

AperTO - Archivio Istituzionale Open Access dell'Università di Torino

Perfiles del derecho italiano de sucesiones

This is the author's manuscript

Original Citation:

Availability:

This version is available <http://hdl.handle.net/2318/111472> since

Publisher:

Bosch

Terms of use:

Open Access

Anyone can freely access the full text of works made available as "Open Access". Works made available under a Creative Commons license can be used according to the terms and conditions of said license. Use of all other works requires consent of the right holder (author or publisher) if not exempted from copyright protection by the applicable law.

(Article begins on next page)

PERFILES DEL DERECHO ITALIANO DE SUCESIONES

ALESSIO ZACCARIA



OP

22825

Alessio Zaccaria

PERFILES DEL DERECHO ITALIANO DE SUCESIONES

Traducción de

Miriam Anderson

Lorenzo Bairati

Profesora Agregada de Derecho Civil
Universidad de Barcelona

Doctorando en Derecho Comparado
Universidad de Florencia



EUROPA
NOTARIO



COLEGIO DE ABOGADOS
DE CATALUÑA

[BOSCH]

52456

Consulte en la Web de Editorial Bosch (www.bosch.es) posibles actualizaciones, gratuitas, de esta obra, posteriores a su fecha de publicación.

SUMARIO

I. PRINCIPIOS GENERALES	9
1. La normativa sobre las sucesiones	9
2. La apertura de la sucesión y la delación	9
3. El concepto de herencia	11
4. El principio de patrimonialidad de las sucesiones y sus excepciones	11
5. La sucesión en el proceso	18
6. Adquisiciones que se producen tras la apertura de la sucesión, pero que no son sucesorias	19
7. La colación	20
8. Sucesión a título universal y sucesión a título particular	21
9. La adquisición de la herencia y la separación de los patrimonios del causante y del heredero	22
10. Las facultades del llamado antes de la aceptación de la herencia	25
11. La herencia yacente	26
12. La petición de herencia	27
13. La repudiación de la herencia	28
14. La adquisición del legado	29
15. La llamada «acto interrogatoria»	29

Es propiedad.
© 2008, **Alessio Zaccaria**

Para la presente edición:

© 2008, **Editorial Bosch, S.A.**
Corre d'Urgell, 51 bis. 08011 Barcelona
<http://www.bosch.es>

Primera edición: mayo, 2008

ISBN: 978-84-9790-419-3

Depósito legal: B. 25-979-2008

Prohibida la reproducción total o parcial de esta obra, por cualquier medio o en cualquier soporte sin consentimiento expreso de los propietarios del *copyright*.

Diseño de cubierta: ardidpemanyer.com

IMPRESO EN ESPAÑA

PRINTED IN SPAIN

Ingrapuva / La Noogràfica - Passeig del Comerç, 122 - 08203 Sabadell (Barcelona)

16. La representación	30
17. La capacidad para suceder	31
18. La indignidad	32
II. LA SUCESIÓN INTESTADA	35
19. El concepto de sucesión intestada y el derecho de comutación	35
20. Las sucesiones «anómalas»	38
III. LA SUCESIÓN TESTAMENTARIA	41
21. El testamento: definición y caracteres	41
22. El contenido típico del testamento	43
23. La sustitución ordinaria o vulgar	46
24. La sustitución fideicomisaria	47
25. El contenido atípico del testamento	48
26. La voluntad testamentaria	50
27. Las distintas formas testamentarias	51
28. Testamentos conjuntos, recíprocos, simultáneos y correspondivos	52
29. La revocación de las disposiciones testamentarias	53
30. La eficacia del testamento	54
31. El Registro general de testamentos	55
32. Los albaceas	56
33. El acrecimiento	56
34. La capacidad de disponer por testamento	58
35. La capacidad de recibir por testamento	59
36. Los pactos sucesorios	59
37. Los «pactos de familia»	61
38. Otros acuerdos destinados a producir efectos tras la muerte de una de las partes	63
IV. LA SUCESIÓN NECESARIA	65
39. El concepto de sucesión necesaria	65
40. El derecho de comutación	66
41. El cálculo de la cuota disponible	67

42. El derecho a la legítima y la llamada cautela soci- miana	68
43. El legado en sustitución de legítima y el legado a cuenta de legítima	70
44. Renuncia al derecho a la legítima y repudiación de la herencia	71
45. La acción de reducción	72
V. LA COMUNIDAD HEREDITARIA Y LA PARTICIÓN	75
46. La comunidad hereditaria	75
47. El derecho de adquisición entre coherederos y el retrato sucesorio	76
48. La partición	77
<i>Bibliografía</i>	81

1. La normativa sobre las sucesiones

La Constitución italiana, en el art. 42, atribuye a la Ley la función de establecer las normas y los límites de la sucesión intestada¹ y testamentaria y los derechos del Estado sobre las herencias.

Tales normas están recogidas, principalmente, en el Libro II del Código civil italiano (en adelante, CC), dedicado a las sucesiones.

2. La apertura de la sucesión y la delación

La sucesión se abre en el momento de la muerte, en el lugar del último domicilio del causante (v. art. 456 CC).

1. N. de los T. A lo largo del texto, se emplea la expresión «sucesión intestada» para traducir del italiano «successione legittima», en aras de evitar la posible confusión con los derechos de los legitimarios.

Con la expresión «apertura de la sucesión» se hace referencia al fenómeno por el que, tras la muerte, las posiciones jurídicas transmisibles se separan de su titular, y, en consecuencia, se da inicio a la sucesión hereditaria.

Con el término «delación» se quiere indicar, en cambio, el fenómeno por el que se pone la herencia a disposición de las personas llamadas, que, en tanto lo sean como herederos intestados o testamentarios, adquieran, en consecuencia, el derecho de aceptarla (sobre la sucesión intestada, v. *infra*, epígrafe 19; sobre la sucesión testamentaria, v. *infra*, epígrafes 21 y ss.; sobre la aceptación de la herencia, v. *infra*, epígrafe 9).

El «llamado a la herencia» es, pues, el sujeto en favor del cual existe una delación actual.

Los efectos de la apertura de la sucesión se producen igualmente en caso de declaración de fallecimiento (v. art. 63 CC), a partir del día en que se tuvo noticia por última vez del ausente, según la sentencia que declara el fallecimiento (v. art. 58 CC; en los casos de desaparición en el curso de operaciones bélicas, en cautiverio o en otras situaciones de riesgo para la vida², v. art. 61 CC), a menos que se pruebe que la muerte ha acaecido en una fecha diferente (v. art. 66.3 CC).

El lugar de la apertura de la sucesión determina la competencia judicial para el conocimiento de las causas hereditarias (v. art. 22 del Código de procedimiento civil; en adelante, C.p.c.).

2. N. de los T. Con esta paráfrasis se traduce, en este contexto, el término italiano «infortunio».

3. El concepto de herencia

La «herencia» (también denominada «mas», o «masa hereditaria») es el objeto de la sucesión. Se entiende por herencia el conjunto de situaciones jurídicas transmisibles, activas o pasivas, que correspondían al causante.

La herencia constituye, según la opinión mayoritaria, una universalidad de derecho, es decir, un conjunto de elementos cuya unidad viene determinada, no por estar destinada a desarrollar una cierta función, material o económica, sino por una razón de índole jurídica.

Cuando la herencia todavía no ha sido aceptada, se suele considerar que estamos ante un patrimonio que carece temporalmente de sujeto.

4. El principio de patrimonialidad de las sucesiones y sus excepciones

Desde el punto de vista de las situaciones jurídicas transmisibles, el derecho de las sucesiones aparece gobernado por el «principio de patrimonialidad»: esto significa que, como regla, sólo puede tener como objeto posiciones jurídicas patrimoniales.

En particular, con el fallecimiento se extinguen los *derechos de la personalidad*.

Por lo que se refiere a aquellas situaciones (excepcionales) en las que puede darse la sucesión en posiciones jurídicas no patrimoniales, hay que recordar que: (a) los

[v. art. 433 y ss. CC], los créditos nacidos como consecuencia de la separación o del divorcio, las rentas vitales reguladas por el art. 2.057 CC); (b) los derechos de usufructo (v. art. 979 CC), salvo que a diferentes personas se les haya legado un usufructo de manera que entre ellas se establezca un derecho de acrecimiento (v. art. 678 CC); los derechos de uso y habitación (v. art. 1.026 CC).

El derecho al resarcimiento por daño moral eventualmente devengado a favor del causante es transmisible, así como también es transmisible el derecho de aceptar una herencia (sobre la transmisión del derecho de aceptar la herencia, v. *infra*, epígrafe 9).

En general, puede haber sucesión también en las relaciones contractuales.

Las reglas más relevantes, a estos efectos, son las siguientes: (a) en caso de muerte del arrendatario de fincas urbanas, si el arrendamiento debe todavía durar más de un año, y hay prohibición de subarrendar, los herederos pueden desistir del contrato dentro de los tres meses siguientes al fallecimiento (v. art. 1.614 CC); (b) en caso de fallecimiento del arrendatario de bienes productivos, el arrendador y los herederos de este último pueden, dentro de los tres meses siguientes al fallecimiento, denunciar el contrato, notificándolo a la otra parte con un preaviso de seis meses (v. art. 1.627 CC); (c) el arrendamiento de obra no se

resuelve con el fallecimiento del arrendador, a menos que la contemplación de su persona haya sido motivo determinante del contrato (v. art. 1.674 CC); (d) el contrato de mandato se extingue tras el fallecimiento del mandante o del mandatario, a menos que el mandato haya tenido como objeto la realización de una determinada actividad y su ejercicio sea continuado (v. art. 1.722, n. 4, CC); (e) la renta vitalicia se extingue con el fallecimiento (v. art. 1.873 CC); (f) el contrato de trabajo por cuenta ajena y el celebrado por un trabajador autónomo (v. art. 2.222 CC) se extinguen con el fallecimiento.

En cuanto a las relaciones contractuales en vías de formación, conviene recordar que la oferta se extingue con el fallecimiento, a menos que se trate de una oferta procedente de un empresario en el ejercicio de su actividad empresarial (v. art. 1.330 CC), o de una oferta irrevocable (en este segundo caso, siempre y cuando la naturaleza del negocio u otras circunstancias no impidan el mantenimiento de la oferta) (v. art. 1.329 CC). Contrariamente, se considera transmisible el derecho de aceptar una oferta dirigida a la celebración de un contrato, a menos que se trate de oferta tendente a la celebración de un contrato caracterizado por el denominado *institus personae*.

