

**MEMENTO**

**EXPERTO**

FRANCIS LEFEBVRE

**Casos Prácticos  
Derecho de Sucesiones  
(adaptados al programa  
de Notarías y Registros)**

2ª Edición

Fecha de edición: 15 de julio de 2019



Es una obra realizada por iniciativa de  
**ISIDORO LORA-TAMAYO RODRÍGUEZ**  
*(Notario honorario del Colegio de Madrid)*

© Francis Lefebvre  
Lefebvre-El Derecho, S. A.  
Monasterios de Suso y Yuso, 34. 28049 Madrid. Teléfono: (91) 210 80 00. Fax: (91) 210 80 01  
[www.efl.es](http://www.efl.es)  
Precio: 38,48 € (IVA incluido)  
ISBN: 978-84-17794-88-0  
Depósito legal: M-25207-2019  
Impreso en España  
por Printing'94  
C/ Orense, 4 (2ª planta) – 28020 Madrid

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Diríjase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos, [www.cedro.org](http://www.cedro.org)) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra.

# Plan general

		<u>nº</u> <u>marginal</u>
Capítulo 1 (101)	Subrogación del heredero. Contenido de la herencia. Legado de parte alícuota. Derecho internacional privado .....	100
Capítulo 2 (103)	Sucesión testada .....	150
Capítulo 3 (104)	Requisitos y formalidades del testamento notarial .....	215
Capítulo 4 (104 y 105)	Testamento ológrafo, testamento en peligro inminente de muerte .....	250
Capítulo 5 (105)	Forma del testamento en el derecho internacional privado y especialidades forales testamentarias .....	290
Capítulo 6 (106)	Interpretación de las disposiciones testamentarias; revocación del testamento y nulidad de las disposiciones testamentarias .....	340
Capítulo 7 (101 y 107)	Designación de heredero. Determinación de heredero o legatario. Disposiciones testamentarias sujetas a condición o modo .....	400
Capítulo 8 (102)	Capacidad para suceder .....	470
Capítulo 9 (108)	Sustituciones hereditarias .....	550
Capítulo 10 (109)	Herencia de confianza en Cataluña y Navarra .....	650
Capítulo 11 (110)	Reducción de donaciones. Fijación de legítimas. Cautela «soci-ni» .....	700
Capítulo 12 (111 y 113)	Legítima de los ascendientes: Pago de la legítima en metálico, sustitución fideicomisaria a favor de descendientes con discapacidad y derecho de reversión .....	755
Capítulo 13 (112)	Mejora .....	840
Capítulo 14 (111)	Legítima del cónyuge viudo en el Código Civil .....	900
Capítulo 15 (113)	Legítima de descendientes, ascendientes y cónyuge viudo en derecho foral .....	950
Capítulo 16 (114)	Preterición, desheredación, donación hecha a un hijo desheredado .....	1150
Capítulo 17 (115)	Legados .....	1240
Capítulo 18 (115)	Revocación de legados; aceptación y repudiación de legados; distribución de la herencia en legados .....	1300
Capítulo 19 (117)	Albacea .....	1380
Capítulo 20 (116)	Sucesión intestada .....	2000
Capítulo 21 (118)	El albacea en Cataluña. Sucesión intestada en los Derechos Forales .....	2070
Capítulo 22 (119)	Sustitución vulgar; derechos de transmisión, acrecer y representación en la sucesión testada e intestada .....	2130
Capítulo 23 (120)	Reservas .....	2200
Capítulo 24 (121)	Aceptación y repudiación de la herencia .....	2270

		<u>nº marginal</u>
Capítulo 25 (122)	Comunidad hereditaria .....	2334
Capítulo 26 (123)	Clases de partición .....	2380
Capítulo 27 (124)	La colación y efectos de la partición .....	2475
Capítulo 28 (117 y 124)	Pago de deudas hereditarias. Nulidad, rescisión y modificación de la partición.....	2530
Capítulo 29 (125)	Sucesión contractual. Heredamiento en Cataluña.....	2620
		<u>Página</u>
	Bibliografía .....	317
	Tabla Alfabética.....	321

**Nota.-** Entre paréntesis, número del tema en el programa de oposiciones a Notarías y Registros que se corresponde con el capítulo.

# P

## Presentación

Esta segunda edición de los Casos Práctico en materia de Sucesiones la hemos adaptado a los programas actuales de oposiciones al título de notario y al de aspirantes a registradores, coincidentes en los temas de Derecho Civil. En ella hemos procurado recoger las novedades legislativas, acaecidas desde la edición de 2015 y añadir casos nuevos o matizaciones de los anteriores, provocados fundamentalmente por sentencias de los tribunales de justicia o resoluciones de la DGRN, así como de los que la práctica nos ha ido presentando.

El lector no se va a encontrar con una obra doctrinal, ni siquiera con extensas citas doctrinales, pues no es esto lo pretendido. Se trata de ayudar al estudiante del Derecho de sucesiones, sea o no opositor a notarías, a discurrir sobre la materia que está estudiando. Teoría y práctica están alejadas muchas veces y ello es perjudicial en una rama del ordenamiento jurídico que tiene como destinatario a la persona. Creo muy conveniente poner cara a las personas protagonistas de las diversas figuras jurídicas y vida a los hechos, actos y negocios jurídicos que vayan apareciendo en los libros y en los temas que el estudiante maneja. De esta forma la mente se puede ir abriendo, ayudar a estudiar comúnmente discurrendo y no sólo memorizando y el estudio se hace mucho más mucho más entretenido.

