceptación están determinados en el **art. 1.003**: «quedará el heredero responsable de todas las cargas de la herencia, no sólo con los bienes de ésta, sino también con los suyos propios».

Para PUIG BRUTAU es necesario averiguar que deudas y obligaciones son las que se encuentran dentro de la expresión «cargas de la herencia» que emplea el **art. 1.003**; para ello hay que distinguir los siguientes grupos de deudas, **cargas y obligaciones**. No obstante, hay que tener en cuenta que en ocasiones el Cc. utiliza la expresión cargas de la herencia en sentido amplio incluyendo tanto las deudas del causante como las cargas hereditarias.

DÍEZ-PICAZO y GULLÓN distinguen entre:

- a) **Deudas del patrimonio del causante**. Son propiamente las obligaciones a que se refiere el art.659 y *que subsisten a su fallecimiento*.
- b) **Cargas que gravan la herencia**. Son las deudas originadas por la muerte del causante, apertura de la sucesión y por el cumplimiento de su voluntad.

Dentro de las cargas están: el pago de los sufragios y funerales del testador (art. 902.1 y 903); los gastos de administración de la herencia aceptada a beneficio de inventario y por su confección, los gastos derivados del uso del derecho de deliberar si el llamado repudia la herencia (art. 1.033); el cumplimiento de legados, modos y fideicomisos (art. 886-3); los de defensa del testamento; la remuneración del albacea y del partidador-contador, en su caso; los gastos de la partición de la herencia hechos en interés común.

2.2.- Limitación de la responsabilidad del heredero

Mediante la aceptación pura y simple el heredero queda responsable de todas las cargas de la herencia, incluso con sus propios bienes (art. 1.003 CC). Sin embargo, la ley ofrece al heredero dos mecanismos para limitar su responsabilidad: el derecho de deliberar y el beneficio de inventario.

§3.- EL DERECHO DE DELIBERAR.

Para evitar la responsabilidad ilimitada consecuencia de la aceptación pura y simple de la herencia, el heredero puede ejercitar el llamado **derecho de deliberar**. Este puede definirse como aquella facultad que compete al heredero de examinar formalmente, y dentro de cierto plazo, la herencia que le es diferida, con el fin de aceptarla o proceder a su repudiación.

El **art.1010.2 Cc.** reconoce este derecho al heredero al establecer que puede

«pedir la formación de inventario antes de aceptar o repudiar la herencia, **para deliberar** sobre este punto».

El **plazo** para solicitar este derecho –de igual modo que el beneficio de inventario- no prescribe mientras no lo haga la acción para solicitar la herencia (art. 1.016)

Si el llamado tiene en su poder los bienes de la herencia , dispone sólo de 10 días desde que supo que era heredero para deliberar.

El interpelado *ex art.- 1005* también puede utilizar el derecho de deliberar (DÍEZ-PICAZO y GULLÓN).

El derecho de deliberar compete tanto a los herederos testamentarios como a los *ab intestato*.

El Código civil se ocupa conjuntamente del beneficiario de inventario y el derecho de deliberar. Mientras dura este derecho el *llamado* puede investigar y examinar cuantos antecedentes, documentos y noticias se refieran a la herencia.

Discute la doctrina si el heredero que utilizó el derecho a deliberar podrá luego aceptar la herencia a beneficio de inventario; no obstante predomina el criterio de la coexistencia de ambos beneficios (Albaladejo, Lacruz..)

Esta facultad se podrá ejercitar mientras no prescriba la acción para reclamar la herencia, pero en el supuesto de que tuviese en su poder los bienes de la herencia o parte de ellos, deberá manifestarlo al juez competente dentro de un plazo de 10 o 30 días desde el momento en que tuviera conocimiento de su condición de llamado a la herencia.

Según el **art. 1014 Cc**, el heredero deberá pedir a la vez la formación de inventario y la citación de los legatarios y de los acreedores para que acudan a presenciarlo si les conviniese. Sobre el principio y fin de inventario y las sanciones por no otorgarlo en los plazos y con los requisitos necesarios, habrá que estar a lo dispuesto en los arts. 1.017 y 1.018, aplicables también al beneficio de inventario.

Para cuando el inventario haya concluido, ha de tenerse en cuenta lo que dispone el art. 1.019: «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 acepta la herencia pura y simplemente».

El derecho de deliberar comporta la **ventaja** de permitir conocer el contenido de la herencia antes de aceptarla o repudiarla, la contrapartida es que el heredero, además de tener que realizar un inventario, queda sometido a un plazo de tiempo para manifestar su voluntad. En realidad, el derecho de deliberar funciona como una especie de *interpellatio in iure* solicitada por el propio heredero.

§4.- EL BENEFICIO DE INVENTARIO.

4.1.- Concepto.

El llamado beneficio de inventario es el que la ley pone a disposición del llamado a una herencia para que pueda aceptarla manteniéndola separada de sus propios bienes a todos los efectos legales hasta que se hayan pagado a todos los acreedores conocidos y a los legatarios; y para que incluso en el caso de aparecer otros acreedores después de haberse confundido ambos patrimonios sólo responda personalmente en la medida en que haya experimentado un enriquecimiento a consecuencia de la sucesión (PUIG BRUTAU).

El heredero que ha solicitado el beneficio de inventario sólo responde de las deudas del causante de las deudas de la herencia con los bienes relictos (responsabilidad *intra vires hereditatis*-dentro del valor de la herencia). No responde con su patrimonio particular (ALBALADEJO).

Según Díez-Picazo y Gullón el beneficio de inventario puede ser **simultáneo o posterior** a la aceptación. Puesto que en realidad la aceptación a beneficio de inventario, no se trata de una aceptación en sentido estricto, sino la concurrencia del negocio jurídico de aceptación con el ejercicio del poder o facultad concedido al heredero para limitar su responsabilidad.

4.2.- Plazo para su ejercicio.

El **plazo** para solicitar el **beneficio de inventario**, según establece el **art. 1016 Cc**, estará vigente mientras no prescriba la acción para reclamar la herencia. Además de declaración de solicitud en tiempo y forma, es preciso realizar el inventario con las formalidades y en los plazos que exige el Cc. En otro caso la declaración no producirá ningún efecto (art. 1013 Cc).

De acuerdo con el **art. 1011 Cc** «la aceptación de la herencia a beneficio de inventario podrá hacerse ante Notario o por escrito ante el juez que sea competente en materia de testamentaria o *ab intestato*».

4.3.- La formación de inventario.

La declaración de aceptación a beneficio de inventario por sí sola no produce efecto alguno; es necesario que ésta vaya precedida o seguida de un **inventario** que consistirá en la **descripción fiel y exacta de todos los bienes de la herencia**, hecho con las formalidades y dentro de los plazos legales (art. 1.013 cc).

Las formalidades consisten en citar a los acreedores y legatarios para que presencien el inventario si les conviniere.

El plazo de formación del inventario comienza a los treinta días de haber citado a acreedores y legatarios y finaliza a los setenta días (art. 1.017). Aunque judicialmente puede prorrogarse hasta un año.

4.4.- Efectos del beneficio de inventario.

Durante la formación del inventario y hasta la aceptación de la herencia el Juez puede disponer, a instancia de parte interesada, que los bienes hereditarios

queden sometidos a custodia y administración de conformidad con lo establecido en la LEC para el juicio de testamentaria.

Según el **art. 1023 CC**: «El **beneficio de inventario** produce en favor del heredero los **efectos** siguientes:

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.

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».

La primera consecuencia derivada del beneficio de inventario consiste en la **limitación de la responsabilidad** del heredero hasta donde alcancen los bienes de la herencia. La responsabilidad en virtud del beneficio queda circunscrita *intra vires*, de forma que las obligaciones hereditarias pendientes de satisfacer sólo podrán hacerse efectivas sobre el *patrimonio relicto* (LÓPEZ JACOISTE).

En segundo lugar, se produce una **separación de bienes**, entre los que integran el patrimonio particular del heredero y los que forman parte de la masa relicta. Lo que supone que los bienes particulares del heredero quedan inmunes a toda persecución por parte de los acreedores hereditarios y legatarios (LÓPEZ JACOISTE)..

Finalmente, el **heredero conserva frente al caudal hereditario** cuantos derechos y acciones tuviera frente al causante. De modo que podrá interponer cuantas demandas tuviera pendiente de formular. De idéntico modo, la masa de bienes hereditaria mantendrá vigentes contra el heredero cuantas pretensiones detentase el causante (LÓPEZ JACOISTE)..

Según el **art. 1026 Cc** «hasta que resulten pagados todos los acreedores conocidos y los legatarios, se entenderá que se halla la herencia en administración».

Es decir que la masa hereditaria, como patrimonio separado queda adscrita al cometido de asegurar preferentemente el cobro por parte de los acreedores hereditarios y legatarios. Lo anterior supone que la herencia se encuentre en liquidación.

La administración de la herencia está a cargo del administrador designado por el testador y en su defecto por el heredero

El **orden** en que han de ser satisfechas las deudas hereditarias lo establece el art. 1027 Cc.: «después de pagar a los acreedores conocidos, el administrador de la herencia beneficiaria ha de pagar los legados».

El anterior precepto es un reflejo del principio de que «antes es pagar que heredar». Lo que supone, que en primer lugar tendrán preferencia de cobro los herederos del causante sobre los del heredero; en segundo lugar serán preferidos los legatarios sobre los acreedores del heredero y finalmente, los acreedores del heredero (LÓPEZ JACOISTE).

4.5. Pérdida del beneficio de inventario.

El Código distingue tres **principales hipótesis** que implican la **pérdida del beneficio de inventario** (PUIG BRUTAU).

1º «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. 1.008 CC)

2º «Si a sabiendas dejare de incluir en el inventario alguno de los bienes, derechos o acciones de la herencia», también perderá el beneficio (art. 1.014, núm. 1.).

3º También perderá el heredero el beneficio de inventario: «Si 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» (art. 1.024-2 º).

4.6.- La reunificación de los patrimonios.

El art. 1.032 establece que: «Pagados los acreedores y legatarios, quedará el heredero en pleno goce del remanente de la herencia ...». Esto supone el fin de la separación de patrimonios, que se reunirán conformando un único patrimonio. No obstante, el heredero seguirá gozando de la responsabilidad limitada, de modo que si apareciese alguna deuda del causante sólo respondería hasta donde alcanzase el activo de los bienes relictos. (LÓPEZ JACOISTE).

§ 5.-POSICIÓN DE LOS ACREEDORES DE LA HERENCIA

Como consecuencia de la aceptación pura y simple de la herencia, el heredero asume una responsabilidad por las **deudas** del patrimonio del causante y por las **cargas** que gravan aquellas, entendiéndose por tales las deudas originadas por su muerte, apertura sucesión y cumplimiento de su voluntad.

El heredero desde que acepta pura y simplemente la herencia, es responsable de todas las cargas de la herencia no sólo con los bienes de ésta, sino también con los suyos propios. Hay pues una responsabilidad ilimitada, *ultra vires hereditatis* que genera una confusión de patrimonios, la persona del heredero y el hereditario.

En la herencia aceptada a beneficio de inventario existe una **separación de patrimonios**.

La **aceptación pura y simple** de la herencia puede provocar consecuencias perjudiciales para los acreedores hereditarios y legatarios, e incluso para los acreedores personales del heredero (por ejemplo, así sucedería cuando el heredero se encuentre excesivamente endeudado o por el contrario cuando lo estuviese el causante).

Si bien la **aceptación de la herencia a beneficio de inventario** sería una medida justa y objetiva para la protección de los intereses de todos, sin embargo nos encontramos con la dificultad que entraña el hecho de que este tipo de aceptación queda sometido a la libre voluntad del heredero.

A pesar de que en el Cc no existe ninguna posibilidad de evitar la confusión de patrimonio, salvo por la voluntad del heredero, si que existe alguna norma que pretende suavizar el rigor de la confusión, así el **art. 1082 Cc** permite a los acreedores hereditarios oponerse a que se lleve a efecto la partición sin que se les pague o afiance sus créditos.

Esta medida concede una ventaja a los acreedores hereditarios, frente a los acreedores del heredero, puesto que pueden satisfacer sus créditos antes de la confusión de patrimonios. Puesto que al evitar que haya partición, la cual al conferir la propiedad exclusiva de los bienes adjudicados provoca su confusión con el resto de patrimonio del coheredero. Este hasta el momento antes de la partición, sólo tenía dentro de su patrimonio sus bienes propios y la cuota hereditaria.

§5. Los legatarios como acreedores de la herencia

Acerca de la cuestión de si los herederos responden limitada o ilimitadamente de los legados, la opinión dominante en la doctrina española es afirmativa, por entenderse que el art. 1003 Cc, (que por la aceptación pura y simple el heredero queda responsable de todas las cargas de la herencia) es también aplicable a los legados.

Para la doctrina mayoritaria se entiende que dentro del concepto de cargas se encuentran comprendidos los legados, lo que supone que el heredero responde ilimitadamente por los legados. Sin embargo, en ocasiones la jurisprudencia admite que el testador puede establecer la obligación de satisfacerlos con los bienes de la herencia exclusivamente (ALBALADEJO).

Si el heredero, además es legitimario, sólo responderá de los legados en el supuesto de que lo recibido supere su legítima (ALBALADEJO).

En el caso de que los bienes de la herencia sean insuficientes para el pago de los legados el art. 887 señala un orden de preferencia para su pago (DÍEZ-PICAZO y GULLÓN).

§6. Posición de los acreedores del heredero

Los acreedores del heredero pueden quedar perjudicados si su deudor acepta una herencia onerosa sin ampararse en el beneficio de inventario, puesto que no disponen del derecho a solicitar que se establezca la separación de patrimonios.

Toda la protección que el Cc ofrece a este tipo de acreedores se encuentra en el **art. 1083 Cc.**: «los acreedores de uno o más de los coherederos podrán intervenir a su costa en la partición para evitar que esta se haga en fraude o perjuicio de sus derechos». Es decir que la intervención de los acreedores solamente tendrá lugar en una situación de *comunidad hereditaria*.

Tema 5

OTRAS CONSECUENCIAS DE LA ADQUISICIÓN DE LA HERENCIA

- §1.- Posesión de los bienes hereditarios
- §2.- La acción de petición de herencia
- §3.- El heredero aparente
- §4.- La comunidad hereditaria
- §5.- La compraventa de la herencia

§1. POSESIÓN DE LOS BIENES HEREDITARIOS

La sucesión universal por causa de muerte transmite al heredero todos los bienes, derechos y obligaciones del causante (Art.659), excepto aquellos que tengan carácter personalísimo. El art. 440 Cc añade que «la posesión de los bienes hereditarios se entiende transmitida al heredero sin interrupción y desde el momento de la muerte del causante, en el caso de que llegue a adirse la herencia».

El art. 440 significa que la ley quiere y dispone que los efectos de la tutela posesoria se produzcan a favor del heredero que acepta la herencia, y que se le proteja como si efectivamente poseyera los bienes que la componen desde el momento de la muerte del causante (PUIG BRUTAU).

De esta forma se entiende que la aceptación de la herencia con la toma de la cualidad de sucesor, lleva consigo la posesión de los bienes hereditarios, o más exactamente la continuación de la situación de poseedor que tenía el causante sin necesidad de aprehensión de los bienes. Esta es la llamada **posesión civilísima o por ministerio de la ley**.

El legatario, a diferencia del heredero, no adquiere *ipso iure* la posesión del objeto legado, ni siquiera puede tomarla por si mismo ni aun en los casos en que la propiedad del objeto legado se le transmita directamente en el momento del fallecimiento del causante.

La transmisión hereditaria de la posesión produce los siguientes efectos:

- A) El heredero puede utilizar los interdictos de retener y recobrar, tanto si la perturbación o el despojo han tenido lugar antes de la muerte del causante, como si se han producido después, siempre que no haya transcurrido un año desde el acto de perturbación (art. 250.3 y 439 L.e.c./2000).
- B) La usucapión iniciada por el causante beneficiará al heredero desde el momento de la apertura de la sucesión, sin necesidad de ningún acto de apoderamiento material (art. 1.934 CC).

C) Se encuentra legitimado para el ejercicio de acción de desahucio contemplada en el art. 250.1 L.e.c./2000.

D) Corrige los efectos de la posesión viciosa. El art. 442 establece que: « el que sucede por título hereditario, no sufrirá las consecuencias de una posesión viciosa del causante, si no se demuestra que tenía conocimiento de los vicios que le afectaban: pero los efectos de la posesión de buena fe no le aprovecharán sino desde el momento de la transmisión hereditaria.»

§ 2. LA ACCIÓN DE PETICIÓN DE HERENCIA

2.1.- CONCEPTO.

Es la que compete al heredero para reclamar de otra u otras personas el **reconocimiento** de su **cualidad de heredero** y la **restitución de los bienes hereditarios**. Esta acción es la que compete al heredero real contra el poseedor de los bienes hereditarios ya sea otro heredero del mismo causante u otra persona sin título alguno. Su finalidad es la de obtener la restitución de todos los bienes de la herencia, previa prueba de la cualidad de heredero del actor (DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN).

Esta acción carece de regulación específica en el Cc, pese a que se reconoce su existencia en los artículos 192, 1016 y 1021.

Esta acción es una acción propia del heredero, no está en la sucesión del causante, sino que nace precisamente con la apertura y aceptación de la herencia. El heredero mediante esta acción no está reivindicando bienes concretos y determinados del causante, tal como podría hacer ejercitando la acción reivindicatoria que a éste le pudiera corresponder contra terceros. Por el contrario se reclama la restitución de toda una masa hereditaria, con todo su activo y pasivo, sin concretar nominalmente sus componentes (DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN).

2.2.- LEGITIMACIÓN ACTIVA Y PASIVA:

Legitimación ACTIVA: la acción de petición de herencia puede ser ejercitada por el heredero cualquiera que sea su título (testamentario, legal o contractual) y también por el coheredero en beneficio de la comunidad hereditaria, o simplemente por su cuota.

Legitimación PASIVA: la ostenta el **poseedor aparente**, que posee los bienes hereditarios en concepto de heredero sin serlo, y también el **poseedor sin título** alguno.

2.3.- OBJETO.

Mediante la acción de petición de herencia se reclaman bienes hereditarios, por lo que se tendrá que probarse por el actor que pertenecían al patrimonio del causante. Su objeto lo constituye tanto **bienes concretos** como la **totalidad de la herencia**.

2.4.- PRESCRIPCIÓN.

En cuanto a su plazo de prescripción, si bien el Cc declara que la acción para reclamar la herencia prescribe (art. 192 y 1006) sin embargo, no señala el plazo alguno.

La doctrina mayoritaria así como la jurisprudencia señalan para su ejercicio un plazo de **treinta años**, que es el que el art. 1963 CC señala para el ejercicio de las acciones reales sobre bienes inmuebles (DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN).

No obstante el plazo de prescripción de la acción de petición de herencia no impide que entre en juego el instituto de la usucapión o prescripción adquisitiva que puede operar en un tiempo inferior (DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN).

§ 3. EL HEREDERO APARENTE.

La acción de petición de herencia compete al **heredero verdadero** contra quién posee los bienes de la herencia a título de heredero del mismo causante, o a lo sumo sin invocar un título compatible con la cualidad de heredero del reclamante. En este último caso sería heredero aparente el que posee la herencia sin haber sido *llamado*; es decir que es el que se atribuye la cualidad de heredero sin título para ello, desde el momento en que no fue llamado a la herencia.

Lo normal es que en dicha acción se enfrenten dos sujetos que pretenden ser reconocidos como herederos del mismo causante, fundándose para ello en **títulos incompatibles**.

El resultado del litigio en caso de prosperar la acción ejercitada por el actor dejará reconocido el derecho de éste y por consiguiente la falta de derecho de quién detenta los bienes de la herencia con la pretensión de ser sucesor del mismo causante, si destruirá pues, una apariencia de derecho bajo la que actuaba el demandado, este dejará de aparecer como heredero y cuantos actos en tal concepto haya realizado con anterioridad serán actos de un heredero aparente.

En nuestro derecho por faltar normas expresamente relativas al heredero aparente hay que recurrir a las de la posesión, para producir la liquidación de la situación de herencia aparente; así esta queda reducida a un conflicto entre **propietario** y **poseedor**, la clave para la solución del conflicto se haya por tanto en la distinción entre poseedor de buena y mala fe.

Con respecto a la obligación de restituir del heredero aparente hay que hacer las siguientes matizaciones:

1º) Con respecto a los bienes hereditarios poseídos: el heredero aparente debe restituir al heredero real los bienes hereditarios si todavía los posee, o en su lugar, los bienes equivalentes que haya obtenido con su enajenación.

2º) En cuanto a los frutos: el heredero aparente de buena fe hace suyos los que ha percibido mientras no ha sido legalmente interrumpida su posesión.

3º) El heredero aparente tiene derecho a ser indemnizado: por los gastos que hubiese hecho para la producción de los frutos naturales o industriales que estuviesen pendientes en el momento de cesar el desconocimiento en que se fundaba su buena fe, y

percibirá además la parte del producto líquido de la cosecha proporcional al tiempo de su posesión.

4º) Respecto a los deterioros y pérdidas: no implica responsabilidad para el heredero aparente.

§ 4. La comunidad hereditaria.

4.1.- CONCEPTO.

La comunidad hereditaria surge como consecuencia del **llamamiento de varias personas** como sucesores a título universal a la herencia de un mismo causante y de su aceptación. La comunidad **termina** con las operaciones de partición del caudal hereditario.

El Cc **no** regula de manera especial la comunidad hereditaria, lo que ha planteado el problema de la configuración de este tipo de comunidad.

Con respecto a si el modelo de organización de esta comunidad es la llamada comunidad **ROMANA** o la **GERMÁNICA**, la cuestión no admite una solución clara. A juicio de DIEZ PICAZO y GULLÓN **no** se está en presencia de la llamada comunidad germánica que presupone la inexistencia de cuotas y de la inadmisibilidad de la acción divisoria. Sin embargo la comunidad hereditaria tampoco se ajusta plenamente al modelo de comunidad romana presente en los artículos 392 y ss de CC, puesto que no recae sobre bienes concretos sino sobre una *universalidad*. Así a pesar de haber cuotas y acción de división, mientras que la indivisión dure, la titularidad sobre los bienes concretos es consorcial del grupo, no hay cuotas individuales respecto de cada bien.

Las cuotas presentan la particularidad de que se proyectan sobre la titularidad de la masa hereditaria conceptuada como unidad y no sobre cada uno de los diferentes bienes o derechos que la componen (DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN).

La **comunidad hereditaria es transitoria o incidental**, puesto que ningún coheredero puede ser obligado a permanecer en la indivisión , y puede pedirse en cualquier momento la partición de la herencia (art. 1.051, 1052 y 1965 cc) ; sin perjuicio de que el testador pueda prohibir la división o pactarla por los comuneros durante un plazo máximo de 10 años (ar. 400-2). (CLEMENTE MEORO)

4.2.- Los sujetos de la comunidad hereditaria

La comunidad hereditaria está formada por **todos los herederos** cualquiera que sea su título, testamentario o legal. También hay comunidad cuando concurren herederos cuyo llamamiento y condiciones de suceder son distintas, por ejemplo el heredero sujeto a condición resolutoria, heredero sujeto a término o a plazos, etc.

Además son copartícipes de la herencia los legatarios de parte alícuota, si bien ocupan dentro de la comunidad una posición especial puesto que no responden de las deudas hereditarias como los herederos y su derecho se hará efectivo sobre el activo líquido de la sucesión.

La cualidad de comunero se extiende incluso al cónyuge viudo, puesto que es un legatario de parte alícuota de herencia en usufructo.

4.3.- OBJETO.

El objeto de la comunidad hereditaria es la **herencia** compuesta por todos los bienes, derechos y obligaciones que no se hayan extinguido con la muerte de la persona.

Recaerá igualmente la comunidad hereditaria sobre los incrementos que hayan sufrido tales bienes o derechos por accesión o incorporación, y sobre los frutos y rentas que den. También resulta aplicable a la comunidad hereditaria el principio de subrogación real, de manera que ingresarán en la masa común aquellos bienes que sustituyan a los que la conformaban (ej. el precio de los bienes vendidos o la indemnización por los destruidos). (CLEMENTE MEORO)

La comunidad hereditaria tiene un pasivo constituida por las deudas y cargas de la herencia, y por las generadas durante el estado de indivisión, como por ejemplo por gastos de conservación de las cosas y por mejoras.

4.4.- Régimen jurídico de la comunidad hereditaria

La Código civil no se ocupa de regular la comunidad hereditaria sino su extinción en virtud de la extinción. La comunidad hereditaria se regirá con el consiguiente orden de prelación de fuentes:

- 1º) la voluntad del testador y los pactos establecidos entre los coherederos;
- 2º) las disposiciones especiales del Cc en materia de partición y pago de deudas hereditarias, así como las establecidas en leyes especiales referidas a la herencia indivisa.
- 3º) las prescripciones de los arts. 392 y ss del Cc en materia de comunidad de bienes, en cuanto no sean incompatibles con sus características específicas.

4.5.- Disposiciones de la cuota hereditaria y de bienes comunes

Todo coheredero tiene la plena titularidad de su **cuota de participación en la herencia** y puede enajenarla, cederla o hipotecarla, si bien el efecto de la enajenación o de la hipoteca quedará concretado en los bienes que se le adjudiquen en la participación, al cesar la competencia hereditaria.

Así pues, es negociable el llamado «derecho hereditario en abstracto» que puede transmitirse a terceros, recibiendo el adquirente un derecho del mismo contenido pero no la cualidad de heredero que no puede ser cedida.

La cuota hereditaria es incluso susceptible de embargo, según establece el art. 46 de Ley Hipotecaria.

En cuanto a **disposición de los bienes comunes**, hay que tener presente que la comunidad hereditaria recae sobre una universalidad, de manera que los partícipes no tienen derechos sobre bienes concretos sino sobre el conjunto de los bienes hereditarios. En consecuencia, para alterar o disponer -gravar o enajenar- de **bienes determinados, o**

cuotas sobre tales bienes , resultará necesaria la unanimidad de los comuneros (CLEMENTE MEORO)

4.6.- ADMINISTRACIÓN, DISFRUTE Y CONSERVACIÓN DE LOS BIENES HEREDITARIOS

Los actos de administración y mejor disfrute se regirán por lo dispuesto en el código para la comunidad de bienes, y para ello será necesario el acuerdo de la mayoría de capital de los coherederos, cualquiera de los coherederos puede realizar **actos de carácter conservativo** o de **defensa de los bienes** y ejercitar las acciones que corresponderían al causante y que formen parte de la comunidad indivisa, siempre que lo haga en beneficio de toda la comunidad, así lo reconoce el TS en su doctrina.

4.7.- Extinción de la comunidad hereditaria

La comunidad hereditaria se extingue (CLEMENTE MEORO)

1º.- Por la **partición del activo de la herencia** que puede pedirse en cualquier momento por los coherederos (arts. 1.051, 1.052 y 1.965 CC). Pero el testador puede prohibir la división, en cuyo caso no se extinguirá la comunidad hereditaria sino mediante alguna de las causas por las cuales se extingue la sociedad (cfr. art. 1.051-2). Igualmente, pueden los comuneros pactar la continuación en la situación de indivisión durante un máximo de diez años (cfr. art. 400.2 CC).

2.º Por la transformación de la comunidad hereditaria en un conjunto de comunidades ordinarias, adjudicando a todos los comuneros partes indivisas en cada uno de los bienes proporcionales a sus cuotas hereditarias.

3º Por la constitución de una sociedad a la que los comuneros aportan sus participaciones, pues se produce el nacimiento una persona jurídica que reúne en su patrimonio los bienes que anteriormente conformaban la comunidad.

4º.- Por la desaparición física de la masa común o su reducción a la unidad, pues careciendo de objeto no hay comunidad, y siendo sólo uno se convierte en comunidad ordinaria.

5º.- Por la reunión en una sola mano de todos los bienes, bien porque bien los adquiera un extraño (de modo originario o derivativo), bien porque adquiera uno de los partícipes las cuotas de los demás.

§ 5. La compraventa de la herencia.

La compraventa de la herencia es la enajenación de una herencia (o de una cuota) por precio (ROCA SASTRE).

La compraventa de la herencia puede tratarse de la **venta de toda la herencia** por parte del heredero único, o por todos los coherederos si la herencia se encuentra en comunidad; pero también puede consistir en la **venta o enajenación** que de su **cuota** realice un coheredero (PUIG BRUTAU).

En ambos casos el comprador pasa a ocupar el puesto del vendedor –tanto en la cuota como en la venta entera-. Sin embargo, lo que se transmite no es la posición total del vendedor, su posición de heredero, sino los derechos enajenables. No se transmiten los derechos no enajenables ni las deudas hereditarias (ALBALADEJO).

5.1 - La enajenación de la herencia como una universalidad

Según el art.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.

Esta NO enumeración de cosas significa que su transmisión onerosa se lleva a cabo en razón de su pertenencia al caudal del testador, adquirido por el heredero al aceptar la sucesión.

La normativa del Cc tiende a reconstruir cuantitativamente el patrimonio hereditario tal y como existía en el momento de la apertura de la sucesión.

a) Obligaciones del vendedor

El art. 1.533 Cc dice que «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».

b) Obligaciones del comprador

El art. 1.534 Cc establece que este «deberá satisfacer al vendedor todo lo que este haya pagado por las deudas y cargas de la herencia y por los créditos que tenga contra la misma, salvo pacto en contrario».

No obstante como el vendedor no pierde su cualidad de heredero, que NO se puede ceder, responderá ante los acreedores hereditarios salvo que consientan en su liberación y la asunción de su posición por el comprador.

c) Forma.- La venta de la herencia no precisa de ninguna forma solemne (ALBALADEJO); aun a pesar de que en principio debería realizarse mediante escritura pública, a tenor del art. 1.280.4 que dice que deberá constar en documento público: «la cesión ...de los derechos hereditarios». Sin embargo, hay que tener en cuenta que el mencionado precepto impone un requisito de forma «*ad probationem*» y no «*ad solemnitatem*». Lo que finalmente supone que la venta de herencia no exige ninguna especial formalidad.

5.2.- La enajenación de cuota hereditaria

Del mismo modo que puede venderse la **herencia entera**, se puede vender una cuota de la misma (ALBALADEJO). La **venta de cuota** se refiere a la que detenta el heredero que concurre con otros a la sucesión en la titularidad del patrimonio hereditario.