Existen también normas específicas que disciplinan la sucesión en las relaciones societarias.

En la sociedad simple⁵ y en la sociedad colectiva,⁶ salvo disposición en contra en el contrato de sociedad, en caso de fallecimiento de uno de los socios, los demás deben liquidar su cuota a los herederos, a menos que prefieran disolver la sociedad, o continuarla con los herederos del socio fallecido, si éstos consisten (v. arts. 2.284 y 2.293 CC).

Los socios pueden establecer, o bien una cláusula de continuación facultativa (es decir, una cláusula dirigida a atribuir a los herederos la posibilidad de convertirse en socios), o bien una cláusula de continuación obligatoria de la sociedad (esto es, una cláusula dirigida a imponer a los herederos su conversión en socios, so pena de tener que resarcir el daño ocasionado a los demás socios en otro caso); en cambio, es nula la cláusula llamada de sucesión (entendiéndose como tal la que prevea que los herederos se conviertan automáticamente en socios), porque, al comportar *inevitablemente* la asunción automática de responsabilidad limitada por parte de los herederos, contrasta con lo establecido en el art. 470 CC, según el cual la herencia puede ser aceptada a beneficio de inventario. Son nulas, además, por violación de la prohibición de los pactos sucesorios (sobre los cuales, v. *infra*, epígrafe 36), las cláusulas de concentración, o sea,

5. N. de los T. La «società semplice» (arts. 2253 y ss. Código civil italiano) es comparable a la sociedad civil (arts. 1665 y ss. Código civil español).

6. N. de los T. La «società in nome collettivo» se caracteriza por la responsabilidad solidaria e ilimitada de los socios (art. 2291 Código civil italiano).

las cláusulas dirigidas a atribuir a los socios el derecho de adquirir la cuota del socio difunto sin tener que abonar su valor a los herederos.

En la sociedad comanditaria, la cuota de participación del socio comanditario es transmisible por causa de muerte (v. art. 2.322.1 CC⁷). En caso de muerte de uno de los socios colectivos, rige la remisión del art. 2.315 CC al art. 2.284, de modo que vale la misma regla que la para las sociedades simples y colectivas.

* * *

El heredero continúa *ipso iure* la posesión de su causante (es la llamada «sesina»), mientras que el legatario puede unir a su propia posesión la de su causante (es la llamada *accesión en la posesión*) (v. art. 1.146 CC) (acerca de los conceptos de heredero y legatario, v. *infra*, epígrafe 22).

* * *

El heredero sucede además en todas las *deudas* del causante, incluso más allá del activo hereditario (es decir, responde *ultra vires hereditatis*), a menos que haya aceptado la herencia a beneficio de inventario (v. art. 490.2 CC) (a propósito de la regla según la cual, en presencia de una pluralidad de herederos, *debía hereditaria ipso iure*

7. N. de los T. La «società in accomandita semplice» se encuentra regulada en los arts. 2.313 y ss. del Código civil italiano.



dividuntur, v. *infra*, epígrafe 46). En cambio, el legatario, salvo que el causante haya establecido otra cosa, no sucede en las deudas de este último (v. art. 756 CC), y, cuando suceda, responde sólo dentro de los límites del valor del bien legado (v. art. 671 CC) (sobre los conceptos de heredero y legatario, v. *infra*, epígrafe 22).

El heredero responde también de las deudas derivadas de hecho ilícito del causante, en caso de que el daño se haya verificado después del fallecimiento del causante.

El usufructuario de una herencia, o de una cuota de herencia, debe pagar íntegramente, o en proporción de su cuota, las anualidades y los intereses de las deudas o de los legados que graven la herencia (v. art. 1.010 CC). El usufructuario de una herencia no es heredero, sino legatario, ya a que no sucede en la misma posición jurídica que ostentaba el causante.

5. La sucesión en el proceso

Cuando una parte procesal fallece, el proceso sigue con el sucesor universal, ya sea en la posición activa o en la pasiva (v. art. 110 C.p.c.).

El sucesor universal sigue en el proceso también cuando haya habido sucesión *mortis causa* a título particular en el derecho controvertido (v. art. 111.2 C.p.c.); el sucesor a título particular puede, sin embargo, intervenir y ser llamado al proceso, y, si las demás partes están de acuerdo, el sucesor universal puede quedar excluido del proceso (v. art. 111.3 C.p.c.) (sobre los conceptos de

sucesión a título universal y a título particular, v. *infra*, epígrafe 8).

6. Adquisiciones que se producen tras la apertura de la sucesión, pero que no son sucesorias

Las adquisiciones por causa de muerte tienen, en gran medida, carácter traslativo o traslativo-constitutivo (una adquisición de este último tipo tiene lugar, por ejemplo, en caso de legado de usufructo [acerca del concepto de legado, v. *infra*, epígrafe 22]): son, en otros términos, efecto de una sucesión en los derechos del causante. Existen, sin embargo, también otros tipos de adquisición por causa de muerte: el caso contemplado por el art. 580 CC, por ejemplo, que atribuye una pensión vitalicia a los *hijos naturales que tienen derecho al mantenimiento, a la instrucción y a la educación*⁸, prevé una adquisición *iure successions*; pues se trata de un derecho que de alguna ma-

8. N. de los T. De conformidad con el art. 279 CC, los hijos naturales que no puedan, por cualquier circunstancia, obtener la declaración o el reconocimiento de la filiación, tendrán, no obstante, un derecho alimenticio frente a su progenitor. Estos hijos naturales cuya filiación no ha quedado declarada ni reconocida no tienen derecho a una cuota de la herencia, sino a una pensión vitalicia calculada sobre la base del rendimiento de la cuota que les habría correspondido de haber sido declarada o reconocida la filiación (art. 580.1 CC). Los hijos naturales pueden solicitar la capitalización de la pensión, sea en dinero, sea en bienes hereditarios, a elección de los herederos legales (art. 580.2 CC).

nera deriva del patrimonio del causante, pero no hay sucesión en sentido propio, porque no hay transmisión de un derecho que ya perteneciera al difunto.

Sobre los *legados de derechos no existentes en el patrimonio del testador*, respecto de los cuales no se puede hablar, con rigor, de sucesión, v. *infra*, epígrafe 22.

7. La colación

Con el término «colación» se indica el fenómeno por el cual los hijos legítimos y naturales y sus descendientes legítimos y naturales y el cónyuge que concurren a la sucesión deben aportar, en beneficio de sus coherederos, todo lo que recibieron del difunto por donación directa o indirecta, salvo que el causante los hubiese dispensado (v. art. 737.1 CC).

La *dispensa* de colacionar no produce efecto sino dentro de los límites de la cuota disponible (v. art. 737.2 CC) (en cuanto al concepto de «cuota disponible», v. *infra*, epígrafe 39).

La colación opera tanto en la sucesión intestada como en la testamentaria (sobre la sucesión intestada, v. *infra*, epígrafe 19; sobre la sucesión testamentaria, v. *infra*, epígrafes 21 y ss.).

Presupuestos de la colación son: (a) la existencia de una comunidad hereditaria (sobre la comunidad hereditaria, v. *infra*, epígrafe 46); (b) la existencia de un *relictum* que hay que partir (la colación tiene lugar, de hecho, en sede de partición [sobre la partición, v. *infra*, epígrafe 47]).

La colación se distingue de la reunión ficticia (sobre la cual, v. *infra*, epígrafe 41) porque, a través de aquella, el patrimonio hereditario resulta efectivamente incrementado, mientras que la reunión ficticia consiste en un simple cálculo matemático.

8. Sucesión a título universal y sucesión a título particular

La sucesión puede ser a título *universal*, o sea, en todas las relaciones transmisibles pertenecientes al difunto, o en una cuota, entendida como fracción matemática del todo, comprendiendo entonces una parte de todos los diversos componentes del patrimonio hereditario, pero puede ser también a título *particular*, es decir, sólo en unas relaciones determinadas.

La sucesión a título universal se verifica tras la *adquisición de la calidad de heredero o de coheredero*.

El art. 566 CC supone una excepción al principio según el cual cada heredero tiene derecho a una porción *in natura* de los bienes comprendidos en el haber hereditario (v. art. 718 CC). Según este precepto, en sede de sucesión intestada (sobre la sucesión intestada, v. *infra*, epígrafe 19), los hijos legítimos ostentan frente a los hijos naturales el llamado «*derecho de commutación*», esto es, el derecho de satisfacer en dinero o en bienes inmuebles hereditarios la porción correspondiente a estos últimos que no se opongan a ello. En caso de oposición, decide el juez, atendiendo a las circunstancias personales y pa-

trimoniales concurrentes (el derecho de commutación se prevé también en el ámbito de la legítima: v. *infra*, epígrafe. 40); no se prevé, en cambio, en sede de sucesión testamentaria).

La sucesión a título particular tiene lugar, a diferencia de la universal, a través del instrumento del *legado* (v. art. 588.1 CC).

Puede haber sucesión a título universal y sucesión a título particular tanto en la sucesión testamentaria como en la sucesión intestada; dicho en otros términos, el ordenamiento italiano conoce también los legados *ex lege* (v. por ejemplo los arts. 540.2, 580, 585.2 CC) (sobre la sucesión intestada, v. *infra*, epígrafe 19; sobre la sucesión testamentaria, v. *infra*, epígrafes 21 y ss.).

9. La adquisición de la herencia y la separación de los patrimonios del causante y del heredero

La herencia, ya se trate de sucesión intestada, ya se trate de sucesión necesaria, se adquiere con la aceptación (v. art. 459 CC), que comporta la confusión del patrimonio del heredero con el del causante. No obstante, esta confusión puede ser evitada por parte del heredero por medio de la *aceptación a beneficio de inventario* (v. art. 490.1 CC).

En cambio, la *separación de los bienes del causante respecto de los del heredero* no tiene el efecto de evitar la confusión, sino únicamente el de generar un derecho *real* (v. art. 518 CC) de garantía.

Pueden solicitar la separación tanto los acreedores como los legatarios. La separación asegura a aquellos que la hayan solicitado una preferencia sobre los bienes del causante frente a los acreedores del heredero (v. art. 512.1 CC), sin perjuicio de la posibilidad de agredir también los bienes del heredero (v. art. 512.3 CC).