Esa forma de estudiar es de gran utilidad cuando me enfrente a la preparación del dictamen, pues la esencia del dictamen es aprender a razonar jurídicamente sobre hechos y este aprendizaje es un prius al encierro durante seis horas para formarse en su redacción. No digo que no sea necesario coger la técnica del dictamen y que para ello convenga hacer varios dictámenes, pero sí digo que difícilmente se hará bien un dictamen si previamente no se ejercitó la cabeza suficientemente en aplicar los conocimientos teóricos a sucesos concretos o singulares. Por ello, creo que estos casos pueden servir no solo en la preparación del dictamen sino durante el estudio de los respectivos temas para bucear en las instituciones jurídicas que se vayan estudiando

Mi recomendación para «sacar jugo» a los casos que presento es, por una parte, que el estudiante no pretenda memorizar lo que en el libro se dice sobre ellos, ni la opinión del autor, ni la doctrina jurisprudencial o de la DGRN y, por otra, que leñera despacio el supuesto de hecho, pensará la solución que considera adecuada, la contrastará con la opinión expuesta en el libro y después la suya y la del libro con la de la jurisprudencia o doctrina de la DGRN recogida en el mismo.

Termino esta introducción agradeciendo la paciencia de María Luisa, mi mujer, que ha respetado las horas dedicadas al estudio y a la preparación de opositores, por los que siempre se ha interesado y acogido, a veces, hasta en nuestra propia casa. Mi gratitud también a los opositores que han confiado en mí y lo mucho que ellos me han enseñado y a todos los que se preparan en la Academia del Colegio Notarial de Madrid, que actualmente tengo el honor de presidir y mi gratitud muy especial a la Editorial FRANCIS LEFEBVRE y a su director en España JUAN PUJOL, que han vuelto a confiar en mí, publicando esta nueva edición. En Madrid a 26 de junio de 2019.

**ISIDORO LORA-TAMAYO RODRÍGUEZ**

*Notario honorario del Colegio de Madrid*

*Director de la Academia de Preparación a Notarías del Colegio de Madrid*

## CAPÍTULO 1

# Subrogación del heredero. Contenido de la herencia. Legado de parte alícuota. Derecho internacional privado

Tema 101 del programa de oposiciones a Notarías y Registros

100

1. Subrogación del heredero.....	105
2. Contenido de la herencia.....	125
3. Legado de parte alícuota.....	140
4. La sucesión en derecho internacional privado.....	148

## 1. Subrogación del heredero

**Primer supuesto de hecho** El Sr. A, divorciado de B, fallece con un único hijo, llamado C, al que instituye en testamento, por su **único y universal heredero**. Al fallecer ha dejado exclusivamente una finca, valorada en seiscientos mil euros. En vida donó a su sobrino D, las acciones que le pertenecían en la Sociedad X, que había heredado de su padre, valoradas al tiempo de la donación en doscientos mil euros, pero que al fallecer A se valoran en seiscientos mil. Con anterioridad había vendido en escritura pública a su compañera sentimental E, la casa en que vivían, figurando como precio una cantidad que en la realidad no existió. Esta casa está valorada en ochocientos mil euros. C, considera que está perjudicado en su legítima y acude en consulta sobre las acciones que podrá ejercitar para la defensa de sus derechos.

105

**Opinión** El heredero tiene que pasar por los actos realizados por su causante, conforme al artículo 661 CC, pero el hecho de ser heredero no impide a un legítimo ejercitar las acciones que le correspondan para **proteger su legítima**. Por ello, podría pedir la reducción de las donaciones inoficiosas (CC art.818 s), debiendo además valorarse los bienes donados, por el valor que tengan al fallecer el donante (CC art.1045).

107

Para el **cálculo de las legítimas**, conforme dispone el artículo 818 se agregará al valor líquido de los bienes hereditarios el de las donaciones colacionables ya que el término colación no debe entenderse en el sentido técnico de los artículos 1035 y siguientes del CC, sino en el más vulgar de computar o sumar todas las donaciones para calcular las legítimas. Sin perjuicio de ello, parece aplicable el 1045 respecto al momento en que deben hacerse esas valoraciones; -el alcance de este precepto lo hacemos en el tema 133-.

De otro lado, la **venta del inmueble** que encubre la donación debe considerarse nula, conforme doctrina reiterada del TS, por lo que A podía en vida haber pedido la nulidad y si A podía pedirla, lo mismo puede hacer su heredero, como subrogado en su lugar. Creo que C, debe pedir la nulidad de la venta; una vez pedida la nulidad, ya queda cubierta su legítima. Estimo que no podría pedir primero la reducción de donación a D, pues ésta es válida y conforme a lo dispuesto en 820, 1º, CC, han de respetarse las donaciones, mientras puedan cubrirse las legítimas.