La venta de cuota no es regulada directamente por el Cc, pero a la misma se alude de forma implícita al regularse el retracto de coherederos (art. 1.067 Cc). Es decir que si un coheredero vendió, estando indivisa la comunidad hereditaria, su cuota a un extraño, los restantes coherederos tienen un derecho sobre la cuota.

Tema 6 EL TESTAMENTO

El testamento.

- §1. Concepto, caracteres y contenido**
- §2. Capacidad para otorgar testamento**
- §3. La forma del testamento**
- §4. Clases de testamento**

§1. CONCEPTO, CARACTERES Y CONTENIDO

1.1.-CONCEPTO

El art. 667 Cc define el testamento como «el acto por el cual una persona dispone para después de su muerte de todos sus bienes o de parte de ellos».

Esta definición es **criticada** por la doctrina por **incompleta e inexacta**, por no referirse a sus caracteres esenciales, que son el tratarse de un acto o negocio jurídico unilateral, personalísimo, solemne y esencialmente revocable. También, se destaca que el Código civil en otros preceptos (arts. 120, 223, 291 y 714) permite que el testamento tenga un contenido no patrimonial, pudiendo referirse a relaciones estrictamente familiares como el nombramiento de tutor, reconocimiento de hijos, etc. (DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN)

1.2.- NATURALEZA JURÍDICA.

La mayoría de la doctrina opina que el testamento se trata de un **negocio jurídico *mortis causa***:

a) El testamento un **negocio jurídico** puesto que es una manifestación de la autonomía de la voluntad dirigida a la reglamentación de una situación jurídica, que es la que se origina al quedar sin titular los bienes, derechos y obligaciones de su autor (el causante). (DÍEZ-PICAZO y GULLÓN).

b) Es un negocio ***mortis causa*** puesto que supone que el testamento se realiza en contemplación de la muerte del testador y para surtir sus efectos a su fallecimiento (CAPILLA RONCERO).

1.3.- MOMENTO DE SU PERFECCIÓN.

La doctrina señala que el testamento es *perfecto* desde del instante de su otorgamiento por el testador, si bien en cuanto a su ***eficacia*** hay que distinguir dos situaciones:

- En primer lugar, **frente al testador**, el testamento es eficaz desde que se otorgó.
- Finalmente, **frente a los terceros**, el testamento no produce sus efectos hasta que tenga lugar la apertura de la sucesión. Por eso en vida del testador los designados como favorecidos en el testamento carecen de expectativas sucesorias en sentido

estricto, no pudiendo ejercitar actos cautelares o conservativos en previsión de la futura sucesión. Por eso el momento del otorgamiento ha de ser el de determinante de la existencia del testamento puesto que a su vez es el que determina el examen de la capacidad del testador (665 y 66), y la interpretación (675) etc. (CAPILLA RONCERO)

1.4.- CARACTERES.

Los **caracteres** del testamento son los siguientes:

1º Unilateralidad.- el testamento es siempre obra de una sola persona, puesto que el art. 669 Cc impone la unilateralidad absoluta al prohibir a dos o más personas testar mancomunadamente o en un mismo instrumento, ya lo hagan en provecho recíproco, ya en beneficio de un tercero (DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN).

La prohibición de testar mancomunadamente rige aunque los españoles lo hagan en un país extranjero que autorice este tipo de testamento.

2º Personalidad.- El testamento es un negocio personalísimo y por ello no puede ser otorgado por medio de representante. Así, en el art. 670 Cc se establece que el testamento es un acto personalísimo y que no se pueda dejar su formación a tercero, ni en todo ni en parte, ni hacerse tampoco a través de mandatario o comisario.

Cuestión diferente, es que se autoriza al testador para que encomiende a un tercero (art. 671) la distribución de las cantidades que deje en general a clases determinadas como a los parientes, pobres o establecimientos de beneficencia, así como la elección de las personas o establecimientos a quienes aquellas deben aplicarse.

3º No receptibilidad.- El testamento es un negocio unilateral, en el sentido de que contiene una declaración de voluntad que no ha de ser enlazada con otra ni ser captada o recibida por otra parte para la perfección del otorgamiento, es una **declaración de voluntad no recepticia**. La perfección del testamento no depende de que posteriormente sea aceptada la herencia por el heredero o no rechazado el legado por el legatario.(PUIG BRUTAU)

4º Formalismo.- El testamento es un negocio jurídico formal o solemne, en el sentido de que la voluntad de testar ha de estar revestida de alguna de las formas especiales previstas por el Código; en ese sentido el **art. 687 CC** establece que será nulo el testamento en cuyo otorgamiento no se hayan otorgado las formalidades establecidas en este capítulo.

5º Revocabilidad.- El testamento es esencialmente revocable hasta el momento de la muerte del testador, para que la voluntad que prevalezca sea siempre la última voluntad, incluso en el supuesto que el propio testador exprese en el testamento, su voluntad de no revocarlo. De acuerdo con el **art. 737 CC** : «todas las **disposiciones testamentarias** son **esencialmente revocables** , aunque el testador exprese en el testamento su voluntad o resolución de no revocarlas. Se tendrán por no puestas las cláusulas derogatorias de las disposiciones futuras, y aquellas en que se ordene al testador que no valga la revocación del testamento si no la hiciera con ciertas palabras o señales».

6º Eficacia post mortem.- El testamento despliega sus efectos a la muerte de su autor

1.5.- CONTENIDO.

Según JORDANO BAREA, en el testamento cabe distinguir un **contenido normal típico** y un **contenido atípico o anómalo**.

a) El **contenido típico** es el modelo del que parte el Código civil en su regulación y está integrado por: 1) **modalidades de disposición patrimonial** a las que se refiere el art. 668: *la institución de heredero, el legado y la carga modal*.

Con respecto a la institución de heredero, aunque en el CC forma parte del contenido típico y posible del testamento, sin embargo, no es contenido obligatorio del mismo (764) como sucedía en el Derecho romano, en el que el testamento devenía nulo si carecía de la institución de heredero.

2) **disposiciones instrumentales o accesorias**.- También forman parte del contenido típico disposiciones como la *designación de albacea o contador partidario, disposiciones sobre la colación o partición, la revocación de testamentos anteriores, etc.*

B) El **contenido atípico o anómalo**, puede tener carácter **patrimonial**, como el reconocimiento de deuda o incluso el variar el beneficiario de un seguro **o extrapatrimonial**, como por ejemplo el reconocimiento de hijos, la rehabilitación del indigno, etc.

§2. CAPACIDAD PARA OTORGAR TESTAMENTO

El art. 662 Cc establece como regla general que : «pueden testar todos aquellos a quienes la ley no lo prohíbe expresamente». Esta regla es general en sentido propio, de manera que las incapacidades para testar están dotas de carácter excepcional, habiendo de estar claramente establecidas por la ley para que existan, no pudiendo extenderse analógicamente (CAPILLA RONCERO).

En el art. **663 Cc** se concreta que están incapacitados para otorgar testamento, los menores de 14 años y el que habitual o accidentalmente no se hallare en su cabal juicio. A estos dos supuestos hay que añadir el del art. **668 Cc**, que exige la mayoría de edad para otorgar el testamento **ológrafo**.

El que la edad para testar sea **inferior a la plena capacidad de obrar**, se suele justificar por la especial naturaleza del testamento, que por ser un acto *mortis causa* que despliega sus efectos después de la muerte de su autor carece de efectos perjudiciales para éste (CAPILLA RONCERO).

Con respecto a la capacidad hay que distinguir según que exista o que no sentencia de incapacitación:

1º Cuando exista **sentencia de incapacitación**, cabe que en ella se **prohíba expresamente testar al incapacitado**, éste no podrá otorgar testamento incurriendo en caso contrario en un supuesto de **nulidad**.

Si la **sentencia de incapacitación no prohíbe al incapacitado otorgar testamento** éste podrá realizarlo si bien a tenor del art. 665 Cc, el notario designará a dos facultativos que previamente lo reconocerán, de tal forma que el notario **no** autorizará el testamento si no cuando aquellos respondan de la capacidad del testador, debiendo asimismo concurrir al otorgamiento del testamento y firmarlo.

El testamento otorgado al amparo del art. 665 está amparado por la presunción de capacidad del testador, con eficacia *iuris tantum*, es decir que puede desvirtuarse mediante prueba en contrario.

2º.- Cuando **no exista sentencia de incapacitación** deberá ser el notario autorizante, en los testamentos notariales el que deberá cerciorarse del estado de capacidad natural del testador (art. 685-1) En el peligro en peligro de muerte y en tiempo de epidemia serán los testigos los que deberán procurar asegurarse del estado de capacidad del testador (art. 685-2) La **fe notarial** respecto a la capacidad del testador, lleva consigo una presunción «*iuris tantum*» que admite prueba en contrario.

Para apreciar la capacidad del testador hay que estar al estado en que aquel se halle al tiempo del otorgamiento del testamento (art. 666), de ahí que el art. **664 Cc** establezca «que el testamento hecho antes de la enajenación mental es válido».

Además de las **incapacidades generales** del art. 663, existen una serie de **incapacidades propias de cada tipo de testamento**. El art. 708 prohíbe otorgar testamento cerrado a los ciegos y a los que no sepan o no puedan leer. Lo mismo cabe predicar con respecto al testamento ológrafo puesto que de estar realizado de puño y letra del testador.

§3. LA FORMA DEL TESTAMENTO.

3.1- EL REQUISITO DE FORMA EN EL TESTAMENTO.

El testamento es un negocio jurídico solemne, así pues la voluntad no despliega sus efectos si no se manifiesta a través de las formas y solemnidades preestablecidas por la ley. El art. 687 decreta la nulidad de los testamentos por defecto formal (DIEZ-PICAZO Y GULLÓN).

El fundamento del formalismo se halla en la misma naturaleza del acto testamentario. Por ser negocio estrictamente individual y, sobre todo, por estar destinado a regular una situación jurídica cuando el testador ya no vive, es evidente que se necesita «**garantizar la autenticidad**» de la declaración testamentaria y evitar la posibilidad de suplantaciones, fraudes y simulaciones (DIEZ-PICAZO Y GULLÓN). Asimismo el rigor formal y especialmente la intervención de terceros en el otorgamiento «**garantiza la libre expresión de la voluntad del testador**» (CAPILLA RONCERO). Por todo ello el mejor camino es la expresión de la voluntad testamentaria mediante escritura pública.

3.2-REGLAS GENERALES SOBRE LA FORMA.

El estudio de la forma en concreto va ligada a cada uno de los testamentos por razón de su forma. No obstante en el Código civil aparecen unas reglas generales de forma, que son aplicables a la mayoría de los testamentos.

1.-) **El notario.**- Dentro de las normas que el Código civil dedica con carácter general a las formas del testamento (arts. 677 a 687) no se regula lo relativo al notario autorizante en los testamentos notariales. No obstante, se ha de generalizar la exigencia del artículo

694, referente al testamento notarial abierto: ha de otorgarse ante notario hábil para actuar en el lugar del otorgamiento. La determinación de la habilidad territorial del Notario viene definida por los arts. 116 a 118 del Reglamento Notarial.

En los testamentos notariales declarados nulos por defecto formal imputable a malicia o negligencia o ignorancia inexcusables del notario, este es civilmente responsable de los daños y perjuicios causados (arts. 7105 y 715), sin perjuicio de cualquier otro tipo de responsabilidad.

2.-) Los testigos.- Es tradicional que los testamentos se otorguen en presencia de testigos. En los testamentos notariales los testigos no realizan una función probatoria, ni tampoco tienen una **función autorizativa** propiamente pues quien autoriza el testamento es el notario. Más bien son instrumentos de publicidad: el otorgamiento es presenciado por otros, se hace así público y no reservado. Los testigos son especialmente útiles en los testamentos que se otorgan verbalmente sin notario (DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN).

Los testigos han de ser de acuerdo con el Código civil «idóneos». Un testigo es idóneo cuando tiene la capacidad requerida por la ley. Las incapacidades para ser testigo se enumeran en el artículo 681, y han de concurrir exclusivamente el tiempo del otorgamiento del testamento (art. 683).

No podrán ser testigos en los testamentos:

1. Los menores de edad, salvo lo dispuesto en los artículo 701. Parece que deben entenderse hábiles los menores de edad emancipados, puesto que su incapacidad presunta no encaja dentro de las restricciones que les señala el artículo 323. (Diez-Picazo y Gullón)

2. Los ciegos y los totalmente sordos o mudos.

3. Los que no entienden el idioma del testador. Por tanto, el hecho de ser extranjero no es causa por sí mismo de inhabilidad.

4. Los que no estén en su sano juicio.

5. El cónyuge o los parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad del notario autorizante y quienes tengan con éste relación de trabajo.

La falta de concurrencia del número de testigos exigidos por ley o su **falta de capacidad** es causa de nulidad del testamento (CAPILLA RONCERO).

3.-) La identificación del testador.-En el Código civil se establecen los procedimientos a través de los cuales se deberá llevar a efecto la identificación del testador. Tradicionalmente ha existido preocupación por evitar la suplantación de la persona del testador. Por eso la ley insiste en la necesidad de identificar al testador (CAPILLA RONCERO).

En el testamento ológrafo deberá constar la autografía del testador para su validez. En los testamentos notariales la identificación se puede producir de varias maneras (art. 685):

1º.- Porque el notario conozca al testador,

2º.- Si no lo conoce podrá alternativamente, identificarlo mediante dos testigos que le conozcan y sean a su vez conocidos del notario mismo. Éstos son los llamados testigos de conocimiento, que pueden ser instrumentales también. Los testigos instrumentales son los testigos del testamento. O bien se puede identificar mediante documentos

expedidos por las autoridades públicas cuyo objeto sea identificar a las personas. (Ej. Documento Nacional de Identidad)

4.-) Idioma del testamento.- Según el artículo 684-1º «Cuando el testador exprese su voluntad en lengua que el Notario no conozca, se requerirá la presencia de un intérprete, elegido por aquél, que traduzca la disposición testamentaria a la oficial en el lugar del otorgamiento que emplee el Notario. El instrumento se escribirá en las dos lenguas con indicación de cuál ha sido la empleada por el testador.»

Es decir que si el testamento se otorga en una lengua desconocida para el notario, en un lugar en el que coexistan varias lenguas oficiales, como en la C.Valenciana, la doble versión se efectuará una en la lengua del testador y otra en la utilizada por el notario.

Con referencia específica a los **testamentos abiertos** y **cerrados** se dispone en el párrafo último del precepto citado: «El testamento abierto y el acta del cerrado se escribirán en la lengua extranjera en que se exprese el testador y en la oficial que emplee el Notario, aun cuando éste conozca aquélla.»

Tema 7:

CLASES DE TESTAMENTO

§1. Clases de testamento.

§2. Testamento notarial abierto

§3. Testamento notarial cerrado

§4. Testamento ológrafo

§5. Testamentos extraordinarios y especiales

§6. Testamentos otorgados por españoles en el extranjero

§7. El registro de actos de última voluntad.

§1. CLASES DE TESTAMENTO.

Atendiendo a las diferencias formales de otorgamiento el Código civil establece una clasificación de los testamentos que constituyen una categoría cerrada,

El art. 676 distingue entre testamentos comunes y especiales. El testamento común a su vez puede ser: **ológrafo, abierto y cerrado**. Los testamentos especiales son de acuerdo con el art. 677, el **militar, el marítimo y el hecho en país extranjero**.

Los testamentos especiales sólo pueden ser utilizados cuando concurren las particulares circunstancias objetivas que les sirven de presupuesto; los comunes están a disposición de cualquiera. LACRUZ señala que los comunes se caracterizan porque su empleo no requiere demostrar calidad o circunstancia alguna, de tal suerte que será quien los impugne quien deba demostrar la falta de las mismas; por el contrario, en los especiales, que exigen la concurrencia de determinadas condiciones o circunstancias, quien sostenga la validez o eficacia de los mismos habrá de demostrar la concurrencia de las circunstancias correspondientes.

§2. TESTAMENTO NOTARIAL ABIERTO

El testamento es abierto siempre que el testador manifieste su última voluntad en presencia de las personas que deban autorizar el acto, quedando enteradas de lo que en él se dispone (Art. 679). Este tipo de testamento se encuentra regulado en los arts. 694 a 705 Cc. Los requisitos del testamento abierto son (DIEZ-PICAZO Y GULLÓN):

- 1) Ha de realizarse ante **notario hábil** para actuar en el lugar del otorgamiento.
- 2) Mediante este tipo de testamento la **voluntad testamentaria** se puede **expresar de**

dos formas:

a) El testador **expresará oralmente su voluntad** al notario, que redactará el testamento con arreglo a ella y hará expresión del **lugar, año, mes, día y hora** de su otorgamiento y se lee en voz alta por el notario para que el testador manifieste si está conforme con su voluntad, previa advertencia que tiene derecho a leerlo por sí. (Art. 695.1º)

b) Se permite que testador pueda presentar **por escrito** no necesariamente autógrafo su disposición testamentaria, cumpliéndose además lo dispuesto para el caso anterior.

3) El art. 699 Cc establece que todas las **formalidades** establecidas por la ley para el otorgamiento del testamento abierto **se practicarán en un sólo acto** que comenzará con la lectura del testamento sin que sea lícita ninguna interrupción, salvo la que pueda ser motivada por un accidente pasajero.

4) El notario debe dar fe de conocer al testador o de haberle identificado debidamente. También hará constar si a juicio del testador se haya con la capacidad legal necesaria para otorgar testamento.(ar. 696)

5) La concurrencia de testigos. Según el art. 697 Cc deberá concurrir dos testigos idóneos en los siguientes casos:

a) cuando el testador declare que no sabe o no puede firmar el testamento Por. Ejemplo persona analfabeta.

b) cuando el testador aunque pueda firmarlo sea ciego o que declare que no sabe o no puede leer el testamento.

Si además de estas 2 circunstancias el testador fuera enteramente sordo, los testigos leerán el testamento en presencia del notario, y deberán declarar que coincide con la voluntad manifestada;

c) cuando el testador o el notario lo soliciten.

6) Se establece la responsabilidad del notario, para el caso de que un testamento abierto haya sido declarado **nulo** por no haberse observado las solemnidades exigidas por la ley.

§3. TESTAMENTO NOTARIAL CERRADO

3.1.- Concepto.

Según el art. 680 Cc el testamento es cerrado «cuando el testador sin revelar su última voluntad declara que esta se halla contenida en el pliego que presenta a las personas que han de autorizar el acto».

3.2.- Requisitos:

El testamento cerrado por su condición notarial ha de ser autorizado por notario hábil para actuar en el lugar del otorgamiento. Se requerirá la presencia de DOS testigos idóneos cuando así lo soliciten el notario o el testador. (Art. 707)

A diferencia del testamento abierto en el cerrado **ni el notario ni los testigos conocen** cual es la **voluntad del testador**, este se limita a manifestar que en el pliego que presenta se encuentra contenida aquella.

En cuanto a su **redacción** el art. 706 Cc autoriza que el testamento pueda ser escrito por el **testador o por otra persona**. Asimismo el testador podrá escribirlo de su puño y letra o utilizando cualquier medio mecánico.

En el supuesto de que el testamento fuese autógrafo se exigirá la firma del causante al final del mismo, en los demás supuestos el testador deberá firmar cada una de las hojas que compongan el mismo, así como al "pie" del mismo.

Todas las **palabras enmendadas, tachadas o escritas entre renglones** se salvarán antes de la firma.

El testamento cerrado deberá cumplir las **formalidades** señaladas en el **art. 707 CC** que consisten en :

- 1º.- en colocar el papel del testamento dentro de una **cubierta cerrada y sellada**.
- 2º.- la comparecencia del testador ante el Notario con el testamento cerrado y sellado, o lo cerrará o sellará en el acto, ante el notario que haya de autorizarlo.
- 3º.-En manifestar ante el notario, que el pliego que presenta contiene su testamento, expresando si se halla escrito y firmado por él o si está escrito de mano ajena o por cualquier medio mecánico y firmado al final y en todas sus hojas por él o por otra persona a su ruego.
- 4º Sobre la cubierta del testamento extenderá el notario la correspondiente acta de otorgamiento, expresando el número y marca de los sellos con que esté cerrado, y dando fe del conocimiento del testador o de haberse identificado su persona y de hallarse, a su juicio, el testador con la capacidad legal necesaria para otorgar testamento.
- 5º Extendida y leída el acta, la firmará el testador que pueda hacerlo y, en su caso, las personas que deban concurrir, y la autorizará el notario con su signo y firma.

Si el testador declara que no sabe o no puede firmar, lo hará por él y a su ruego uno de los testigos idóneos que en este caso deben concurrir. También se expresará en el acta esta circunstancia, además del lugar, hora, día, mes y año del otorgamiento.

Una vez autorizado el testamento el notario lo entregará al testador, este podrá conservarlo en su poder o encomendar su guarda a otra persona de su confianza o depositarlo en poder del notario autorizante para que lo guarde en su archivo.

A la muerte del testador el notario o la persona que tenga en su poder el testamento deberá presentarlo al juez competente, una vez presentado se procede a la apertura y protocolización del mismo en los términos expresados en la LEC.

§4. TESTAMENTO OLÓGRAFO

4.1- Concepto.

Según el art. 678 Cc se llama ológrafo al testamento "cuando el testador lo escribe por sí mismo en la forma y con los requisitos que se determinan en el art. 688 Cc". Los requisitos de capacidad son:

1º Mayor de edad: sólo podrá otorgarse por personas mayores de edad.

2º Autografía: para que sea válido este testamento deberá estar escrito todo él y firmado por el testador. El testamento ológrafo ha de ser manuscrito en el sentido de que el escrito ha de ser de puño y letra del otorgante, (por ejemplo no será válido el testamento mecanografiado y firmado por el testador).

3º Debe contener la expresión del año, mes y día en que se otorga: es un requisito esencial para determinar la capacidad del testador, habiendo varios testamentos para determinar cual es el último a efectos de revocación de los anteriores.

4º Se exige que en el supuesto de que el testamento contuviese palabras tachadas, enmendadas o entre renglones, las salve el testador bajo su firma.

5º El idioma del testamento: según el art. 688 Cc, los extranjeros podrán otorgar testamento ológrafo en su propio idioma.

-El testamento ológrafo es un documento privado, para la plenitud de los efectos como tal testamento se requiere su protocolización previa la observación, es decir, que éste testamento deberá protocolizarse presentándolo con este objeto al juez de 1ª instancia del último domicilio del testador o donde hubiese fallecido en un periodo de 5 años desde que haya fallecido, sino NO será válido.

Superado el trámite de la **adveración** por el juez, es decir, la comprobación de su autenticidad, el juez podrá autorizar que sea **protocolarizado**, es decir, elevado a escritura pública por el notario competente.

§ 5. TESTAMENTOS EXTRAORDINARIOS Y ESPECIALES

Estos testamentos presentan como característica común el "no" requerir la presencia de notario, entre ellos tenemos los siguientes:

1º) **El testamento en inminente peligro de muerte:** si el testador se hallare en inminente peligro de muerte puede otorgarse el testamento ante CINCO testigos idóneos sin necesidad de notario.

2º) **El testamento en caso de epidemia:** establece el art. 301 Cc que en caso de epidemia puede otorgarse testamento sin intervención de notario ante TRES testigos mayores de 16 años . El Cc no exige que el testador se encuentre atacado de mal epidémico, bastará con que se encuentre en el lugar afectado.

En cuanto a la FORMA de estos tipos de testamentos, el art. 702 Cc exige que siendo posible se escriba el testamento y que NO siéndolo el testamento será válido aun cuando los testigos no supiesen escribir.

Estos testamentos quedarán ineficaces si pasaren 2 meses desde que el testador haya salido del peligro de muerte o haya cesado la epidemia, si el testador falleciese dentro de dicho plazo también quedará ineficaz el testamento si dentro de los 3 meses siguientes al fallecimiento NO se acude al tribunal competente para que se eleve a escritura pública.

OTROS tipos de testamentos especiales son:

-Testamento MILITAR: que de conformidad con el art. 716 Cc se ha de otorgar en tiempo de guerra y por los militares en campaña, rehenes, demás individuos empleados en el ejército o que sigan a este.

-Testamento MARITIMO: regulado en los arts. 722 a 731 Cc.

§ 6. TESTAMENTOS OTORGADOS POR ESPAÑOLES EN EL EXTRANJERO

El Cc en su art. 732 reconoce a los españoles la posibilidad de testar fuera del territorio nacional, sujetándose a las formas establecidas por las leyes del país en que se hallen. Sin embargo no será válido en España el testamento mancomunado que los españoles otorguen en país extranjero, aunque lo autoricen las leyes de la nación donde se hubiesen otorgado.

Los españoles que se encuentren en país extranjero también podrán otorgar testamento abierto o cerrado ante el funcionario diplomático o consular de España que ejerza funciones notariales en el lugar del otorgamiento.

Este deberá remitir una copia del testamento al Ministerio de Asuntos Exteriores, cuando se produzca el fallecimiento del testador, el Ministerio de AA.EE. hará publicar la noticia del fallecimiento en el BOE para que los interesados en la herencia puedan recoger el testamento y gestionar su protocolización.

§ 7. EL REGISTRO DE ACTOS DE ÚLTIMA VOLUNTAD.

Este es el registro de carácter informativo que tiene como finalidad el proporcionar información sobre si una persona ha otorgado actos de última voluntad. Existe un registro central que se lleva en la Dirección General de los Registros y el Notariado y otros en los Colegios Notariales.

Estos registros son *reservados*, solamente podrá expedirse certificación cuando lo soliciten:

1º.- los jueces o tribunales;

2º.- los propios otorgantes;

3º.- cualquier persona que tenga interés en ello, cuando se acredite el fallecimiento del causante.

Tema 8:

INEFICACIA DE LOS TESTAMENTOS

§1. Causas de ineficacia de los testamentos

§2. Nulidad del testamento

§3. Revocación del testamento

§4. Caducidad del testamento

§5. Interpretación del testamento

§1. Causas de ineficacia de los testamentos

El Código civil **no** contiene una **normativa general de la ineficacia del testamento**, limitándose a hablar de casos de **nulidad** (arts. 673, 687, 715 y 688-2º), **de ineficacia** (arts. 226, 703, 704, 720 y 743) y **caducidad** (art. 743). De entre los anteriores supuestos, sólo establece el régimen de la revocación en los artículos 737 y siguientes; para cubrir ese vacío legal hay que recurrir a la aplicación analógica de la **normativa de la ineficacia contractual** aunque sin olvidar la distinta naturaleza y estructura del testamento y del contrato (DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN).

El Código dedica los arts. 737 a 743 a tratar «**la revocación e ineficacia de los testamentos**». Sin embargo, es un defecto equiparar revocación e ineficacia, cuando en realidad el término ineficacia es un concepto genérico que a su vez engloba la revocación, la caducidad y la nulidad (PUIG BRUTAU).

El testamento puede ser ineficaz por tres distintas causas: por nulidad, por revocación y por caducidad (PUIG BRUTAU).

a) El **testamento** será ineficaz por **nulidad** si *faltare algún requisito esencial en su otorgamiento o si el contenido de sus disposiciones infringe normas imperativas*. Esta última clase de nulidad, la que deriva del contenido de las disposiciones testamentarias, ha de ser tratada en relación con cada una de las materias correspondientes (institución de heredero, ordenación de legado, sustituciones, legítimas, etc.).

Las **causas de nulidad** que afectan al **otorgamiento** del testamento como acto solemne, son las siguientes: falta de capacidad del otorgante, existencia de vicios de la voluntad y defectos de forma o infracción de un precepto de Derecho imperativo.

b) El **testamento** será **ineficaz por revocación** cuando el *testador, de manera explícita o implícita, manifieste que el testamento otorgado ya no contiene su última voluntad*.

c) El **testamento** será **ineficaz por caducidad** en los casos especiales en que la ley sólo le confiera eficacia por un tiempo determinado o cuando su otorgamiento en la forma legal correspondiente exija que dentro de cierto plazo se practiquen formalidades que lo complementen.

§2. Nulidad del testamento.

2.1.- CAUSAS DE NULIDAD.

Un testamento será **nulo** cuando en su otorgamiento no hayan concurrido los requisitos esenciales para su validez. El testamento puede ser **nulo** por **falta de capacidad del otorgante**, por **vicios del consentimiento** y por haberse **infringido** en su otorgamiento alguna **norma de Derecho necesario o imperativo** (PUIG BRUTAU).

1º.- **Falta de capacidad del otorgante.**- Será nulo el testamento otorgado por:

- a) un menor de catorce años (art. 663-1º).
- b) un menor de edad si se trata de un testamento ológrafo (art. 668)
- c) una persona que no se halla en su cabal juicio (663.2º)
- d) un incapacitado cuya sentencia de incapacitación le prohíba testar.(665).

2º.- **Vicios de la voluntad.**- Como en todo negocio jurídico, en el testamento es preciso que la voluntad se haya manifestado libremente, de ahí que el Código establezca en el art. 673 que: «Será **nulo** el testamento otorgado con **violencia, dolo o fraude**».

La violencia a la que se refiere el precepto se trata tanto de la violencia física como de la intimidación. (ESPÍN CANOVAS)

3º.- **Infracción de normas de Derecho imperativo.**- El testamento puede ser nulo por no haberse observado las prescripciones legales. Originarán esta ineficacia:

- a) la falta de capacidad del otorgante.
- b) el incumplimiento de las formalidades establecidas por la ley (art. 687).
- c) la utilización de una forma prohibida (v. gr., el testamento mancomunado, art. 669).
- d) el testamento hecho por persona distinta del testador (art. 670).

El artículo 743 dice que «caducarán los testamentos, o serán ineficaces en todo o en parte, sólo en los casos expresamente previstos en este Código Pero a la regla no se le debe dar un significado literal porque el Código va diciendo a cada paso que la violación de un precepto imperativo es causa de nulidad de la disposición o de todo el testamento. La índole o finalidad del precepto contrariado es la que puede llevar a la nulidad.

2.2. NULIDAD TOTAL Y NULIDAD PARCIAL.-

Si la nulidad afecta a todo el testamento será total, mientras que si afecta a una o varias disposiciones testamentarias será parcial. Esta última nulidad se refleja en abundantes normas del Código, entre otras el art. 743 que establece que: « Caducarán los testamentos, o serán ineficaces en todo o en parte las disposiciones testamentarias, sólo en los casos expresamente prevenidos en este Código.»

No obstante, el testamento será en su totalidad nulo si se demuestra que el testador no quería el resto de sus disposiciones sin la parte nula (vid. Ss. de 10 de octubre de 1977 y 24 de noviembre 1983). Esta misma doctrina deberá servir para comunicar la nulidad de alguna disposición a otras particulares

conexas.