En cuanto a las relaciones entre acreedores y legatarios que han obtenido este beneficio de separación y los restantes acreedores y legatarios, rigen las siguientes reglas:

Los acreedores y legatarios que ostentan el beneficio de separación tienen derecho a satisfacer sus créditos sobre los bienes separados con preferencia a los restantes acreedores y legatarios, si la parte no separada es suficiente para satisfacer a estos últimos (v. art. 514.1 CC).

Por el contrario, si el patrimonio hereditario no es suficiente para satisfacer tanto a los que ostentan el beneficio de separación como a los que no, pueden darse dos supuestos distintos (v. art. 514.2 CC). Si los acreedores y legatarios que han obtenido el privilegio han ejercitado la separación respecto de todos los bienes hereditarios, todos los acreedores y legatarios (beneficiarios o no de la separación) concurren a la par sobre los bienes hereditarios. En cambio, si los acreedores y legatarios que han obtenido el privilegio han ejercitado la separación solamente respecto de algunos bienes hereditarios, se suma al valor de la parte

separada el valor de la que no ha sido objeto de separación y sobre ese resultado se calcula cuánto correspondería a cada acreedor o legatario (haya o no ejercitado la separación). En esta fase, se considera atribuida a los que no han ejercitado la separación la parte no separada, sin perjuicio de la posibilidad de cobrarse sobre el remanente de la parte separada. De este modo, los beneficiarios de la separación no conseguirán todo lo que les corresponde (ya que sus derechos se ejercitan sobre la parte separada), y los que no ostentan el beneficio de la separación corren el riesgo de no cobrar el valor íntegro sobre la parte no separada, puesto que, sobre esta última, concurren también los acreedores del heredero.

Cuando han ejercitado la separación tanto acreedores como legatarios, los primeros son preferidos a los segundos, y cuando la parte de patrimonio no separada no basta para satisfacer a los acreedores y legatarios que no han ejercitado la separación, se prefiere incluso a los acreedores que no han ejercitado la separación a los legatarios que sí lo han hecho (v. art. 514.3 CC).

En cualquier caso, quedan a salvo las causas de prelación (v. art. 514.4 CC).

La *acceptation de la herencia* puede ser expresa o tácita (v. arts. 475 y 476 CC).

La aceptación expresa es un negocio formal, puesto que existe cuando, en documento público o en escrito privado, el llamado a la herencia ha declarado aceptarla o bien ha asumido el título de heredero (v. art. 475 CC).

La aceptación es, en cambio, tácita, si el llamado a la herencia ha realizado un acto que presupone necesariamente su voluntad de aceptar, o que no tendría derecho de llevar a cabo si no fuera en calidad de heredero (v. art. 476 CC).

El derecho de aceptar se transmite a los herederos en las mismas condiciones en que correspondía al originariamente llamado (v. art. 479 CC) y prescribe a los diez años contados desde el día de la apertura de la sucesión (art. 480 CC).

10. Las facultades del llamado antes de la aceptación de la herencia

El llamado a la herencia, antes de la aceptación, puede ejercitar las *acciones posesorias* tendentes a la tutela de los bienes hereditarios, sin necesidad de aprehensión material (v. art. 460.1 CC); por otro lado, puede llevar a cabo *actos de conservación, de vigilancia y de administración provisoria*, y puede obtener autorización judicial para vender bienes que no pueden ser conservados o cuya conservación comportaría un gasto desproporcionado (v. art. 460.2 CC). Todo ello, no obstante, siempre que no se haya previsto el nombramiento de un curador de la herencia, según lo establecido en el art. 528 CC (v. art. 460.3 CC) (sobre el curador de la herencia yacente, v. *infra*, epígrafe 11).

11. La herencia yacente

De acuerdo con el art. 529 CC, cuando el llamado no ha aceptado la herencia y no está en posesión de bienes hereditarios, el tribunal del partido judicial donde se ha abierto la sucesión, a instancia de las personas interesadas o incluso de oficio, nombra un curador de la herencia. En este supuesto se dice que estamos ante una «herencia yacente».

Literalmente, el art. 528.1 CC se refiere sólo al «llamado», de modo que no contempla la eventual pluralidad de llamados. Es discutible, por tanto, que pueda darse también la herencia yacente *pro quota*, esto es, en supuestos en que sólo algunos de los llamados han aceptado la herencia o sólo algunos están en posesión de los bienes hereditarios.

Tiende a prevalecer la tesis afirmativa, según la cual el llamado *pro quota* podría ser considerado titular —en caso de aceptación— o poseedor sólo de la propia cuota de bienes hereditarios. A favor de esta tesis se arguye, entre otras cosas, que, en el terreno práctico, la *ratio* del art. 528 CC (que tiende a tutelar, en la fase previa a la aceptación, la expectativa de todos aquellos a los que correspondería la herencia) se vería frustrada si se admitiese la legitimación del primer aceptante o del único poseedor, de entre varios llamados, para llevar a cabo todas las actividades que de otro modo serían atribuidas a un curador de la herencia yacente; es posible que aquel actuase en defensa únicamente de sus propios intereses o en conflicto con los de los restantes llamados.

El curador debe proceder al inventario de la herencia, ejercitar los derechos y velar por los intereses de la herencia. Defiende la herencia y la administra. Debe depositar en las cajas postales o en la entidad financiera designada por el tribunal el dinero que se encuentre en la herencia o que se obtenga por la venta de muebles o inmuebles y, por último, debe rendir cuentas de su administración (art. 529 CC).

12. La petición de herencia

El sucesor en los derechos del causante, por el hecho de serlo, dispone, para su tutela, de las mismas acciones, reales y personales, que habrían estado a disposición del causante mismo.

Además, al heredero en cuanto tal, se le atribuye la «acción de petición de herencia».

La petición de herencia (o *petitio hereditatis*), que viene regulada en los arts. 533 y ss. CC, es una acción: (a) *especial* (puesto que se concede al heredero en adición a las acciones petitorias y posesorias normales); (b) *universal* (ya que se dirige a la constatación de la calidad de heredero, sobre cuya base se podrá pedir la restitución de todos los bienes hereditarios); (c) *de condena* (porque, por medio de la comprobación de la calidad de heredero, se solicita la restitución de los bienes).

La acción de petición de herencia puede ser interpuesta contra quien afirme poseer a título de heredero (*possessor pro herede*) o contra quien posea sin título (*pos-*

essor pro possessore: en este caso, bastará probar la pertenencia del bien a la masa hereditaria).

En cambio, contra quien posea con base en un determinado título de adquisición, el heredero debe emplear la reivindicatoria. Contra quien posea con base en un título de distinta naturaleza (por ejemplo, un contrato de arrendamiento), el heredero debe emplear las acciones propias de la relación jurídica de que se trate.

13. La repudiación de la herencia

Se puede también repudiar la herencia, por medio de declaración ante notario o ante el secretario del tribunal del partido en que se ha abierto la sucesión (v. art. 519 CC), pero siempre que no haya sido aceptada con anterioridad (*semel heres semper heres*).

Los llamados que han repudiado la herencia, en tanto no haya prescrito para ellos el derecho de aceptar, conservan todavía este derecho, siempre que la herencia no haya sido adquirida por otro llamado y sin perjuicio de los derechos adquiridos por terceros sobre los bienes de la herencia (v. art. 525 CC).

En la *sucesión intestada* (sobre la sucesión intestada, v. *infra*, epígrafe 19), la parte de quien repudia acrece (se trata de un simple incremento de cuota, a diferencia del derecho de acrecer que puede operar en la sucesión testada, sobre el cual v. *infra*, epígrafe 33) a aquellos que habrían concurrido con el repudiante, salvo que tenga lugar el derecho de representación (v. *infra*, epígrafe 16) o que rija el último

párrafo del art. 571 CC, conforme al cual si los dos progentes no pueden o no quieren heredar y hay ascendientes últimos, a estos últimos se les atribuye la cuota que habría correspondido a uno de los progentes en defecto del otro. Si, por el contrario, el repudiante no concurría con nadie más, la herencia se atribuye a aquellos a quienes correspondería la herencia en su defecto (v. art. 522 CC).

En la *sucesión testada*, si el testador no ha establecido una sustitución (v. *infra*, epígrafe 23) y si no opera el derecho de representación (v. *infra*, epígrafe 16), la parte del repudiante acrece a los coherederos (v. *infra*, epígrafe 33), o se atribuye a los herederos llamados por la intestada (v. art. 523 CC).

14. La adquisición del legado

La adquisición del legado se produce automáticamente, con la apertura de la sucesión; en otros términos, no necesita aceptación. Ello es así, no obstante, sin perjuicio del derecho de repudiar (v. art. 649.1 CC).

15. La llamada «*actio interrogatoria*»⁹

Cualquiera que tenga interés puede requerir de la autoridad judicial que fije un plazo dentro del cual el

9. N. de los T. Se conserva la expresión latina del original, pese a que en España suele aludirse a la «*interrogatio/interpellatio in iure*».

llamado deba declarar si acepta o repudia la herencia. Si transcurrir el plazo sin que se haya pronunciado, el llamado pierde el derecho de aceptar (v. art. 481 CC): se trata de la llamada «*actio interrogatoria*».

El art. 650 CC recoge otra *actio interrogatoria*, tendente, en este caso, a determinar si el legatario tiene intención de ejercer la facultad de repudiar.

16. La representación

La representación comporta la subentrada de los descendientes legítimos o naturales en la posición y en el grado de su ascendiente, en todos los casos en que éste no pueda o no quiera aceptar la herencia o el legado (v. art. 467.1 CC).

En la sucesión testada (sobre la cual, v. *infra*, epígrafes 21 y ss.), tiene lugar la representación si el testador no ha previsto una sustitución (sobre el instituto de la sustitución, v. *infra*, epígrafe 23) (v. art. 467.2 CC).

En todo caso, prevalece sobre la representación la transmisión del derecho de aceptar la herencia (sobre la transmisión del derecho de aceptar la herencia, v. *supra*, epígrafe 9).

El «representante» sucede *in re proprio* al *de cuius* (no es, por tanto, heredero del representado), pero ocupa el lugar del representado, de modo que, en caso de sucesión intestada (sobre la cual, v. *infra*, epígrafe 19), tiene derecho a la misma cuota que habría correspondido a este último. En consecuencia, el representante debe ser

capaz (v. *infra*, epígrafe 17) y digno (v. *infra*, epígrafe 18) respecto del causante, y puede sucederle aunque hubiese repudiado (sobre la repudiación de la herencia, v. *supra*, epígrafe 13) la herencia del representado.