- 109 Segundo supuesto de hecho** El Sr. A, divorciado de B, fallece con un único hijo, llamado C, al que instituye en testamento, por su único y universal heredero. Al fallecer ha dejado únicamente una finca, valorada en seiscientos mil euros. En vida vendió a su compañera sentimental otra finca valorada, en el momento de la venta, en doscientos mil euros, precio que figuró en la escritura de venta, pero en la realidad se vendió por cien mil euros. Actualmente está valorada en cuatrocientas mil euros. ¿Puede C impugnar dicha venta?
- 111 Opinión** Considero que no, pues no estamos ante una **simulación absoluta** sino **relativa**, en cuanto al precio, que no perjudica al legitimario y que en este caso, al no existir una donación sino una venta, aunque figurando un precio superior al que efectivamente se satisfizo, debe valorarse lo vendido por el valor real que tenía al tiempo de formalizarse la venta y no por el que tenía al fallecer el causante. La norma de valoración al tiempo del fallecimiento del transmitente es algo excepcional, aplicable a las donaciones, pero no a las ventas.
- 113 Jurisprudencia** TS 14-11-86: La doctrina que emana de esta sentencia, puede aplicarse a este caso y al anterior.
- Fundamento tercero. Debe tenerse en cuenta «la necesidad de que haya de discriminarse si la acción aquí ejercitada por los herederos del señor O.P. afecta a una situación de simulación absoluta o relativa, ya que de ello dependerá su legitimación o falta de la misma, habida cuenta de que sucesores de su causante en todos sus derechos y obligaciones (CC art.659 y 661) y asistiéndoles como continuadores de su personalidad la facultad de ejercitar las acciones que al mismo correspondían, es indudable la que competía a su dicho causante para postular la ineficacia de un contrato con tacha de **simulación absoluta**, dada la nulidad radical del mismo al no concurrir alguno de los requisitos que para su existencia exige la preceptiva contenida en el artículo 1261 del Código Civil, por no ser obstáculo para ejercitar la pretensión que el que la formulara hubiera sido uno de los contratantes, no sucediendo así, por el contrario, si concurre supuesto de **simulación relativa**, en el que si se demuestra que, aunque la causa expresada en el contrato no correspondiera a la realidad, el mismo estaba fundado en otra verdadera y lícita, pues en este supuesto no asiste acción para impugnarlo al heredero forzoso que por la transmisión patrimonial operada no haya sido perjudicado en sus derechos legitimarios»
- 115** TS 18-11-14 aplicable igualmente a los dos casos anteriores. El supuesto de hecho de la presente sentencia versa sobre un **contrato de compraventa** otorgado en escritura pública entre una **tía** y una **sobrino**, en la que la primera vende la nuda propiedad de una vivienda ubicada en una finca, ambas propiedad de la vendedora. A posteriori, la vendedora otorga testamento en el cual instituye heredera universal de todos sus bienes y derechos a la Fundación Hospital San Francisc de Assis, la cual acepta la herencia e insta la nulidad del contrato de compraventa por simulación absoluta, y la acción reivindicatoria de la finca. En primera instancia se declaró nulo el contrato de compraventa por simulación absoluta y declaró el pleno dominio de la fundación demandante sobre la finca, sobre la base de la falta de prueba sobre el precio y de la **nulidad de la donación encubierta** por no haberse realizado en la forma ad solemnitaten exigida por el artículo 633 del Código Civil. Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia Provincial revocó la sentencia del Juzgado, declarando la nulidad de la compraventa y la validez de la donación encubierta. El Tribunal Supremo estima el recurso de casación, entendiéndose que la nulidad de la escritura pública de compraventa impide considerar válida la donación de inmuebles que se dice encubría; aunque se probase que hubo animus donandi del donante y aceptación del donatario del desplazamiento patrimonial, lo evidente es que esos dos consentimientos no

constan en la escritura pública sino en los autos del pleito seguido acerca de la simulación; y el artículo 633 del Código Civil cuando exige y hace forma sustancial de la donación de inmuebles la escritura pública no se refiere a cualquier escritura, sino a una escritura en la que deben expresarse aquellos consentimientos, y ello es diferente de que se extraigan los mismos de los restos de una nulidad de la escritura de compraventa como resultado de una valoración de la prueba efectuada por el órgano judicial.

## 2. Contenido de la herencia

**Supuesto de hecho** El Sr. A, fallece en estado de viudo, víctima de un accidente de tráfico, dejando tres hijos mayores de edad y habiendo otorgado **testamento ante notario**, en el que lega a su hijo B, con cargo a su **legítima estricta**, en lo que exceda al **tercio de mejora** y, por último, a la parte de libre disposición, una finca rústica propiedad del testador, en la que su referido hijo ejercía una explotación agraria e instituye herederos por partes iguales a su otros dos hijos C y D. Tanto a los herederos, como a los legatarios, les sustituye vulgarmente por sus respectivas estirpes de descendientes. Al practicar los hijos el inventario de la herencia acuden en consulta sobre la inclusión en la misma de las siguientes partidas:

125

- La indemnización con la que se condenó en sentencia firme, por el fallecimiento de su padre, a la persona responsable del accidente que causó su muerte instantánea.
- La indemnización, pendiente de cobro, con la que se condenó en sentencia firme a un médico, por los daños causados a su padre en una operación quirúrgica.
- La sanción que se impuso a su padre por incumplimiento de sus obligaciones tributarias.
- La indemnización que su padre tenía que satisfacer a una persona, como consecuencia de un delito en el que fue condenado, mediante sentencia firme.
- Una importante suma por un seguro de vida, en el que su padre designaba beneficiarios a sus herederos testamentarios y que de cobrarlo solo sus hijos 2 y 3, si formaba parte de la herencia, quedaba perjudicada la legítima de su hijo 1.
- La responsabilidad por la cantidad con la que su padre había afianzado a una sociedad de la que era socio.

Preguntaban además si estaban vinculados por una oferta que había hecho su padre a un tercero para la venta de la finca rústica legada a su hijo.

**Opinión** Respecto a la indemnización por la **muerte del padre** no se resarce a éste, sino a los parientes por el daño moral sufrido. Por ello, no forma parte del haber hereditario y en principio creo que deben recibirla todos los hijos, como parientes más próximos, por partes iguales. No debe atenderse a la proporción en que los hijos hayan sido llamados a la herencia, pues la indemnización es a ellos y no al padre; cosa distinta sería si un hijo tuvo una conducta reprobable con el padre que provocó su desheredación o incluso la indignidad para suceder ¿cómo decir que tuvo un daño moral por la muerte de su padre? De todas formas esto último es difícil de probar y sería el juez quien debería concretar qué pariente y en qué proporción se produjo ese daño. Pensemos que existe cónyuge viudo, es claro que su daño moral por la muerte en accidente de su cónyuge puede ser igual o mayor que el de los hijos.

127

La indemnización concedida al padre por la **negligencia médica**, aunque esté pendiente de cobro, si pertenecía al padre y, por ende, forma parte del haber hereditario, debiendo repartirse entre los hijos llamados como herederos.