2.3. LEGITIMACIÓN.- La **legitimación activa** corresponderá a todos los interesados en la declaración de nulidad; **la pasiva**, a todos los que deriven derechos del testamento impugnado. También deberá ser demandada el albacea si no se hubiese extinguido el albaceazgo, pero no el federatario autorizante del testamento que hubiese incumplido las formalidades (S. 10 de noviembre de 1979).

Carecen de acción para ejercitar la acción de nulidad del testamento cualquiera que sea la sustancialidad y trascendencia de sus defectos formales, quienes han prestado o traen causa de quien prestó su conformidad a sus disposiciones o las han ejecutado (Ss. de 26 de noviembre 1901, 28 de febrero de 1908, 15 de marzo de 1951). Se trata de una renuncia a la acción de nulidad por vicios formales, deriva de una excepcional confirmación de la nulidad, que exige el conocimiento previo de la irregularidad.

2.4. EFECTOS: LA CONVERSIÓN.-

La declaración de nulidad del testamento produce los siguientes **efectos** (ESPÍN CANOVAS):

- a) Es un motivo para que se abra la sucesión intestada (art. 912.1.).
- b) En el caso de que se deba a violencia o fraude, puede suponer para quien los empleó una incapacidad sucesoria por indignidad con relación al testador al que obligaron o indujeron a hacer testamento o a cambiarlo (art. 765.5 CC)
- c) Puede originar una responsabilidad por daños y perjuicios del federatario autorizante si procedió con malicia o negligencia inexcusable (arts. 705 y 715).
- d) Si existe un testamento «perfecto» anterior al declarado nulo no se producirá la apertura de la sucesión intestada.
- e) Otro efecto de la nulidad puede ser **la conversión del testamento** cuando éste, ineficaz bajo una determinada forma, es válido bajo otra, si contiene todos los elementos legales requeridos de ésta. Así lo establece el artículo 715 a propósito del testamento cerrado, que puede valer como ológrafo.

En los litigios sobre la **validez o nulidad de un testamento** (o de sus disposiciones concretas, entendemos), la cosa juzgada surte **efectos frente a terceros**, aunque no hayan litigado. Lo dispone así, derogando la regla de la relatividad, el artículo 1.252, párrafo 2.º, y su razón de ser no es otra que la de la solución judicial ha de ser unívoca. Un testamento no puede ser válido para un círculo de personas e inválido para otras.

La petición de nulidad de un testamento puede llevar consigo como **petición subsidiaria la restitución de los bienes hereditarios** al heredero o herederos verdaderos, es decir, una pura acción restitutoria que aquí se llama **petición de herencia**, aunque no es imprescindible su ejercicio conjunto. En todo caso, eso sí, sería previa la primera, pues no cabe que se acceda a la restitución de la herencia sin que previamente se declare la cualidad de heredero que posee el actor.

2.5.PRESCRIPCIÓN.-

No señala el Código civil plazo de prescripción para el ejercicio de la acción de nulidad. Teniendo en cuenta su naturaleza personal y en una hipótesis de

incumplimiento de formalidades, se ha dicho que será el de **quince años** de acuerdo con la regla del artículo 1.964 (S. de 20 de junio de 1928). Opinión discutible, pues cabe pensar en que si la nulidad se debe a vulneración o desconocimiento de normas de ius cogens, el régimen debe ser el mismo que se sigue en materia de contratos, la imprescriptibilidad), sin perjuicio naturalmente de que puedan ser usucapidos, si se reúnen las condiciones legales al efecto, los bienes hereditarios.

No se ve tampoco posibilidad de diseñar una nulidad que llamaríamos relativa por efectos formales en los testamentos que llevase a aplicar el plazo de quince años, dejando la imprescriptibilidad para los casos en que sean esenciales. Esta distinción no se halla en el Código civil (vid.art. 687), y llevaría a una inseguridad manifiesta por su casuismo. Tal vez, sin embargo, conviniese reservar el citado plazo de quince años para la nulidad del artículo 673, dado que en él se protege la voluntad del testador y no puede encuadrarse realmente en el grupo de preceptos que prescriben por motivos de interés general una regulación formal del testamento.

2.6. LA PROHIBICIÓN DEL TESTADOR DE QUE SE IMPUGNE EL TESTAMENTO.-El artículo 675-2º establece la regla contraria a la validez de esta prohibición: «El testador no puede prohibir que se impugne el testamento en los casos en que haya nulidad declarada por la Ley » Lo que se dice el testamento vale para singulares disposiciones del mismo (S. de 3 de marzo de 1980).

El problema radica en las frecuentes cláusulas en las que los testadores sancionan con pérdida de beneficios hereditarios a quienes impugnen Realmente, en estos casos lo que hay son atribuciones sucesorias condicionadas, por lo que, al tenerse por no puesta la condición por contraria a la ley, la institución se purifica (art. 792)

§3.- REVOCACIÓN DEL TESTAMENTO

3.1. CONCEPTO.

La **revocación** es la declaración de voluntad del testador por la que determina la ineficacia del anterior negocio jurídico testamentario, y puede conceptuarse como un negocio jurídico en cuanto da lugar a unos efectos que son queridos por el revocante

El testamento es un negocio jurídico esencialmente revocable, lo que consagra el artículo 737. El negocio jurídico, aunque perfecto desde su celebración, no vincula al testador. Según es sabido, es cambiante nuestra voluntad hasta el final de nuestra vida.

Es tan esencial la revocabilidad al testamento, que una declaración del testador declarándolo irrevocable es por completo ineficaz. Son igualmente ineficaces, según dispone el artículo 737, las cláusulas derogatorias de las disposiciones que en el futuro pueda hacer, y las llamadas «**cláusulas ad cautetam**», en las que el propio testador ordena que no valga la revocación del testamento si no la hiciese con ciertas palabras o señales.

3.2.REQUISITOS Y FORMA DE LA REVOCACIÓN.

El artículo 738 exige que la revocación se haga con las solemnidades necesarias para testar, tanto si la revocación es parcial como total. Esta revocación es **expresa**, y se limita simplemente a dejar sin efecto disposiciones testamentarias anteriores.

El artículo 739-1º, dispone que «El **testamento** anterior queda revocado por el posterior perfecto, si el testador no expresa en éste su voluntad de que aquel subsista en todo o en parte.

Sin embargo, el testamento anterior recobra su fuerza si el testador revoca después el posterior, y declara expresamente que valga el primero».

El efecto revocatorio se da aun cuando el nuevo testamento caduque por incapacidad del heredero o legatario, o por renuncia de éstos (art. 740).

Atendiendo al supuesto de que el testamento posterior haya revocado el anterior por efecto de lo dispuesto en el párrafo 1. del artículo 739, el párrafo 2º. ordena que este último recobra su fuerza si el testador revoca después el posterior y declara expresamente ser su voluntad que valga el primero. La misma consecuencia debe producirse aunque el segundo testamento no contuviera una disposición directa de bienes post mortem sino una revocación expresa del primero.

B) REVOCACION REAL E INVALIDEZ DEL TESTAMENTO CERRADO.-El artículo 742, y para el testamento cerrado, establece una presunción de revocación cuando aparece en el domicilio del testador con las cubiertas rotas o los sellos quebrantados, o borradas, raspadas o enmendadas las firmas que lo autoricen. Esta presunción se funda en la idea de que ha sido el propio testador el que ha realizado conscientemente cualquiera de esas conductas, y de ahí que la única prueba contraria a la presunción sea la de haber ocurrido el desperfecto sin su voluntad ni conocimiento, o hallándose en estado de demencia. Pero si aparecieren «rota la cubierta o quebrantados los sellos, será necesario probar además la autenticidad del testamento».

La presunción opera cuando el testamento cerrado aparece en el domicilio del testador. Posteriormente, el párrafo último del artículo 742 considera la misma situación «encontrándose el testamento en poder de otra persona», lo que induce a pensar que en la hipótesis anterior más que el hecho del domicilio debe ser relevante que el testamento se hallase en poder del testador.

Si se halla el testamento en poder de otra persona el artículo 742 dice que «se entenderá que el vicio procede de ella y no será aquel válido como no se pruebe su autenticidad». No hay, pues, revocación porque la conducta no es del propio testador, que es quien únicamente puede revocar (salvo que el tercero haya obrado siguiendo sus expresas instrucciones al respecto). Por otra parte, se limita a establecer una presunción *iuris tantum* de culpa del tercero, aunque la prueba de que los desperfectos han sido ocasionados por otros le liberará de la consiguiente responsabilidad, pero no evitará que haya que probar la autenticidad del testamento.

En cuanto a **la prueba de la autenticidad**, se distingue legalmente: la rotura de la cubierta o el quebrantamiento de los sellos la exige necesariamente, pero no si las firmas están borradas, tachadas o enmendadas. Se mantiene entonces la validez del testamento, «como no se justifique haber ido entregado el pliego de esta forma por el mismo testador».

C) EFICACIA DE LA REVOCACION.-La revocación da lugar a la ineficacia del testamento revocado, salvo el reconocimiento de un hijo que en testamento.,

4. LA CADUCIDAD DEL TESTAMENTO

La **caducidad** es un concepto en el que se engloban todos los supuestos en los que existe por imperativo legal una ineficacia sobrevenida del testamento bien por la superación de las circunstancias en que se otorgó (vid.arts. 703, 719, 720, 730), bien por el incumplimiento de formalidades posteriores a su otorgamiento (vid. art. 704). Hay que advertir que la terminología del Código civil no es unívoca, pues unas veces habla de caducidad y otras de ineficacia del testamento.

5. LA INTERPRETACION DEL TESTAMENTO

El Código civil dedica el artículo 675 a la regulación general de la actividad interpretativa de las disposiciones testamentarias, y está presidido por el principio de la supremacía de la voluntad del testador, tal y como la expresó. El precepto dice que «toda disposición testamentaria deberá entenderse en el sentido literal de sus palabras, a no ser que aparezca claramente que fue otra la voluntad del testador». Obliga, pues, como primera medida a colegir la voluntad real del testador del texto de la declaración. La proposición segunda del **artículo 675** expresa que: «En caso de duda se observará lo que aparezca más conforme a la intención del testador según el tenor del mismo testamento.»

A) LA INTERPRETACION INTEGRATIVA.-La jurisprudencia ha admitido también la posibilidad de una llamada interpretación integrativa de la disposición testamentaria. Cuando las cláusulas del testamento se revelan como inexpresivas, su sentido literal puede ser desenvuelto o integrado por el juez, siempre que para ello se parta de las propias declaraciones del documento testamentario, o lo que es igual, del tenor del mismo testamento, del cual pueda extraerse por modo claro la verdadera y completa voluntad del disponente (Ss. de 6 de marzo de 1944 y 26 de noviembre de 1974). Es evidente que esta integración supone un riesgo; el de convertirse en una «disposición» que se atribuye al testador.

B) LA PRUEBA EXTRINSECA.- Es cuestión sumamente controvertida si el intérprete puede acudir a conductas o declaraciones o actos del testador (que por definición se hallan fuera del testamento) para indagar su verdadera voluntad. Se trataría, en sustancia, en aplicar al ámbito testamentario de lo que el artículo 1.282 dispone para los contratos (y que reiterada jurisprudencia extiende también a los actos posteriores a su perfección).

La jurisprudencia se muestra receptiva a la prueba extrínseca (Ss. de 8 de marzo de 1956, 26 de marzo de 1983 y 26 de septiembre de 1986), y, para evitar ese riesgo, exige que el sentido averiguado o desenvuelto por la interpretación tenga una expresión cuando menos incompleta en el documento (S. de 8 de julio de 1940).

Tema 9:

LA INSTITUCIÓN DE HEREDERO

- § 1. Papel de la institución de heredero en el contenido del testamento
- §2. Forma y requisitos de la institución de heredero
- §3. Institución a favor del alma, de los parientes y de los pobres
- §4. Supuestos especiales de institución
- §6. Condición y término en la institución de heredero
- §7. Institución conjunta: el acrecimiento

§ 1. Papel de la institución de heredero en el contenido del testamento.

1.1.- EL CONTENIDO TÍPICO DEL TESTAMENTO.

El testamento en *sentido estricto* debe contener actos de disposición patrimonial por causa de muerte que, constituyen el contenido más propio del testamento. Convencionalmente bajo la expresión **contenido del testamento** suelen estudiarse las diversas reglas legales de atribución de bienes *a título de herencia y de legado*.

En el Código civil no se impone un contenido necesario del testamento como requisito de validez. No se exige, como ocurría en el Derecho romano, que el testamento²¹ contenga institución de heredero (CAPILLA RONCERO).

A pesar de la **no obligatoriedad de la institución de heredero**, lo más frecuente es que en la sucesión testada es que exista la institución de uno o de varios herederos. Estos sucederán al causante en todos sus derechos y obligaciones, concurriendo en ellos las siguientes circunstancias: adquirirán todos los derechos del causante que no se extingan con su muerte; han de pagar sus deudas y cumplir con sus obligaciones; han de cumplir con sus cargas derivadas de la sucesión; han de pagar o entregar los legados; adquieren y refunden el patrimonio de su causante con el suyo propio y han de ejecutar la última voluntad del causante en defecto de albacea que tenga atribuida esta facultad (PUIG BRUTAU).

El **testador** tiene un gran **margen de libertad** a la hora de designar heredero, que presenta los siguientes caracteres (PUIG BRUTAU):

A) Podrá nombrar o no heredero. Así se deduce del **art. 658** que permite que la sucesión se defiera en parte por voluntad del hombre y en parte por voluntad de la ley; del **art. 764** que establece la validez del testamento aunque la institución de heredero no comprenda la totalidad de los bienes y el **art. 912** que admite la sucesión intestada cuando el testamento no disponga de todos los bienes.

Además el **art. 764** permite incluso que el testamento ni tan siquiera contenga la institución de heredero, cuando establece que: «El testamento será válido aunque no contenga institución de heredero, o ésta no

21 Por el contrario en la sucesión *ab intestato* siempre existe la institución de heredero.

comprenda la totalidad de los bienes, y aunque el nombrado no acepte la herencia o sea incapaz de heredar.

En estos casos se cumplirán las disposiciones testamentarias hechas con arreglo a las leyes, y el remanente de los bienes pasará a los herederos legítimos».

Por lo tanto un testamento puede ser válido sin contener la institución de heredero y además es posible la coexistencia de la sucesión testada con la intestada.

B) Es posible distribuir toda la herencia sin la intervención de herederos testamentarios ni intestados. El art. 891 permite distribuir toda la herencia en legados al establecer que: «Si toda la herencia se distribuye en legados, se prorratarán las deudas y gravámenes de ella entre los legatarios a proporción de sus cuotas, a no ser que el testador hubiere dispuesto otra cosa».

C) Libertad de disposición de toda la herencia cuando se carece de herederos forzosos. El art. 763 establece que: «El que no tuviere herederos forzosos puede disponer por testamento de todos sus bienes o de parte de ellos en favor de cualquier persona que tenga capacidad para adquirirlos. [...]»

§2. FORMA Y REQUISITOS DE LA INSTITUCIÓN DE HEREDERO.

La institución de heredero ha de estar realizada en testamento válido, y ha de referirse a persona cierta o susceptible de determinación, que tenga capacidad para suceder y que exista en el momento de ser llamado a la herencia. En cuanto a la institución el Código no exige ningún requisito de forma, siendo suficiente que el testamento se refiera persona determinada o que se pueda determinar (PUIG BRUTAU). Este es el requisito denominado por la doctrina de la *certeza de la designación*.

El artículo 750 sanciona con la nulidad «toda disposición testamentaria en favor de persona incierta a menos que por algún evento pueda resultar cierta». Es carga del testador, si quiere que su voluntad tenga efectos, hacer la designación de heredero (o legatario) de tal manera que pueda determinarse quién es, o utilizar procedimientos (p. ej., elección mediante concurso público en el caso de la Sentencia de 11 de junio de 1960) o expresar circunstancias que cumplan aquella finalidad (v. gr., instituyo herederos a los hijos que tenga A) (DIEZ-PICAZO Y GULLÓN)

2.1.-FORMAS DE INSTITUIR EL HEREDERO.

A) Manera normal de instituir heredero, la designación nominativa, «el testador designará al heredero por su nombre y apellidos, y cuando haya dos que los tengan iguales deberá señalar alguna circunstancia por la que se conozca al instituido» (art. 722-1).

No obstante, de acuerdo con el art. 722-2, se permite la designación aunque no sea nominativa: «Aunque el testador haya omitido el nombre del heredero, si lo designare de modo que no pueda dudarse quien sea el instituido, valdrá la institución». Este sería el caso de que a efectos identificatorios se utilizasen apodos, diminutivos, grado de parentesco (el mayor de mis sobrinos). (Capilla Roncero).

B) Error en la designación nominal. Cabe la posibilidad de que se designe a una persona nominativamente, pero con error acerca de su nombre y apellidos o

circunstancias en estos casos prevalece la identificación acorde con el real querer del testador, habiéndose de salvar el error en el nombre con la adecuada interpretación del testamento. Así se recoge en el art. 773: «El error en el nombre, apellidos o cualidades del heredero no vicia la institución cuando de otra manera puede saberse ciertamente cuál sea la persona nombrada.

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.»

C) La institución tácita de heredero. No es necesario que el testador use la palabra heredero para hacer la designación en este concepto y basta que la voluntad manifestada por el testador corresponda de hecho a este concepto (art. 668.2 CC).

D) La determinación de la persona instituida no puede encomendarse a tercero. Ello es consecuencia necesaria del carácter personalísimo del testamento. El testador no puede dejar «al arbitrio de un tercero la subsistencia del nombramiento de herederos o legatarios, ni la designación de las porciones en que hayan de suceder cuando sean instituidos nominalmente» (art. 670). La intervención de un tercero sólo está autorizada para distribuir las cantidades que el testador haya dejado a clases determinadas, «como a los parientes, a los pobres o a los establecimientos de beneficencia, así como la elección de las personas o establecimientos a quienes aquéllas deban aplicarse» (art. 671).

E) El móvil de la designación. No es necesario que el testador manifieste que móvil le ha impulsado a realizar su designación. Sin embargo para el caso de que la haga constar el art. 767 establece que: «La expresión de una causa falsa en la institución de heredero o del nombramiento de legatario, será considerada como no escrita, a no ser que del testamento resulte que el testador no habría hecho tal institución o legado si hubiese conocido la falsedad de la causa .

La expresión de una causa contraria a derecho, aunque sea verdadera, se tendrá por no escrita».

El art. 767 se refiere a la causa de la designación, no en el sentido de la causa en el mismo sentido que causa de las obligaciones sino a los motivos o móviles que han impulsado al testador a disponer. Hay veces que del testamento puede desprenderse el móvil que ha guiado al testador a disponer a favor de determinada persona, como por ejemplo, que piense que aquella sea su hija suya, o que le socorriese en una situación de necesidad (CAPILLA RONCERO). En el art. 767 se postula una **regla general de irrelevancia reforzada**, es decir que aunque se pueda averiguar que hubo error en los motivos o que estos son ilícitos, es válida la atribución, teniéndose por no puesta la expresión del móvil. Sólo si el error fuese de gran entidad se tendría por relevante.

F) Concurrencia de designados. En el Código existen varias reglas que tratan de determinar la cuota de participación correspondiente a cada sucesor cuando varios son designados de forma simultánea:

1. Si los herederos son instituidos sin designación de partes, heredarán por partes iguales (art. 765).
2. Si el testador nombra a unos herederos individualmente y a otros colectivamente como si dijera: «instituyo por mis herederos a N. y a N. y a los hijos de N.» los

colectivamente nombrados se considerarán como si lo fueran individualmente (art. 769).

3. Si el testador instituye a sus hermanos, y los tiene carnales y de padre o madre solamente, se dividirá la herencia como en el caso de morir intestado (art. 770).

4. Si el testador llama a la sucesión a una persona y a sus hijos, se entenderán todos instituidos simultáneamente y no sucesivamente (art. 771). No hay, pues, ninguna presunción en favor de la sustitución fideicomisaria, en la que van entrando sucesivamente en el goce de la herencia los herederos llamados.

§3. INSTITUCIÓN A FAVOR DEL ALMA, DE LOS PARIENTES Y DE LOS POBRES.

La regla general es que la herencia recaiga en persona determinada, el art. 750 CC establece la nulidad del testamento que omita este requisito. Esta regla constituye un obstáculo para las instituciones caprichosas o desacertadas, pero no para las que respondan a finalidades admisibles y convenientes, aunque la designación se haya hecho de manera genérica o indeterminada. (PUIG BRUTAU)

A tal efecto, el Código contiene las reglas siguientes.

A. Institución en beneficio del alma del testador.-

Esta regla aparece recogida en el art. 747. «Si el testador dispusiere del todo o parte de sus bienes para sufragios y obras piadosas en beneficio de su alma, haciéndolo indeterminadamente y sin especificar su aplicación, los albaceas venderán los bienes y distribuirán su importe, dando la mitad al diocesano para que lo destine a los indicados sufragios y a las atenciones y necesidades de la Iglesia, y la otra mitad al Gobernador Civil correspondiente para los establecimientos benéficos del domicilio del difunto, y en su defecto, para los de la provincia.»

B. Institución a favor de los parientes

Para el supuesto de que las disposiciones a favor de los parientes que hayan sido hechas de manera indeterminada, el Código dispone que es válida la disposición por la que el testador haya encomendado a un tercero la distribución de las cantidades dejadas a los parientes, por autorizarlo el art. 671.

Si la disposición está hecha genéricamente en favor de los parientes del testador sin referirse a lo que decida un tercero, el Código establece que se ha de entender hecha «en favor de los más próximos en grado» (art. 751).

C. Institución a favor de los pobres.

De acuerdo con el art. 749«Las disposiciones hechas a favor de los pobres en general, sin designación de personas ni de población, se entenderán limitadas a los del domicilio del testador en la época de su muerte, si no constare claramente haber sido otra su voluntad.

«La calificación de los pobres y la distribución de los bienes se harán por la persona que haya designado el testador, en su defecto por los albaceas, y, si no los hubiere, por el Párroco, el Alcalde y el Juez municipal, los cuales resolverán, por mayoría de votos,

las dudas que ocurran.

«Esto mismo se hará cuando el testador haya dispuesto de sus bienes en favor de los pobres de una parroquia o pueblo determinado.»

Este precepto se completa con lo señalado en el art 992-3º: «La 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.»

§4. SUPUESTOS ESPECIALES DE INSTITUCIÓN.

La institución de heredero puede presentar las siguientes especialidades:

4.1.- Institución exceptuando a una cosa cierta de la herencia

Cuando el testador ha ordenado un legado que por cualquier causa no llega a tener eficacia, el Código ordena, en el art. 888, que el legado se refunda en la masa de la herencia, fuera de los casos de sustitución y derecho de acrecer.

4.2.- Heredero vitalicio

La posible institución de heredero con carácter vitalicio y sin disposición de la herencia para después de su muerte, equivale a la institución de heredero sometida a plazo.

4.3.- Heredero en usufructo .

El beneficiado por el testador con un usufructo sobre la totalidad de la herencia, o una parte o cuota, no es considerado como sucesor mortis causa a título universal, puesto que no sucedería en la universalidad de los derechos que pueden recaer sobre las cosas del caudal relicto, sino sólo, y por definición, en un derecho concreto, el de usufructo. Por ello, se ha pensado que estamos ante una atribución patrimonial concreta que entraría más probablemente dentro de los esquemas del legado. El propio Código Civil organiza el usufructo de una herencia o parte o cuota de ella como un legado; véanse sus arts. 508 y 510, singularmente este último, en el que se aprecia con claridad que el usufructuario de la herencia no responde de las deudas de ésta frente a los acreedores de la misma, sino que debe reembolsarlas en las relaciones internas que mantiene con el nudo propietario. (López y López) .

§6.- CONDICIÓN Y TÉRMINO EN LA INSTITUCIÓN DE HEREDERO.

El testador puede haber enlazado la eficacia de su última voluntad a los llamados elementos accidentales del negocio jurídico, que son la condición, el término o plazo y el modo.

6.1.- LA CONDICIÓN

El Código civil establece admisibilidad de que la institución de heredero o legatario se sometan a condición:«Las disposiciones testamentarias, tanto a título universal como particular, podrán hacerse bajo condición» (art. 790). Estas condiciones impuestas a los herederos y legatarios, en lo que no esté prevenido en las reglas del Derecho de

sucesiones se registrarán por las reglas establecidas por las obligaciones condicionales (art. 791). De lo establecido en el último precepto se deduce la admisibilidad tanto de las *condiciones suspensivas* como las *resolutorias*. Ello conlleva a que, respecto a la institución de heredero no rija la máxima romana «*semel heres semper heres*» (una vez heredero siempre heredero). (Capilla Roncero)

La adquisición de los derechos atribuidos por el testador bajo condición suspensiva, así como la resolución o pérdida de los atribuidos bajo condición resolutoria, dependerán del acontecimiento que constituya la condición (art. 1.114 CC). (Puig Brutau.)

Establecer una condición significa hacer depender un efecto jurídico del acontecimiento de un hecho futuro e incierto en cuanto a si se producirá o no. Si este efecto consiste en dejar que la adquisición del derecho quede pendiente de la realización del hecho futuro e incierto, la condición es suspensiva; si el efecto subordinado al acontecimiento futuro e incierto es la terminación de una adquisición ya realizada, la condición es resolutoria. (Puig Brutau.)

En la **condición resolutoria** el heredero adquiere la herencia de manera inmediata, pero ello no impide la existencia de un futuro y posible titular que estará a la expectativa de la resolución del derecho del heredero. En la condición suspensiva el heredero no adquirirá la herencia en tanto no se cumpla la condición, la herencia mientras tanto se encontrará en administración. (Art.801). (Puig Brutau.)

6.2.- EL PLAZO.

El plazo es un **elemento accesorio o accidental** del negocio jurídico, existe cuando hay certidumbre de que el momento señalado llegará, aunque no se sepa cuándo. Si la incertidumbre consiste en si llegará o no el día, la obligación no está sometida a plazo, sino a condición (art. 1.115.3 CC).

Por consiguiente, una disposición de última voluntad está sometida a plazo cuando el testador ordena que el efecto del nombramiento de heredero o la designación de legatario no empiece hasta un momento determinado (plazo inicial o suspensivo) o termine en una fecha igualmente determinada (plazo final o resolutorio) (PUIG BRUTAU).

El art. 805 admite la atribución mortis causa sometida a término final o a término inicial. Estableciéndose que el caso del término inicial, durante el período de tiempo que transcurra desde la apertura de la sucesión hasta el cumplimiento del término, será llamado a la herencia el sucesor legítimo (intestado). En caso de término final, una vez este esté vencido, los bienes irán a parar a manos del heredero intestado. (CAPILLA RONCERO)

§7. INSTITUCIÓN CONJUNTA: EL ACRECIMIENTO.

7.1. CONCEPTO Y FUNDAMENTO

El acrecimiento es el derecho a que corresponde a cada uno de los coherederos llamados conjuntamente a la misma herencia o a la misma porción de ella sin especial designación de partes, a adquirir (hacer suya) la porción que, en

determinados supuestos, quede vacante». El acrecimiento tiene lugar antes de la aceptación de la herencia (PUIG BRUTAU).Ej. A, B y C, son llamados de forma conjunta a una misma herencia, C renuncia a la misma, como consecuencia del derecho de acrecer su cuota incrementará las de A y B.

Las reglas del acrecimiento son de Derecho supletorio porque no se han de aplicar cuando el testador ha determinado lo que ha de hacerse en el caso de quedar vacante la parte de uno de los llamados por ejemplo, cuando le ha nombrado un sustituto vulgar. (Puig Brutau).

7.2. CASOS EN QUE PROCEDE .

Las reglas del acrecimiento pueden ser aplicadas no sólo en la institución de heredero sino también en la de legatario. Con respecto a la herencia, procede de manera normal en la sucesión testada; en la intestada y en la llamada forzosa (PUIG BRUTAU).

7.3. EL DERECHO DE ACRECER EN LA SUCESIÓN TESTADA .

a) *Requisitos.*

Los requisitos para el derecho de acrecer son, según PUIG BRUTAU:

A) Que el testador haya llamado conjuntamente a dos o más herederos a toda la herencia o a parte de ella. (Llamamiento solidario de todos al todo)

B) Que uno o alguno de los llamados no realice la adquisición que en virtud de tal llamamiento le corresponde.

Los dos requisitos son, la *conjunción de llamamientos y porción vacante*, aparecen recogidos en el art. 982 CC que establece que: «Para que en la sucesión testamentaria tenga lugar el derecho de acrecer, se requiere: 1º.- Que dos o más sean llamados a una misma herencia, o a una misma porción de ella, sin especial designación de partes. 2º.- Que uno de los llamados muera antes que el testador, o que renuncie la herencia o sea incapaz de recibirla.»

El Código se refiere al requisito de la conjunción en el llamamiento, a base de expresar cuándo esta conjunción no existe por estar hecho el llamamiento con expresión de partes, en el art. 983: «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 designen 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.»

El Código excluye el derecho de acrecer por lo tanto cuando hay una fijación numérica de la cuota. (López y López)

B) *Efectos.*

Los efectos del acrecimiento aparecen recogidos en el art. 984 cc que establece que: «los herederos a quienes acrezca la herencia sucederán en todos los derechos y obligaciones que tendría el que no quiso o no pudo recibirla».

El acrecimiento es un fenómeno sucesorio propio, se subentra en la posición del

causante tal como la había recibido el llamado vacante; lo cual significa que el derecho de acrecer no es la adquisición de la cuota ajena, sino la adquisición de la propia en la proporción que le corresponda. La consecuencia de ello es que no se puede aceptar la proporción originaria y repudiar la porción de acrecimiento o a la inversa. (LÓPEZ Y LÓPEZ)

C. El acrecimiento en la sucesión forzosa.

El Código dispone en el art. 985: «Entre herederos **forzosos** el derecho de acrecer sólo tendrá lugar cuando la parte de libre disposición se deje a dos o más de ellos, o a alguno de ellos y a un extraño.

Si la parte repudiada fuere la legítima, sucederán en ella los coherederos por su derecho propio y no por el derecho de acrecer.»