La representación opera, en línea recta, a favor de los descendientes de los hijos legítimos, legitimados y adoptivos, y también a favor de los descendientes de los hijos naturales del causante; en la línea colateral, opera a favor de los descendientes de los hermanos del causante (v. art. 468.1 CC).

17. La capacidad para suceder

De acuerdo con el art. 462.1 CC, tienen capacidad para suceder todos los nacidos e incluso los concebidos al tiempo de la apertura de la sucesión.

El art. 462 CC se refiere únicamente a las *personas físicas*; pero sin duda son también capaces para suceder las *personas jurídicas*, las asociaciones, las fundaciones y otros entes carentes de personalidad.

La aceptación de la herencia por parte de sujetos que no sean personas físicas (con la excepción de la sociedad: v. art. 473.2 CC) debe hacerse a beneficio de inventario (v. art. 473 CC) (sobre la aceptación a beneficio de inventario, v. *supra*, epígrafe 9).

Por lo que se refiere a las particulares reglas relativas a la capacidad de recibir atribuciones testamentarias, v. *infra*, epígrafe 35.

18. La indignidad

Las personas indicadas en el art. 463 CC son excluidas de la sucesión por causa de indignidad. Se trata de sujetos que han llevado a cabo acciones especialmente graves contra el causante, como por ejemplo, el homicidio o su tentativa, o han arrentado contra la libertad de testar.

El listado de causas de indignidad es *taxativo*.

La indignidad no impide la sucesión, sino que permite a cualquier interesado solicitar la remoción de la adquisición (es irrelevante que se trate de sucesión intestada o testada [sobre la sucesión intestada, v. *infra*, epígrafe 19; sobre la sucesión testada, v. *infra*, epígrafes 21 y ss.]), por medio de una sentencia *constitutiva*.

El declarado indigno es tratado igual que el que no puede o no quiere aceptar la herencia: por ello, tras la declaración de indignidad, pueden ser resultar de aplicación, si se cumplen sus presupuestos, los institutos de la sucesión (v. *infra*, epígrafe 23), de la representación (v. *supra*, epígrafe 16) y del acrecimiento (v. *infra*, epígrafe 33).

La indignidad tiene carácter: (a) *relativo* (esto es, concierne sólo a la posibilidad de suceder a una determinada persona y no a la posibilidad de suceder en general); (b) *personal* (en el sentido de que, en el lugar del indigno pueden suceder, como se acaba de mencionar, sus representantes).

Quien está incurso en causa de indignidad puede suceder cuando el causante le ha rehabilitado para ello en documento público o en testamento; pero, incluso

cuando no haya habido rehabilitación expresa, el incurso en causa de indignidad, si ha sido contemplado en el testamento otorgado cuando el testador conocía la causa de indignidad, puede suceder dentro de los límites de la disposición testamentaria (v. art. 466 CC).

La sucesión intestada

19. El concepto de sucesión intestada y el derecho de commutación

Hay «sucesión intestada» (o *ab intestato*) cuando la sucesión se desarrolla conforme a lo previsto en la ley (v. arts. 565 y ss. CC), con independencia de la naturaleza de los bienes y de las relaciones jurídicas comprendidas en la herencia.

La sucesión intestada se abre siempre que falte, total o parcialmente, la sucesión testamentaria (v. art. 457 CC), entendida esta última en sentido estricto, esto es, siempre que falten herederos; dicho de otro modo, la sucesión intestada se abre incluso cuando el testador haya dispuesto de todo su patrimonio por medio de legados (sobre la sucesión testada, v. *infra*, epígrafes 21 y ss.).

Las reglas de la sucesión intestada se inspiran en el principio de la *transmisión familiar de la riqueza*, y tienden a proteger a la familia entendida como grupo ligado por

vínculos de sangre. Suceden por ley, efectivamente, los «parientes» (para el concepto de «pariente», v. arts. 74 y ss. CC) hasta el sexto grado (v. art. 572.2 CC), mientras que los afines (para el concepto de «afin», v. art. 78 CC) no son llamados a suceder. Sólo desde la reforma del Derecho de familia promulgada en 1975 se incluyó al cónyuge y de entre los posibles sucesores. En defecto de cónyuge y de parientes hasta el sexto grado, sucede el Estado (v. art. 586 CC).

La ley no sólo fija el orden de posibles sucesores, sino también las cuotas que les corresponden, remitiendo en cuenta igualmente el caso de concurso de pluralidad de posibles sucesores (v. arts. 566 y ss. CC).

Por lo que se refiere, en particular, al cónyuge, hay que remarcar que, cuando concurre con hijos, tiene derecho a la mitad de la herencia si a la sucesión concurre un solo hijo, y a un tercio en otro caso (v. art. 581 CC), mientras que si concurre con ascendientes legítimos o hermanos tiene derecho a dos tercios de la herencia (v. art. 582 CC). En defecto de hijos, ascendientes y hermanos, corresponde al cónyuge toda la herencia (v. art. 583 CC).

Al cónyuge separado al cual no se le haya imputado la separación, le corresponden los mismos derechos sucesorios que al cónyuge no separado. En cambio, si le ha sido imputada la separación, el cónyuge tiene derecho únicamente a una pensión vitalicia, siempre que en el momento de la apertura de la sucesión estuviese percibiendo alimentos del cónyuge fallecido (v. art. 585 CC). Finalmente, puede atribuirse al cónyuge divorciado una pensión periódica a cargo de la herencia, si se en-

cuentra en estado de necesidad y, en la sentencia de disolución del matrimonio, se le hubiera reconocido el derecho a una prestación pecuniaria (v. art. 9 bis Ley de 1 de diciembre de 1970, n. 898).

Existe una disciplina específica respecto de la llamada *pensione di reversibilità*¹ a favor del cónyuge superviviente, incluso si ha mediado divorcio (v. art. 9 l. 1 diciembre 1970, n. 898).

En cuanto a la sucesión de los hijos, debe destacarse la equiparación entre hijos legítimos y naturales (v. art. 566 CC). Los hijos legítimos y los adoptivos son equiparados a los hijos legítimos (v. art. 567 CC).

Sobre el llamado «derecho de commutación», v. *infra*, epígrafe 40.

En derecho de suceder por vía legal y, por tanto, de aceptar la herencia, se adquiere por el mero hecho de estar incluido entre los posibles sucesores. Los problemas que puedan surgir tras la aceptación de la herencia por

1 N. de los T. Los integrantes del núcleo familiar de un trabajador afiliado a la Seguridad Social o que percibe una pensión, a raíz de su fallecimiento, pueden tener derecho, en tanto que supervivientes, a una pensión. Esta pensión puede ser «di reversibilità», si la persona fallecida era ya pensionista (por ejemplo, percibía una pensión de jubilación o de invalidez) o bien indirecta, si la persona fallecida había cotizado un mínimo de quince años o bien si había cotizado al menos cinco años y tres de ellos corresponden al quinquenio inmediatamente anterior a su muerte.

parte de sujetos incluidos en el círculo de posibles sucesores, pero que, en realidad, no tengan derecho a suceder, se resuelven por medio de la acción de petición de herencia (v. *supra*, epígrafe 12).

En cuanto a las consecuencias de la repudiación de la herencia por parte de un llamado a la sucesión intestada, v. *supra*, epígrafe 13.

20. Las sucesiones «anómalas»

Se emplea la expresión «sucesiones anómalas» para hacer referencia a las sucesiones *ex lege* reguladas por disposiciones presididas por criterios diversos a aquellos que, en general, gobiernan las sucesiones.

Las sucesiones anómalas constituyen excepciones al «principio de unidad de la sucesión», conforme al cual la masa hereditaria en su integridad debe ser destinada a los llamados, tal y como vienen determinados por las normas correspondientes, según las cuotas legales o fijadas en testamento y de acuerdo con la regla según la cual todo heredero tiene derecho a una porción *in natura* de los bienes que integran la masa hereditaria (v. art. 718 CC).

La anomalía puede consistir: (a) en una alteración del orden de los posibles sucesores, en función de sus cualidades personales; (b) en la vocación a favor de personas distintas a los posibles sucesores relacionados en el art. 565 CC; (c) en una derogación del principio de igualdad de trato de los coherederos en proporción a sus respectivas cuotas.

Por ejemplo, constituye un caso de sucesión anómala la que se produce, al amparo del art. 6 de la Ley de 27 de julio de 1978, núm. 392, en la *relación de arrendamiento de vivienda*: la anomalía consiste, en este supuesto, en el hecho de que la sucesión presupone también la convivencia, además de que no todos los posibles sucesores pertenecerán a las categorías de sujetos previstas en el art. 565 CC.

Otro caso de sucesión anómala es el de la sucesión en las indemnizaciones previstas en los arts. 2.118 y 2.120 CC, en caso de fallecimiento del trabajador (v. art. 2.122 CC): la anomalía consiste, en este supuesto, en el hecho de que la determinación de los posibles sucesores se realiza con base en criterios diversos a aquellos que presiden la sucesión intestada, ya que, entre otras cosas, el cónyuge y los hijos concurren con los parientes hasta el tercer grado y con los afines hasta el segundo, siendo así que estos últimos no tienen derecho a suceder *ex lege* según las normas generales (v. de nuevo el art. 565 CC).

Los distintos supuestos de sucesión anómala se suelen agrupar en dos categorías: las sucesiones anómalas llamadas *separadas*, es decir, que tienen por objeto un bien o un conjunto de bienes que se segrega de la masa hereditaria (encontramos un ejemplo en la sucesión llamada del *maso d'insò*², regulada por la Ley de la provincia autó-

2. N. de los T. Literalmente, «masía/heredad cerrada». Según el diccionario De Mauro, se trata de un instituto jurídico de origen germánico y medieval, consistente en una hacienda familiar, agrícola, ramadera y forestal, dotada de vivienda, que es legalmente indivisible, de modo

noma de Bolzano de 28 de noviembre de 2001, núm. 17, donde la anomalía consiste en la necesidad de atribuir la propiedad a un solo heredero); y las sucesiones anómalas llamadas *especiales*, esto es, que no tienen por objeto bienes separados (por ejemplo, la asignación periódica, a cargo de la herencia y a favor del cónyuge divorciado que se encuentre en situación de necesidad, que contempla el art. 9 *bis* de la Ley de 1 de diciembre de 1970, núm. 898: la anomalía radica en que el cónyuge divorciado ya no forma parte de la familia del causante).