Respecto a la **sanción por la deuda tributaria** no se transmite a los herederos. Lo dice claramente el artículo 39 de la LGT. Si que se transmite la deuda tributaria, pero no la sanción. La deuda está constituida, conforme al artículo 58 de LGT, por la cuota o cantidad a ingresar que resulte de la obligación tributaria principal o de las obligaciones de realizar pagos a cuenta, más el interés de demora, los recargos por declaración extemporánea y los recargos del período ejecutivo. La no transmisión de la sanción es reflejo de un principio, aplicable en derecho penal (por ejemplo las multas como pena) y el derecho sancionador (se impone a un funcionario público una multa como sanción en un expediente administrativo), llamado personalización de la pena, en el sentido que ésta debe cumplir exclusivamente por el sujeto penado o sancionado. Así resulta del artículo 130 del Código Penal: «La responsabilidad criminal se extingue: 1º. Por la muerte del reo».

**129** Distinta de la multa, como sanción penal, es la **responsabilidad civil** derivada del accidente con la que debía el causante indemnizar a las víctimas del accidente; no es una sanción penal, sino una indemnización por daños y en ella han de subrogarse los herederos.

Respecto al **seguro de vida** tampoco forma parte del caudal hereditario. Lo reciben de la compañía de seguros directamente los beneficiarios, sean o no herederos y conforme a lo pactado en la póliza. El artículo 84 de la Ley del Contrato de Seguros dispone que: «si en el momento del fallecimiento del asegurado no hubiere beneficiario concretamente designado, ni reglas para su determinación, el capital formará parte del patrimonio del tomador». Por tanto, cuando están claramente designados no forman parte del patrimonio del causante. Cosa distinta es si deben traerse a colación como donaciones o atribuciones gratuitas las cantidades satisfechas por las primas del seguro de vida. La contestación creemos debe ser afirmativa, pero con la siguiente matización: la contratación de un seguro de vida, que beneficie al cónyuge o a hijos necesitados de atención podría encuadrarse en el concepto de atenciones ordinarias de la familia, siempre que se ajusten al uso del lugar y a las circunstancias de la misma, tomando como pauta el artículo 1319 del CC.

En cuanto a la **fianza**, consideramos que los herederos sí quedan subrogados en la posición jurídica del fiador, en base a los artículos 1847 CC («la obligación del fiador se extingue al mismo tiempo que la del deudor, y por las mismas causas que las demás obligaciones») y 1848 CC que, no obstante la confusión que se produce por la sucesión hereditaria deja subsistente la obligación del subfiador. B, al tener el carácter de legatario, no responderá de la fianza, pero si por consecuencia de la misma los herederos tienen que pagar al acreedor y no pueden cobrar de la sociedad deudora o afianzada las cantidades a que tiene derecho el fiador que paga, conforme dispone el artículo 1838 del CC, podrán reclamar contra B, la parte correspondiente, en el supuesto en que como consecuencia de ese pago hayan recibido menos de lo que por legítima les corresponde en la herencia de su padre.

Respecto a la **vinculación de los herederos** por la oferta hecha por su causante, es claro que si antes del fallecimiento se aceptó y éste tuvo conocimiento de ella el contrato se perfeccionó, conforme el artículo 1262 CC. Sin embargo, si la aceptación se hizo después de su fallecimiento es discutible que los herederos quedasen vinculados y el contrato perfeccionado. A favor podría sostenerse que la subrogación de los herederos comprende todas las obligaciones que no se extinguen por su muerte [CC art.659 y 66] y aquí existía la obligación de quedar vinculado por el contrato si el otro acepta, antes de la revocación. Sin embargo, creemos que el conocimiento por el oferente de la aceptación es un elemento esencial para considerar perfeccionado el contrato y este conocimiento es algo

exclusivamente personal, no transmisible a los herederos. Pensemos que el oferente, después de hacer la oferta, tiene un accidente que le sumerge en una muerte cerebral y, por ende, no puede conocer la aceptación: ¿cómo van a quedar vinculados sus herederos? Si ello ocurre con la muerte cerebral con mayor razón es aplicable a la muerte física. Cosa distinta es si la oferta fuera irrevocable, si el oferente fuera un comerciante y se refiere a actos de su tráfico mercantil o incluso el supuesto de contratación electrónica (en este último caso el artículo 1262, sigue la teoría de la emisión).

Si la oferta hubiera sido vinculante para los herederos se plantearía el tema de sus efectos respecto al legado hecho de la finca, pero cómo llegamos a la conclusión de que no lo es, no entramos en este tema.

**Jurisprudencia** Respecto a la **indemnización por causa de muerte**. El Tribunal Supremo en Sentencia de 1 de abril de 2009, considera como doctrina pacífica que «el derecho a la indemnización por causa de muerte no es un derecho sucesorio, sino ejercitable "ex iure proprio", al no poder suceder en algo que no había ingresado en el patrimonio del "de cuius", por lo que la legitimación no corresponde a los herederos en cuanto tales, sino a los perjudicados por el fallecimiento, pues sólo los vivos son capaces de adquirir derechos» –sentencias de 20 de julio de 1995, 12 de mayo de 1990 y 15 de abril de 1988, entre otras.

131

En cuanto al matiz que expresábamos en la Opinión que debe atenderse al **daño moral real** y éste puede no ser igual en todos los parientes, es interesante la sentencia del TS de 14 de diciembre de 1996, en el que ante un supuesto de la muerte por accidente de una niña abandonada por sus padres, a los que se les había quitado la guarda y custodia, desde los 14 años, internada en un centro de menores y reclamación por éstos de una indemnización de 18.000.000 de pesetas se rebaja a 1.000.000, pues la privación de dicha patria potestad a los padres no significa que en ellos no se ha producido sufrimiento moral por la muerte de la hija, que la Sala de instancia considera sin duda atenuado; y a virtud de la obligación reparadora del artículo 1902 del C. civil, ese sufrimiento psíquico o espiritual minorado debe ser reparado (1).