Para la comprensión de la norma ha de tenerse en cuenta que la legítima, es concedida por la ley a ciertos parientes del testador, con independencia de la voluntad de éste y del número de legitimarios (art. 806 y ss. CC). El «derecho propio» de que habla el segundo párrafo del art. 985 es el que la ley atribuye directamente a los legitimarios y, por tanto, éstos suceden en bloque por derecho propio, sin necesidad de que actúe un derecho de acrecer, que sólo puede existir en aquella parte de la que el causante pueda disponer libremente. (Puig Brutau)

E. El acrecimiento en la sucesión intestada

Sólo de manera impropia-dice Puig Brutau- cabe hablar de acrecimiento en la sucesión intestada. En ésta, por su propia naturaleza, siempre existirá el llamamiento conjunto cuando existan dos o más parientes del mismo grado. Por ello el Código, en el art. 981 dispone: «En las sucesiones legítimas la parte del que repudia la herencia acrecerá siempre a los coherederos».

No cabe que se produzca una porción vacante en caso de premoriencia de quien, en vida, podía tener derecho a la sucesión intestada, pues la ley sólo llama a los parientes que vivan al fallecer el testador y lo hace de manera innominada, por lo que la premoriencia de algunos no deja nunca un lugar vacante.

Si en lugar de premoriencia se trata de los casos de incapacidad o repudiación, el art. 922 dicta la regla adecuada: «Si hubiere varios parientes de 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». Por tanto, en la sucesión intestada el acrecimiento se producirá siempre que concurren varias personas del mismo grado y no proceda el derecho de representación. Es una consecuencia natural del sistema de sucesión por órdenes y grados.

Pero cuando la sucesión intestada se produce por líneas y estirpes (cf. arts. 937 y 948), aparecen también los grupos y entonces, como señala Lacruz, «el aumento se produce con preferencia, como en la sucesión testada, dentro del grupo».

La doctrina estima que no es posible que se produzca el acrecimiento entre herederos instituidos en testamento y los llamados por sucesión intestada.

TEMA 10

LOS LEGADOS. EL MODO

- §1.- Concepto de legado.
- §2.- Elementos del legado
- §3.- Clases de legados
- §4.- Elementos accidentales del legado
- §5.- Adquisición y eficacia del legado
- §6.- Ineficacia o extinción del legado
- §7.- Preferencia entre legatarios
- §8.- Los llamados legados legales
- §9.- El modo

§1.- CONCEPTO DE LEGADO.

1.1.- CONCEPTO.

Según el art. 660 del Código civil es **heredero** el que sucede a título universal y **legatario** el que sucede a título particular.

Hay que partir del hecho que en el Derecho civil de base romana existe una profunda diferencia entre la sucesión a título universal y la sucesión o adquisición a título particular. Frente al *heredero*, que se subroga en el lugar del causante, se sitúa el *legatario*, el cual sólo tiene **derecho a pedir cosas concretas de la herencia** o a realizar una adquisición a costa de la misma.

El *legatario* se contrapone al heredero porque ostenta un crédito contra la herencia o adquiere alguna cosa determinada de la misma. También se distingue del heredero en que no sucede en las obligaciones del causante, pues sólo cabe que el testador le imponga alguna obligación que no exceda del valor de lo que le atribuye. El legatario, es un adversario frente al patrimonio hereditario, pues realiza una adquisición frente a la herencia (PUIG BRUTAU).

Para ROCA SASTRE el **legado** se trata de una «**atribución de un valor hereditario por causa de muerte** y a **título singular**, que el causante ordena en testamento directamente a favor de una persona y a cargo del heredero o de otro legatario».

Algún sector de la doctrina, ante las dificultades que encierra encontrar un concepto preciso del legado, adopta una actitud pasiva, así para LACRUZ, «legado será cualquier disposición patrimonial hereditaria que, confiriendo directamente derechos al favorecido, no sea institución de heredero».

1.2.- CARACTERES.

Según ROCA I TRIAS, el legado presenta las siguientes **características**:

1º.- Es una **disposición autónoma**, puesto que es independiente de la institución de heredero, de forma que incluso puede distribuirse toda la herencia en legados (art. 891

cc) .

2º.- Es una **disposición de carácter patrimonial**. Lo que implica que en todo caso, el legatario obtiene un beneficio económico, aunque no necesariamente debe enriquecerse.

3º.- Es una **disposición por causa de muerte**. Por ello el legatario debe reunir dos los requisitos exigidos a todo sucesor y la adquisición del legado se entiende producida en el momento de la muerte del causante, salvo los casos de los legados condicionales y a término (art. 881 CC).

4º.-Es una **adquisición a título particular**, aunque algunas veces el legatario no es un sucesor. Así sucede en el legado de cosa ajena, en el cual se pide al heredero la adquisición de una cosa que no pertenece al caudal relicto para ser entregada al legatario, en este caso el legatario no se subroga en una concreta relación jurídica del testador (ROCA I TRIAS).

5º.- Contiene un **elemento de liberalidad**, es una atribución con carácter gratuito, lo que significa que el testador atribuye el legado sin tener ninguna obligación de favorecer al legatario; sin embargo, en algunas ocasiones no se produce un enriquecimiento correlativo del legatario, como, por ejemplo, en los casos de sublegado arts.858 CC

§2.- ELEMENTOS DEL LEGADO.

2.1.- ELEMENTOS PERSONALES.

En la estructura del legado aparecen los siguientes sujetos: el testador o disponente, el legatario y el gravado.

1º.- El **testador** es siempre quien **ordena el legado**, puesto que el CC sólo admite la forma testamentaria como negocio válido para ordenar el legado. Por lo tanto todo el que tiene capacidad para testar también puede disponer *mortis causa* a título de legado (DIEZ-PICAZO Y GULLÓN).

2º.- El **legatario** es el **favorecido por la disposición testamentaria**, puede ser legatario cualquier persona, incluso el mismo heredero, produciéndose así la figura del **prelegado**, que es el legado dispuesto a favor del heredero. (890-2º).

En el legatario -según ROCA I TRIAS- han de concurrir una serie de requisitos: a) ha de existir en el momento de la apertura de la sucesión; b) ha de tener la misma capacidad que la ley exige para ser heredero, y c) ha de quedar determinado en el momento de la apertura de la sucesión.

3º.- El **gravado**, es la persona a la que el testador **impone la obligación de hacer efectivo el legado**, normalmente es el **heredero**, si bien cabe que también lo sea el propio legatario, en ese sentido el art. 858 dispone que: «El testador podrá gravar con mandas y legados, no sólo a su heredero, sino también a los legatarios.» De acuerdo con este precepto, según que el gravado con el legado sea un heredero o un legatario nos encontramos ante un legado o un **sublegado** (legado a cargo del legatario).

Si el testador sólo ha **gravado** con un legado a **uno de los herederos**, éste será el único obligado al cumplimiento, pero si no grava a ninguno en particular, quedarán **todos obligados** en la misma proporción en que sean herederos (art. 850). A falta de disposición en contrario- estima Puig Brutau- la obligación será mancomunada (cf. art. 1.137 CC).

En el supuesto del **prelegado** (legado a favor del heredero), estiman Díez-PICAZO Y GULLÓN, que también se contará la cuota del beneficiado.

En el supuesto de que el gravado con el legado sea un legatario (**sublegado**) y el valor del legado que se le ha impuesto exceda del valor del suyo podrá pedir la reducción de aquel en virtud del art. 858, que establece que los legatarios gravados con un legado solo estarán obligados a responder hasta donde alcance el valor del legado (DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN).

En cuanto a los legatarios, su capacidad, en principio, se regirá por las mismas reglas que regulan la capacidad para ser heredero. El art. 891cc permite que el testador distribuya **toda la herencia en legados**, lo que equivale a que existan legados sin herederos.(Puig Brutau).

2.2.- ELEMENTOS REALES

El Código civil no define con carácter general que puede ser **objeto** de legado, se limita a establecer con carácter negativo que no puede ser objeto de legado. El **art. 865** establece la nulidad del legado que atribuya cosas que estén fuera del comercio de los hombres. En sentido contrario, debe entenderse que serán **susceptibles de legado todas las cosas que estén dentro del comercio de los hombres**. (DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN). Según LACRUZ pueden legarse incluso las cosas futuras, siempre que sean susceptibles de apropiación, incluso las ajenas.

Además de las cosas, también pueden legarse **derechos y prestaciones de cualquier clase**, incluso cuando se trate de cosas sin valor económico (cartas, recuerdos..). Cabe legar también la **prestación de servicios personales**, por el heredero o el legatario, siempre que la prestación sea lícita, posible y determinable (arts. 1.271. 1.272 y 1.273 cc).

El objeto del legado puede ser tan amplio como el testador desee, de modo que constituye objeto posible del legado el dar alguna cosa, hacer o no hacer algo. Puede tratarse de un derecho real o de un derecho de crédito; de una liberación de crédito; de un complejo de cosas. Por lo tanto puede ser **objeto de legado todo lo que puede ser objeto de una obligación** (ROCA I TRÍAS).

§3.- CLASES DE LEGADOS.

La doctrina ha distinguido las siguientes clases de legados:

a).- LEGADOS CON EFECTOS REALES Y CON EFECTO OBLIGACIONAL

Los **legados con efectos reales** (*legatum per vindicationem*) consisten en la atribución al legatario de un derecho real que ya existía en el patrimonio del causante o

que el mismo crea en el testamento, como en el caso del *legado de cosa específica* del causante o *legado de usufructo universal*. (ROCA I TRIAS)

Los **legados con efecto obligacional** (*legatum per damnationem*) son aquellos que consisten en la creación, modificación o extinción de relaciones jurídicas, atribuyendo al legatario el derecho a se realice por obligado aquello previsto por el testador. Por ejemplo el legado de cosa ajena o el de prestaciones periódicas. (ROCA I TRIAS)

La anterior distinción supone que en los legados con efectos reales la eficacia es inmediata, se produce nada más abrirse la sucesión, mientras que en los segundos deben cumplirse una serie de requisitos posteriores al momento de la apertura de la sucesión para que el legatario pueda obtener la prestación prevista.

B).- LEGADOS TÍPICOS Y ATÍPICOS.

El Código civil regula una serie de legados, por ello denominados **legados típicos**, pero el testador en virtud del principio de la autonomía de la voluntad podrá crear otros aunque no encajen en los tipificados (Diez-Picazo y Gullón)

C).- LEGADO DE COSA PROPIA Y DE COSA AJENA.

El legado de cosa propia del testador consiste en que el testador atribuye al favorecido una cosa del patrimonio de la herencia. La cosa se determina por su identidad con alguna de las que se encuentren dentro de la herencia del testador, es decir que se trata de una cosa cierta que no necesita ser especificada. La adquisición se produce en el mismo momento de la apertura de la herencia; salvo la existencia de condición o término. Este tipo de legado atribuye al legatario acción reivindicatoria para reclamar al heredero el traspaso posesorio, ya que el beneficiario no puede ocuparla por si mismo. Este legado se encuentra regulado principalmente en el **art. 882 CC** que se preocupa del régimen de atribución de propiedad, frutos y riesgos (DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN).

El legados de cosa ajena esta también contemplado por el Código civil al permitir al causante disponer por testamento de cosas que no son suyas, es decir establecer un legado de cosa ajena, se admite este tipo de legado siempre que el testador conociere la ajenidad de la cosa, puesto que en este tipo de legados se grava al heredero con la obligación de adquirir la cosa legada para entregarla al legatario. (Roca i Trias).

Existen varias modalidades de legados de cosa ajena:

1) legado de cosa propia de un tercero.- El testador impone al gravado la obligación de proporcionar al legatario un bien que no pertenezca a la herencia. El Código dedica dos artículos al legado de cosa propia de un tercero.

-Según el **art. 861**: «El legado de cosa ajena si el testador, al legarla, sabía que lo era, es válido. El **heredero** estará **obligado** a **adquirirla** para entregarla al legatario; y, **no siéndole posible**, a dar a éste su **justa estimación**.

LA PRUEBA DE QUE EL TESTADOR SABÍA QUE LA COSA ERA AJENA CORRESPONDE AL LEGATARIO.»

-El **art. 862** añade: «Si el testador ignoraba que la cosa que legaba era ajena, será nulo el legado.

Pero será válido si la adquiere después de otorgado el testamento».

Si la cosa legada era propia del testador al otorgar el testamento, pero después la enajena, el legado quedará sin efecto, como dispone el art. 869-2º CC Para conservar su eficacia sería necesaria una declaración del testador en tal sentido, o que readquiriese la cosa por pacto de retroventa.

Si el heredero no puede adquirir la cosa ajena legada estará obligado a dar al legatario su justa estimación.

2) legado de cosa propia del heredero o legatario gravado.

Regulan este supuesto los arts. 863 y 864 CC Dispone el primero: «Será válido el legado hecho a un tercero de una cosa propia del heredero o de un legatario, quienes, al aceptar la sucesión, deberán **entregar** la cosa legada o su **justa estimación...**». Se trata por lo tanto de una obligación alternativa (ROCA I TRIAS).

Añade el **art. 864**: «Cuando el testador, heredero o legatario tuviesen sólo una parte o un derecho en la cosa legada se entenderá limitado el legado a esta parte o derecho, a menos que el testador declare expresamente que lega la cosa por entero».

3) legado de cosa propia del mismo legatario favorecido.

Si la cosa legada pertenece al legatario en el momento de redactarse el testamento, el legado no produce efecto (art. 866) .

Comoquiera que el momento que hay que tener en cuenta es el de la apertura del testamento, hay que tener en cuenta dos posibilidades, que pueden tener lugar hasta la apertura de la sucesión:

1º) El art. 878 dispone: «Si la cosa legada era propia del legatario a la fecha del testamento, no vale el legado, aunque después haya sido enajenada.»

2º) Si la cosa es propia del legatario porque la hubiese adquirido por título gratuito hereditario después de aquella fecha, nada podrá pedir al heredero por ello; mas, si la adquisición se hubiese hecho por título oneroso, podrá pedir al heredero que le indemnice de lo que haya dado por adquirirla.» (878.2)

D) LEGADO DE COSA GENÉRICA.

La cosa legada puede aparecer determinada por su pertenencia aun género. El legatario sólo adquirirá la cosa a partir de su especificación.

El Código distingue según que la cosa genérica legada sea mueble inmueble. El de **cosa inmueble** sólo será válido si la hubiese de su género en la herencia.» (Art. 875)

Por el contrario, si se trata de **legado genérico de cosa mueble** la delimitación no se presume. El primer párrafo del mismo art. 875 dispone: «El legado de cosa mueble genérica será válido aunque no haya cosas de su género en la herencia.»

Si el testador no ha dispuesto otra cosa, la *elección* de la cosa genérica corresponde al *heredero*, quien cumplirá con dar una cosa que no sea de la calidad inferior ni de la superior (art. 875-3º). Pero si el testador ha *dejado expresamente* la *elección al heredero*

o al legatario, «el primero podrá dar, o el segundo elegir, lo que mejor les pareciere» (art. 876). En el mismo supuesto, si el heredero o legatario no pudiese hacer la elección, «pasará su derecho a los herederos; pero, una vez hecha la elección, será irrevocable» (art. 877).

Los **legados de una cantidad de dinero** siguen la regla de los legados de cosa mueble señalada genéricamente. Según el párrafo segundo del art. 886: «Los legados en dinero deberán ser pagados en esta especie, aunque no lo haya en la herencia.»

E) LEGADO ALTERNATIVO.

Son aquellos en los que se legan varias cosas de forma alternativa, por lo que el gravado cumple entregando sólo una de ellas.(arts. 1.131-1.136). El régimen de este tipo de legados es el de las obligaciones alternativas por remisión del art. 874 CC

F) LEGADO DE PENSIÓN O PRESTACIÓN PERIÓDICA.

Es el que confiere al legatario el derecho a obtener periódicamente determinada cantidad. El legado de pensión presenta dos modalidades: de **educación** y de **alimentos**. El Código dicta las siguientes reglas en el **art. 879**: «El legado de **educación** dura hasta que el legatario sea **mayor de edad**.

El de **alimentos** dura mientras viva el legatario, si el testador no dispone otra cosa.

Si el testador no hubiere señalado cantidad para estos legados, se fijará según el estado y condición del legatario y el importe de la herencia.

Si el testador acostumbró en vida dar al legatario cierta cantidad de dinero u otras cosas por vía de alimentos, se entenderá legada la misma cantidad, si no resultare en notable desproporción con la cuantía de la herencia.»

G) LEGADO DE CRÉDITO.

Es el legado por el que el testador atribuye al legatario lo que un tercero debe al primero. La intención del testador es que el legatario reciba la cosa que el tercero le debe; pero, de momento, sólo puede legarle el derecho a que le sea entregado.

El Código dicta las siguientes **reglas**:

- 1 El legado de un crédito contra tercero sólo tendrá efecto en la parte del **crédito** que **subsista al tiempo de fallecer el testador** (art. 870.1).
- 2 El heredero cumplirá con ceder al legatario todas las acciones que pudieran competirle contra el deudor (art. 870.2).
- 3 El legado comprenderá los **intereses** que se debieren al morir el testador (art. 870.4). Este legado se extingue cuando «el testador, después de haberlo hecho, demandare judicialmente al deudor para el pago de su deuda, aunque éste no se haya realizado al tiempo del fallecimiento» (art. 871) .

H) LEGADO DE LIBERACIÓN.

En este caso el testador condona al legatario el crédito que tiene contra él. La regulación del Código es la siguiente: el heredero cumplirá con dar al legatario carta de pago, si la pidiere de la cantidad debida, que será la que subsista al morir el testador. Él legado comprenderá los intereses que fueren debidos. Cf. art. 870 CC

Si no se trata de una deuda o deudas determinadas, sino de todas las que genéricamente el legatario tuviese con el testador, sólo podrá estimarse que se refiere a las existentes al otorgarse el testamento (art. 872).

I) LEGADO DE COSA DEBIDA.

En este caso se trata de que el testador es un deudor, que por vía de liberalidad, atribuye a su acreedor lo que ya le debía. Puede hablarse, en tal hipótesis, de un legado pero no de una liberalidad. Sin embargo, puede ser útil al acreedor recibir por vía de legado lo que el testador ya le debía, pues ello le releva de la necesidad de probar la existencia de la deuda, e incluso puede implicar la desaparición de condiciones o plazos que demoraban la realización del crédito; asimismo, la deuda podía no ser líquida y resultarlo con la ordenación del legado.

Pero este legado sólo valdrá como pago del crédito y no como auténtica liberalidad a favor del legatario acreedor cuando el testador lo haya declarado expresamente. Así lo dispone el **art. 873**: «El legado hecho a un acreedor no se imputará en pago de su crédito, a no ser que el testador lo declare expresamente».

§4.- ELEMENTOS ACCIDENTALES DEL LEGADO.

Las disposiciones que el Código dedica a la condición y al término o plazo en materia de sucesiones (arts. 790 a 805), se refieren por igual, a la institución de heredero como al legado (PUIG BRUTAU).

§5.- ADQUISICIÓN Y EFICACIA DEL LEGADO.

El legatario adquiere el derecho a los legados puros y simples desde la muerte del testador y lo transmite a sus herederos (art. 881 CC). Si el legado está sometido a plazo, el derecho también se adquiere al fallecer el causante, pero no será exigible hasta que llegue el plazo fijado. Si está sometido a condición suspensiva, tanto la adquisición como la exigibilidad dependen de que la condición se cumpla, aunque durante la pendencia de la condición puede pedir la anotación preventiva del art. 42-7º, de la L.H. la Ley Hipotecaria (PUIG BRUTAU).

La adquisición del derecho por parte del legatario no depende de que el heredero acepte la herencia. Aunque la repudie o sea incapaz de heredar, o el testamento no contenga institución de heredero o no comprende la totalidad de los bienes, han de cumplirse las disposiciones testamentarias hechas con arreglo a las leyes (art. 764) (PUIG BRUTAU)

Sólo en el caso de que la cosa legada pertenezca al heredero es necesario que éste acepte la herencia, como dispone el (art. 863).

A diferencia de lo que sucede con la adquisición de la herencia, el legatario adquiere derecho al legado sin necesidad de aceptación, de manera automática, por obra de la ley, aunque sin perjuicio del derecho de renunciarlo. El valor de la aceptación

expresa del legado es que excluye la facultad de repudiación. El art. 888 CC reconoce que el legatario puede rechazar el legado.

Además, mientras la aceptación y repudiación de la herencia no puede hacerse parcialmente (**art. 990**), otras disposiciones rigen para el legado. Según el **art. 889**: «El legatario no podrá aceptar una parte de legado y repudiar la otra, si ésta fuere onerosa». Añade en el segundo párrafo: «Si muriese antes de aceptar el legado dejando varios herederos, podrá uno de éstos aceptar y otro repudiar la parte que le corresponda en el legado».

Lo mismo rige para el caso de dos legados a favor del mismo legatario, pues si uno de ellos es oneroso no podrá renunciarlo y aceptar el otro; pero si los dos son onerosos o gratuitos, el legatario podrá aceptarlos o repudiar el que quiera (art. 890.1).

En el prelegado o legado a favor de un heredero, éste puede renunciar la herencia y aceptar el legado, o renunciar éste y aceptar aquélla (art. 890.2).

§6.- INEFICACIA O EXTINCIÓN DEL LEGADO.

6.1.- CASOS DE EXTINCIÓN RESULTANTES DE LO DISPUESTO POR EL TESTADOR.

El legado queda extinguido cuando el testador revoca el testamento o deja sin efecto la cláusula que lo contiene. Además, en ciertos casos, la ley infiere la intención de revocar de ciertos hechos realizados por el testador (PUIG BRUTAU).

Son los casos siguientes:

- a) «Si el testador transforma la cosa legada, de modo que no conserve la forma ni la denominación que tenía. (869-1º)
- b) «Si el testador enajena, por cualquier título o causa, la cosa legada o parte de ella, [...]»
- c) En los legados de liberación y de crédito, si el testador reclama el pago después de haberlos ordenado, se consideran revocados.

6.2.- CAUSAS DE EXTINCIÓN IMPUTABLES AL LEGATARIO.

Son las siguientes:

- a) Si el legatario fallece antes que el testador en los legados puros o a término, o antes de que se cumpla la condición suspensiva, en los legados condicionales (art. 759).
- b) Cuando en los mismos momentos carece de capacidad para adquirirlos, pues el art. 758 dispone que para calificar la capacidad del legatario, lo mismo que la del heredero, ha de atenderse tanto al momento de la muerte del causante como al de cumplimiento de la condición.
- c) El legado también será ineficaz cuando en el legatario concurra alguna causa que le haga **indigno de suceder**, en el sentido del art. 756 CC

d) Cuando después de otorgado el testamento que ordena el legado y antes de la delación de éste, el legatario adquiere a título lucrativo la cosa legada, el mismo queda ineficaz (art. 878).

e) El legado de educación queda sin efecto cuando el legatario llega a la mayoría de edad. Si el legado es de alimentos y el testador no dispone otra cosa, terminará al morir el legatario (art. 879).

f) Finalmente, el legatario puede rechazar el legado. Según el art. 888: «Cuando el legatario no pueda o no quiera admitir el legado o éste, por cualquier causa, no tenga efecto, se refundirá en la masa de la herencia, fuera de los casos de sustitución y derecho de acrecer».

6.3.- CAUSAS DE EXTINCIÓN POR RAZÓN DE LA MISMA COSA LEGADA.

a) Si la cosa legada perece del todo viviendo el testador, o después de su muerte sin culpa del heredero. Sin embargo, el obligado a pagar el legado responderá por evicción si la cosa legada no hubiere sido determinada en especie, según lo dispuesto en el art 860» (art. 869-3º).

b) Cuando la cosa legada sale del comercio de los hombres.

§7. - PREFERENCIA ENTRE LEGATARIOS

El **art. 887** señala esta preferencia con referencia exclusivamente a los bienes de la herencia. Dice el artículo: «Si los bienes de la herencia no alcanzaren para cubrir todos los legados, el pago se hará por el orden siguiente:

Primero. Los legados remuneratorios.

Segundo. Los legados de cosa cierta y determinada que forme n parte del caudal hereditario. Tercero. Los legados que el testador haya declarado preferentes.

Cuarto. Los de alimentos.

QUINTO. LOS DE EDUCACIÓN.

Sexto. Los demás a prorrata.»

§8.- LOS LEGADOS LEGALES.

Para algún sector de la doctrina al lado de los casos de sucesión particular dispuestos por el testador, podemos encontrar otros supuestos de adquisición singular que se producen en virtud de la Ley.

Si bien es cierto que existen atribuciones patrimoniales por causa a título particular cuyo origen está en la ley, como por ejemplo, la cuota usufructuaria del cónyuge viudo (art. 834 y ss); o la entrega al cónyuge sobreviviente del ajuar familiar al fallecimiento del otro (1.321 cc). No obstante, el hecho de que su origen no se encuentre en la voluntad del causante hace que no sea correcto hablar de legado (PUIG BRUTAU).

§9. EL MODO

9.1.-DIFERENCIA ENTRE MODO Y CONDICIÓN.

Dentro de la normativa que el Código civil dedica a la condición y al término en

las disposiciones testamentarias un único artículo, el 797, del modo. El párrafo 1. de dicho precepto únicamente se preocupa de, distinguirlo de la condición, diciendo que «la expresión del objeto de la institución (de heredero) o legado, la aplicación que haya de darse a lo dejado por el testador, o la carga que el mismo impusiera, no se entenderán como condición, a no parecer que ésta era su voluntad» (DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN).

El **modo**, con carácter general es una carga que se impone al beneficiario de una liberalidad (donación) o a un heredero o legatario y que obliga a la realización de una conducta de dar, hacer o no hacer, o dicho más técnicamente, de una prestación que ha de tener un objeto lícito, posible y determinado o determinable.

El modo se diferencia de la condición suspensiva en que no suspende el llamamiento sucesorio, aunque el problema en la práctica reside en calificar un determinado supuesto como condición o como modo .

La prestación que puede imponerse al gravado con un modo es susceptible del más variado contenido, que no ha de tener forzosamente naturaleza patrimonial. En la realidad se observa que se utiliza también para conseguir servicios de valor inestimable como vivir en compañía del donante, cuidándole y asistiéndole.

El instituido sub modo entra en posesión de la herencia o legado, sin estar condicionado su llamamiento al cumplimiento. «Lo dejado de esta manera -dice el artículo 797, párrafo puede pedirse desde luego, y es transmisible a los herederos que afiancen el cumplimiento de lo mandado por el testador, y la devolución de lo percibido con sus frutos e intereses, si faltaren a esta obligación.»

De acuerdo con la dicción literal del art. 797, parecería ser que los sucesores del gravado con el modo sería los únicos que deberían afianzar, sin embargo una interpretación del precepto de acuerdo con sus antecedentes históricos y legislativos, señalan que el **gravado** también debe **afianzar**. (Diez-Picazo y Gullón)

Para el **cumplimiento** del modo se tendrá en cuenta la **voluntad del testador** y subsidiariamente, serán las **circunstancias y naturaleza de la prestación a realizar** las que sirvan para señalar el tiempo, y, en último término, lo harán los Tribunales porque debe entenderse que ha quedado a voluntad del gravado (art. 1.128). (Diez-Picazo y Gullón)

El Código no prevé expresamente las **consecuencias del incumplimiento** voluntario del modo en materia sucesoria. Únicamente artículo 797 -2º parece dejar traslucir algo, al conectar la fianza que ha de prestar al grado con la **devolución de lo percibido** con sus frutos e intereses, caso de incumplimiento (DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN).

TEMA 11
LAS SUSTITUCIONES
Tema 11
LAS SUSTITUCIONES

§1.- Las sustituciones en general, concepto y clases

§2.- La sustitución vulgar

§3.- Sustitución fideicomisaria

§4.- Sustitución fideicomisaria de residuo

§5.-Las sustituciones pupilar y ejemplar

§1.Las sustituciones en general, concepto y clases

El Código civil regula las sustituciones en los arts. 774 a 789 y distingue cuatro tipos: **vulgar, pupilar, ejemplar y fideicomisaria**. Son figuras que se agrupan bajo una misma rúbrica por razones históricas puesto que dogmáticamente no encajan entre si (MONTÉS PENADÉS).

La *sustitución vulgar* supone el llamamiento de un segundo o ulterior heredero para el caso de que el llamado (instituido) no llegue a serlo. La *sustitución fideicomisaria*, en cambio implica el llamamiento de un heredero para que lo sea después del llamado en primer lugar. La *sustituciones pupilar y ejemplar*, en verdad no refieren al supuesto sustituir a determinadas personas, sino a resolver el problema que determinadas personas, el menor de edad o el incapaz no pueden realizar testamento por si mismos.

La sustitución en general puede conceptuarse como el llamamiento a un segundo heredero, (sustituto), para el caso de que el primer llamado (insituído) no llegue a serlo, o para que lo sea después del primero (MONTÉS PENADÉS).

Las normas de la sustitución también son aplicables al legado (art. 789).

§2.La sustitución vulgar

La ley para el caso de que el llamado primeramente a la herencia no llegue a ser heredero, llama a otros mediante la sucesión *ab intestato*, de igual modo el testador puede llamar a otro a la herencia para el caso de que el insituído principalmente por él no llegue tampoco a serlo(Art. 774) . En esto consiste la **vocación subsidiaria** denominada sustitución vulgar, directa y ordinaria, aplicable lo mismo a la delación a título universal que a la a título singular (legado) (Albaladejo)

La sustitución puede operar en principio siempre que el instituido heredero no llegue a ser heredero; cualquier hecho que impida suceder al primer llamado es, en principio suficiente para producir el llamamiento del sustituto. Los **supuestos más frecuentes** para que se produzca la **sustitución** son: premoriencia del instituido al causante, o muerte simultánea de ambos (art. 33); ausencia del insituído (art. 191) o

indignidad de éste o invalidez de su institución o haber sido esta revocada, o haber repudiado la herencia el instituido. (Albaladejo)

La sustitución tener diversos ámbitos; puede ser **simple o sin expresión de casos**, en la que se aplicará lo dispuesto en el art. 774.2 y comprenderá la imposibilidad, renuncia y premoriencia, o puede ser **expresa** de forma que el testador puede reducir el ámbito de aplicación de la sustitución, de forma que puede nombrar a un sustituto sólo para cuando este sea indigno, o sólo si premuere, o sólo para si repudia.

La mayoría de la doctrina opina que en la sustitución vulgar nos encontramos ante un llamamiento a la herencia de carácter condicional, consistiendo el evento en que el llamado en primer lugar premuere, o no quiera o no pueda aceptar. Al producirse el evento, adquiere efectividad el llamamiento al sustituto, el cual tendrá un *ius delationis* perfecto (MONTÉS PENADÉS).

El sustituto es heredero del causante y por lo tanto tiene sus mismas cargas, a no ser que el testador lo haya dispensado o que los gravámenes y condiciones sean personales del instituido. (Art. 780).