La sucesión testamentaria

III

21. El testamento: definición y caracteres

El testamento es el acto por el cual una persona puede disponer de todo o parte de su patrimonio para el momento en que habrá dejado de vivir (v. art. 587 CC).

Esta definición plantea el problema de la eficacia de un testamento que contenga sólo la exclusión de algún sucesor legal o intestado (la llamada «*desheredación*»). Seguramente un testamento de este tipo sólo puede ser considerado válido cuando la voluntad de desheredar pueda ser interpretada como voluntad de instituir herederos a los otros sucesores intestados (por ejemplo, si un

1. N. de los T. Notemos que la desheredación tiene aquí un sentido muy distinto al que recogen los arts. 848 y ss. del Código civil español, donde se refiere a la exclusión de algún legionario y no, como en el texto, a la exclusión de alguno de los llamados a la sucesión intestada.

que no puede ser repartida entre varios coherederos, sino que se atribuye a un heredero previamente elegido.

sujeto tiene sólo dos hermanos y quiere nombrar a uno heredero universal, podría, en lugar de otorgar un testamento con este contenido, limitarse a disponer la exclusión del otro hermano de la sucesión); en cambio, puede discutirse su eficacia si la interpretación conduce a entender que se ha manifestado únicamente una voluntad pura y simplemente encaminada a la desheredación.

El testamento es un negocio jurídico unilateral *no* recíproco, que puede contener una pluralidad de disposiciones *mortis causa* independientes. En la medida que cada disposición constituye un negocio jurídico por sí misma, que podría constituir el objeto de otro testamento distinto, la invalidez de una disposición no afecta a las demás.

Los caracteres del testamento son: (a) la revocabilidad (v. arts. 679 y ss. CC), que se establece como consecuencia de la libertad de testar (no se puede renunciar a la facultad de testar: v. art. 679 CC) (sobre la revocabilidad de las disposiciones testamentarias, v. *infra*, epígrafe 29); (b) la unilateralidad (es verdad que la herencia debe ser aceptada [v. art. 470 y ss. CC], pero la aceptación viene referida a la delación [sobre el concepto de delación, v. *supra*, epígrafe 2], es decir, al llamamiento a la herencia que tiene su origen en el testamento, y no al testamento mismo); (c) la personalidad (no es posible la representación voluntaria ni legal en la redacción del testamento); (d) la unipersonalidad (los testamentos conjuntos y recíprocos son nulos: v. *infra*, epígrafe 28); (e) la solemnidad (se requieren formas determinadas *ad substantiam*: v. *infra*, epígrafe 27).

22. El contenido típico del testamento

Constituyen el contenido típico del testamento las *disposiciones de naturaleza patrimonial*, que pueden traducirse en instituciones de heredero, legados, cargas o modos.

Atribuyen la calidad de heredero y, en consecuencia, la de sucesor a título universal (v. *supra*, epígrafe 8), las *disposiciones que comprenden la universalidad o una cuota de los bienes del testador* (v. art. 588.1 CC).

Se desprende del segundo párrafo del art. 588 CC—según el cual la indicación de bienes determinados o de un conjunto de bienes no excluye que la disposición sea a título universal, cuando resulta que el testador ha pretendido atribuir dichos bienes como cuota del patrimonio—que una disposición atributiva de la calidad de heredero no necesariamente debe tener por objeto la atribución del patrimonio en su integridad o de una fracción aritmética del mismo, sino que puede consistir también en la atribución de bienes determinados (es la llamada *institutio ex re certa*). En este caso, la determinación de la cuota, que se llevará a cabo teniendo en cuenta el valor de los bienes al tiempo de la apertura de la sucesión, deberá tener lugar *a posteriori*, relacionando el valor de los bienes atribuidos con el de la masa hereditaria. La necesidad de que, para que la institución pueda entenderse hecha en una cuota del patrimonio, se constate la intención en este sentido del testador, lleva a

concluir que, en la duda, la *res certa* deba entenderse atribuida a título de legado.

El *legado*, cuyo beneficiario deviene sucesor a título particular del difunto (v. *supra*, epígrafe 8), puede tener por objeto la propiedad de cosas determinadas —y se llama, entonces, «legado de especie»—, pero es válido incluso si tiene por objeto una *cosa determinada sólo en cuanto al género*, y también si no había ningún bien perteneciente al género en el patrimonio del testador al tiempo de testar o si no lo hay en el momento del fallecimiento (v. art. 653 CC).

Hay otros supuestos en que el legado es válido a pesar de tener por objeto *casas que no existen en el patrimonio del testador* en efecto, el legado de cosa perteneciente al gravado o a un tercero escapa de la sanción de nulidad cuando del testamento o de otra declaración escrita del testador resulte que éste sabía que la cosa legada pertenecía al gravado o a un tercero (v. art. 651.1 CC) y el legado de cosa que sólo parcialmente pertenece al testador es válido respecto de esa parte, salvo que se deduzca la voluntad del testador de legar la cosa en su totalidad (v. art. 652 CC).

Cuando nos encontramos con legados válidos de derechos que no existen en el patrimonio del causante, no se puede hablar de sucesión. Lo mismo sucede respecto del legado de liberación de deuda (v. art. 658 CC).

Puede establecerse también un *legado de contrato*, es decir, la atribución al legatario del derecho de exigir del

gravado la celebración de un contrato; en caso de incumplimiento, se puede alegar el art. 2.392 CC, conforme al cual si el obligado a concluir un contrato no cumple la obligación, la otra parte puede obtener una sentencia que produzca los efectos del contrato no celebrado.

Cabe también disponer un legado a favor de uno de los coherederos y a cargo de toda la herencia (el llamado *prelegado*). En estos casos, el bien se considera legado en su integridad² (v. art. 661 CC).

Es perfectamente posible que un testamento tenga como único contenido el establecimiento de legados.

Las disposiciones, a título universal o a título particular, pueden hacerse bajo *condición*, tanto suspensiva como resolutoria (v. art. 633 CC).

Sin embargo, es nula la disposición a título universal o a título particular hecha por el testador bajo la condición de resultar él beneficiado en el testamento del heredero o del legatario (se trata de la llamada «condición de reciprocidad») (v. art. 635 CC).

Las condiciones imposibles y las contrarias a normas imperativas, al orden público o a las buenas costumbres se tienen por no puestas, salvo que constituyan el único motivo que ha inducido al testador a realizar la disposición (es la llamada «regla sabiniana») (v. art. 634 CC). En

2. N. de los T. Es decir, sin confundirse con la cuota hereditaria del coheredero beneficiado por él.

particular, se considera ilícita la condición que impide las primicias o ulteriores nupcias (la llamada «*conditio viduitatis*») (v. art. 636.1 CC).

A diferencia de lo que ocurre con la institución de heredero, en la cual el término se tiene por no puesto, el legado puede ser sujeto a *término*, inicial o final (v. arts. 637 y 640 CC).

* * *

El *modo* (v. art. 647 CC) se traduce en una obligación accesoria a cargo del sucesor (heredero o legatario), que limita en cierta medida el beneficio atribuido.

El modo se distingue del legado puesto que, mientras que por medio de este último el testador persigue establecer a favor del beneficiario una adquisición directa, con el modo el testador sólo de modo indirecto pretende favorecer al beneficiario — que, por otro lado, puede ser incluso un sujeto indeterminado; por tanto, el beneficiario del modo (a diferencia del legatario, que trae causa del disponente) trae causa del gravado.

23. La sustitución ordinaria o vulgar

Hay «sustitución ordinaria» (o «vulgar») siempre que el testador prevea la sustitución del heredero instituido por otra persona para el supuesto en que el primero no pueda o no quiera aceptar la herencia (v. art. 688.1 CC). Si el testador ha previsto sólo una de estas eventualida-

des, se presume que ha querido referirse también al caso no expresado, salvo que conste que fue otra su voluntad (v. art. 688.2 CC).

El sustituto es un instituido bajo condición suspensiva, y adquiere la herencia como heredero *directo* del causante.

La sustitución prevalece sobre la representación (v. art. 467.2 CC) (sobre la cual, v. *supra*, epígrafe 16) y sobre el acrecimiento (v. art. 674.3 CC) (sobre el cual, v. *infra*, epígrafe 33), mientras que la transmisión de la delación (sobre la cual, v. *supra*, epígrafe 9) prevalece sobre la sustitución, salvo que el testador haya previsto otra cosa (que consistiría, en realidad, en una institución bajo la condición resolutoria de la falta de aceptación de la herencia por parte del instituido personalmente).

24. La sustitución fideicomisaria

La «sustitución fideicomisaria» tiene, en la actualidad y a raíz de la configuración que le atribuyó la Ley de 19 de mayo de 1975, núm. 151 (Reforma del Derecho de familia), carácter exclusivamente *asistencial*. Así se desprende del art. 692 CC, según el cual los progenitores, los restantes ascendientes en línea recta o el cónyuge del incapacitado³ pueden instituir, respectivamente, al hijo,

3. N. de los T. El supuesto de hecho se refiere siempre al incapacitado de mayor intensidad (el «interdictivo»). Sobre los distintos grados de incapacidad y la terminología empleada, v. *supra* nota 4.

al descendiente o al cónyuge con la obligación de conservar y de restituir, en el momento de su fallecimiento, los bienes—incluso los que *constituyen la legítima*— a la persona o a las entidades que, bajo la vigilancia del tutor, han cuidado del incapacitado. Y la misma regla se aplica en el caso del menor de edad, si se halla en condiciones psíquicas tales que hagan presumir que se producirá la incapacitación. En cualquier otro supuesto, la sustitución es nula.

No obstante, la sustitución fideicomisaria nula puede valer como sustitución vulgar, para el caso en que el primer llamado no pueda o no quiera aceptar.

25. El contenido atípico del testamento

Tal y como se desprende del segundo párrafo del art. 587 CC, según el cual *las disposiciones de carácter no patrimonial* que conforme a la ley pueden realizarse en testamento son eficaces si se contienen en un acto con forma de testamento, incluso si no hay disposiciones de carácter patrimonial, el testamento puede tener un contenido atípico de carácter no patrimonial. Así, por ejemplo, el testamento puede contener el reconocimiento de un hijo natural (v. art. 254.1 CC); la manifestación de la voluntad de legitimar un hijo (v. art. 285 CC); la designación del tutor o del protutor⁴ de menores (v. arts.