Respecto a la **sanción penal**. La sentencia de la Audiencia Nacional de 10 de junio de 2005 considera la intransmisibilidad de las sanciones y la extinción de éstas por la muerte del responsable, como ocurre para las penas en el Código Penal (artículo 112.1 del anterior texto y artículo 130.1 del actual), derivado de los principios de la personalidad de las penas y de las sanciones (Sentencia TS 8 noviembre 1990) y el de la responsabilidad que se asienta en la culpabilidad individual, sin que las sanciones administrativas puedan asimilarse, a estos efectos, a una obligación pecuniaria civil (2).

Respecto a la **sucesión de los herederos** en la oferta contractual, la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de marzo de 1988 considera que: «constando el fallecimiento del oferente u ofertante en 14 de septiembre de 1977, no cabe que los efectos de la oferta sean transmisibles a sus causahabientes, a quienes sólo podría vincular (CC art.1.257) de haberse perfeccionado el contrato en vida del "de cuius" (3)».

### 3. Legado de parte alícuota

**Supuesto de hecho** El Sr. A fallece, divorciado, con tres hijos de su matrimonio, mayores de edad, bajo testamento en el que **lega a su sobrino B** la tercera parte de su herencia, en pleno dominio, ordenando que en pago del todo o parte de su haber se le adjudique una vivienda, que resulta perfectamente identificada en su testamento e instituye herederos por parte iguales a sus tres hijos C, D y E. –C–, que anda escaso de dinero, cede su derecho hereditario a su suegro F,

140

mediante precio. Posteriormente se procede a la partición de la herencia por D, E y F, sin la intervención de B, haciendo constar en la escritura de partición que se le entregará a éste en pago de su haber el piso legado. –B–, acude en consulta sobre si se puede prescindir de él en la partición hereditaria y sobre si puede ejercitar el retracto de coherederos.

**142 Opinión** Consideramos que el **legatario de parte alícuota** debe intervenir en la partición. Forma parte de una situación jurídica de comunidad que recae sobre el caudal hereditario (no sobre la cualidad de heredero), teniendo derecho a una parte líquida de ese caudal y lógicamente no puede prescindirse de un comunero al extinguirse la comunidad de bienes (CC art.402). En el caso planteado podría dudarse de si es necesaria esa intervención al adjudicársele una vivienda en pago de parte de su haber. A pesar de ello, creemos necesaria esa intervención, de un lado porque no es un legatario de cosa específica y determinada, en cuyo caso sí que podría prescindirse del mismo, es legatario de parte de la herencia y, por tanto, se integra en la comunidad y, de otro lado, porque la adjudicación se hace en pago de parte de su haber, por lo que puede tener derecho a percibir más bienes del caudal hereditario. Respecto a si el legatario de parte alícuota puede ejercitar el derecho de retracto de coherederos previsto en el artículo 1067 del CC, existen argumentos para negarlo, pues dicho legatario no es heredero y su posición en la herencia es distinta de la de éstos. No obstante la mayoría de la doctrina admiten su posibilidad, considerando que dicho retracto es una manifestación del retracto de comuneros.

Tema discutible es si F, como **cesionario** debería haber intervenido en la partición o tenía que haberlo hecho también o exclusivamente C, como **cedente de la cuota hereditaria**. El artículo 1052 del CC dispone: «Todo coheredero que tenga la libre administración y disposición de sus bienes podrá pedir en cualquier tiempo la partición de la herencia. Por los incapacitados y por los ausentes deberán pedirla sus representantes legítimos». Por su parte el artículo 1058 añade: «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».

**143** En base a la literalidad del precepto consideran algunos autores que la partición, a falta de **contador partidor** o de la realizada por el **testador**, solo la pueden practicar los herederos y no el comprador o cesionario de la herencia, aunque estimando subrogado al comprador en la propiedad de los bienes contenidos en el lote asignado al comprador (argumentado artículo 399 del CC). Se considera, no obstante, aplicable el artículo 403 del CC, según el cual: «Los acreedores o cesionarios de los partícipes podrán concurrir a la división de la cosa común y oponerse a la que se verifique sin su concurso. Pero no podrán impugnar la división consumada, excepto en caso de fraude, o en el de haberse verificado no obstante la oposición formalmente interpuesta para impedir la, y salvo siempre los derechos del deudor o del cedente para sostener su validez». Frente a las posturas anteriores *Vallet de Goytisolo* (4) considera: «Que no puede afirmarse que sea personalísimo el derecho de los coherederos sobre el caudal relicto, y que el artículo 403, aun en el caso de ser aplicable a la partición de herencia, no podría tener significado más que referido a cosas singulares que pudieran adjudicarse totalmente a otro heredero que no fuera el cedente. Que es indudable la posibilidad de que todo coheredero puede designar apoderado para que le represente en la partición de la herencia, lo cual patentiza la evidencia de que no se trata de una actuación de carácter personalísimo; y, siendo así, es de entender que la cesión de su cuota implica, salvo convención en contrario, que el cesionario queda facultado para pedir y practicar la partición».

Nosotros opinamos con *Vallet* que el cesionario tiene que intervenir en la **partición de la herencia** y que no puede afirmarse que sea personalísimo el derecho de los coherederos sobre el caudal relicto. Sin embargo, compartimos con *Cámara*, que la partición de una herencia puede ser una operación extremadamente compleja, lo que nos hace pensar que para determinadas operaciones que la integran se necesita la intervención del cedente o vendedor de la cuota hereditaria, especialmente en aquéllas que derivan del carácter de heredero forzoso del cedente o que le puedan suponer la asunción de deudas o cargas. Concretamente no creemos que pueda prescindirse del vendedor-heredero, si es heredero forzoso, para la colación, en los términos del 1035 y siguientes del CC, tanto en lo relativo a lo que venga obligado a traer a la masa hereditaria, como lo que pueda reclamar de otros coherederos obligados a colacionar. Tampoco se puede prescindir del mismo, a nuestro juicio, en lo relativo a la fijación de las legítimas. Por último, la determinación del pasivo hereditario puede comprometer seriamente al heredero, al reconocerse deudas de su causante.