El testador **no** podrá imponer **gravamen, condición ni sustitución en la legítima**. (Art. 813.2 cc.). No obstante con respecto a la mejora si que se permite la sustitución si esta se efectúa a favor de otros legitimarios o descendientes (art. 824).

§3 Sustitución fideicomisaria

1. *Concepto*.-En base a los arts. 781 789 del CC se la puede definir como aquella que tiene lugar cuando el testador encarga al heredero o legatario que conserve y transmita el todo o parte de herencia (o legado) a tercera persona expresamente designadas por aquél en el testamento.

2. *Elementos personales*. El **fideicomitente**, es el ordenante de la sustitución (el testador), **heredero fiduciario**, es el encargado de transmitir la herencia y **heredero fideicomisario** es a quien ha de ser entregada.

3. *Precedentes*.-Se encuentra en el fideicomiso romano, concretamente en «fideicommissum familiae relictum». Por el podía el testador, con objeto de mantener los bienes indefinidamente en el seno de una familia, ordenar que la totalidad o parte de sus bienes habría de restituirse sucesivamente a una serie indefinida de personas de la familia, en la forma prevista por él, siendo decisiva su voluntad en la determinación de los sucesivos beneficiarios.

Durante la Edad Media tuvieron un auge extraordinario como medio de mantenimiento del poder económico de ciertas familias desembocando en formas distintas de vinculación .

En España existió una oposición doctrinal y legislativa con clara tendencia abolutiva. El CC las reguló con las garantías y limitaciones necesarias para evitar nueva vinculaciones, limitándolas en su duración al decir el art. 781 que serán válidas surtirán efecto «siempre que no pasen de segundo grado o que se hagan en favor de personas que vivan al tiempo del fallecimiento del testador». Contra lo que el CC se se pronuncia

de forma terminante es contra «las disposiciones que contengan prohibición perpetua de enajenar», declarando que no surtirán efecto (art. 785-2º).

4. *Requisitos.*

- a) Existencia de una doble o múltiple vocación hereditaria para el goce de unos mismos bienes.
- b) Un gravamen de conservar y restituir los bienes, impuesto al fiduciario en beneficio del fideicomisario.
- c) Establecimiento de un orden sucesivo para la adquisición de la herencia o del legado por el heredero y el sustituto o la sustitutos.

5. *Límites.*

- a) No pasar del segundo grado o se haga en favor de personas que vivan al tiempo del fallecimiento del testador (art. 781).
- b) Que el llamamiento sea expreso, o, lo que es igual, que el heredero fideicomisario sea designado expresamente por el nombre.
- c) Que nunca podrán gravar la legítima y si recayesen sobre el tercio destinado a mejora, solo podrán hacerse en favor de ir descendientes.

6. *Clases.*-Pueden ordenarse a término y bajo condición.

7. *Extensión.*-Pueden extenderse a toda la herencia o a una parte de ella, a haciéndose el llamamiento del fideicomisario a título de heredero (fideicomiso universal), o bien disponiendo la sustitución en cosas o bienes determinados, en cuyo caso tendrán el carácter de legatarios (fideicomiso singular).

8. *Forma de ordenarlas.*-Al ser disposiciones *mortis causa* sólo pueden establecerse en testamento (arts. 781, 783, 784 y ss.), además deberán constar en forma expresa la sustitución y los llamamientos.

9- *Contenido de la sustitución.*

a) **Derechos del fiduciario.** Tiene el de disfrutar los bienes hereditarios, hasta el punto que doctrinalmente se le considera un usufructuario de los bienes del fideicomiso. Desaparecida en el Derecho común la cuarta Trebeliánica el CC sólo permite deducir gastos legítimos, créditos y mejoras, a no ser que haya dispuesto otra cosa el testador (art. 783-2º).

b) **Obligaciones del fiduciario.** De los arts 781 y 783-2º del CC se desprende la de conservar y transmitir la herencia al fideicomisario sin más deducciones que las anteriormente señaladas.

c) **Derechos del fideicomisario.** El CC determina que el fideicomisario adquiere el derecho desde la muerte del testador, y aunque muera antes que el fiduciario, transmite desde aquel instante su derecho a los herederos. Caso de ser la sustitución bajo condición se estará a lo dispuesto en el art. 759.

10. *Extinción.*-Junto a las causas genéricas que invalidan el testamento o la institución de heredero hay que tener en cuenta las específicas de nulidad reseñada en los arts. 781 y 785.

No obstante el art. 786, la nulidad de la sustitución fideicomisaria no perjudica a la validez de la institución ni a los herederos del primer llamamiento, pues sólo se tiene por no escrita la cláusula fideicomisaria.

§4 Sustitución fideicomisaria de residuo

Estamos ante un fideicomiso de residuo, cuando el testador autoriza al insituido en primer lugar para que disponga de los bienes de la herencia, y el resto que quedase en el momento de la restitución (generalmente la muerte del fiduciario) pase a otras personas a las que llama sucesivamente a esta herencia (MONTÉS PENADES).

En los arts. 775 y 776 se recogen dos figuras con gran tradición en el Derecho romano, previstas para evitar que menores e incapacitados, lo cuales no podían otorgar testamento válido, falleciera sin tener heredero designado, lo cual en Roma era valorado como un supuesto de infamia. (Montés Penadés).

El art. 775 CC dispone que los padres y demás ascendientes puedan nombrar sustitutos a sus descendientes menores de catorce años, de ambos sexos, para el caso de que mueran antes de dicha edad. Es la llamada «sustitución pupilar». Este artículo se corresponde con el art 663 que autoriza a los mayores de catorce años para otorgar testamento, así pues después de los 14 años el sustituido podrá otorgar testamento y la "sustitución" quedará automáticamente sin efecto. Montés Penadés

El art. 776 CC previene que pueda el ascendiente nombrar sustituto el descendiente mayor de catorce años que, conforme a Derecho, haya sido declarado incapaz por enajenación mental. Es la denominada a «sustitución ejemplar o cuasipupilar» porque nació a imitación o ejemplo de la anterior. Montés Penadés

Hasta aquí parece que el Código civil no ha hecho más que recoger la tradición del Derecho Romano, y que ambas "sustituciones" se presentan más bien como una designación de heredero por comisario legal, ya que se trata de un ascendiente que por autorización general de la ley designa por testamento un heredero a su descendiente para el caso de que éste muera antes de llegar a la edad de catorce años, o de que muera después de haber sido declarado incapaz por enajenación mental sin dejar testamento (ROCA SASTRE, TRAVIESAS).

Esta posición, apoyada en la idea de que el ascendiente realiza el testamento por el descendiente, se traduce de inmediato en una consecuencia básica: el ascendiente dispone de todos los bienes del descendiente sustituido, y no sólo de los que le deje en el testamento. Se trata, así, de un auténtico testamento sustitutorio. (Montés Penadés)

Tema 12: El albaceazgo

- §1.- Situaciones de la herencia en administración
- §2.- Concepto de albacea
- §3.- Caracteres del cargo de albacea
- §4.- Clases de albaceas
- §5.- Constitución del albaceazgo
- §6. - Facultades de los albaceas
- §7. - Causas de extinción del albaceazgo
- §8. - Rendición de cuentas

§1.- SITUACIONES DE LA HERENCIA EN ADMINISTRACIÓN

Nuestro derecho no distingue claramente las diferentes clases de administración en que puede encontrarse la herencia, así pues, no distingue entre las **medidas provisionales** y **vigentes**, las medidas que propiamente son de **administración conservadora** en interés de un futuro titular, ni las medidas de **administración liquidadoras**.

Al **albacea** hubiese sido natural que le correspondiera el cuidado de los bienes de la herencia para representar y administrar el caudal hereditario durante el tiempo que medie desde la **muerte del testador hasta la adjudicación** de los bienes hereditarios. El Cc no adopta este criterio y admite la coexistencia de tres cargos diferentes, si bien el testador puede reunir las facultades de todos ellos en una sola persona:

- Albaceas
- Administraciones de la herencia
- Contadores partidores encargados de las operaciones particionales.

El Cc. regula algunos **casos específicos** de puesta en **administración de la herencia**; que puede llegar hasta su aceptación o incluso prolongarse tras de la misma. Según LACRUZ Y SANCHO son los siguientes:

- a) El del **art. 1.020**, a cuyo tenor en todo caso, el **juez** podrá proveer **a instancia de parte** interesada, **durante** la formación del **inventario** y hasta la aceptación de la herencia, a la **administración y custodia de los bienes hereditarios** con arreglo a lo que se prescribe para el juicio de testamentaría en la Lec.
- b) Habiéndose deferido la herencia **bajo condición suspensiva**.
- c) En el supuesto de que la **viuda queda encinta** (arts. 959 y ss).
- d) En la **aceptación a beneficio de inventario**, con arreglo a los arts. 1.026 y ss.
- E) Cuando la **administración sea establecida** por el testador.

El **caso general** de puesta en administración de la herencia es la **incoación** de los procedimientos de **testamentaría** o **ab intestato**

§ 2.- CONCEPTO DE ALBACEA.

La institución de la **ejecución testamentaria** se encamina a resolver los menesteres más urgentes en el tiempo del fallecimiento; a fomentar el **cumplimiento** más exacto y puntual de la **última voluntad del testador**; a facilitar la **conservación y administración** del caudal relicto. Si por otra parte se incluye la figura del **contador partididor** además se distribuirá pacífica y ágilmente el caudal relicto entre los herederos. Las primeras funciones corresponden al albacea (LACRUZ Y SANCHO).

El Código civil regula la figura del **albacea** en los **arts. 892 y ss**; si bien esta regulación no es demasiado completa ni afortunada. El albaceazgo es una figura extraña en los sistemas sucesorios de base romana como el nuestro, puesto que en ellos debe reputarse al heredero como ejecutor nato de la voluntad del causante. (PUIG FERRIOL).

La figura del albacea tiene su razón de ser se encuentra en la **necesidad de ejecutar las mandas ordenadas en el testamento frente a los herederos remisos en hacerlo**, por pereza o por no reducir su participación en la herencia. En la concepción del Código civil el **albacea** es un **cargo** testamentario para **ejecutar y vigilar la ejecución del testamento**. También puede realizar **otros cometidos** sin relación con la última voluntad del testador, como **entierros, sufragios, administración del caudal relicto** cuando se el encomiende, etc.(LACRUZ Y SANCHO).

Tradicionalmente la **doctrina** ha equiparado el albaceazgo con el **mandato**. El albacea sería un mandatario *post mortem* del testador, en virtud del encargo de éste de prestar un servicio o hacer alguna cosa después de su fallecimiento.(PUIG BRUTAU). La **jurisprudencia**, por el contrario ha sido **vacilante**, puesto unas veces lo ha equiparado con el **mandatario**, con el **representante del testador** o incluso del **caudal hereditario** (PUIG FERRIOL).

Para PUIG FERRIOL mediante el albaceazgo el **causante sustrae al heredero** alguna de las **funciones** que normalmente le competen por su **condición de sucesor universal**, con el fin de **atribuirlas a un tercero**; esta atribución se **fundamenta** en una **relación de confianza** entre causante y ejecutor testamentario. Lo cual lleva a atribuir al albacea la condición jurídica de fiduciario del causante de la sucesión, en el sentido de que viene atribuido de una serie de facultades sobre el caudal hereditario que debe ejercitar, no en interés propio, sino en interés de las personas favorecidas por el testador y de acuerdo con su voluntad.

Aunque el Cc se refiere siempre de forma implícita a las personas físicas no hay ningún precepto que prohíba el albaceazgo a las personas jurídicas, además según el art. 38 Cc, la persona jurídica es capaz para obligarse.

§3.- CARACTERES DEL CARGO DE ALBACEA

El cargo de albacea es un cargo **voluntario, renunciabile, gratuito, personalísimo y temporal.**

1) VOLUNTARIO: según se deduce del art. **898 Cc** «el albaceazgo es un cargo público y se entenderá aceptado por el nombrado para desempeñarlo si no se excusa dentro de los 6 días siguientes en que tenga noticia de su nombramiento, o si éste ya le era conocido dentro de los 6 días siguientes al que se supo la muerte del testador».

2) **RENUNCIABLE**: según el art. **899 Cc** «el albacea que acepta el cargo se constituye en la obligación de desempeñarlo, pero podrán renunciarlo alegando causa justa, si bien cuando el albacea no acepte el cargo o lo renuncie sin justa causa perderá lo que le hubiese dejado el testador, salvo el derecho el que tuviese a la legítima (art. 900 Cc) ».

3) **GRATUITO**: según el art. **908 Cc** «no obstante el testador puede señalar para los albaceas la remuneración que tenga por conveniente».

4) **PERSONALÍSIMO**: puesto que se basa en una relación de confianza entre el testador y el albacea, de tal forma que el albacea no podrá delegar el cargo si no tuviese expresa autorización de testador.(art. 909 cc)

5) **TEMPORAL**: puesto que el albacea debe ejecutar el testamento dentro del plazo que señale el testador, cuando el testador **NO** haya fijado plazo, el albacea deberá cumplir su encargo dentro de un año contado desde su aceptación o desde que terminen los litigios que se promoviesen sobre la validez o nulidad del testamento o alguna de sus disposiciones (art. 909 Cc).

El testador puede señalar una prórroga para el plazo legal, en el supuesto de que no hubiese señalado la duración de la prórroga, la misma tendrá una duración de **un año** según el art. **905 Cc**.

No obstante los herederos legatarios podrán de común acuerdo prorrogar el plazo del albaceazgo por el tiempo que tengan por conveniente.

§4.- CLASES DE ALBACEAS.

1º) **Universales y particulares**: Si bien el Código civil señala la existencia de ambas modalidades de albaceas, no ofrece dato alguno para poder señalar las diferencias entre ellos. Para la doctrina el albacea será **UNIVERSAL** cuando el testador lo llame así o cuando le encomiende expresamente el cumplimiento de su voluntad testamentaria desde la apertura de la sucesión, hasta la completa liquidación de la herencia. Será **PARTICULAR** cuando se el atribuyen sólo una o más facultades concretas en relación con la herencia.(ROCA Y TRIAS)

2º) **Sucesivos, mancomunados y solidarios**: el albaceazgo es un cargo que puede recaer en una persona o en varias. En este último supuesto es admisible que el nombramiento se haya **MANCOMUNADO**, **SUCESIVO** o **SOLIDARIO**. Si el testador **no** establece claramente la solidaridad, **ni** fija el orden en que deben desempeñar su cargo se entenderá MANCOMUNADO (art. **897 Cc**), hay una presunción de mancomunidad.

3º) **Legítimos y dativos**: Si bien normalmente el nombramiento se realiza por el causante en el testamento, existen varios supuestos en los que el nombramiento no procede de la voluntad del causante; es el supuesto del *albacea legítimo*, previstos en el art. 911, para cuando el cuando el albacea **NO** acepta el cargo o termina el albaceazgo, en este caso «corresponde a los herederos la ejecución de la voluntad del testador» (ROCA Y TRIAS)

El albacea *dativo* es aquel nombrado por la autoridad judicial cuando una persona fallece sin testamento ni parientes con derecho a sucederle ab intestato y para que se encargue de disponer el entierro, las exequias y todo lo que sea propio de este cargo con arreglo a las leyes. Está previsto en el art.

§ 5.- CONSTITUCIÓN DE ALBACERAZGO.

La constitución del albaceazgo exigen dos requisitos: nombramiento y aceptación.

1º) El nombramiento del testamento. Del art. 892 resulta que sólo se permite nombrar albacea en testamento. Del art. 893 la mayor parte de la doctrina infiere que solamente podrá ser albacea el mayor de edad. (PUIG FERRIOL)

2º) La aceptación, tiene carácter unilateral y no necesita que llegue a conocimiento de nadie para su efectividad y está exenta de formalidades. Puede ser **expresa** o **tácita**, de ahí que en el art. **898 Cc** disponga "que hay aceptación si el nombrado no se excusa dentro de un determinado plazo que es de seis días siguientes a aquel que tenga noticia de la muerte del testador".

§ 6.- FACULTADES.

En un principio los albaceas tendrán todas las facultades que expresamente les haya conferido el testador y no sean contrarias a las leyes. No habiendo determinado el testador las **facultades de los albaceas** tendrán de acuerdo con el art. **902 CC** el siguiente contenido (ROCA Y TRIAS):

1º **Disponer y pagar** los sufragios y funeral del testador de acuerdo con lo dispuesto en el testamento y en su defecto según la costumbre del pueblo.

2º **Satisfacer los legados** que consistan en metálico, con el conocimiento beneplácito del heredero.

3º **Vigilar sobre la ejecución de todo** lo demás ordenado en el testamento y sostener, siendo justo su validez en juicio y fuera de él.

4º Tomar las **precauciones necesarias** para la **conservación y custodia de los bienes** por intervención de los herederos presentes.

El albacea goza de unas ciertas **facultades de disposición**. Así en art. 903 se establece que en el supuesto en que la herencia no hubiese dinero suficiente para el pago de los funerales y legados, y los herederos no lo aportaren de lo suyo, procederán los albaceas a la venta de los bienes muebles, y no alcanzando estos los bienes inmuebles por intervención de los herederos (art. 903 Cc).(ROCA Y TRIAS)

El albacea tiene frente a los herederos los mismos derechos que el mandatario en cuanto a anticipos, abono de gastos y resarcimiento de daños. El art. 908 establece que tendrán derecho a cobrar los gastos realizados por los trabajos de partición u otros facultativos.(ROCA Y TRIAS)

§7.- CAUSAS DE EXTINCIÓN DEL ALBACEAZGO.

El cargo de albacea es temporal, por ello se extinguirá una vez cumplido el encargo que haya sido encomendado por el causante. Existen además unas causas

generales de extinción contempladas en el art. **910 Cc**:

1º Muerte del albacea.

2º Imposibilidad (tanto física como moral o lega en los casos de incapacitación)

3º renuncia o remoción (a petición de un interesado que alega causa justa)

4º transcurso del plazo señalado por el testador, ley y en su caso por los interesados.

El albacea no puede ser apartado de su cargo por unanimidad de los herederos, tal como sucede con el partidor contador, puesto que el albacea actúa frente a los herederos, con independencia de ellos, en asuntos del testador cuya gestión le encomendó a él. (LACRUZ Y SANCHO)

§8.- RENDICIÓN DE CUENTAS

De acuerdo con el art. **907 Cc** «los albaceas deberán cuenta de su encargo a los herederos, esta rendición de cuentas debe de cumplirse a la extinción del albaceazgo". En el art. 907 Cc se establece también que "toda disposición del testador contraria a este título será nula».

El albacea junto con la rendición de cuentas, está obligado a restituir las cantidades, efectos, etc., que posea por razón de su cargo.

Tema 13

LA LEGITIMA

§ 1. Configuración de la legítima en el Código Civil.

§ 2. Grupos de legitimarios.

§ 3. El tercio de mejora.

§ 1. CONFIGURACIÓN DE LA LEGÍTIMA EN EL CÓDIGO CIVIL.

El Código civil define la legítima en el art 805, que establece que: «Legítima es la porción de bienes de que el testador no puede disponer por haberla reservado la Ley a determinados herederos, llamados por esto herederos forzosos» (art. 805)

En términos muy generales,-según - la **legítima** es el derecho que tienen los parientes más próximos a recibir una atribución patrimonial, a título gratuito, a la muerte del causante, salvo que ya la hayan recibido en vida mediante donaciones imputables a la porción que legalmente les corresponde (LÓPEZ B.DE HEREDIA).

Para PUIG BRUTAU la legítima es la parte alícuota del activo hereditario , resultante una vez deducidas las deudas del causante, que la ley atribuye a determinadas personas denominadas legitimarios.

En la sucesión testamentaria, el causante ha de proporcionar esa atribución patrimonial, la legítima, a título de herencia o legado, o incluso pudo haberlo ya hecho en vida mediante donaciones. Los parientes del testador con derecho a la legítima podrán atacar, con éxito, las disposiciones testamentarias que eliminen o disminuyan su derecho.(Vid. Colación y Reducción de donaciones). En este sentido la legítima supone un límite a la libertad de testar y, en alguna medida a la libertad de donar. (Vid. donaciones inoficiosas art. 636) (LÓPEZ B.DE HEREDIA)

La legítima viene a ser una solución intermedia entre la libertad absoluta de disposición mortis causa y la sucesión forzosa de toda la herencia.

La legítima tiene su razón de ser en la creencia de que los parientes más próximos en grados al causante no pueden ser excluidos por el testador, sin razón suficiente de la sucesión.

El Código en los arts. 808 y 809 al fijar las legítimas de esos herederos forzosos, habla de «partes del haber hereditario» (art. 808). Parece, pues, que el legitimario es un heredero, y su llamamiento lo realiza la ley a una cuota del patrimonio hereditario (activo y pasivo). Sin embargo, esta conclusión no sería cierta a la vista del artículo 815 y 818(...el heredero forzoso a quien el testador haya dejado por cualquier título menos..) de ellos se deduce que el legitimario no necesariamente ha de recibir su atribución en calidad de heredero²² Hay una gran polémica en la doctrina sobre la condición de

²²El legitimario solo será heredero cuando el testador lo haya instituido heredero o

heredero o no del legitimario., puesto que puede recibirla en como legado o, incluso, una donación inter vivos, que a la muerte del causante se conceptuará como un anticipo de la legítima. (DIEZ-PICAZO Y GULLÓN).

La indisponibilidad de la legítima no es absoluta puesto que el testador puede disponer de una parte de la misma a favor de uno o de varios de los herederos legitimarios (tercio de mejora).

§ 2.GRUPOS DE LEGITIMARIOS.

El artículo 807 determina quiénes son los legitimarios en nuestro sistema; no hace distinción alguna entre los hijos, matrimoniales o extramatrimoniales, puesto que todos tienen la cualidad de legitimarios, lo mismo que sus descendientes, en su caso, frente al causante. Por supuesto, tampoco se puede hacer ninguna discriminación entre ascendentes (DIEZ-PICAZO Y GULLÓN).

A tenor del **artículo 807**, son legitimarios:

«1º **Los hijos y descendientes** respecto de sus padres y ascendientes.

2. A falta de hijos o descendientes, son legitimarios los **padres o ascendientes** respecto de sus hijos y descendientes.

3 El **viudo o la viuda** en la forma y media que establece este Código.»

2.1.- LA LEGÍTIMA DE LOS DESCENDIENTES.-

El derecho legitimario de los descendientes está condicionado por la proximidad de parentesco con el causante, de tal forma que los grados más próximos excluyen a los más lejanos (heredan en primer lugar, los hijos, después los nietos, a continuación los bisnietos, etc.). No obstante:

a) La premoriencia o muerte del descendiente antes que el testador, convierte en legitimarios a sus descendientes más próximos en grado al causante por **derecho de representación**. La estirpe, compuesta por los descendientes del premuerto que reúnan aquella cualidad, recibe todo lo que el fallecido hubiera debido recibir como legítima, y entre los miembros de la estirpe la división se hace por cabezas (art. 814, p. 3.).

Ej.- A deja todos sus bienes a sus hijos B y C, correspondiéndoles como legítima 3 vacas a cada uno; como B premurió al causante, sus tres hijos B1, B2 y B3 heredarán por derecho de representación la cuota (3 vacas) que le habría correspondido de haber vivido, así las 3 vacas se dividirán por cabezas, es decir en proporción al número de hijos, una para cada uno.

b) La exclusión de la herencia por indignidad o la desheredación hace que los descendientes del indigno o desheredado adquieran la condición de legitimarios, con los mismos efectos anteriores (arts. 761 y 857).

Por el contrario, si el descendiente con derecho a la legítima la repudia, sus descendientes no adquieren la condición de legitimarios (arts. 924, 929 y 985, p. 2.). El que repudia lo hace por sí y por toda su estirpe. La legítima individual de los restantes legitimarios se verá incrementada, por derecho propio y no por derecho de acrecer.

cuando lo sea ab intestato.

(985.2° cc)

a) *La cuantía de la legítima: legítima larga, legítima corta y mejora.* .

Según el art- 808 cc «constituye la **legítima de los hijos o descendientes las dos terceras partes** del haber hereditario del padre y de la madre.

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

La tercera parte será de **libre disposición**»

La legítima de los descendientes puede adotar dos configuraciones:

A) **Legítima global larga**: cuando la legítima de los hijos o descendientes está formada por los dos tercios de la herencia, a su vez esta legítima, se dividirá en tantas partes iguales como hijos o descendientes haya.

B) **Legítima global estricta**; la ley permite que el testador disponga de uno de los dos tercios de la legítima global larga para mejorar a algún hijo o descendiente, sin tener que utilizar el tercio de libre disposición.. En ese caso el tercio utilizado recibirá el nombre de **tercio de mejora** y el tercio restante pasará a denominarse **legítima global estricta o corta**. Esta legítima corta se dividirá en tantas partes iguales como herederos legitimarios haya.

El tercio restante se denomina de **libre disposición**, el causante puede disponer del mismo sin estar sometido a ningún tipo de restricción, así pues puede dejarlo a la persona física o jurídica que tenga por conveniente.

2.2.- LA LEGÍTIMA DE LOS ASCENDIENTES.

La legítima de los padres o ascendientes es la mitad del haber hereditario (art. 809). La legítima reservada a los padres se dividirá entre los dos por partes iguales; si uno de ellos hubiera muerto, recaerá toda sobre el sobreviviente (art. 810-1°).

Cuando el testador no deje padre ni madre, pero sí ascendientes, en igual grado, de las líneas paterna y materna, se dividirá la herencia entre ambas líneas. Si los ascendientes fueren de grado diferente, corresponderá por entero a los más próximos de una u otra línea (art.810-2°).

La legítima de los ascendientes tiene carácter subsidiario, es preciso que el causante no tenga hijos o descendientes. En caso contrario el ascendiente no tendrá la condición de legitimario. Los ascendientes constituyen un segundo llamamiento a la legítima. También en los ascendientes hay exclusión del grado más remoto por el más próximo. Así, el padre excluye al abuelo, el abuelo al bisabuelo, etc.(LÓPEZ B.DE HEREDIA).

Con respecto de la adopción conviene reseñar que puesto que esta rompe los vínculos del adoptado con su familia biológica, serán legitimarios del adoptado el adoptante y sus ascendientes (LÓPEZ B.DE HEREDIA).

2.3.- LA LEGÍTIMA DEL CÓNYUGE VIUDO

La legítima del cónyuge viudo, es un derecho que la ley le atribuye con carácter concurrente con el derecho de otro legitimario, y consiste en un usufructo cuya cuantía variará dependiendo de la clase de legitimarios con los que concurra a la herencia. Además es susceptible de variación en cuanto a su pago (PUIG BRUTAU).

A diferencia de los otros tipos de legítima, la del cónyuge viudo no está excluida por la existencia de ningún otro orden preferente de legitimarios. Solamente quedará modalizada la cuantía dependiendo de con quien se concurra (PUIG BRUTAU).

Según dispone el artículo 834 que: « El cónyuge que al morir su consorte no se hallare separado de él o lo estuviere por culpa del difunto, si concurre a la herencia con hijos o descendientes, tendrá derecho al usufructo del tercio destinado a mejora».

Por lo tanto, es presupuesto del derecho legitimario del cónyuge viudo la existencia de un matrimonio con el causante de la herencia; que este matrimonio esté en el momento del fallecimiento de este último vigente, y que los cónyuges no estuviesen separados, o si lo estuviesen, fuese por culpa del premuerto.

Si al ocurrir el fallecimiento del causante el pleito de separación no estuviese terminado, el artículo 835, dice que «se esperará al resultado», y también dispone que «si entre los cónyuges separados hubiere mediado perdón o reconciliación, el sobreviviente conservará sus derechos».

El ex **cónyuge divorciado** carece de derechos legitimarios en la herencia ;de su ex cónyuge. No hay en el momento de su muerte matrimonio. Lo mismo ocurre respecto del cónyuge viudo cuyo matrimonio fue anulado, aunque hubiera buena fe por su parte. El artículo 78 determina que la nulidad del matrimonio no invalida los efectos ya producidos para el cónyuge de buena fe, y aquí, por definición, como la muerte ocurre con posterioridad, el derecho legitimario no llega a nacer (DIEZ-PICAZO Y GULLÓN).

La legítima le da al cónyuge viudo el derecho al usufructo de determinada porción de la herencia; el cónyuge viudo es titular ex lege de un derecho real limitativo del dominio como es el usufructo, no es nunca propietario de ninguna cuota sobre el caudal hereditario. El llamamiento en usufructo nunca confiere la cualidad de heredero porque el este derecho no se encontraban dentro del patrimonio del causante sino que se crea ex novo(DIEZ-PICAZO Y GULLÓN).

La cuantía de la legítima del cónyuge viudo es variable: depende de quiénes sean los que concurren con él a la herencia. En función de esa concurrencia pueden distinguirse las siguientes situaciones:

A) CONCURRENCIA CON HIJOS O DESCENDIENTES COMUNES.-El usufructo recae sobre el tercio destinado a mejora (art. 834). La nuda propiedad puede atribuirle al causante, como mejora, a sus hijos y descendientes, o integrarse en la legítima en caso contrario.

B) CONCURRENCIA CON ASCENDIENTES.-El cónyuge viudo tendrá derecho al usufructo de la mitad de la herencia (art. 837, p. 1.).

C) CONCURRENCIA CON HIJOS DEL DIFUNTO.-Como consecuencia de la reforma de la filiación por la Ley de 13 de mayo de 1981 y de la igualdad de todos los

hijos, los del causante premuerto que no procedan del matrimonio y hayan sido concebidos constante el mismo concurren a su herencia como cualquier hijo matrimonial. La legítima del viudo no se ve por ello alterada, sigue rigiendo la norma del artículo 834.

No obstante, si se diese el caso de que el cónyuge concurriese exclusivamente con tales hijos, el párrafo 2. del artículo 837 extiende la cuantía de su usufructo, pues dispone que recaerá sobre la mitad de la herencia, pero si bien un tercio gravará el de mejora (siguiendo la norma general del art. 834), el resto gravará el tercio de libre disposición, limitándose así el poder de disposición del causante sobre dicho tercio, ya que sólo podrá hacerlo respecto de la nuda propiedad.

Debe entenderse que el mismo derecho tendrá el cónyuge viudo si el lugar de concurrir con esos hijos lo hiciese con sus descendientes exclusivamente.

D) CONCURRENCIA CON OTROS HEREDEROS.-Preceptúa el artículo 838 que «no existiendo descendientes ni ascendientes del cónyuge sobreviviente tendrá derecho al usufructo de los dos tercios de la herencia».

§ 3.- EL TERCIO DE MEJORA.