348.1, 355 CC); la designación de tutor o de curador para casos de interdicción y de inhabilitación⁵, respectivamente (v. art. 424.3 CC); la manifestación de la voluntad de rehabilitar al indigno (v. art. 466 CC) (sobre la indignidad, v. *supra*, epígrafe 18); la prohibición de publicar una obra inédita (v. art. 24 de la Ley de 22 de abril de 1941, núm. 633).

Se considera que se pueden insertar en el testamento otras disposiciones de carácter no patrimonial distintas a las expresamente admitidas por la ley como posible contenido del testamento. Estas disposiciones, no obstante, no devienen vinculantes por el hecho de estar contenidas en el testamento: para asegurar su observancia, es preciso utilizar la condición o el modo (sobre la condición en el testamento y sobre el modo, v. *supra*, epígrafe 22).

También es posible que el testamento tenga un *contenido atípico de carácter patrimonial*: si bien típicamente contiene instituciones de heredero y legados (v. *supra*, epígrafe 22), es opinión común que en el testamento, en tanto que negocio jurídico unilateral, pueden incluirse también todo tipo de disposiciones de carácter patrimonial que sea posible realizar justamente por medio de un

judicial del Derecho español. Las funciones del protutor italiano vienen recogidas, esencialmente, en el art. 360 CC.

5. N. de los T. En cuanto a la distinción entre «interdicción» e «inhabilitación», v. *supra* nota 4.

4. N. de los T. Se respeta la expresión original italiana, «protutor», para hacer referencia a una institución de protección parecida al defensor

negocio jurídico unilateral; así, por ejemplo, si se ha enajenado un bien con pacto de retroventa, el testamento puede contener la próroga del plazo de ejercicio del derecho.

26. La voluntad testamentaria

La voluntad testamentaria debe ser: (a) expresa, como se desprende de la existencia de unas formas limitadas de testamento admitidas por la ley (sobre las distintas formas de testamento admitidas por la ley, v. *infra*, epígrafe 27); (b) completa, por lo que se refiere a los destinatarios (conforme al art. 628 CC, es nula toda disposición hecha a favor de persona designada de modo que no pueda ser identificada); (c) definitiva (lo cual no significa que no pueda ser posteriormente modificada [sobre la revocación de las disposiciones testamentarias, v. *infra*, epígrafe 29]).

Las reglas relativas a los *vicios de la voluntad* testamentaria se refieren a las concretas disposiciones contenidas en el testamento. Sólo la *violencia física* afecta al testamento en su integridad, determinando su nulidad.

Las disposiciones testamentarias pueden ser impugnadas por cualquier interesado cuando son el resultado del *error*, la *violencia* o el *dolo* (v. art. 624.1 CC). El error en el motivo, de hecho o de derecho, es causa de anulación de la disposición testamentaria, cuando el motivo se desprende del propio testamento y ha sido la única razón determinante de la disposición (v. art. 624.1 CC).

El *motivo ilícito* hace nula la disposición testamentaria, cuando se desprende del propio testamento y ha sido la única razón determinante de la disposición (v. art. 626 CC).

27. Las distintas formas testamentarias

Las formas comunes u ordinarias de testamento son el ológrafo y el testamento ante notario; este último puede ser público o secreto⁶ (v. art. 601 CC).

El *testamento ológrafo* se caracteriza por ser manuscrito, contener la indicación de la fecha y ser firmado por el testador (v. art. 602 CC).

El *testamento público*, que es el único testamento notarial en sentido estricto, se realiza ante notario en presencia de dos testigos (v. art. 603 CC), a cuya intervención no se puede renunciar (v. art. 48 de la Ley de 16 de febrero de 1913, núm. 29).

El *testamento secreto* es un testamento mixto, que aúna las ventajas del testamento ológrafo (esto es, la privacidad respecto del contenido) y del público (es decir, la posibilidad de obviar el riesgo de pérdida). Consta de un documento testamentario, de naturaleza privada, que puede

6. N. de los T. La bipartición «público»/«secreto» equivale, en sus rasgos principales, a nuestra distinción entre testamento abierto y testamento cerrado ante notario, pero se traduce literalmente el original italiano para no inducir a error al lector con una asimilación absoluta de figuras.

haber sido escrito incluso por un tercero, y de un acta notarial, de naturaleza pública (v. art. 604 CC).

El ordenamiento italiano conoce también de algunas formas, *tasadas*, de *testamentos especiales*.

Es característica común a todos los testamentos especiales su validez limitada en el tiempo.

Se pueden otorgar testamentos especiales en caso de enfermedad contagiosa, calamidad pública u otras situaciones que impidan al testador valerse de las formas testamentarias ordinarias (v. art. 609 CC), de viaje por mar (v. art. 611 CC), de viaje a bordo de aeronave (v. art. 616 CC), y también por parte de militares y personas asimiladas a ellos (v. art. 617 CC).

28. Testamentos conjuntos, recíprocos, simultáneos y correspectivos

Están prohibidos tanto el «testamento conjunto», es decir, el que otorgan en el mismo acto dos o más personas a favor de un tercero, como el «testamento recíproco», esto es, el testamento en que dos o más personas, en el mismo acto, disponen la una a favor de la otra o de las otras (v. art. 589 CC).

En cambio, es válido el «testamento simultáneo»: es posible, por tanto, que diversas personas redacten su propio testamento, cada uno firmado por la persona que lo ha realizado, en el mismo documento, siempre que no hayan establecido condiciones de reciprocidad (sobre la condición de reciprocidad, v. *supra*, epígrafe 22).

Por otro lado, es válido el «testamento correspectivo», que se da cuando dos personas, en actos independientes, otorgan testamento la una a favor de la otra. En este caso, no obstante, el testamento podría ser impugnado probando la existencia de un eventual pacto sucesorio (sobre los pactos sucesorios, v. *infra*, epígrafe 36).

29. La revocación de las disposiciones testamentarias

No se puede renunciar en modo alguno a la facultad de revocar o de modificar las disposiciones testamentarias (v. art. 679 CC).

La revocación expresa (v. art. 680 CC) es un acto: (a) unilateral; (b) patrimonial (por cuanto impide que se produzcan los efectos patrimoniales de las disposiciones revocadas); (c) accesorio (respecto del testamento); (d) formal; (e) a su vez revocable (v. art. 681 CC); (f) personal (puesto que no se puede realizar por medio de representante: v. art. 680 CC); (g) no recepticio; (h) *mortis causa* (igual que el acto —el testamento— al cual se refiere; en consecuencia, también es aplicable a la revocación la regulación prevista para el testamento).

Además de la revocación expresa, puede producirse una revocación tácita (v. art. 682 CC [testamento posterior incompatible], 685 CC [al retirar el testamento secreto de la notaría o de quien lo tenga en su custodia], 686 CC [enajenación o transformación de la cosa lega-

dal]) y una revocación legal (v. art. 687 CC [revocación por superveniencia de hijos]).

La relación de supuestos de revocabilidad debe considerarse *taxativa* (y por ello, por ejemplo, conserva su validez el testamento a favor del cónyuge, aunque posteriormente haya recaído sentencia de separación imputable a dicho cónyuge).

El eventual reconocimiento del hijo natural (v. art. 256 CC) y la rehabilitación del indigno mantienen su eficacia pese a la revocación del testamento que los contuviera.

La revocación total o parcial de un testamento puede, a su vez, ser revocada, con las formalidades previstas para la revocación expresa; en tal caso, reviven las disposiciones revocadas (v. art. 681 CC).

30. La eficacia del testamento

El testamento público adquiere eficacia inmediatamente con la apertura de la sucesión (v. art. 61 de la Ley de 16 de febrero de 1913, núm. 89, y art. 75 del Reglamento, R.D. de 10 de septiembre de 1914, núm. 1326).

El testamento secreto, en cambio, para adquirir eficacia, debe ser abierto y protocolizado por el notario tan pronto como tenga noticia de la muerte del testador (v. art. 621.1 CC).

De modo parecido, también el testamento ológrafo debe ser presentado por quienquiera que lo tenga en su

poder a un notario, para que proceda a su protocolización (v. art. 620.1 CC).

31. El Registro general de testamentos

La Ley de 25 de mayo de 1981, núm. 307, en cumplimiento del Convenio de Basilea de 16 de mayo de 1972, con el objeto de facilitar la búsqueda de testamentos y de impedir que sean ignorados o conocidos tarde, estableció a cargo del Ministerio de Gracia y Justicia⁷ un Registro general de testamentos, cuya levanza se confía a la oficina central de los archivos notariales. Tras la Ley se aprobó su reglamento de desarrollo (Decreto del Presidente de la República de 18 de diciembre de 1984, núm. 956) y se han fijado también reglas para la inscripción de los testamentos en el Registro en los Decretos ministeriales de 29 de marzo de 1988, 1 de mayo de 1988, 27 de junio de 1988 y 25 de octubre de 1993, núm. 586.

De acuerdo con el art. 4 de la referida Ley, en el Registro deben ser inscritos los siguientes actos: 1) testamentos públicos (sobre los cuales, v. *supra*, epígrafe 27); 2) testamentos secretos (sobre los cuales, v. *supra*, epígrafe 27); 3) testamentos especiales (sobre los cuales, v. *supra*, epígrafe 27); 4) testamentos ológrafos depositados formalmente ante notario; 5) las actas de protocolización

7. N. de los T. Actualmente, «Ministero della Giustizia».

de testamentos ológrafos no contemplados en el número precedente (sobre la protocolización de los testamentos ológrafos, v. *supra*, epígrafe 30): 6) la retirada de testamentos secretos y ológrafos depositados formalmente ante notario, así como la revocación y la revocación de la revocación de disposiciones por causa de muerte, siempre que tenga lugar por medio de nuevo testamento que, según los apartados anteriores, deba ser inscrito, o por acta notarial en presencia de dos testigos, de conformidad con los arts. 680 y 681 CC (sobre la revocación de las disposiciones testamentarias, v. *supra*, epígrafe 29).

32. Los albaceas

Para asegurar que sus disposiciones sean puntualmente cumplidas, el testador puede nombrar uno o más albaceas o «ejecutores testamentarios» (v. art. 700.1 CC).

El albacea no es ni mandatario ni representante del causante, sino que desempeña un cargo de derecho privado.

Salvo voluntad contraria del causante, el albacea, para velar por la ejecución de las disposiciones del testador, debe administrar la masa hereditaria, tomando posesión de los bienes que la integran (v. art. 703.2 CC).