**Jurisprudencia** TS 12-6-06: **Preterición del legatario** de parte alícuota en la partición. Partiendo de la asimilación a ciertos efectos del legatario de parte alícuota y del heredero concluye que su preterición en la partición «ha de producir los efectos previstos en el artículo 1.080 del Código Civil para el caso de preterición de un heredero, de forma que si se produce de mala fe o dolosamente –conociendo su existencia– ha de desembocar en la rescisión de la partición así realizada» (5). **145**

**Resoluciones DGRN** Resol DGRN 22-3-07: Exige la **intervención del legatario** de parte alícuota para llevar a cabo la partición con los herederos (6). **147**

La Resolución de 20 de julio de 2007 contempló la situación de un legitimario al que se le atribuye por su padre lo que por legítima le corresponda y para el pago de la misma ordena que se le adjudique una cosa específica, considerando que en este caso «no estamos ante un legatario de cosa específica y determinada, sino ante un legatario de parte alícuota y como tal cotitular de los bienes que integran el activo neto partible, cuyo régimen jurídico en lo concerniente a la intervención en la partición de la herencia se asemeja al de un heredero» (7).

La DGRN en Resolución de 23 de diciembre de 2012, contempla un supuesto muy especial. Fallecido uno de los cónyuges se traba **embargo sobre la cuota ganancial** del otro cónyuge y se adjudica a un postor o cesionario, considerando la DGRN que se necesita en este caso la intervención del cónyuge, cuya cuota se embargo, para practicar la liquidación de la sociedad de gananciales, argumentando que: «respecto de la sociedad de gananciales disuelta, es posible embargar la cuota abstracta de un cónyuge, pero no subastarla, pues la traba está llamada a ser sustituida por los bienes que se adjudiquen al deudor, que serán objeto de ejecución específica (cfr. 1373 del Código); y si se subasta la cuota el adquirente solo recibe un derecho imperfecto, dependiente de una situación respecto de la que es tercero: la liquidación, que no efectúa él sino los cónyuges o sus herederos» (8).

#### 4. La sucesión en derecho internacional privado

**Supuesto de hecho** El Sr. A es de **nacionalidad inglesa**, habiendo contraído matrimonio con B, con la que no tuvo descendencia, siendo ésta de **nacionalidad española**. En primeras nupcias estuvo casado con C, también española, teniendo de este matrimonio dos hijos que son españoles y viven en España. Desde hace quince años A y B viven en España. A fallece en el año 2017, con testamento otorgado en el año 2014, en el que dispone que con arreglo a la ley inglesa, que es la de su nacionalidad, instituye por su única y universal heredera a su esposa. **148**

Al fallecer tiene en España la vivienda habitual y en Inglaterra dinero y acciones, cuyo valor es superior al de la vivienda. Los hijos de A acuden en consulta sobre los derechos que puedan corresponderle en la herencia de su padre.

- 149 Opinión** Si el fallecimiento de A se hubiera producido antes del 17 de agosto de 2015 podrían plantearse si nos encontraríamos con la problemática que plantea el derecho inglés, según el cual: los bienes inmuebles se rigen por la **ley del lugar donde se hallen**; mientras que los bienes muebles por la ley que resulte aplicable al **domicilio del titular**. De aquí que podría sostenerse que sobre el inmueble existente en España los hijos de A tenían derecho a la legítima, como sostuvo el Tribunal Supremo en alguna de sus sentencias. Sin embargo, desde la fecha indicada es de aplicación el Reglamento (UE) n° 2012, de Sucesiones Europeo, en la que se atiende a la fecha de la apertura de la sucesión, en nuestro caso del fallecimiento de A y no a la del otorgamiento del testamento. El Reglamento de Sucesiones Europeo concede la posibilidad de elegir la ley aplicable (art.22), pudiendo optar el testador por la ley que tenga en el momento de realizar la opción o en el momento del fallecimiento. La elección puede ser expresa o tácita. A nuestro juicio, al disponer A en su testamento «que dispone que con arreglo a la ley inglesa que es la de su nacionalidad», aunque no diga expresamente que está eligiendo la ley inglesa, está claramente optando por ella. Si ello es así, en el Derecho inglés, al no existir la legítima, los hijos de A no tendrían derecho alguno en la herencia de su padre, que ha instituido heredera a B, sin dejar a ellos parte alguna de su herencia. En contra, podría alegarse que la ley inglesa dispone que la sucesión de los inmuebles se rigen por la ley del lugar en que estén sitos, es decir por la ley española. Sin embargo, el Reglamento no admite el reenvío, por lo que la ley elegida regirá como ley material aplicable (art.34.2) y además consagra el principio de unidad de la sucesión. Es decir, no cabe aplicar una ley a los bienes muebles y otra a los inmuebles. De conformidad con lo anterior consideramos que los hijos de A no ostentan derecho alguno en su herencia.

## Notas

**(1)** STS de 14 de diciembre de 1996: «el daño moral, consiste en el «precium doloris», ya que en el supuesto que nos ocupa no concurren circunstancias de convivencia, dependencia económica o patrimonial de los padres u otras semejantes; más las circunstancias recogidas por ambas sentencias de cierto abandono por parte de éstos, algún maltrato, desorden en los valores espirituales, hasta el extremo de ocasionar se les privase de la guarda, custodia y educación, no quiere decir que de modo absoluto se pueda afirmar que en ellos no se ha producido sufrimiento moral, que la Sala de instancia considera sin duda atenuado; y a virtud de la obligación reparadora del art.1902 del C. civil, ese sufrimiento psíquico o espiritual minorado debe originar una reparación también reducida que proporcione, en la medida de lo posible, una satisfacción compensatoria al sufrimiento causado».