El Código civil se refiere al denominado «tercio de mejora» en el artículo 823 cuando dice que: «el padre o la madre podrán disponer a favor de **alguno o de algunos** de sus hijos o descendientes, ya lo sean por naturaleza ya por adopción plena, de una de las dos terceras partes destinadas a legítima»

La es una disposición imputable a uno de los dos tercios que componen la legítima de los hijos y descendientes. Ese tercio, llamado de mejora, adquiere sustantividad propia cuando el padre o la madre hace uso de él. Si no lo utilizan, no puede hablarse de tercio de mejora, sino de los dos tercios de legítima (legítima larga o amplia). En el supuesto de utilizarse, entonces constituirá la legítima un tercio de la herencia y el otro tercio será el de mejora (DIEZ-PICAZO Y GULLÓN).

El testador tiene libertad absoluta para poder disponer de la mejora para favorecer a alguno o algunos de sus hijos o descendientes. Esta figura es un poder de disposición de carácter limitado o restringido, en tanto que los mejorados han de ser necesarios hijos o descendientes, y sobre la mejora no puede imponer el testador gravámenes que no sean en favor de ellos (art. 824) (DIEZ-PICAZO Y GULLÓN).

La mejora requiere la existencia de una pluralidad de descendientes, sin que sea preciso que se encuentren en igualdad de grado. Así, por ejemplo, puede mejorarse a un nieto cuando la legítima pertenece a los hijos del testador.

A) LOS SUJETOS DE LA MEJORA. LA DELEGACIÓN DE LA FACULTAD DE MEJORAR.-El mejorante es siempre el causante de la sucesión. La facultad o poder de mejorar que posee es de carácter personalísimo, pues el artículo 830 dice que «la facultad de mejorar no puede encomendarse a otro», una excepción es el supuesto del artículo 831.

Los beneficiados pueden serlo los hijos o descendientes, ya por naturaleza (matrimoniales o no matrimoniales) o por adopción plena (art. 823).

Ahora bien, el tercio de mejora no tiene que distribuirse entre los que son legitimarios únicamente. Ej. el testador puede mejorar a su nieto, en vida su padre (hijo del testador), haciéndole una donación que tiene el carácter de mejora, o dispone de un legado con cargo al tercio de mejora de su herencia a su favor.

Pese a que el artículo 830 consagra el **carácter personalísimo** de la **facultad de mejorar**, el artículo 831 excepciona el supuesto en que se ordene «en testamento o en capitulaciones matrimoniales que muriendo el cónyuge otorgante, pueda el viudo o la viuda que no haya contraído nuevas nupcias, distribuir, a su prudente arbitrio, los bienes del difunto y mejorar en ellos a los hijos comunes, sin perjuicio de las legítimas y de las mejoras y demás disposiciones del causante». Sin embargo, del contenido de la facultad que se le concede al viudo o a la viuda se deduce que es algo más que la de mejorar, pues puede también distribuir los bienes del difunto.

B) LA DECLARACIÓN DE VOLUNTAD DE MEJORAR Y SUS DIFERENTES TIPOS.- El Código civil contiene una serie de preceptos heterogéneos, en los cuales admite diferentes tipos de actos jurídicos de ordenación de la mejora. De su examen

caben extraer los siguientes:

1º) *La mejora hecha en testamento.*-El modo más claro de establecer una mejora es su ordenación en el testamento del disponente. El art. 828, dice: «La manda o legado hecha por el testador a uno de sus hijos o descendientes no se reputará mejora, sino cuando el testador haya declarado expresamente ser ésta su voluntad, o cuando no quepa en la parte libre.»

2º) No obstante cabe la mejora realizada por medio de *donación* (art. 825); la mejora hecha en *capitulaciones* e incluso la mejora hecha por *contrato oneroso con tercero*. (Art. 827)

El artículo a 827 establece el principio general de la **revocabilidad de la mejora**, señalando taxativamente sus excepciones: «La mejora, aunque se haya verificado con entrega de bienes, será revocable, a menos que se haya hecho en capitulaciones matrimoniales o por contrato oneroso celebrado con un tercero».

En cuanto al **gravamen de la mejora**, el artículo 824 autoriza a que se imponga sobre ella, pero con la limitación de que el gravamen o gravámenes han de establecerse en favor de los legitimarios o sus descendientes. Estos gravámenes pueden ser cargas de naturaleza real, disposiciones de tipo modal, condiciones, términos o sustituciones. (Diez-Picazo y Gullón)

Aceptación y repudiación de la mejora.- Según el artículo 833, «el hijo o descendiente mejorado podrá renunciar la herencia y admitir la mejora». Es una aplicación de la regla sentada en el artículo 890 en cuanto al heredero al que se le ha dejado un legado, que puede repudiar la herencia y aceptar el legado, o viceversa. Hay que sobreentender que el artículo 833 es sólo aplicable cuando la mejora se haya atribuido a título de legado (bien sea de cosa determinada bien de cuota de bienes hereditarios o haber líquido hereditario) (DIEZ-PICAZO Y GULLÓN).

Tema 14

CÁLCULO, PROTECCIÓN Y PRIVACIÓN DE LA LEGÍTIMA

§ 1. Cálculo de la legítima

§ 2. Protección de la legítima

§ 3. La desheredación.

§ 1. Cálculo de la legítima

La legítima es un derecho que recae sobre una fracción del activo líquido de la herencia, de manera que su cálculo exige necesariamente del activo hereditario las deudas y cargas hereditarias. La determinación de la cantidad que tienen derecho a recibir los legitimarios exige un complejo cálculo en el que hay que practicar las operaciones de *computación, imputación y colación* (PUIG BRUTAU).

1.1.- **La computación.**- Es aquella operación de mera contabilidad por la cual se calcula el valor del haber hereditario, para deducir el correspondiente a la legítima. La computación supone la adición ideal al **patrimonio relicto** de todas las donaciones realizadas por el causante. Realizada la suma, dividiremos por tres el valor del total y habremos averiguado el correspondiente a cada uno de los tercios de herencia (PUIG BRUTAU).

De forma mucho más detallada, el art. 818 CC, nos dice que para FIJAR LA LEGÍTIMA debemos **valorar los bienes** (caudal relicto) que quedaren a la muerte del testador, con **deducción de las deudas y cargas**, sin comprender entre ellas las impuestas en el testamento. A la cifra resultante de esta primera operación, representativa del activo neto del caudal relicto, le añadimos la cifra representativa del valor de las donaciones efectuadas en vida por el causante, es la llamada *reunión ficticia*. (*Relictum-deudas+donatum*) (LÓPEZ B. DE HEREDIA)

A) Valoración del **relictum**

Antes de valorar el caudal relicto deberá realizarse un **inventario** de los bienes dejados por el causante a su muerte. **Inventario** y **avalúo** son operaciones particionales típicas. El inventario y avalúo del caudal relicto, a los efectos del cálculo de las legítimas normalmente se realiza junto con las demás operaciones particionales. Los legitimarios no están obligados a pasar por las valoraciones efectuadas por el testador o por el contador-partidor testamentario, cuando éstas perjudiquen su derecho. Los bienes han de tasarse según su valor real (LÓPEZ B. DE HEREDIA).

B) Deducción de deudas.

Deudas deducibles son las **del causante**. Las deudas y cargas testamentarias no se deducen, pues no representan un minusvalor del patrimonio tal como se hallaba antes del fallecimiento de su titular (LACRUZ).

Las **cargas testamentarias** habrán de deducirse del activo líquido después del cálculo de las legítimas, pues dicho activo es lo que constituye el haber hereditario y del cual son carga esas responsabilidades originadas en el testamento. La valoración de las cargas testamentarias está relacionada con el cálculo de las legítimas tan sólo al objeto de detectar si son o no inoficiosas.(las cargas)

Los acreedores del causante son preferentes a los legitimarios, éstos a los legatarios y éstos últimos son preferentes a los herederos voluntarios y sus acreedores particulares.

C) Reunión ficticia de donaciones.

El causante tendría un medio sencillo para burlar los derechos de los legitimarios, atribuyendo *inter vivos* sus bienes, mediante donación a las personas que quisiera favorecer, en detrimento de los legitimarios. El legislador para evitarlo, una vez que se ha conocido el valor del *relictum*, obliga a adiconar al mismo la donaciones que realizó el causante en vida. El art. 818-2º establece que: al valor líquido de los bienes se agregará el de las donaciones colacionables. (LACRUZ Y SANCHO).

El nombre de reunión ficticia de esta operación proviene de que de momento no se juzga la validez o no de tales donaciones, pero se inventarían y se tienen en cuenta para conocer la hipotética suma que tendría el caudal hereditario si las mismas no se hubiesen realizado, y en una fase posterior, para reducir o anular en beneficio del legitimario las realizadas a extraños que no quepan en la parte libre o para estudiar si se han de contar como satisfacción anticipada de la legítima o como mejora o con cargo a la parte libre reduciendo en su caso, aun la s hechas a legitimarios (LACRUZ Y SANCHO)

Reunidas ficticiamente al relictum las liberalidades realizadas por el causante, la suma total es la base para el cálculo de la legítima global. Para calcular la legítima individual, habrá que tener en cuenta la clase de legitimarios de que se trata (descendientes, ascendientes y si concurren o no con el cónyuge viudo) (LACRUZ Y SANCHO)

1.2.-*Imputación de donaciones y legados*

Una vez realizada la computación, es decir las operaciones de cálculo de las legítimas, procede realizar la **imputación**, que es la operación inversa a la computación; mediante ella, las donaciones y legados, recibidas de forma individual por cada legitimario se colocan (se reconducen) a cuenta del tercio o tercios correspondientes para comprobar si son o no inoficiosos, es decir si caben o si por el contrario rebasan la legítima individual que corresponde a cada heredero. Inicialmente también es una operación meramente contable. Pero de resultar inoficiosa alguna de las liberalidades imputadas, puede dar lugar a operaciones materiales de reducción o de abono de diferencias en metálico (VALLET DE GOITISOLO).

La primera regla en materia de imputación, es respetar la voluntad del testador, siempre y cuando sus liberalidades no lesiones las legítimas; sin embargo como la

voluntad del testador no es siempre clara, existen reglas en el código para subsanar la falta de expresión de esa voluntad por el testador (LÓPEZ B.DE HEREDIA).

Entre las mencionadas reglas distinguiremos entre las que se refieren a imputación de legados e imputación de donaciones, y dentro de cada una de ellas las liberalidades efectuadas a los distintos legitimarios y a quienes no concurre aquella condición.

IMPUTACIÓN DE DONACIONES.

a) **La imputación de donaciones en favor de hijos o descendientes legitimarios:**

Viene regulada, en general, por el art. 819, a cuyo tenor, *las donaciones hechas a los hijos, que no tengan el concepto de mejoras, se imputarán en su legítima*. Es decir que las donaciones en favor de descendientes que sean legitimarios se considerarán anticipos de la legítima, entregas a cuenta de la porción que les corresponda (LÓPEZ B.DE HEREDIA).

El art. 825 establece que ninguna donación por contrato entre vivos en favor de hijos o descendientes, se reputarán mejora si el donante no ha declarado expresamente su voluntad de mejorar. Lo cual significa que se **imputarán a la parte de libre disposición** las **donaciones que excedan a la legítima**. (820.1°).

B) **Imputación de donaciones en favor de descendientes no legitimarios.**

Las donaciones efectuadas a sus descendientes que no sean legitimarios se imputarán al **tercio de libre disposición**, salvo que la donación se hubiese realizado de forma expresa como **mejora** (825), en cuyo caso se imputará al tercio de mejora. Son descendientes no legitimarios por ejemplo los nietos, cuando sobrevive todavía su padre.

C) **Imputación de donaciones en favor de ascendientes.**

Si los ascendientes son legitimarios se imputará a la legítima y si no lo son al tercio de libre disposición (LÓPEZ B.DE HEREDIA).

D) **Donaciones en favor de extraños.**

Las donaciones hechas a extraños se imputarán al tercio de libre disposición y se reducirán en cuanto a su exceso después de los legados (819.2° y 820-1°).

IMPUTACION DE LEGADOS

A) *Imputación de legados en favor de hijos o descendientes*. El art. 828 establece que: La manda o legado hecha por el testador no se reputará mejora sino cuando el testador haya declarado expresamente ser esta su voluntad o cuando no quepa en la parte libre. Este precepto debe interpretarse en el sentido de que primero se imputaran los legados **a la legítima**, después **a la parte libre** y finalmente **a la mejora**. En los legados a diferencia de las donaciones no será necesario que el testador expresamente manifiesta su voluntad de mejorar. Pero se así se manifestase se imputaría primero a la mejora (LÓPEZ B.DE HEREDIA).

B) *Imputación de legados en favor de descendientes no legitimarios*. Se imputará a la parte libre y lo que no quepa a la mejora. (828) Salvo que el legado se

hubiera efectuado en concepto de mejora en cuyo caso se imputará primera a la misma.

C) *Imputación de legados a favor de los ascendientes.* Si el ascendiente es legitimario, se seguirá las mismas reglas que para los descendientes, salvo lo establecido para la mejora. Si no es legitimario se imputará a la parte libre y el exceso se reducirá por inoficioso.

D) *Imputación de legados a favor de extraños.* Se imputarán a la parte libre y el exceso se reducirá por inoficioso.

§ 2. Protección de la legítima.

Las disposiciones legales sobre la legítima son normas de Derecho imperativo o necesario. Estas normas pueden agruparse formando varios grupos.

A) *La intangibilidad cuantitativa de la legítima: Reducción de disposiciones testamentarias y donaciones*

El legitimario tiene derecho a percibir *cuanto* por legítima le corresponde, es decir que no se le puede privar en todo o en parte de cuanto le corresponde (LACRUZ Y SANCHO)

Los **legitimarios** disponen de **medios legales** para **proteger la percepción de su legítima**, ya que el testador puede haber hecho en vida donaciones que impidan al legitimario recibirla, o bien ha ordenado en su testamento legados que, junto con las donaciones inter vivos, agoten la parte de libre disposición de su herencia. (DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN)

Las acciones de defensa cuantitativa de la legítima unas se dirigen a obtener sin más de los herederos la parte que falta por percibir al legitimario y son las de **suplemento**. Otras obtienen los bienes precisos para completar la asignación insuficientes a través de una disminución de los legados dispuestos en el testamento (que no se llevarán a cabo), esta es la **reducción de legados**, y finalmente cabe que el legitimario recupere las donaciones realizadas por el causante durante su vida, esta es la **reducción de donaciones** (LACRUZ Y SANCHO)

A.1.- *La acción de suplemento de legítima.*

El legitimario a quien el testador instituye heredero o legatario en una cuantía inferior a lo que tiene derecho a percibir como legítima, puede pedir el **complemento** hasta el límite de la misma (art. 815). El legitimario, pues, mediante el ejercicio de la **acción de suplemento** tiene derecho a obtener el complemento de su legítima del heredero o herederos instituidos en una porción de herencia mayor de la que el testador podía disponer libremente. Si de este modo no se logra el complemento, hay que pasar a la reducción de legados y donaciones según las normas examinadas (DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN).

A.2.- *La reducción de legados.*

El causante, puede haber ordenado algún o algunos legados que exceden de la parte libre disposición; en ese supuesto hay un lesión de la cuota legitimaria que debe ser remediada mediante la reducción. Según el artículo 817, «las disposiciones testamentarias que mengüen la legítima de los herederos forzosos se reducirán, a petición de éstos, en lo que fueren inoficiosas o excesivas», es decir, podrán ser declaradas inválidas o ineficaces parcialmente.

En el artículo 820, ordena el Código civil el **respeto** ante todo a las **donaciones, reduciendo o anulando los legados hechos en testamento**. La reducción se hará a prorrata, sin distinción alguna salvo que el testador hubiese dispuesto que se pague un legado con preferencia a otros, en cuyo caso no sufrirá aquél reducción sino después de haberse aplicado éstos por entero al pago de la legítima (DIEZ-PICAZO Y GULLÓN).

A.3- Reduccion de donaciones.-

El artículo 636 del Código civil impide que una persona pueda disponer por vía de donación más de lo que puede dar por testamento. Por ello se impone la necesidad de que a su muerte se vea cuál es la parte de libre disposición de su herencia, a fin de juzgar si la donación que hizo en vida infringe o no el citado precepto.

El artículo 818 ordena la suma del *relictum* y *donatum* para cumplir con aquella exigencia legal. Si lo donado está fuera del límite del artículo 636, hay que ir a la reducción por inoficioso.

a) Legitimados para pedir la reducción.-Están legitimados los legitimarios y los legatarios de parte alícuota y sus herederos o causahabientes (art. 655, p. 1.).

La acción es irrenunciable en vida del donante. Es ineficaz su renuncia expresa, o bien por la vía de prestar su consentimiento a la donación (art. 655, p. 2.).

b) Donaciones a reducir y orden de la reducción.-Son las *donaciones inoficiosas*, si bien la reducción no obstará para que tengan efecto durante la vida del donante y para que el donatario haga suyos los frutos (art.654).

Si, siendo dos o más las donaciones, no cupieren todas en la parte disponible, se suprimirán o reducirán en cuanto al exceso las de fecha más reciente (art. 656). Cuando sean éstas de igual fecha, deberán reducirse a prorrata, por aplicación analógica del artículo 820, párrafo 2.

c) Naturaleza, finalidad y duración de la acción.-La **acción de reducción** posee *naturaleza rescisoria*, se dirige a la eliminación del perjuicio o lesión que un negocio jurídico válido y eficaz, que ya ha sido consumado (vid. art. 1.301).

Se persigue con ella a la restitución material, in natura, del exceso reducible. Como tal acción rescisoria tendrá un plazo de caducidad de cuatro años (art. 1.299).

d) Efectos del ejercicio de la acción.-Obtenido el donatario el reintegro del exceso, éste va íntegramente a los legitimarios, ya que la inoficiosidad tiene como objeto el hacer posible que perciban su cuota legal.

A.4.- *Impugnación de los actos realizados por el causante en fraude de la legítima.*

El legitimario puede impugnar los actos realizados por el causante en fraude de sus derechos, según afirma una reiterada jurisprudencia. Serán fraudulentos aquellos actos que bajo la apariencia de un contrato oneroso tengan por finalidad proporcionar una atribución gratuita: normalmente una compraventa que encubre una donación (LÓPEZ B. DE HEREDIA)

B) *La intangibilidad cualitativa de la legítima.*

B.1.- *El derecho a percibir la legítima in natura.*

El perjuicio a la legítima puede no ser sólo cuantitativo sino cualitativo. Esto sucederá cuando el testador atribuya al legitimario un valor patrimonial igual o superior al valor de la cuota que por legítima le corresponda, pero en bienes u objetos no pertenecientes al caudal o en tal forma que su cuota no quede enteramente libre.

Uno de los dogmas del Derecho de sucesiones, ha sido el de la intangibilidad cualitativa de las legítimas, en virtud del cual la legítima ha de pagarse con bienes de la herencia, libre « toda carga o gravamen, sin condición ni sustitución de ninguna especie (LÓPEZ B. DE HEREDIA).

Tradicionalmente, los supuestos en que era posible el pago de las legítima en dinero extraherencial regulados en los arts. 821, 829 y 1.056, se consideraban excepcionales y por lo tanto de interpretación restrictiva. Todos ellos exigen una razón de carácter objetivo: el art. 821 un legado de finca de incomoda división; el art. 829, la mejora en cosa determinada; el art. 1.056-2., una explotación agrícola, industrial o fabril que el padre quiera conservar indivisa en interés de la familia. A tales artículos se pudiera añadir, tal vez, el art 1.062 y, sin duda, el art. 839 en relación a la legítima del cónyuge viudo. El art.1.062 permite adjudicar en partición, a uno de los coherederos, una cosa indivisible o que desmerezca mucho con la división, a calidad de abonar a los otros el exceso en dinero, aunque para ello se requiere la conformidad de todos. El art. 839 se refiere al pago de la legítima viudal (LÓPEZ B. DE HEREDIA).

Sin embargo, el art. 841, introducido como novedad en nuestro Derecho sucesorio por la ley 11/1981 de 13 de mayo, generaliza la posibilidad de satisfacer la legítima en dinero no herencial, al permitir, por la sola voluntad del testador, sin razón objetiva alguna, la adjudicación de todo o parte del caudal relicto en favor de alguno (o algunos) de los hijos o descendientes legitimarios con la obligación de compensar en metálico a los demás. A partir de la entrada en vigor de este precepto se puede afirmar que el dogma de la "intangibilidad cualitativa" se tambalea (LÓPEZ B. DE HEREDIA).

B.2.- *El gravamen de la legítima y compensación por el gravamente legitimario.*

B.2.1.- *Gravamen de la legítima.*

El testador no podrá imponer sobre la legítima gravamen, condición o sustitución de ninguna especie, salvo e cuanto a lo dispuesto al usufructo del cónyuge viudo. (813.2).

La prohibición viene referida a la legítima estricta, pero no a la mejora, así el artículo 824 permite someter a **gravamen el tercio destinado a mejora** siempre que establezca en favor de los legitimarios o sus descendientes, lo mismo que en el artículo 782 admite el juego de la sustitución fideicomisaria en aquel tercio, pero con idéntica

limitación: la sustitución debe beneficiar sólo y exclusivamente a descendientes.

B.2.2.- *Compensación por el gravamen legitimario.-*

Ahora bien, en la práctica no se da nunca una vulneración directa de las normas expuestas, que conduciría a tener por no puestas las disposiciones del testador o en lo que las contravinieran. Lo que se hace es imponer el gravamen, condición o sustitución prohibida amenazando al legitimario con reducir su participación en la herencia a lo que por legítima estricta le correspondería si no se aviene al pacto. Son múltiples las formas o variedades que en la práctica se adoptan:

- compensar en más de lo que legal mente le corresponde al legitimario si acepta el gravamen sobre su legítima. El ejemplo típico es el de la institución como usufructo universal de toda la herencia al cónyuge viudo, quedando los hijos como herederos en la nuda propiedad de todos los bienes. De forma que el viudo disfruta los bienes mientras viva, recuperando los hijos el pleno dominio a su muerte, disponiendo el causante en su testamento que el hijo que no acepte este usufructo universal quede reducido a su legítima estricta.

Este tipo de cláusulas se suelen llamar «cautela de opción compensatoria de la legítima» o «cautela socini o sociniana» (LÓPEZ B. DE HEREDIA).

B.3.- *El caso particular del art. 820.3º*

Ela rt. 820 se refiere a la reducción de legados y donaciones inoficiosos y en su párrafo 3º dice que: «Si la manda consistiese en un usufructo o renta vitalicia, cuyo valor se tenga por superior a la parte disponible, los herederos forzosos podrán escoger entre cumplir la disposición testamentaria o entregar al legatario la parte de herencia de que podía disponer libremente el testador.»

Por su ubicación, la norma parece que atiende a la reducción de legados. En realidad, a lo que da lugar es a una conmutación del usufructo o renta vitalicia. A los herederos forzosos se les da la opción entre cumplir la disposición testamentaria o «entregar la parte de herencia de la que podía disponer libremente el testador», lo que presupone obviamente que aquéllos son sus titulares, se les ha atribuido (DIEZ-PICAZO Y GULLÓN)

Este supuesto es una derivación legal de la admisión en nuestro ordenamiento de las cuatelas de opción compensatoria de la legítima, sin bien, aquí la opción es legal, impuesta con independencia de la intención del testador (LÓPEZ B. DE HEREDIA).

INDISPONIBILIDAD DE LA LEGITIMA FUTURA :

Dice el artículo 816 que «toda renuncia o transacción sobre la legítima futura entre el que la debe y sus herederos forzosos es nula, y éstos podrán reclamarla cuando muera aquél; pero deberán traer a colación lo que hubiesen recibido por la renuncia o transacción».

Se tacha, pues, de nulidad absoluta toda renuncia, bien sea por acto unilateral o bilateral (p. ej., renuncia mediante precio), y cualquiera que fuese su causa, lo mismo que la transacción.

La prohibición se refiere a renunciaciones o transacciones antes de abrirse la sucesión (de legítima futura habla el precepto).

La nulidad no implica que lo que se haya recibido quede en poder del legitimario, pudiendo además reclamar su legítima. Lo recibido ha de imputarlo a ésta («traer a colación»).

LA PRETERICIÓN

El artículo 814 determina los efectos de la preterición de un heredero forzoso, sin dar un concepto de lo que se debe entender por ella.

La **preterición** es la omisión de un heredero forzoso en el testamento, en el sentido de que no obtiene en él beneficios sucesorios, sean mayores o menores de lo que le corresponde por legítima. Una atribución insuficiente para cubrir su legítima no da lugar a la preterición, sino a la **acción de complemento** del artículo 815. Pero sí la hay si se limita a mencionarlo en el testamento sin atribuirle nada.

A) CLASES Y EFECTOS.-El artículo 814 distingue dentro de la preterición la que llama «**no intencional**» en relación con los hijos o descendientes preteridos, atribuyéndola distintos efectos jurídicos. El Código civil no establece ninguna presunción en favor de una u otra clase de preterición, llamadas tradicionalmente intencional y errónea, para lo que ha de ser objeto de prueba para su calificación.

La preterición intencional da lugar a una **reducción de las disposiciones testamentarias** a fin de salvar la legítima del preterido, que, si es hijo o descendiente, será la corta o estricta por analogía clara con el artículo 851 (desheredación injusta). Pero se ha de reducir la institución de heredero antes que «las mandas, mejoras y demás disposiciones testamentarias» (art. 814, p. 1.).

Si la preterición ha sido de hijos o descendientes y, además, no intencional, los efectos son los siguientes (art. 814, p. 2.):

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

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

Ahora bien, la regulación de los efectos que señala el artículo 814 a la preterición es meramente dispositiva y no imperativa. Según su último párrafo, «a salvo las legítimas, tendrá preferencia en todo caso lo ordenado por el testador». Así, puede haber querido, por ejemplo, la reducción de legados antes que la institución de herederos o de las mejoras.

B) DERECHO DE REPRESENTACION.-El párrafo 3. del artículo 814 preceptúa: «Los descendientes de otro descendiente que no hubiere sido preterido, representan a éste en la herencia del ascendiente, y no se consideran preteridos.» La disposición tiene su campo de aplicación, como toda la materia de preterición, en el ámbito de la sucesión testada, aquí de un ascendiente. Si no ha habido preterición de un descendiente, si hubiese muerto antes que el testador dejando descendencia, aunque no llame a ésta a la legítima no hay preterición de los mismos.

La redacción de la disposición da lugar a que surja la duda de si la representación se da sólo respecto a la legítima, o se establece un derecho de representación en la sucesión testada y como consecuencia del mismo ya no hay preterición. Teniendo en cuenta la

interpretación sistemática (el precepto se halla incardinado dentro de las reglas relativas a la preterición, que es una medida de salvaguardia de la legítima exclusivamente) y de la naturaleza de la sucesión testada en cuanto a la parte disponible (que depende únicamente de la voluntad del testador), parece necesario circunscribir al ámbito de la legítima la representación.

§ 3. La desheredación.

Según el artículo 813, el testador sólo puede privar a los herederos de su legítima en los casos expresamente determinados por la ley. La desheredación es, pues, una disposición testamentaria por virtud de la cual se priva a un heredero forzoso o legitimario de su derecho de legítima en virtud de alguna de las causas que expresa la ley.

Para ser válida, la desheredación ha de hacerse en testamento, de manera expresa puesto que ha de manifestar la causa en que se funde, que no puede ser otra que la señalada en la ley. Además, esta causa debe ser cierta, correspondiendo la prueba a los herederos del testador si el desheredado la negase (arts. 848, 849 y 850).

La desheredación ha de ser total, no siendo admisible la parcial. El artículo 813 habla de la privación de la «legítima», no de la totalidad o parte de ella.

A) CAUSAS DE DESHEREDACION.-Las causas de desheredación están enumeradas en los artículos 852 a 855.

El 852 establece que son justas causas para la desheredación, en los términos que específicamente determinan los artículos 853, 854 y 855, las de incapacidad por indignidad para suceder, señaladas en el artículo 756 con los números 1. , 2. , 3. y 5. Es una regla general que no excluye, como veremos a continuación, que existan otras causas específicas de desheredación. Tal regla produce importantes consecuencias, pues las causas de indignidad obligan a impugnar la disposición en favor del indigno, mientras que, jugando como causas de desheredación, apartan de entrada al desheredado de la sucesión, permiten no hacer disposición en su favor.

Los artículos 853 a 855 enumeran concretamente las causas de desheredación de los hijos y descendientes, de los padres y ascendientes y del cónyuge, y lo hacen del siguiente modo:

B) CAUSAS DE DESHEREDACION DE LOS HIJOS Y DESCENDIENTES.-Según el artículo 853, serán también justas causas para desheredar a los hijos y descendientes, además de las señaladas en el artículo 756 con los números 2. , 3. , 5. y 6. , las siguientes:

1ª Haber negado, sin motivo legítimo, los alimentos al padre o ascendiente que le deshereda.

2ª.- Haberle maltratado de obra o injuriado gravemente de palabra. No es necesario que haya habido condena en sentencia penal.

C) CAUSAS DE DESHEREDACION DE LOS ASCENDIENTES.-Según el artículo

854, serán justas causas para desheredar a los padres y ascendientes, además de las señaladas en el artículo 756 con los números; 1º, 2º, 3º, 5º y 6º, las siguientes:

1º.- Haber perdido la patria potestad por las causas expresadas en el artículo 170.

2º.- Haber negado los alimentos a sus hijos o descendientes sin motivo legítimo

3º.- Haber atentado uno de los padres contra la vida del otro, si no hubiere habido entre ellos reconciliación. No se exige la condena en juicio.

D) CAUSAS DE DESHEREDACION DEL CONYUGE.-Según el artículo 855, son, además de las señaladas en el artículo 756 con los números 2.º, 3.º y 6.º, las siguientes:

1ª.- Haber incumplido grave o reiteradamente los deberes conyugales

2ª.- Las que dan lugar a la pérdida de la patria potestad conforme al artículo 169 (debe ser el art. 170, tras la reforma por la Ley de 13 de mayo de 1981).

3ª.- Haber negado alimentos a los hijos o al otro cónyuge. Debe presuponerse, por coherencia con los artículos 853 y 854, que no ha habido

4ª.- Haber atentado contra la vida del cónyuge testador, si no hubiese mediado reconciliación. Se analiza el artículo 855 diciendo: «Para que las causas que dan lugar a la separación personal lo sean también de desheredación, es preciso que no vivan los cónyuges bajo un mismo techo.» Pero hay que tener en cuenta que el artículo 87 admite excepcionalmente una situación de separación dándose la convivencia.