33. El acrecimiento

Cuando varios herederos han sido instituidos en un mismo testamento en la universalidad de los bienes, sin

determinación de partes o a partes iguales (aunque hayan sido determinadas), si uno de ellos no puede o no quiere aceptar, su parte acrece a los demás (v. art. 674.1 CC). Si varios herederos han sido instituidos en una misma cuota, el acrecimiento tiene lugar a favor de los restantes herederos instituidos en esa misma cuota (v. art. 674.2 CC).

También tiene lugar el acrecimiento entre varios legatarios a los cuales les sea legado un mismo objeto, salvo que resulte del testamento una voluntad distinta (v. art. 675 CC).

El acrecimiento encuentra fundamento en la voluntad presunta del testador de disponer una delación solidaria y tiene lugar por efecto de la ley⁸ (v. art. 676.1 CC).

El acrecimiento puede operar si no se ha previsto una sustitución (sobre la sustitución, v. *supra*, epígrafe 23) (v. art. 523 CC) y si no concurren los presupuestos de la representación (sobre la representación, v. *supra*, epígrafe 16) (v. arts. 523, 674.4 y 675 CC); cuando ni siquiera puede operar el acrecimiento, se abre la sucesión intestada para la cuota del heredero que no ha podido o no ha querido aceptar; en cambio, la porción del legatario que falla aprovecha al gravado (v. art. 677.1 CC). El testador puede, por tanto, impedir el acrecimiento disponiendo una sustitución (v. art. 674.3 CC), pero puede conseguir el mismo efecto con la simple exclusión del acrecimiento (en este último caso, la transferencia de derechos tendrá lugar según las normas de la sucesión intestada: v.

8. N. de los T. Es decir, sin necesidad de acepción separada.

art. 677 CC [sobre la sucesión intestada, v. *supra*, epígrafe 19].

También impide el acrecimiento la transmisión del derecho de aceptar la herencia (sobre la transmisión del derecho de aceptar la herencia, v. *supra*, epígrafe 9).

34. La capacidad de disponer por testamento

La regla es la capacidad de testar.

Son incapaces para testar: (a) los menores de edad; (b) los incapacitados absolutos por enfermedad o deficiencia psíquica⁹; (c) aquellos respecto de los que, pese a no haber sido incapacitados, se pueda probar que no ostentaban, por cualquier causa (incluso transitoria) la capacidad de entender o de querer en el momento de otorgar testamento (v. art. 591.2 CC).

Esta relación de causas de incapacidad tiene carácter *taxativo*.

El incapacitado relativo¹⁰ (v. art. 415 CC) y el legal (es decir, quien ha sido condenado a cadena perpetua o a prisión por tiempo no inferior a cinco años a causa de un delito doloso) pueden testar válidamente (v. art. 32 del Código penal y 119 de la Ley de 24 de noviembre de 1981, núm. 689).

9. N. de los T. Es decir, los que han sido objeto de «interdicción».

Sobre la distinción entre «interdicción» e «inhabilitación», v. *supra* nota 4.

10. N. de los T. Es decir, el que ha sido objeto de «inhabilitación». Sobre la distinción entre «interdicción» e «inhabilitación», v. *supra* nota 4.

El menor emancipado no puede otorgar testamento ni siquiera si está autorizado, *ex art.* 397 CC, para ejercer una actividad comercial.

35. La capacidad de recibir por testamento

La capacidad para recibir por testamento es más amplia que la capacidad para suceder en general (sobre la cual v. *supra*, epígrafe 17): por medio del testamento pueden ser llamados a suceder incluso los no concebidos, siempre que sean hijos de una determinada persona que viva en el momento de la apertura de la sucesión (v. art. 462.3 CC).

No obstante, son incapaces para recibir por testamento el tutor y el profrutor¹¹, salvo que sea ascendiente, descendiente, hermano o cónyuge del testador (v. art. 596 CC); el notario, los testigos y el intérprete que hayan intervenido en el testamento público (v. art. 597 CC), así como la persona que ha escrito el testamento secreto y el notario al cual dicho testamento haya sido consignado en plica sin sellar (v. art. 598 CC).

36. Los pactos sucesorios

El testamento es el único instrumento que permite establecer un destino de los bienes hereditarios distinto del previsto por la Ley.

11. N. de los T. Sobre su serriedad al defensor judicial, v. *supra* nota 15.

Los pactos sucesorios llamados de institución (o confirmativos), por medio de los cuales el disponente conviene, con el futuro heredero o con un tercero, la institución de heredero a favor de una persona determinada, son siempre nulos (v. art. 458 CC). Igualmente son nulos los pactos o los negocios unilaterales llamados *dispositivos*, con los cuales una persona dispone, o se compromete a disponer, de una herencia que todavía no ha recibido, así como los pactos y negocios unilaterales llamados de *renuncia*, esto es, los pactos o negocios unilaterales por medio de los cuales una persona renuncia o se compromete a renunciar a una herencia que todavía no ha recibido (v. nuevamente el art. 458 CC).

Los pactos sucesorios de institución son legalmente nulos porque contravienen el principio de la libre revocabilidad de las disposiciones testamentarias (sobre la revocabilidad de las disposiciones testamentarias, v. *supra*, epígrafe 29), y, más en general, contravienen el principio de libertad de testar, que se desprende no sólo del principio de libre revocabilidad de las disposiciones testamentarias, sino también de la regla de la nulidad del testamento conjunto o recíproco (sobre los testamentos conjuntos y recíprocos, v. *supra*, epígrafe 28) y de las disposiciones hechas bajo condición de reciprocidad (sobre la condición de reciprocidad, v. *supra*, epígrafe 22).

La nulidad de los pactos sucesorios y de los negocios unilaterales de *disposición y de renuncia* se establece con la finalidad de impedir que los pródigos dilapiden incluso lo que todavía no tienen, además de fundarse en el reclazo

social que merece el *voluntati captandae mortis*, es decir, el hecho de desear la muerte ajena.

Los pactos sucesorios pueden aparecer en Italia sólo cuando la sucesión venga regulada por una legislación extranjera que los admita; a pesar de estar prohibidos, no se consideran, por tanto, contrarios al orden público interno (v. art. 16 de la Ley de 31 de mayo de 1995, núm. 218).

37. Los «pactos de familia»

La Ley de 14 de febrero de 2006, núm. 55, introdujo en el libro segundo, título cuarto, del Código civil italiano un nuevo capítulo V-*bis*, dedicado al «pacto de familia». Se trata de un contrato por medio del cual, sin perjuicio de las disposiciones en materia de empresa familiar (art. 230-*bis* CC) y respetando la tipología societaria, el empresario puede transferir, total o parcialmente, la empresa, y el titular de participaciones societarias puede transferirlas, en todo o en parte, a uno o más descendientes (v. art. 768-*bis* CC).

Deben también intervenir en el contrato el cónyuge y todos los que sean legítimos si se abre la sucesión del empresario o del titular de participaciones societarias en el momento de su celebración (v. art. 768-*quater*. 1 CC).

Los adquirentes de la empresa o de las participaciones societarias deben liquidar a los otros intervinientes en el contrato, salvo renuncia total o parcial, una suma equi-

valente al valor de sus cuotas de legítima (v. *infra*, epígrafe 37), sin perjuicio de la posibilidad de convenir que la liquidación se realice *in natura* (v. art. 768-*quater* 2 CC).

Cuando se abra la sucesión del empresario o del titular de participaciones societarias, el cónyuge y los otros legitimarios que no hubiesen intervenido en el contrato pueden reclamar al beneficiario del contrato el pago de la referida suma, más los intereses legales (v. art. 768-*sexies*. 1 CC).

Los bienes cedidos en el mismo contrato a otros intervinientes que no sean adquirentes de la empresa o de las participaciones societarias se imputan a las cuotas de legítima que les correspondan, según el valor que se les haya atribuido en el contrato; estas cesiones pueden establecerse también por medio de un contrato posterior que se declare expresamente coligado al primero, siempre que intervengan en él los mismos sujetos que participaron en el primer contrato o aquellos que les hayan sustituido (v. art. 768-*quater*. 3 CC).

Lo que se haya recibido por medio del «pacto de familia» no está sujeto a colación (v. *supra*, epígrafe 7) ni a reducción (v. *infra*, epígrafe 45) (v. art. 768-*quater*. 4 CC).

Al introducir la disciplina de los «pactos de familia», el legislador modificó también el texto del art. 458 CC, dedicado a los «pactos sucesorios» (sobre los cuales v. *supra*, epígrafe 36), añadiendo a su inicio «Sin perjuicio de lo dispuesto en los arts. 768 *bis* y siguientes». Y, efectivamente, al menos desde el momento en que los legi-

timarios no preferidos, al aceptar participar en el pacto, se adhieren a la voluntad del disponente citada en que la empresa o las participaciones societarias se destinen a uno o varios de sus descendientes, se verifica una disposición, por parte de los propios legitimarios, de los derechos que les correspondían en la sucesión futura que, a la luz de la prohibición de pactos sucesorios, sea de otro modo considerada nula.

38. Otros acuerdos destinados a producir efectos tras la muerte de una de las partes

En el ordenamiento italiano, no se concede carta de naturaleza a la *donation mortis causa*, es decir, la donación destinada a producir efectos únicamente en caso de premonición del donante al donatario. Ello es debido a que, dada la naturaleza contractual de la donación, el disponente no puede revocarla, y la revocabilidad constituye uno de los caracteres imprescindibles de las disposiciones *mortis causa* (sobre esta cuestión, v. *supra*, epígrafe 21).

En cambio, son válidas las *donaciones sometidas a la condición suspensiva de la premonición del donante* —*si praemoniar*—, puesto que, dada la retroactividad de la condición, la atribución patrimonial depende de un acto *inter vivos*, y no *mortis causa*. Lo mismo sucede con la donación a término inicial coincidente con la muerte del donante —*cum moriar*—, siendo así que, además, constituye una donación *inter vivos* normal.

El *mandato post mortem*, es decir, el mandato que obliga al mandatario a actuar tras la muerte del mandante, es considerado, en general, válido, siempre que no se traduzca en un pacto sucesorio y que revista las mismas formas exigidas para el testamento.