**(2)** SAN de 10 de junio de 2005. «Es doctrina jurisprudencial, recogida en la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de septiembre de 1996, que cuando se trata de la responsabilidad de una persona física derivada de infracciones administrativas, como ocurre en el presente caso, la intransmisibilidad de las sanciones y la extinción de éstas por la muerte del responsable, prevista para las penas en el Código Penal (artículo 112.1 del anterior texto y artículo 130.1 del actual), resulta ineludible para preservar uno de los valores esenciales en que se asienta el ejercicio del ius puniendo del Estado, como es el principio de la personalidad de las penas y de las sanciones (STS 8 noviembre 1990) y el de la responsabilidad que se asienta en la culpabilidad individual, sin que las sanciones administrativas puedan asimilarse, a estos efectos, a una obligación pecuniaria civil.

**(3)** STS de 23 de marzo de 1988 «Al no haber intervenido la supuesta acreedora en el otorgamiento del instrumento, ni expresado con posterioridad su consentimiento, el negocio de garantía alegado no nació a la vida jurídica..., hallándonos entre tanto ante una mera oferta [Ss. de 22 de diciembre de 1966, 24 de mayo de 1977, 10 de octubre de 1980, 13 de octubre de 1981 y 13 de abril de 1982, entre muchas otras], que puede ser revocada, de no mediar plazo, al no existir declaraciones de voluntad concurrentes, toda vez que el consentimiento supone la coincidencia de los quererres de todos los intervinientes en algún momento del tracto contractual [Ss. de 7 de diciembre de 1962, 18

de enero de 1964, 20 de mayo y 12 de julio de 1985); y constando el fallecimiento del oferente u oferente en 14 de septiembre de 1977, no cabe que los efectos de la oferta sean transmisibles a sus causahabientes, a quienes sólo podría vincular (art. 1.257 del Código Civil) de haberse perfeccionado el contrato en vida del «de cuius».

**(4)** VALLET DE GOYTISOLO, JB.: Comentarios al Código Civil. Tomo XIV, Vol. 2º. Artículos 1035 a 1087 del Código Civil. Capítulo IV. De la colación y la partición. Sección II. De la partición. EDERSA. Madrid, 1989.

**(5)** STS de 12 de junio de 2006: «Si bien el artículo 660 del mismo código distingue entre heredero y legatario considerando que el primero sucede a título universal y el segundo a título particular, no puede desconocerse la asimilación a ciertos efectos de la figura del legatario de parte alícuota a la del heredero en cuanto acreedor de una parte de la herencia. Así ha de entenderse el régimen del legado de parte alícuota... que obliga a que se concrete o materialice mediante la partición el contenido económico para fijar la parte que le corresponde a uno y otro... En consecuencia, la preterición en la partición del legatario de tal clase ha de producir los efectos previstos en el artículo 1.080 del Código Civil para caso de preterición de un heredero, de forma que si se produce de mala fe o dolosamente –conociendo su existencia– ha de desembocar en la rescisión de la partición así realizada».

**(6)** RDGN 22 de marzo de 2007 «Partiendo de la consideración de que los legatarios de parte alícuota entran en la misma especial situación de comunidad en que se hallan los coherederos antes de la partición con respecto a los bienes hereditarios, tal y como han confirmado el Tribunal Supremo y este Centro Directivo en numerosas Resoluciones, ha de reconocérsele un evidente interés en el mantenimiento de la integridad del caudal hereditario, no ya como herederos, sino como copropietarios de los bienes de la herencia, dada su condición de comuneros. De ahí que de acuerdo con la doctrina contenida en los artículos 397, 1058 y 1059 del Código sea necesario su consentimiento para efectuar actos de disposición sobre los bienes que integran la comunidad hereditaria. Asimismo, la doctrina mayoritaria admite que el legatario de parte alícuota pueda ejercitar el retracto de coherederos del artículo 1067 del Código Civil, partiendo de que este retracto no se atribuye a los coherederos por su específica condición de tales, sino que estamos ante un caso particular del retracto de comuneros, ya que el legatario de parte alícuota, como hemos dicho, es considerado durante la indivisión de la herencia como copropietario del activo hereditario junto con los herederos. Por todo lo expuesto, y dada la condición del legatario de parte alícuota como miembro de la comunidad hereditaria y copropietario de los bienes de la herencia, parece lógica la necesidad de exigir la intervención del mismo, no sólo para realizar actos de disposición sobre los bienes comunes, sino también para proceder a la extinción de dicha comunidad mediante la partición».

**(7)** Resolución de 20 de julio de 2007: «Sin embargo este defecto, tal y como está formulado, no puede ser mantenido. Los testadores no realizan a favor de su hijo legitimario un legado de cosa específica y determinada, sino que le atribuyen por vía de legado (cfr. Artículo 815 del Código Civil) la legítima estricta, ordenando al Albacea Contador partidor que en pago de la misma le adjudique determinados bienes, disposición que el Contador Partidor deberá cumplir siempre que no perjudique la legítima de los herederos forzosos (art. 1056 del Código Civil). Por tanto, no estamos ante un legatario de cosa específica y determinada, sino ante un legatario de parte alícuota y como tal cotitular de los bienes que integran el activo neto partible, cuyo régimen jurídico en lo concerniente a la intervención en la partición de la herencia se asemeja al de un heredero, como reconoce la propia legislación hipotecaria (cfr. artículo 152 del Reglamento Hipotecario) la jurisprudencia del Tribunal Supremo (vid. las Sentencias de 11 de febrero de 1903, 16 de octubre de 1940 y 22 de enero de 1963) y la doctrina de este Centro Directivo (cfr. las Resoluciones de 30 de junio de 1956 y 12 de junio de 1963), de ahí que no le sea atribuida la propiedad de la cosa que el testador ordenó se le adjudicara en pago de su legítima, hasta que tenga lugar su entrega por el heredero o Albacea autorizado por el testador para realizarla (cfr. art. 885 del CC), sin que actúe a favor del legatario parciario, la transmisión posesoria civilísima que se produce en beneficio de los herederos (art. 440 del Código Civil)»