E) LOS EFECTOS DE LA DESHEREDACION.-Con arreglo a sus efectos, se puede distinguir entre desheredación justa e injusta, según que se cumplan en ella o no los requisitos legales para hacerla.

La **desheredación justa** priva de la legítima y, si entraña también causa de indignidad, el desheredado quedará privado como indigno de sus derechos como heredero abintestato.

Si el desheredado tiene hijos o descendientes legítimos, señala el artículo 857 que «los hijos del desheredado ocuparán su lugar y conservarán los derechos de herederos forzosos respecto de la legítima». Acceden a la herencia de su ascendiente por vía de representación (art. 929) en cuanto a aquella porción.

Cuando la desheredación sea injusta por reunir los necesarios requisitos legales, según el artículo 851 se anulará la institución de heredero en cuanto perjudique al desheredado, pero valdrán los legados, mejoras y demás disposiciones testamentarias en lo que no perjudiquen a dicha legítima. El perjuicio que la ley quiere salvar es su participación en legítima estricta, por lo cual, cuando el testador haya dispuesto expresamente del tercio de mejora en favor de otros legitimarios, el desheredado no participa en él. DIEZ-PICAZO Y GULLÓN

La **desheredación** queda **sin efecto** por la **reconciliación** posterior del ofensor y del ofendido y, si es anterior a la declaración de voluntad testamentaria, impide al causante desheredar (art. 856). Puede oponerse por el desheredado como excepción, probándola naturalmente, frente a la acción de los herederos que tratan de hacerlo sobre la certeza de la causa de desheredación.

Tema 15

LAS RESERVAS

Las reservas

§1. Concepto y clases

§2. La reserva ordinaria o viudal

§3 La reserva lineal

§4 La reversión o retorno en el art. 812

§1. Concepto y clases

Para decidir el destino de los bienes la ley puede tener exclusivamente en cuenta la libertad de disposición del causante, para que los distribuya con independencia de su origen o procedencia; pero también puede tener en cuenta **la línea de procedencia de los bienes para reservarlos** a favor de los parientes de la persona de la que procedan los mismos (PUIG BRUTAU).

El Código civil español, más que procurar que los bienes de una familia no salgan de una misma, trata simplemente de alcanzar una **finalidad de protección a ciertas personas con bienes determinados en atención a que han pertenecido a parientes próximos suyos**. En el Derecho romano la reserva (viudal) era una especie de sanción contra las segundas o ulteriores nupcias. (Puig Brutau)

El Código civil regula la **reserva viudal**, llamada también, clásica, ordinaria o familiar y la **reserva lineal** o semitroncal.

§2. La reserva ordinaria o viudal

2.1.- *Concepto y fundamento.*

Es la institución que impone al cónyuge viudo que contrae **segundas o ulteriores nupcias**, o que ha tenido en estado de viudez un **hijo no matrimonial o adoptado**, la obligación legal de conservar en favor de los hijos y descendientes del matrimonio anterior los bienes adquiridos a título lucrativo de cualquiera de los hijos de dicho matrimonio, del consorte premuerto o de los parientes de éste en consideración al mismo. (Puig Brutau)

Se fundamenta en la protección que la ley otorga a los hijos o descendientes del primero o anterior matrimonio. Esta reserva convierte en obligación jurídica el deber moral que tiene el padre o la madre que ha contraído nuevo matrimonio. (Puig Brutau)

2.2.- Requisitos.

La reserva se desenvuelve en dos fases, la primera está determinada por la

existencia de los hechos en base a los cuales la ley establece la obligación de reservar y la segunda fase resulta de la muerte del reservista. (Puig Brutau)

2.3.- Presupuestos para que nazca la reserva del cónyuge viudo son:

a) .- la celebración de un segundo o ulterior matrimonio (art. 979) y la existencia entonces de hijos o descendientes del matrimonio anterior.

b) Cuando el viudo durante su matrimonio haya tenido o en estado de viudez tenga un hijo no matrimonial.(art. 980)

c) Cuando el viudo adopte plenamente a otra persona, salvo que el adoptado sea hijo del consorte fallecido de quien descienden los que serían reservatarios. (Art. 980)

Elementos personales.

El **reservista** es la persona a quien el Código civil impone la obligación de reservar, que es el viudo o la viuda.

Reservatarios son los hijos y descendientes comunes del primer matrimonio.

Bienes reservables.

La obligación de reservar recae sobre los siguientes bienes:

-Los adquiridos por el viudo de su difunto consorte por testamento, por sucesión intestada, donación u otro cualquier título lucrativo, (art. 968) pero no su mitad de gananciales.

-Los adquiridos por los mismos conceptos expresados anteriormente de los hijos y descendientes del matrimonio, o de los parientes del difunto marido por consideración a éste. (art. 969)

El Código otorga la cualidad de bienes reservables en base al doble criterio del *título de adquisición* (a título lucrativo) y de la *procedencia* (del difunto marido, de hijos del matrimonio o de parientes del marido en consideración a aquel). (Puig Brutau)

2.5.- *Naturaleza jurídica de la reserva.*-La tesis clásica acerca de la naturaleza jurídica de la reserva sostenía que el reservista tenía el **usufructo** de los bienes reservables. Actualmente, predomina la tesis de que se trata de un **derecho sometido a condición**, que es resolutoria para el reservista y suspensiva para el reservatario. (Puig Brutau).

2.6.- *La reserva en situación de pendencia. La enajenación de bienes reservables.*

Con respecto a estos bienes la ley distingue entre bienes muebles e inmuebles y con respecto a estos últimos si la enajenación tuvo lugar antes o después del nacimiento de la obligación de reservar.

A) Bienes muebles.- De acuerdo con el art. 976: « Las enajenaciones de los bienes muebles hechas antes o después de contraer segundo matrimonio serán válidas,

salva siempre la obligación de indemnizar». Es decir que si se enajena una cosa mueble que era reservable la enajenación será válida como si hubiese sido de una cosa propia, pero los reservatarios tendrán derecho a ese valor al hacerse efectiva o consumarse la reserva (Diez-Picazo y Gullón).

B) Enajenación de bienes inmuebles anterior a las nuevas nupcias o al reconocimiento de hijos. Para que exista la reserva viudal es necesario que el cónyuge viudo pase a segundas nupcias o que durante el matrimonio o en estado de viudez haya tenido un hijo no matrimonial. Por lo tanto la reserva nace con respecto a unos determinados bienes que durante cierto tiempo ha podido tener el reservista como libres. Ej. Viuda que contrae segundas nupcias al cabo de diez años de fallecido el marido; durante esos diez años de viudez los bienes habrán tenido la consideración de libres.

En lo que respecta a los bienes inmuebles; puesto que el art. 974: «Serán válidas las enajenaciones de los inmuebles reservables hechas por el cónyuge antes de celebrar segundas bodas, con la obligación, desde que las celebre, de **asegurar el valor** de aquellos a los hijos y descendientes del primer matrimonio»

Estas enajenaciones serán válidas sin perjuicio de que se vean afectadas por la posterior aparición de la reserva. El reservista solamente se hace deudor del correspondiente valor de lo enajenado y se obliga a asegurar el eventual cumplimiento de esta obligación a favor del reservatario. (Lacruz)

C) Enajenación pendiente la reserva. Según el art. 957: La enajenación que de los bienes inmuebles sujetos a reserva hubiese hecho el viudo o la viuda después de contraer segundo matrimonio, subsistirá únicamente si a su muerte no quedan hijos ni descendientes legítimos del primero, sin perjuicio de lo dispuesto en la Ley Hipotecaria, de lo que resulta que la enajenación quedará firme si ha sido realizada a favor de un tercer adquirente a título oneroso y de buena fe que haya inscrito su derecho en el mismo Registro. Pero si quedan reservatarios y además constaba en el Registro la cualidad de reservable del inmueble, la enajenación no podrá subsistir. (Puig Brutau)

2.7.- *Obligaciones y derechos de reservistas y reservatarios.*

Durante la situación de pendencia de la reserva, los presuntos reservatarios no ostentan ningún derecho en los bienes que la constituyen, pero la ley les faculta para exigir del reservista las medidas de seguridad pertinentes (arts. 977 y 978) para exigir que se fruste su derecho a ellos. (Diez-Picazo y Gullón)

1º.- Deberá **inventariar** todos los bienes sujetos a reserva. Si se trata de bienes inmuebles, el inventario tendrá que ser notarial o judicial (. art. 977 CC y art. 260-1º, del R. H.)

2º.- Deberá **tasar** los bienes muebles (art. 977 CC).

3º.- Anotar en el Registro de la Propiedad la cualidad de reservables de los inmuebles (art. 977 CC y arts. 185 y ss. de la L.H.)

4º.- Constituir **hipoteca** por bienes reservables. Como dispone el art. 978 CC el viudo o viuda, al repetir matrimonio, estará obligado a asegurar con hipoteca:

A.- La restitución de los bienes muebles no enajenados en el estado que tuvieren al tiempo de su muerte.

B.- El abono de los deterioros ocasionados o que se ocasionaren por su culpa o negligencia.

C.- La devolución del precio que hubiese recibido por los bienes muebles enajenados o la entrega del valor que tenían al tiempo de la enajenación, si ésta se hubiese hecho a título gratuito.

D.- El valor de los bienes inmuebles válidamente enajenados.»

d) Derechos del reservista. A pesar de la obligación de reservar, el padre o madre que haya contraído nuevo matrimonio **podrá mejorar** en los bienes reservables a cualquiera de los hijos o descendientes del primer matrimonio. Lo establece el art. 972, en relación con lo que para la mejora dispone el art. 823 CC

e) Derechos de los reservatarios.- Los reservatarios tienen los derechos que se corresponden con las obligaciones del reservista en los arts 977 y 978 cc.

Mientras dura la situación de pendencia, es decir hasta la muerte del reservista, pueden *enajenar* su derecho de reserva y pueden *renunciar* al mismo (art. 970), siempre que sean mayores de edad. (Puig Brutau)

2.8.- *La consumación de la reserva viudal.*

Si al fallecer el reservista existiendo hijos o descendientes del primero o anterior matrimonio que no hayan sido desheredados, el derecho de los reservatarios se convierte en derecho perfecto y efectivo sobre los bienes reservables. Por ello cuando acepten la sucesión en los bienes reservables pueden exigir a los herederos del reservista: su entrega, o su valor o precio (cuando hayan sido enajenados), más el abono de los deterioros (art. 974 a 978). Puig Brutau

Los reservatarios heredan al reservista y éste no puede disponer en favor de otros los bienes reservables, la reserva constituye una limitación de la autonomía de la voluntad mortis causa del reservista. En esta sucesión de los bienes se aplican las normas que rigen la sucesión intestada en línea descendente.(Diez-Picazo y Gullón)

El justamente desheredado pierde todo derecho a la reserva, sin perjuicio de que sus hijos o descendientes ocupen su lugar en la manera que dispone el art. 857.

2.9.- *Extinción de la reserva viudal.*

La obligación de reservar o la reserva pendiente cesa o se extingue en los casos siguientes:

1º.- Cuando «al morir el padre o la madre que contrajo segundo matrimonio, no existen

hijos ni descendientes del primero» (art. 971 del Cc.)

2º.- Cuando al morir el reservista sólo queden hijos desheredados o indignos, sin descendientes que ocupen su lugar.(arts. 973-2º y 761).

3º.- Cuando los hijos o descendientes mayores de edad que tienen derecho a los bienes reservables lo renuncien expresamente, (art. 970).

4º.- Cuando no existan bienes reservables. Puede efectivamente suceder que el cónyuge binubo no haya recibido nada por título lucrativo del cónyuge premuerto, de sus hijos comunes o de los parientes del difunto por consideración a éste. Pero también sucederá así cuando se trate de cosas dadas o dejadas por los hijos a su padre o a su madre, sabiendo que estaban segunda vez casados». (Puig Brutau)

§3 La reserva lineal

3.1.- *Concepto y fundamento*

Es la sucesión especial que se produce en virtud del **art. 811** del Código civil: «El ascendiente que heredare de su descendiente bienes que éste hubiese adquirido por título lucrativo de otro ascendiente, o de un hermano, se halla obligado a reservar los que hubiere adquirido por ministerio de la ley en favor de los parientes que estén dentro del tercer grado y pertenezcan a la línea de donde los bienes proceden.»

La reserva del art. 811 puede calificarse de semitroncal puesto que la misma procura que los bienes que durante tradicionalmente han pertenecido a de una familia no salgan de la misma. Este art. 811 tiene un origen moderno, los redactores del Código civil explicaron que su origen y finalidad, consiste en evitar que bienes adquiridos legítimamente por una familia pasen a título gratuito a otra familia extraña, a través de una sucesión mortis causa, sin que pueda invocarse el afecto presumible del difunto. Se trata de evitar que bienes «poseídos secularmente por una familia pasen brusca mente a título gratuito a manos extrañas por el azar de los enlaces y muertes prematuras». Ej. Sería el caso de que el bien que el abuelo paterno donó a su nieto no lo herede el abuelo materno.

Su finalidad, es evitar que se desvíen de su línea los bienes que un ascendiente ha heredado por ministerio de la ley podría haber de su descendiente que a su vez los adquirió a título lucrativo de otro ascendiente o de un hermano y que esta desviación vaya a producirse por azar. (Puig Brutau)

3.2.- *Supuestos necesarios para que surja la situación de reserva lineal pendiente*

De acuerdo con el art. 811 es necesario que un descendiente haya adquirido bienes a título gratuito de un ascendiente o de un hermano y que después los herede un ascendiente por ministerio de la ley. (*Ab intestato*). Ej. Que Juan (hijo de María) haya adquirido en virtud de herencia bienes de su padre; Juan muere sin testamento antes que su madre, esta a su vez heredaría los bienes que su hijo heredó de su difunto marido; de no existir la reserva lineal los bienes que pertenecían a la familia del marido fallecido pasarían a la de María a la muerte de la misma.

3.3.- *Supuestos que han de ocurrir para la consumación de la reserva.*

Para la eficacia definitiva o consumación de la reserva es necesario que al morir el reservista existan parientes que estén dentro del tercer grado y pertenezcan a la línea de donde los bienes procedan (art. 811).

3.4.- *Efectos de la reserva lineal durante su pendencia.*

Con respecto a la **enajenación** de los bienes reservables, ante el silencio de la ley, jurisprudencia y doctrina estimas que serán de aplicación los arts. 974 a 976 cc, que son las mismas disposiciones que se aplican para la reserva viudal. (Lacruz)

En materia de garantías serán aplicables asimismo las que el art. 977 aplicaba en materia de reserva viudal. También serán aplicables las mismas disposiciones con respecto a la posibilidad de mejorar del reservista, en materia de desheredación y de renuncia por el reservatario. (Lacruz)

§4 La reversión o retorno en el art. 812.

El art. 812 CC dispone: «Los ascendientes suceden con exclusión de otras personas en las cosas dadas por ellos a sus hijos o descendientes muertos sin posteridad, cuando los mismos objetos donados existan en la sucesión. Si hubieren sido enajenados, sucederán en todas las acciones que el donatario tuviera con relación a ellos, y en el precio si se hubieren vendido, o en los bienes con que se hayan sustituido, si los permutó o cambió.»

La razón de ser de este precepto en que sería contrario a la voluntad probable del disponente, que por muerte imprevista del donatario sin posteridad, pasasen los bienes dados por aquél a otra familia diferente. El derecho de reversión es protector, interpretativo de la voluntad del disponente, que se presume hizo la donación con la tácita condición de que tuviera hijos su descendiente donatario» .

Este derecho de reversión no priva al donatario de la facultad de disponer de los bienes donados por actos entre vivos, y seguramente tanto a título oneroso como gratuito. No se trata de una reserva porque el donatario no se convierte, por la donación, en titular de un derecho sometido a condición resolutoria. El art. 812 sólo actúa cuando en el patrimonio relicto del donatario existan los mismos bienes donados o sus subrogados, sin que ello impida el normal ejercicio de la facultad de disponer por negocio jurídico entre vivos.

Objeto de la donación son los mismos bienes donados, o las acciones que el donatario tuviese con relación a ellos, o el precio por el que se hubieren vendido, o los bienes por los que se hayan sustituido si el donatario los permutó o cambió.

El derecho de reversión corresponde a todo ascendiente que haya otorgado la donación, siempre que los hijos o descendientes mueran sin posteridad. Por tratarse de una sucesión hereditaria, los ascendientes han de tener capacidad para suceder y no pueden renunciar a su derecho antes de la apertura de la sucesión del descendiente.

El derecho de reversión es independiente de la cuota legitimaria, por lo que las cosas donadas o las que se hayan subrogado en su lugar no entran en el cálculo de la

legítima ni de la parte de libre disposición. (Puig Brutau)

Tema 16:

Sucesión intestada. Sucesión contractual. Sucesión excepcional

§1. La sucesión intestada

§2. Sucesión contractual

§3. La sucesión excepcional

§1. LA SUCESIÓN INTESTADA

1.1.- CONCEPTO Y FUNDAMENTO.

El llamamiento a una persona como heredero de otra (*vocación hereditaria*), puede obedecer; bien a la existencia de un determinado parentesco entre ellas, al que la ley atribuye derechos sucesorios, bien a una declaración de voluntad del causante. El parentesco da lugar a la *vocación* llamada *ab intestato* mientras que la declaración de voluntad a la *vocación testamentaria* (SANCHO REBULLIDA).

De acuerdo con lo anterior, el **art. 658** del Código civil dispone que: «La sucesión se defiere por voluntad del hombre manifestada en testamento, y, a falta de éste, por disposición de la ley.

La primera es la sucesión testamentaria y la segunda la que llama legítima.

Podrá también podrá deferirse en una parte por voluntad del hombre, y en otra, por disposición de la ley».

Existen pues, dos clases de llamamiento a la sucesión, teniendo la testada primacía sobre la intestada, y con la posibilidad de que ambas concurren para regular una misma sucesión. La palabra **intestada**, revela la prevalencia del testamento, por reconocerse a la voluntad expresada en testamento un valor decisivo, en consonancia con la tradición romana. (PUIG BRUTAU).

El Código civil para referirse a la sucesión intestada, utiliza también los términos de sucesión *ab intestato* o **legítima**. El último término, proviene del hecho de que sea carácter esencial de esta sucesión el que se defiera directamente por ministerio de la ley, sin emisión de voluntad por parte de nadie (BONET). El término sucesión legítima puede inducir a confusión con la llamada sucesión legitimaria o forzosa, de ahí que sería más conveniente referirse a la misma como sucesión legal (VALPUESTA).

Para DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN el **fundamento de la sucesión intestada** es el mismo que el del fenómeno sucesorio en general. La sucesión intestada no es más que una consecuencia de la preferencia otorgada a la sucesión voluntaria o testamentaria . Supuesta esta preferencia, el carácter de la sucesión legítima o *ab intestato* es el de un régimen de derecho supletorio o dispositivo, que funciona en defecto del negocio jurídico privado ordenador de la sucesión y que trata únicamente de llenar el hueco o la laguna que crea la ausencia de testamento eficaz.

La sucesión legal es un tipo de delación hereditaria, que junto a la voluntaria o testamentaria, tiende a garantizar que a la muerte de una persona su patrimonio tenga unos titulares que se hagan cargo tanto del activo como del pasivo. La sucesión legítima, es una delación hereditaria y no una clase de sucesión mortis causa²³, por ello le son aplicables las normas que regulan el fenómeno hereditario: habrá que tener en cuenta el *ius transmissionis* cuando proceda, el fenómeno del derecho de representación, el derecho de acrecer, las normas que regulan la legítima y su cómputo (VALPUESTA).

1.2.- CARACTERÍSTICAS.

La sucesión ab intestato- según VALPUESTA- presenta las siguientes **características:**

1º.- El llamamiento a la herencia está determinado en la Ley, de acuerdo con unos criterios objetivos elaborados por el legislador.

2º.-Es supletoria de la sucesión voluntaria, pues sólo en defecto de esta última se recurre a los llamamientos legales, como claramente expone el art. 658 CC

3º.- Es compatible con la sucesión testamentaria, cuando el causante no dispuso en testamento de todos sus bienes. Así se declara en art.658-3 CC:« Podrá también deferirse en una parte por voluntad del hombre, y en otra por disposición de la ley»

4º.- En esta delación el llamamiento a la herencia es siempre a título universal, de heredero, incluso cuando el que sucede es el Estado. Una excepción es cuando el cónyuge viudo es llamado exclusivamente por la cuota usufructuaria.

5º.- Para la efectividad del llamamiento ab intestato se requiere declaración judicial, que aporta el título formal de heredero; bien mediante la **declaración de herederos ab intestato**, o el juicio de abintestato, en la jurisdicción voluntaria (arts. 790 y ss. L.e.c./2000); bien mediante el juicio declarativo correspondiente en jurisdicción correspondiente.

1.3.- PRESUPUESTOS DE LA SUCESIÓN LEGAL.

La sucesión legal es *supletoria* de la sucesión voluntaria o testamentaria, se aplica cuando por cualquier motivo no se ha transmitido por acto mortis causa **todo o parte** del patrimonio del causante (VALPUESTA).

Según el **art. 912** la sucesión legítima tiene lugar:

«1º.- Cuando uno muere sin testamento, o con testamento nulo , o que haya perdido después su validez.

2º.- Cuando el testamento no contiene institución de heredero en todo o en parte de los bienes, no dispone de todos los que corresponden al testador. En este caso la sucesión

²³La sucesión mortis causa podía ser de dos clases, universal, en concepto de heredero o a título particular, en concepto de legatario. Vid. Tema 1.

legítima tendrá lugar solamente respecto de los bienes de que no hubiese dispuesto.

3°.- Cuando falta la condición puesta a la institución de heredero, o éste muere antes que el testador, o repudia la herencia sin tener sustituto y sin que haya lugar al derecho de acrecer.

4°.- Cuando el heredero es incapaz de suceder».

Los supuestos del art. 912 pueden reconducirse a dos: el primero de ellos hace referencia al **testamento**, que puede no existir o ser ineficaz; y el segundo a su **contenido**, es decir a la disposición de los bienes por el causante, que puede ser insuficiente para que se opere la transmisión de todos los bienes del causante (VALPUESTA).

1°.- Al primero de ellos se refiere el art. 921 al decir que: Cuando uno muere **sin testamento**, o con testamento **nulo** o que haya **perdido** después su **validez**, referencia que hay que extender al contrato o pacto sucesorio en los supuestos en los que esté permitido su celebración. En esta norma se contemplan tres casos diferentes:

a) Que no exista testamento o contrato sucesorio, en su caso; a este supuesto se equipara la pérdida o destrucción de testamento.

b) Que el negocio *mortis causa* sea nulo, por lo que habrá que estarse a las causas de invalidez del testamento o contrato sucesorio.

c) Que éste pierda después su validez. Más bien habría que decir que devenga ineficaz, por ejemplo, porque se haya otorgado un testamento revocando al anterior, exclusivamente con este alcance, o porque no se cumplan las formalidades requeridas antes de su caducidad, caso de los testamentos especiales.

2°.- Al contenido de la disposición *mortis causa* se refieren los tres siguientes apartados del art. 912:

a) Ausencia o insuficiencia de la disposición patrimonial, porque no haya institución de heredero, o no se disponga de todos los bienes, a título de heredero o legatario.

b) Ineficacia de la institución de heredero, porque no se cumpla la condición si es suspensiva o se realice en caso de ser resolutoria, categorías aplicables a la institución a término; premoriencia del llamado, sin que exista sustituto ni proceda el derecho de acrecer, a lo que hay que añadir el derecho de representación en los casos en los que rijan; que el heredero no llegue a adir la herencia, porque la repudie o no sea capaz de suceder y también cuando prescriba la acción de petición de herencia.

1.4.- CLASES DE HEREDEROS LEGÍTIMOS.

El artículo 913 designa a los **sucesores legítimos** diciendo que «a falta de herederos testamentarios, la ley defiere la herencia a los parientes del difunto, al viudo o viuda y al Estado».

Estos tres tipos de sucesores legítimos, parientes, cónyuge y Estado se denominan por la doctrina **clases o categorías de herederos legítimos** o legales. Dentro de los herederos legales, el Código civil distingue:

a) Los **órdenes**, que son los grupos formados dentro de cada clase con los

parientes que pertenecen a líneas distintas. La jerarquía que resulta concede preferencia, según la cual se reconocen los siguientes grupos: *descendientes*, *ascendientes* y *colaterales* (PUIG BRUTAU)

b) Los **grados** o generaciones establecen un criterio de preferencia dentro de cada orden, así pues, rige el principio de que el *pariente más próximo en grado excluye al más remoto*, (o el grupo más próximo formado por todos los parientes equidistantes del causante), salvo el derecho de representación cuando proceda (art. 921-1º). Los parientes que se hallen en el mismo grado (dentro de la línea) heredarán por partes iguales, salvo lo que se dispone en el artículo 940 sobre el doble vínculo (art. 921- 2º). (DIEZ-PICAZO Y GULLÓN)

Si hubiere varios parientes de un mismo grado y alguno o algunos no quisieren o no pudieren suceder, dice el artículo 922, que su parte **acrececerá** los otros del mismo grado, salvo el derecho de representación cuando deba tener lugar. En realidad, esto es un efecto, más que del acrecimiento, de principio de que el pariente más próximo en grado excluye al más remoto

A tenor del artículo 923, «repudiando la herencia el pariente más próximo, si es solo o, si fueren varios, todos los parientes más próximos llamados por la Ley, heredarán los del grado siguiente por su propio derecho y sin que puedan representar al repudiante», lo que es una consecuencia del principio anterior, dado que no se puede representar a una persona viva sino en caso de indignidad o desheredación exclusivamente (art. 929)

Si es el cónyuge el repudiante, por aplicación del artículo 923, se llama a los parientes de la línea colateral.

1.5.- LOS LLAMAMIENTOS EN LA SUCESIÓN LEGÍTIMA.

La sucesión legítima o intestada se articula en el Código a base de llamamientos, que operan unos en defecto de otros. La apertura de la sucesión da lugar a una pluralidad de llamadas hereditarias a todos los que sobrevivan al causante en ese momento.

a) La sucesión a favor de los hijos y descendientes.

El llamamiento preferente que se hace en la sucesión intestada es a la línea recta descendente (art. 930). De ahí que los hijos y sus descendientes sucedan a sus padres y demás ascendientes sin distinción de sexo, edad o filiación (art. 931), sin perjuicio de la legítima que le puede corresponder al cónyuge viudo, es decir que éste en virtud de lo establecido en el art. 834 y 837.2 continua teniendo su derecho a la legítima. (DIEZ-PICAZO Y GULLÓN)

Los hijos del difunto le heredarán siempre por su derecho propio, dividiendo la herencia en partes iguales (art. 932). Los nietos y demás descendientes heredarán por derecho de representación, y, si alguno hubiese fallecido dejando varios herederos, la porción que le corresponda (al representado se dividirá entre éstos por partes iguales (art. 933). La llamada a descendientes que no sean hijos se hace por la vía del derecho de representación, el juego del mismo dentro de los descendientes tiene lugar para los

supuestos de **premorienza** (hijo que premuere al causante dejando un hijo). Sin embargo, el derecho de representación opera no sólo en la premorienza sino también cuando el llamado **no puede aceptar** (por indignidad o desheredación; arts. 924 y 929), no opera sin embargo en caso de **repudiación** (DIEZ-PICAZO Y GULLÓN).

b) La sucesión de los ascendientes.

A falta de línea recta descendientes, el llamamiento lo hace la ley a los ascendientes.(art. 935). El padre o la madre heredarán por partes iguales y en el caso de que sobreviva uno solo, éste sucederá en toda la herencia (arts. 936 y 937). A falta de padre y madre sucederán los ascendientes más próximos en grado (art. 938), siendo indiferente a la línea que pertenezcan (paterna o materna).

A igualdad de grado, si pertenecen a la misma línea los ascendientes heredarán por cabezas. En cambio, si perteneciesen a líneas diferentes la mitad corresponderá a los ascendientes paternos y la otra mitad a los maternos, haciéndose la división en cada línea por cabezas (arts. 939, 940)

La llamada a los ascendientes es compatible, en su caso con la legítima del conyuge viudo y con la aplicación de las reservas de los artículos 811 y 812 (art. 942).

c) La sucesión del cónyuge viudo.

El artículo 944 lo llama a su herencia, en defecto de descendientes y ascendientes, antes que a los hermanos y parientes hasta el cuarto grado. Obedece también esta reforma a una reducción en el concepto de la familia, tendiéndose a la familia nuclear, por lo que los lazos de afecto se presumen mayores entre cónyuges que entre hermanos y demás parientes. (DIEZ-PICAZO Y GULLÓN)

La llamada al cónyuge no tendrá lugar si el cónyuge estuviese separado por sentencia firme, o separado de hecho por mutuo acuerdo que conste fehacientemente (art. 945).La reconciliación destruye la eficacia del artículo 945.

La exclusión de la llamada al cónyuge supérstite separado es total es decir, no consiste sólo en su posposición en favor de los parientes colaterales dentro del cuarto grado.

El cónyuge viudo, aún cuando no fuere llamado a la herencia, por existir llamamientos preferentes (descendientes o ascendientes), sigue conservando su derecho a la legítima.

D) La sucesión de los colaterales.- En defecto de descendientes, ascendientes o cónyuge, la ley llama a los parientes colaterales hasta el cuarto grado. El Código civil dedica una especial atención a los hermanos e hijos de hermanos, porque suceden con preferencia a los demás colaterales (art. 946). Pueden distinguirse los siguientes supuestos:

a) Concurrencia de hermanos.-Si no concurren más que hermanos e doble vínculo, heredarán por partes iguales (art. 947). Si concurren hermanos de padre y madre (doble vínculo, art. 920) con medio hermanos aquéllos toman doble porción que éstos en la

herencia (art. 949). Si no concurren más que medio hermanos, unos por parte de la madre y otros por parte del padre, heredarán todos por partes iguales, sin ninguna distinción de bienes (art. 950).

b) Concurrencia de hermanos con sobrinos.-Estos últimos heredarán por derecho de representación, que sólo se da en la línea colateral en favor de hijos de hermanos (art.925). Deben diferenciarse las siguientes hipótesis:

1º.- Concurrencia de hermanos con sobrinos, hijos de hermanos de doble vínculo. Los primeros heredan por cabezas, y los segundos por estirpes, como corresponde al heredar por representación (arts. 948 y 926).

2º.- Concurrencia de hermanos con sobrinos, hijos de medio hermanos. Heredarán éstos lo que correspondería a su padre (por estirpes), repartiéndolo entre sí por cabezas (arts. 926 y 927).

c) Concurrencia de sobrinos exclusivamente.-Son distintos los efectos de la concurrencia de hijos de hermanos y de medio hermanos, o solamente de éstos. En el primer caso, heredarán por cabezas, pero seguramente deben de tomar los primeros doble porción que los segundos (arts. 921, p. 2. , 949 y 951). En el segundo, heredarán por cabezas (arts. 927 y 951).

Hasta aquí la sucesión de colaterales hermanos e hijos de hermanos. Conforme el artículo 954, «no habiendo cónyuge supérstite, ni hermanos ni hijos de hermanos, sucederán en la herencia del difunto los demás parientes del mismo en línea colateral hasta el cuarto grado, más allá del cual no se extiende el derecho de heredar abintestato»

La sucesión de estos colaterales atenderá al principio de la proximidad de grado y, según el artículo 955, «se verificará sin distinción de líneas ni de preferencia entre ellos por razón de doble vínculo». Sucederán por cabezas todos los que estén en el mismo grado.

e) *La sucesión del Estado.*

El artículo 956 del Código civil, dice que «a falta de parientes que tengan derecho a heredar conforme a lo dispuesto en las precedentes Secciones, heredará el Estado [...]»

De acuerdo con el art. 956 el Estado es un heredero, si bien en ese mismo precepto se establece un destino forzoso para las dos terceras partes de la herencia. El Estado en su concepto de heredero responde de las deudas y cargas de la herencia; sin embargo es siempre un heredero privilegiado puesto que cuenta siempre con el beneficio de inventario sin necesidad de declaración alguna (art. 957) (DIEZ-PICAZO Y GULLÓN)

§2.- SUCESIÓN CONTRACTUAL.

2.1.- CONCEPTO.

Según CASTÁN, puede decirse que la sucesión contractual es aquella que se

defiere en virtud de un acto bilateral o contrato. Si a la sucesión *mortis causa* regida y disciplinada por un **testamento** se denomina sucesión testamentaria. De la misma manera la sucesión *mortis causa* regida y disciplinada por un contrato se denomina **sucesión contractual**.

El origen de la prohibición de dichos pactos se encuentra en el Derecho Romano que pronto dejó entronizada la libertad de testar, incompatible con la sucesión contractual puesto que la vinculación resultante del contrato impediría la manifestación posterior de una nueva voluntad testamentaria.

En contra, pues, de los pactos sucesorios, se alega, en primer lugar, la pérdida de libertad testamentaria que suponen. La voluntad del hombre es mudable -se afirma- por lo que no puede vincularse con el nombramiento de un heredero.

Se aduce también el *votum mortis*, es decir, que el instituido heredero por contrato fácilmente desearía la muerte de instituyente, a fin de heredar lo más pronto posible, y aun podría provocarla.

La institución contractual de heredero constituye, según ROCA SASTRE, un medio indirecto de lograr el asentamiento o arraigo en el campo de las familias campesinas. La institución contractual de heredero, en la que el instituyente no abdica de su soberanía, pues sigue siendo dueño de su patrimonio y sólo queda limitado para donar, nombrar nuevo heredero o vender de manera fraudulenta, evita los inconvenientes de la revocabilidad testamentaria. La sucesión contractual es propia de países rurales y de patrimonios no holgados. El hijo que se queda en la casa, en realidad, se sacrifica, pues ha de trabajar en provecho de la misma. Sólo la certeza de que es heredero de manera definitiva puede avenirle a ello.

El Código civil sigue el tradicional criterio romanista consagrando con carácter general el **principio prohibitivo de la sucesión contractual**. Así, resulta, ante todo, del art. 658 conforme al cual -como señalan Díez-PICAZO Y GULLÓN- se limitan los modos de deferirse la sucesión al testamento y a la ley, y se excluye la forma contractual. La prohibición general se expresa también en el art. 1.271, al disponer que sobre la herencia futura no se podrán celebrar otros contratos que aquéllos cuyo objeto sea practicar entre varios la división de un caudal conforme al art. 1.056.

2.2- EXCEPCIONES.

No obstante el principio general prohibitivo de los pactos sucesorios, tiene algunas excepciones en el Código civil. (Diez-Picazo y Gullón). La primera de ellas la constituye la del **art. 826** que establece «la **promesa de mejorar** o no mejorar hecha en **escritura pública en capitulaciones matrimoniales** será válida» y que «la disposición del testador contraria a la promesa no producirá efecto».

En el **art. 831** se autoriza a que pueda pactarse en capitulaciones matrimoniales que, muriendo el cónyuge otorgante, pueda el viudo o viuda que no haya contraído nuevas nupcias distribuir a su prudente arbitrio los bienes del difunto y mejorar en ellos a los hijos comunes, sin perjuicio de las legítimas y de las mejoras hechas en vida por el fallecido.

También cabe ver un cierto tipo de sucesión contractual en la posibilidad que tienen los contrayentes de donarse **bienes futuros** para el **caso de muerte** (art. 1.341).

§3.- LA SUCESIÓN EXCEPCIONAL.

Junto a la llamada sucesión mortis causa ordinaria en sus formas testada e intestada, por estar sometida a las reglas del Derecho común, hablan algunos autores de otra sucesión, a la que califican de extraordinaria o excepcional por obedecer a reglas especiales que discrepan de las del Derecho común.

Según O' CALLAGHAN, se conoce con el nombre de sucesión extraordinaria (... fuera de la ordinaria) o excepcional (... de excepción) aquella sucesión mortis causa que está sometida a reglas especiales que la apartan de la normal sucesión y su regulación. Dicha sucesión extraordinaria o excepcional se mantiene hoy día en:

1º La sucesión de los títulos nobiliarios. Su normativa se encuentra dispersa en textos pertenecientes a diversas épocas.

2º.- La sucesión en explotación familiar agraria. La explotación familiar agraria es una creación jurídica que individualiza determinados bienes y derechos referidos a la producción agraria para dotarle de un tratamiento diferenciado, a fin de preservarlo como principal fuente de recursos de la unidad familiar. Su regulación se encuentra en la Ley 49/1.981, de 24 de Diciembre.

3º.- La sucesión en los arrendamientos. El carácter social que imprime la legislación en materia de arrendamientos rústicos y urbanos es el fundamento de la transmisión mortis causa de la posición de arrendatario a favor de determinadas personas expresamente determinadas por la ley, como excepción a la regla general de extinción del contrato por muerte del arrendatario.

TEMA 17

La partición de la herencia

- §1. Concepto
- §2. Quienes pueden pedirla
- §3 Quienes pueden realizarla
- §4 Partición realizada por el testador
- §5 Partición por comisario
- §6 Partición practicada por los coherederos
- §7. Objeto de la partición y pago de las deudas
- §8. Operaciones particionales
- § 9. Efectos de la partición
- §10. Impugnación de la partición
- §11. La colación

§ 1. Concepto.

La partición de la herencia es el acto o negocio jurídico que extingue el estado de indivisión y comunidad, atribuyendo bienes y derechos singulares a los coherederos. Sus cuotas se transforman en bienes concretos, desapareciendo totalmente la comunidad hereditaria (DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN), comunidad que surgió al aceptar los coherederos la herencia.

Para un sector de la doctrina, la partición tiene naturaleza sustitutiva o especificativa, según esta teoría la partición especifica o determina que bienes concretos corresponden a cada heredero de entre los integrantes de la comunidad hereditaria. (Lacruz y Sancho), en ese sentido podemos afirmar que con la partición cesa la comunidad hereditaria y el derecho hereditario en abstracto que tienen los comuneros sobre la herencia se transforma en un derecho concreto sobre los bienes que han sido adjudicados a cada uno.

Según Prats Albentosa con la **partición** el legislador reglamenta el momento final del fenómeno sucesorio; éste engloba tanto la *disolución de la comunidad hereditaria* como su *liquidación*, así como la concreta *determinación material del objeto de los derechos* adquiridos por los herederos *mortis causa*. Este proceso de partición culminará, tras la práctica de las llamadas operaciones particionales.

La partición no es necesario que sea de la totalidad de la herencia, puesto que ningún precepto lo ordena, así pues, cabe que abarque una parte de la misma dejando la otra en estado de indivisión o comunidad hereditaria (DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN).

§ 2.- QUIENES PUEDEN PEDIRLA

El Código civil sigue el criterio de los ordenamientos de base romana según el cual la situación de comunidad es un estado indeseable, cuya existencia depende de la voluntad unánime de los comuneros, para previene el ordenamiento la **acción para pedir la partición de la herencia**; siendo en consecuencia la misma ordenada por el Juez. (Prats Albentosa)

En ese sentido el art. 1.051 dispone que «Ningún coheredero podrá ser obligado a permanecer en la indivisión de la herencia, a menos que el testador prohíba expresamente la indivisión.

Pero, aun cuando la prohíba, la división siempre tendrá lugar mediante alguna de las causas mediante las cuales se extingue la sociedad»

La última regla del art. 1.051 nos remite a los arts 1.700 y ss del cc. Aún cuando el testador prohíba la partición cualquier coheredero podrá solicitarla siempre que exista justa causa apreciada por los tribunales (art. 1.707). (DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN)

Están facultados para pedir la partición:

a) **Los coherederos.**-«todo **coheredero** que tenga la libre administración y disposición de sus bienes [...]» (art. 1.052); éste puede solicitar al resto de los coherederos que se adopte el acuerdo por el cual se determine la disolución de la comunidad hereditaria o bien, y en caso de desacuerdo, pueden hacer ejercicio de la **acción de partición de la herencia** en cuya virtud se disolverá la comunidad hereditaria (arts. 1.051, 1.052 y 1.965 CC, 782 y ss. L.e.c./2000).

b) **Los herederos de un coheredero.**- **También se autoriza a cualquiera de los herederos de un coheredero muerto antes de la partición, pero todos los que intervengan en este concepto deberán comparecer bajo una sola representación (Art. 1.055).**

c) **El legatario de parte alícuota.**- El art. 782 L.e.c./2000 también legitima **al legatario de parte alícuota** para promover el juicio de testamentaria. (DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN)

d) Los **acreedores hereditarios** con la nueva reforma de la L.e.c. ya no pueden solicitar la partición de la herencia pero sí el aseguramiento de su crédito (arts. 1.038 y 782 L.e.c./2000), aunque conservan la posibilidad de oponerse a la partición hasta que se les pague o afiance su crédito (art 1.082 CC).

§3.- QUIENES PUEDEN REALIZARLA.

La partición puede ser **judicial** o **extrajudicial**. Esta última puede ser unilateral, cuando ha hecho la partición el mismo *testador* o la hace el *comisario* que haya nombrado, o plurilateral, cuando la practican los *herederos* o sus representantes. Puede añadirse la *partición arbitral*, que es la realizada en virtud de un arbitraje instituido por el testador o por los herederos (PUIG BRUTAU).

3.1.- PARTICIÓN NEGOCIAL.

Es la que pueden realizar el **testador**, el **comisario** o los **coherederos**. El causante puede realizarla en el mismo testamento o incluso en otro distinto (art. 1.056 CC). La

partición por comisario o contador partidor será tratada con referencia al art. 1.057 CC. En defecto de estas dos formas, pueden hacer la partición todos los coherederos. Según dispone el art. 1.058: «Cuando el testador no hubiese hecho la partición, ni encomendado a otro esta facultad, si los herederos fueren mayores y tuvieren la libre administración de sus bienes, podrán distribuir la herencia de la manera que tengan por conveniente».

3.2.- PARTICIÓN JUDICIAL.

El paso de la partición extrajudicial o negocial a la judicial no la impone el hecho de que los herederos no tengan plena capacidad para realizarla, sino la circunstancia que señala el art. 1.059 CC: «Cuando los herederos mayores de edad no se entendieren sobre el modo de hacer la partición, quedará a salvo su derecho para que lo ejerciten en la forma prevenida en la Ley de Enjuiciamiento civil.»

La **partición judicial** tiene **carácter subsidiario** porque sólo procede cuando no pueda ser practicada por el testador, por el comisario o no existe acuerdo entre los coherederos. Es decir, la partición negocial excluye a la judicial si existe unanimidad entre los coherederos; pero si para la aprobación sólo existe mayoría, ha de recurrirse a la intervención judicial.

El testador no puede prohibir la intervención judicial si no designa al mismo tiempo contador partidor que realice extrajudicialmente las operaciones necesarias (art. 1.045 LEC).

La forma prevenida en la LEC para la partición, como dice el art. 1059 CC, es el señalado en los arts 782 a 789 y ss de la L.e.c./2000 (antes denominado juicio de testamentaria).

§4 Partición realizada por el testador

El Código civil admite este tipo de partición en el art. 1.056, que establece: «Cuando el testador hiciera, por **acto entre vivos** o por **última voluntad**, la partición de sus bienes, se pasará por ella, en cuanto no perjudique la legítima de los herederos forzosos[...]».

El testador puede disponer de bienes concretos mediante legados, instituir heredero en cosa cierta o mejorar en cosa determinada, pero ello no supone efectuar la partición puesto que esta exige fijar la porción que ha de percibir cada heredero, por lo tanto no basta atribuir bienes concretos sino que hace falta que se hayan fijado las cuotas que rellenen los bienes. Con ello se evita además el juego de la sucesión intestada con respecto de los bienes no incluidos en la partición. Mediante la partición el testador pretende evitar el nacimiento de la comunidad hereditaria, pero si el testador no ha fijado cuotas, no habrá propiamente partición sino legado, institución en cosa cierta o mejora en cosa determinada.(Clemente Meoro)

Cuando el testador se limita a manifestar las directrices para realizar la partición, sin fijar las cuotas, no nos encontramos ante una partición sino de normas que habrán de seguirse en ella. (DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN)

La referencia a que el testador pueda hacer la por acto entre vivos la partición, no excluye sino que requiere la existencia de testamento, puesto que el art. 1.056 habla expresamente de testamento (PUIG BRUTAU), si bien el testamento puede ser anterior, coetáneo o posterior a la partición (CLEMENTE MEORO)

Para la partición realizada por el testador no resulta aplicable el art. 1.061 cc que establece el *principio de homogeneidad de lotes*, puede por lo tanto adjudicar a cada uno de los coherederos cosas de distinta naturaleza, calidad o especie, pudiendo hacerlo por testamento también puede hacerlo por partición (Clemente Meoro)

Los bienes que pueden quedar comprendidos en esa partición han de ser los privativos del testador, por lo tanto el testador no podrá partir unilateralmente sus bienes gananciales como paso previo a la partición de sus bienes, puesto que no le pertenecen hasta que se realice la liquidación de gananciales (DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN).

§5.- PARTICIÓN POR COMISARIO CONTADOR-PARTIDOR.

En el art. 1.057-1º se establece que: «El testador podrá encomendar por acto *inter vivos* o *mortis causa* para después de su muerte la simple facultad de hacer la partición a cualquier persona que no sea uno de los coherederos».

El **comisario** o **contador-partidor** no tiene otra misión que la de hacer la partición, que le es encargada por el testador para después de su muerte. Esta carga tiene cierta semejanza con el de albacea, puesto que este último tiene como misión principal la de velar por el cumplimiento del testamento. La diferencia está en que las facultades del albacea son las señaladas por el testador o en su defecto las del art. 902. No obstante nada impide que el albacea también se le otorgue la facultad de realizar la partición de la herencia, siendo entonces albacea partididor-contador. (DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN)

El cargo de contador partididor, es personalísimo, voluntario, temporal y gratuito. (DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN) puede ser unipersonal o colectivo. (Clemente Meoro)

El nombramiento puede ser anterior o posterior al testamento, si bien lo normal es que conste en el mismo. Pero en todo caso ha de haber testamento. (Clemente Meoro)

El Código civil establece que no puede ser contador-partidor el coheredero, lo cual es lógico puesto que carecería de la objetividad que requiere el cargo. (DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN)

El contador-partidor tiene como misión la de realizar las operaciones particionales en que consiste la división de la herencia. La jurisprudencia le reconoce incluso capacidad para realizar la liquidación de los gananciales, en su caso, con el cónyuge viudo. También está obligado a cumplimentar lo establecido en el art. 1.061 haciendo lotes o adjudicando a cada uno de los herederos cosa de la misma naturaleza, especie o calidad. El testador por el contrario tendrá absoluta libertad para ello según el art. 1.056.cc.

El comisario o contador- partidor es la persona nombrada por el testador, por el Juez o por los herederos para realizar la partición con la misma eficacia que si la hubiese hecho el mismo testador o los herederos. (Puig Brutau)

§6 Partición practicada por los coherederos

El art. 1058 C.c establece que cuando el testador no haya realizado la partición ni encomendado a otro esta facultad, si los herederos fueren mayores y tuvieren la libre administración de sus bienes , podrán distribuir la herencia de la manera que tengan por conveniente. Por lo tanto pueden sujetarse o no al testamento, puesto que la partición realizada por los coherederos es un verdadero contrato entre ellos, con un contenido que puede ser variable a tenor de la amplia libertad de que gozan para realizar la partición. (DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN)

Si en cualquier momento en el desarrollo de estas operaciones surgiese algún problema que provocase la falta de acuerdo entre los coherederos sobre el modo de hacer la partición, cualquiera de ellos podrá iniciar la división judicial de la herencia según los trámites previstos en los arts 782 a 789 L.e.c./2000 (art. 1.059 CC).

La partición debe ser practicada por todos los herederos, actuando todos ellos de común acuerdo. Los herederos del heredero, fallecido antes de la partición, concurrirán constituyendo ellos una sola parte (art. 1.056). El Código admite una única excepción al principio de la unanimidad en el caso de que uno de los coherederos hubiera sido preterido, pero existiendo buena fe de los demás. Así lo dispone el artículo 1.080., según el cual «la partición hecha con preterición de alguno de los herederos no se rescindirá, a no ser que se pruebe que hubo mala fe o dolo por parte de los otros interesados; pero éstos tendrán la obligación de pagar al preterido la parte que proporcionalmente le corresponda».

El artículo 1.058 legitima para practicar la partición a los coherederos mayores de edad que tengan la libre administración de sus bienes. En el caso de los menores o incapacitados si están legalmente representados en la partición, según el artículo 1.060, no es necesaria la intervención ni la aprobación judicial. Pero se necesitará aprobación judicial cuando aquéllos estén representados por el tutor o en su caso, por el curador (arts. 271.4. , 287 y 290).

Para remediar los inconvenientes del principio de la unanimidad en la partición entre coherederos y evitar que hayan de acudir a la autoridad judicial para realizarla, el artículo 1.057-2º, permite que cuando no haya testamento, o en él no se designe contador-partidor, o vacante el cargo, el Juez, a petición de los herederos y legatarios que representen al menos el cincuenta por ciento del haber hereditario, y con citación de los demás interesados si su domicilio fuera conocido, podrá nombrar un contador-partidor. La partición del contador-dativo exige la aprobación judicial, salvo que los herederos y legatarios la aprueben expresamente.

§7. Objeto de la partición y pago de las deudas

A) Contenido de la partición .- Si bien la herencia comprende todos los bienes, derechos y obligaciones de una persona que no se extinguen por su muerte, (art. 659) , ha de

tenerse en cuenta pueden ser objeto de la partición. Las deudas hereditarias, son ciertamente, tenidas en cuenta, pero como operación previa, a fin de determinar el haber partible.

Tampoco forman parte del haber hereditario partible los bienes que corresponden al cónyuge sobreviviente en la comunidad de gananciales. Si bien es frecuente que su liquidación se haga en el mismo acto, es una operación autónoma respecto a la partición de la herencia. (Puig Brutau)

De igual modo no entran en la partición los bienes de los que el causante haya dispuesto a título singular o que por precepto legal estén sometidos a un destino separado, como sucede con los bienes reservables. (Puig Brutau)

Los bienes colacionables sólo forman parte de las operaciones de partición de manera indirecta, para determinar la cuantía de los lotes. (Puig Brutau)

No son bienes divisibles las propiedades funerarias, las servidumbres y dependencias comunes a varios bienes de la herencia, los navíos y las pertenencias mineras. Hay que añadir el patrimonio familiar de colonización y las unidades mínimas de cultivo. (Puig Brutau)

B. La partición y los acreedores de la herencia

El pasivo de la herencia está formado por las deudas y obligaciones del causante y las nacidas del mismo fenómeno sucesorio. No hay herencia propiamente partible mientras no ha sido satisfecho el pasivo o mientras no se ha formado un lote de bienes destinados a su pago. Como es sabido, los acreedores de la herencia han de ser tenidos necesariamente en cuenta antes de poder realizar la propia división, mientras que los acreedores de los herederos sólo pueden intervenir en atención a su interés en el resultado final. Es la diferencia que resulta de los arts. 1082 y 1.083 del Código.

Según el art. 1.082: «Los acreedores reconocidos como tales podrán oponerse a que se lleve a efecto la partición de la herencia hasta que se les pague o afiance el importe de sus créditos.» Por supuesto que se trata de los «acreedores reconocidos como tales» de la herencia. Por consiguiente, pueden prescindir del hecho de que la herencia se encuentre en indivisión, pues la sustitución del causante deudor por sus herederos no implica que las deudas se dividan; pero también pueden ejercitar el derecho de oponerse a la partición.

La indivisión no impide reclamar los créditos vencidos, de los que responderán solidariamente todos los coherederos, ello es así por la imposibilidad de dividir los créditos. Puig Brutau

§8. Operaciones particionales

El CC no contiene normas especiales sobre las operaciones que han de seguirse para llevar a cabo la partición, pero existen reglas prácticas consolidadas por el uso y la experiencia que se admiten sin discusión en la jurisprudencia (DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN)

Una vez adoptado el **acuerdo** de división de la comunidad hereditaria por los

coherederos, o bien dictada la **resolución judicial** en cuya virtud se decreta la división de la herencia, se inicia la *segunda fase del proceso particional*, que a su vez se integra por las siguientes operaciones: inventario, tasación o avalúo y liquidación.

A) **El inventario.** Para saber lo que hay que partir hay que determinar que bienes están afectados por la partición y por ello hay que inventariarlos. (con las excepciones del art. 1.321)

B) **Avalúo o tasación.** Es una operación unida a la del inventario, y que consiste en la asignación a cada uno de los bienes inventariados de un determinado valor, que debe referirse al momento mismo de la partición. (DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN).

C) **Liquidación.** Con la liquidación se trata de hallar el haber líquido partible, por lo que los bienes inventariados con su valor hay que deducir las deudas y demás cargas que disminuyen el patrimonio hereditario.

D) **Adjudicación.** Una vez determinado el haber de cada heredero se procede a la formación de **lotes**, en los que deberán entrar los bienes evaluados. Para su formación el CC sigue las normas de los arts. 1.061 y 1.062.

1º.-Según el artículo 1.061, «se ha de guardar la posible igualdad, haciendo lotes o adjudicando a cada uno de los herederos cosas de la misma naturaleza, calidad o especie». La frase subrayada indica que la disposición no es absoluta, pues depende su cumplimiento de la naturaleza y caracteres de los bienes de la sucesión.

2º.- Cuando la cosa sea indivisible o desmerezca mucho por su indivisión, podrá adjudicarse a uno, a calidad de abonar a los otros el exceso de dinero. Pero bastará que uno solo de los herederos pida su venta en pública subasta, y con admisión de licitadores extraños, para que así se haga (art. 1.062).

Ahora bien, los artículos 1.061 y 1.062 no rigen cuando la partición la hace el testador, porque su libertad es total en esta materia (art. 1.056), ni tampoco cuando la efectúan los propios coherederos entre sí, porque pueden partir como tengan por conveniente (art. 1.058). (DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN)

La **forma de la partición.**- No hay un precepto expreso que imponga una determinada forma sustancial de la partición, por lo que serán aplicables las normas generales de los artículos 1.278 a 1.280. No obstante, teniendo en cuenta que normalmente se pretende la inscripción en el Registro civil, habrá que cumplir con las exigencias del art. 80 .1 R.H., que requiere en líneas generales que la misma se efectúe en escritura pública para poder ser inscrita.

§ 9. Efectos de la partición

El efecto inmediato de la partición es la extinción de la comunidad hereditaria y la transformación de la cuota de cada heredero en un derecho de propiedad sobre bienes concretos. Tras la partición cada heredero adquiere la propiedad exclusiva de los bienes que le hayan sido adjudicados. (Art. 1.068)

Realizada la partición los coherederos estarán recíprocamente obligados a la evicción y al saneamiento de las cosas adjudicadas (1.069)

Las particiones pueden rescindirse por las mismas causas que las obligaciones (art. 1.073)

Los acreedores hereditarios podrán oponerse a que se lleve a efecto la partición

de la herencia hasta que se les pague o afiance el importe de sus créditos (art. 1.082)

§10. Impugnación de la partición

Para que la partición despliegue todos sus efectos es necesario que se haya realizado válidamente con respecto a sus elementos esenciales del acto exigido por el ordenamiento jurídico y además no se vulnere o lesiones los derechos o intereses de terceros. En caso contrario se producirá la ineficacia de la misma. (Orduña Moreno).

El Código civil sanciona de forma diferente la ineficacia de la partición.

1º.- *Nulidad y anulabilidad de la partición.*

A) La **nulidad absoluta** o radical de la partición tiene lugar cuando se existe un vicio sustancial en los elementos del acto o cuando la partición se realiza vulnerando preceptos de derecho imperativo. Por ejemplo, cuando la partición se realice sin tener certeza de la muerte del causante o se realice a partir de un testamento inválido, o la partición realizada por un contador partidor que a la vez es coheredero, o la del partidor testador que parte unilateralmente sus bienes y los de la sociedad de gananciales, etc. (Orduña Moreno)

El cc regula dos supuestos típicos de nulidad, el primero de ellos es el del **art. 1.080** que contempla el supuesto de *partición* que se realiza con la *preterición u omisión de un heredero*, sea o no forzoso, existiendo *dolo o mala fe* en los otros interesados.

El segundo supuesto es el del art. 1.081 que declara nula la partición hecha con quien se creyó heredero sin serlo (heredero aparente)

B) La partición será **anulable** cuando concurriendo los elementos esenciales del acto, se de no obstante, algún vicio en la voluntad o consentimiento.

2º.- *La rescisión de la partición.*

El art. 1.073 establece que las particiones pueden rescindirse por las mismas causas que las obligaciones.

El art. 1.074 dispone que «podrán ser rescindidas las particiones por causa de lesión en más de la cuarta parte, atendiendo al valor de las cosas cuando fueron adjudicadas»

Según el art. 1.076 el plazo de ejercicio de esta acción será de cuatro años.

En cuanto a los efectos de la rescisión particional, esta no sigue las reglas generales establecidas para los contratos, puesto que su ejercicio no lleva necesariamente a la restitución de las cosas al estado anterior a la partición, sino que en virtud del principio de conservación se concede a los herederos demandados la posibilidad de optar entre la indemnización del perjuicio o la realización de una nueva partición. (Art. 1.077 y ss.)

3º.- *El complemento de la partición.* El complemento o adición de la partición es otro de los remedios establecidos por el código para evitar que la partición se rescinda. El art. 1.079 establece que la “omisión de alguno, o algunos, objetos o valores de la herencia no da lugar a que se rescinda la partición por lesión, sino a que se complete o adiciones con los objetos o valores omitidos”

No obstante la jurisprudencia, ha señalado que no sólo procede la partición adicional o complementaria cuando no se han incluido en la primeramente practicada bienes de la herencia, sino también cuando la omisión o alcance a valoraciones o cuando las efectuadas afecten al principio de igualdad de lotes. (STS 31 my 1980),

§11. La colación

En la mayoría de los ordenamientos jurídicos, cuando concurren a la sucesión varios herederos forzosos, se entiende que lo que han recibido gratuitamente del causante cuando vivía les ha sido atribuido, más o menos, como una suerte de anticipo de lo que por sucesión habrían luego de recibir, por lo cual cada uno de ellos, al heredar, tiene que contar su parte, frente a los restantes legitimarios, lo que le dio el causante en vida. Este “contar en la parte” requiere la previa incorporación intelectual al caudal relicto del *donatum* y recibe el nombre de colación. (Lacruz)

La doctrina fundamenta la colación, en primer lugar en la presunción de voluntad de que el causante, al atribuir ciertos bienes gratuitamente a un heredero suyo, lo hace como anticipo de lo que en la herencia le correspondería y por otra parte en la voluntad del legislador que quiere que todos los herederos tengan las mismas expectativas ante el patrimonio familiar. (Lacruz y Sancho)

La colación aparece regulada en el Art 1.035 y ss del Cc, este precepto establece que. «El heredero forzoso que concurra, con otros que también lo sean, a una sucesión, deberá traer a la masa hereditaria los bienes o valores que hubiese recibido del causante de la herencia, en vida de éste, por dote, donación u otro título lucrativo, para computarlo en la regulación de las legítimas y en la cuenta de partición.»

La colación permite que como acto previo a la división del caudal relicto entre todos los herederos, se forme contablemente una masa en la que a los bienes existentes se añaden, hipotéticamente, los que el causante regaló a sus ascendientes y descendientes: como si no se los hubiera dado entonces y los obtuvieran ahora, integrando su cuota al partir el caudal; o bien como si los hubieran recibido a modo de anticipo de lo que, con arreglo a su cuota sucesoria, les correspondería en la herencia. O sea, que en virtud de la colación el donatario tiene que contar en su parte lo que en vida le donó el causante. (Lacruz)

La obligación de colacionar puede ser eliminada por el donante puesto que según el art. 1.036 «la colación no tendrá lugar entre los herederos forzosos si el donante así lo hubiere dispuesto expresamente..., salvo el caso en que la donación deba reducirse por inoficiosa. »

En los arts. 1.040 a 1.042 se establecen toda una serie de supuestos de bienes que no están sujetos a colación. (Gastos de alimentos, educación, curación de enfermedades...)

Práctica de la colación.- La colación se practica de acuerdo con lo establecido en los arts. 1.047 y 1.048 del cc.

Según el art. 1.047 «El donatario tomará de menos en la masa hereditaria tanto como ya hubiese recibido, percibiendo su coherederos el equivalente, en cuanto sea posible, en bienes de la misma naturaleza, especie y calidad.»

Art. 1.048. «No pudiendo verificarse lo prescrito en el artículo anterior, si los bienes donados fueren inmuebles , los coherederos tendrán derecho a ser igualados en metálico o valores mobiliarios al tipo de cotización; y, no habiendo dinero ni valores cotizables en la herencia, se venderán otros bienes en pública subasta en la cantidad necesaria.

Cuando los bienes donados fueren muebles, los coherederos sólo tendrán derecho a ser igualados en otros mueble de la herencia por el justo precio, a su libre elección. »