**(8)** RDGRN de 23 de diciembre de 2012. «Así, las cuotas sobre un patrimonio en liquidación, en cuanto tales, no son «bienes» susceptibles de enajenación forzosa, al carecer de la necesaria concreción y determinación, imprescindible para que puedan ser valoradas objetivamente, como trámite esencial de cualquier procedimiento de enajenación forzosa sobre bienes del deudor, habida cuenta que nadie puede ser privado de sus bienes sino en virtud de un acto legítimo de autoridad (expropiación por causa de utilidad pública o interés social, previa la correspondiente indemnización, o para satisfacción de los acreedores, en el procedimiento judicial o administrativo tramitado con arreglo a la ley (cfr. artículos 33 de la Constitución, y 348 y 1911 del Código Civil)). Por ello, el embargo de cuotas abstractas en un patrimonio colectivo en liquidación es una medida cautelar que no produce más efecto que el de anticipar el embargo sobre los «bienes futuros» que se adjudiquen (si se adjudican) al deudor en la división del caudal. Así resulta, sin duda alguna, del artículo 1373 del Código Civil respecto a la sociedad de gananciales, en caso de embargo de bienes comunes por deudas privativas de un cónyuge. Es cierto que dicho artículo 1373 no se aplica a la comunidad postmatrimonial disuelta (cfr. Sentencia del Tribunal Supremo de 28 Sep. 1993) por lo que no son embargables los bienes comunes, ni una mitad indivisa de ellos, por deudas de un partícipe, pues lo impide su naturaleza de comunidad germánica, según unánime doctrina científica, jurisprudencial y de este Centro Directivo (cfr., entre otras, Resolución de 8 Jul. 1998); (LA LEY

8116/1998) será posible embargar la cuota abstracta del deudor en dicho patrimonio colectivo, a resultas de la liquidación y adjudicación de bienes. Pero de este artículo 1373 se desprende, en forma implícita, una solución que se formula en forma expresa en el artículo 542 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000, que acoge la doctrina jurisprudencial anterior (cfr. entre otras, la Sentencia de 29 Abr. 1991), según la cual debe suspenderse el procedimiento hasta que se lleve a cabo la liquidación y adjudicación de bienes al deudor, pues la cuota trabada no es susceptible de enajenación forzosa. Esta misma solución es la que acogen los artículos 1699 y 1700 del Código Civil para la sociedad civil y el artículo 1034 del mismo Código para la herencia aceptada con beneficio de inventario: los acreedores particulares del socio o del heredero pueden pedir (en la sociedad civil acarrea la disolución) la retención o embargo de la cuota de liquidación o el remanente que pueda resultar a favor del heredero; en los dos casos es imprescindible la liquidación, por lo que habrá que suspender la ejecución, con lo siguientes argumentos: «Lo peculiar del supuesto de este recurso es que no se ha suspendido la ejecución, sino que ha seguido hasta la subasta y remate de las cuotas embargadas; pero el rematante, al menos en cuanto a la cuota en los gananciales disueltos (sin prejuzgar ahora los efectos del remate respecto a la cuotas en el caudal hereditario, propiamente tal) no sucede al deudor en la titularidad de dicho patrimonio ganancial disuelto (téngase en cuenta la inherencia de dicho patrimonio a los cónyuges por su origen familiar, lo que motiva la existencia de normas muy específicas en la liquidación de la sociedad de gananciales, como, por ejemplo, los artículos 1405 y 1406, sobre adjudicación preferencial, y 1408, sobre alimentos a los partícipes) y no llega a convertirse en copartícipe del patrimonio separado colectivo, condición que conservan los cónyuges o sus herederos. En definitiva, el remate no es traslativo de la cuota, sino que el rematante adquiere un derecho a la entrega de los bienes que se adjudiquen al cónyuge deudor en la liquidación de la sociedad de gananciales, liquidación que han de efectuar los cónyuges o sus herederos (cfr. artículo 1404 Código Civil: "el haber de la sociedad de gananciales se dividirá por mitad entre marido y mujer o sus respectivos herederos") voluntariamente, o, en su defecto, por el procedimiento establecido en la Ley de Enjuiciamiento Civil (cfr. Sentencia del Tribunal Supremo de 2 Abr. 1990: la liquidación ha de practicarse en forma convencional, de manera que solo ante la oposición del cónyuge deudor sería necesario acudir a la liquidación judicial) que podrán instar los acreedores reconocidos. Se trata, por consiguiente, de un derecho marcadamente obligacional, pues requiere una actividad de especificación o determinación definitiva de su objeto, en la que es imprescindible la actividad del deudor (y de los otros partícipes en los patrimonios colectivos). En el momento de la adjudicación el rematante adquirirá derecho real sobre tales bienes (artículo 1097 del Código Civil) [según reiterada doctrina del Tribunal Supremo sobre el valor traditorio de la aprobación del remate por acto de autoridad, en este caso complementado por la adjudicación, que actúa a manera de especificación]; pero mientras tanto, como acreedor a la entrega de bienes indeterminadamente (pues solo de la liquidación resultará si hay activo neto y qué bienes se adjudican al deudor) solo tiene la posición de cualquier acreedor en la división del caudal: intervenir a su costa, para evitar que la división se haga en perjuicio o fraude de su derecho (artículo 1083 y 782.5 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

En resumen: respecto de la sociedad de gananciales disuelta, es posible embargar la cuota abstracta de un cónyuge, pero no subastarla, pues la traba está llamada a ser sustituida por los bienes que se adjudiquen al deudor, que serán objeto de ejecución específica (cfr. 1373 del Código); y si se subasta la cuota el adquirente solo recibe un derecho imperfecto, dependiente de una situación respecto de la que es tercero: la liquidación, que no efectúa él sino los cónyuges o sus herederos».