IV

La sucesión necesaria

39. El concepto de sucesión necesaria

Se emplea la expresión «sucesión necesaria» para hacer referencia al fenómeno por el cual la ley reserva necesariamente a determinados sujetos (llamados «*legitimarios*») una cuota de la herencia (v. arts. 536 y ss. CC). De hecho, el causante sólo puede disponer libremente por testamento de una cuota de la herencia: la llamada «*cuota disponible*», mientras que otra cuota, la llamada «*cuota de reserva*» o «*cuota indisponible*» o, también, «*legítima*», queda reservada a los llamados «*delegitimarios*», o también «*reservatarios*» o «*sucesores necesarios*». Se trata de parientes próximos al difunto y, en particular, de su cónyuge, sus hijos legítimos, sus hijos naturales y sus ascendientes legítimos (v. art. 536.1 CC); los hijos legitimados y los adoptivos se equiparan a los hijos legítimos (v. art. 536.2 CC).

En concreto, se reserva al cónyuge supérstite la mitad del patrimonio del otro cónyuge (v. art. 540.1 CC),

salvo que concurre con los hijos, en cuyo caso se le reserva un tercio, si sólo hay un hijo, o una cuarta parte de la herencia si hay más de uno (v. art. 542 CC). Además, se reservan al cónyuge, incluso cuando concurre con otros llamados, el derecho de habitación sobre la vivienda familiar y el derecho de uso sobre el ajuar familiar, si pertenecían al difunto o eran comunes (v. art. 540.2 CC). Se trata de derechos que gravan la porción disponible y, cuando ésta no sea suficiente, la cuota reservada al propio cónyuge y, eventualmente, la cuota de los hijos.

40. El derecho de commutación

En el contexto de la sucesión necesaria (v. *supra*, epígrafe 39), la ley ha atribuido a los hijos legítimos el llamado «derecho de commutación», que consiste en la posibilidad de satisfacer en dinero o en bienes inmuebles hereditarios la porción correspondiente a los hijos naturales que no se opongan a ello. Si se oponen, decide el juez, tomando en consideración las circunstancias personales y patrimoniales concurrentes (v. art. 537.3 CC).

El derecho de commutación se configura como un derecho *potestativo*.

Se ha previsto el derecho de commutación también en el ámbito de la sucesión intestada (sobre la cual, v. *supra*, epígrafe 19) (v. art. 566.2 CC, que remite al art. 537.3 CC); en cambio, no se contempla en el marco de la sucesión testamentaria.

41. El cálculo de la cuota disponible

El cálculo de la «cuota disponible» (para cuyo concepto, v. *supra*, epígrafe 39) se realiza por medio de la llamada «*reminión ficticia*», que comporta valorar, en primer lugar, los bienes integrantes de la masa hereditaria (incluyendo aquellos que sólo aparentemente hayan salido de la herencia, como por ejemplo en caso de contratos simulados o nulos) (es el llamado «*relictum*»). Se procede, a continuación, a detracer las deudas del *relictum*. A lo que reste, se le añaden ficticiamente los bienes de los cuales hubiese dispuesto el causante a título gratuito (es el llamado «*donatum*») (v. art. 556 CC): por tanto, si las deudas exceden del *relictum*, la legítima se calculará teniendo en cuenta únicamente las donaciones, consideradas en conjunto.

Sobre el montante así obtenido, se calcula la cuota de la cual el difunto podía disponer.

Debido a que para determinar el patrimonio sobre el cual se calcula la cuota reservada a los legítimos es preciso añadir a los bienes que restan en el momento del fallecimiento —detráidas las deudas— las donaciones efectuadas en vida del causante, es posible que los derechos de los legítimos (sobre el concepto de «legítimos», v. *supra*, epígrafe 39) resulten lesionados incluso en caso de sucesión intestada (sobre la sucesión intestada, v. *supra*, epígrafe 19).

42. El derecho a la legítima y la llamada cautela sociniana

El derecho a la legítima (sobre la cual, v. *supra*, epígrafe 39) es un derecho *potestativo*, *transmisible*, tanto por acto *inter vivos* como *mortis causa* (v. art. 557.1 CC).

El testador no puede vulnerar el derecho a la legítima. Se suele decir, por ello, que el derecho a la legítima es *intangible*.

La intangibilidad de la legítima se manifiesta en dos sentidos distintos, uno *cuantitativo* y otro *calitativo*. Esto significa, por un lado, que el legitimario siempre tiene derecho a recibir una determinada cuota de bienes hereditarios y, por otro, que el legitimario tiene derecho a recibir una determinada cuota de cada tipo o clase de bienes hereditarios.

El legislador italiano concibe el derecho a la legítima como intangible en sentido cuantitativo, pero no en sentido calitativo.

Constituyen excepciones al principio de intangibilidad (cuantitativa) de la legítima la llamada *cautela sociniana* y el *legado en sustitución de la legítima* (v. *infra*, en este mismo epígrafe). Además, no están afectados por el principio de intangibilidad de la legítima el *derecho de habitación sobre la vivienda familiar* y el *derecho de uso sobre el ajuar familiar*, que la ley concede al cónyuge (v. *supra*, epígrafe 38), las reglas relativas a la *sustitución fiduciaria* (v. *supra*, epígrafe 24) y las reglas que permiten al testador *prohibir la división* (v. *infra*, epígrafe 47).

En particular, la llamada cautela sociniana es un instituto relativo al caso en que el testador haya dispuesto de un usufructo o de una renta vitalicia cuyo rendimiento exceda del de la cuota disponible (v. art. 550 CC). En este supuesto, los legitimarios a los que se haya atribuido la nuda propiedad de la cuota disponible o de parte de ella tienen la facultad de elegir entre aceptar esta disposición o bien renunciar a la nuda propiedad sobre la cuota disponible. En este segundo caso, el legatario, que obtiene la parte disponible renunciada, no adquiere la calidad de heredero.

La misma facultad de elección corresponde a los legitimarios si el testador ha dispuesto de la nuda propiedad de una parte que exceda de la cuota disponible.

El *legitimario preterido* no es, como tal, llamado a la herencia (sobre el concepto de «llamado a la herencia», v. *supra*, epígrafe 2) (en consecuencia, no puede hacer uso, en particular, de los poderes que el art. 460 CC atribuye al llamado con antelación a la aceptación [sobre esta cuestión, v. *supra*, epígrafe 10]): cuando el legitimario ejercita la acción de reducción, no está haciendo valer la calidad de heredero, sino que afirma un derecho *proprio*.

De ello deriva que las deudas de la herencia sólo deban ser tomadas en consideración por el legitimario preterido en tanto que pasivo a tener en cuenta a la hora de calcular el patrimonio respecto del cual queda determinada la cuota disponible (sobre el cálculo de la cuota

disponible, v. *supra*, epígrafe 41), y no porque deba responder de ellas como heredero (el legatario sólo adquiriría la condición de heredero si aceptase una eventual delación, legal o testamentaria [sobre el concepto de delación, v. *supra*, epígrafe 2]).

Y también del mismo hecho se desprende que, cuando el legatario ejercita la acción de reducción (sobre la cual, v. *infra*, epígrafe 45), haciendo valer su derecho contra las disposiciones testamentarias, aun deviniendo sucesor del difunto, no adquiere la condición de heredero suyo, mientras que si ejercita su derecho contra uno o más donatarios, ni siquiera se convierte en sucesor del difunto: la llamada «sucesión necesaria» no siempre se traduce, por consiguiente, en un fenómeno sucesorio.

43. El legado en sustitución de legítima y el legado a cuenta de legítima

Si el causante deja a un legatario un legado en sustitución de la legítima, el legatario puede renunciar al legado y reclamar la legítima (v. art. 551.1 CC). Si prefiere quedarse con el legado, pierde el derecho a reclamar el suplemento de legítima, en caso de que el valor del legado sea inferior al de la legítima. No adquiere, por otro lado, la calidad de heredero (v. art. 551.2 CC).

El legado en sustitución de legítima es una disposición a título particular sometida a condición *resolutoria* (la renuncia del legatario).

No debe confundirse el legado en sustitución de la legítima con el legado *a cuenta* de la misma, que se encuentra regulado en el art. 552 CC, de conformidad con el cual el legatario que renuncia a la herencia, si no hay derecho de representación (sobre el cual, v. *supra*, epígrafe 16), puede imputar a la parte disponible las donaciones y obtener los legados que se le hicieran¹.

44. Renuncia al derecho a la legítima y repudiación de la herencia

Cuando un legatario que no sea también llamado a la herencia, renuncia a su derecho a la legítima (mejor dicho, a la acción de reducción), las cuotas de los restantes legatarios no se ven alteradas por este hecho.

Si el legatario es también llamado a la herencia y la repudia (sobre la repudiación de la herencia, v. *supra*, epígrafe 13) es tratado, con efectos retroactivos, como si nunca hubiese existido (v. art. 521 CC), y, por ello, pierde también el derecho a la legítima; por consiguiente,

1. N. de los T. El art. 552 CC italiano establece que: «Il legatario che rinuncia all'eredità, quando non si ha rappresentazione, può sulla disponibile ritenere le donazioni o conseguire i legati a lui fatti; ma quando non vi è stata espresa dispensa dall'imputazione, se per integrare la legittima spettante agli eredi è necessario ridurre le disposizioni testamentarie o le donazioni, restano salve le assegnazioni, fatte dal testatore sulla disponibile, che non sarebbero soggette a riduzione se il legatario accettasse l'eredità, e si riducono le donazioni e i legati fatti a quest'ultimo».

te, también el cálculo de los derechos correspondientes a los otros legitimarios se practica como si el renunciante nunca hubiese existido.

45. La acción de reducción

Si se lesionan los derechos de los legitimarios, las *disposiciones testamentarias* no son *nulas*, sino *impugnables* por parte de los propios legitimarios, por medio de la «acción de reducción» (v. arts. 553 y ss. CC).

La acción de reducción puede dirigirse, además de contra las referidas disposiciones y una vez agotado el valor de los bienes de los cuales se ha dispuesto por testamento, contra las *donaciones* cuyo valor exceda de la cuota disponible para el causante (v. art. 555 CC) y sólo puede ser ejercitada por los legitimarios y sus herederos o causahabientes (v. art. 557 CC). (v. art. 564.2 CC).

De conformidad con lo establecido en el art. 564.1 CC, el legitimario que no ha aceptado la herencia a beneficio de inventario (sobre la aceptación de la herencia a beneficio de inventario, v. *supra*, epígrafe 9) no puede reclamar la reducción de donaciones y legados, salvo que las donaciones y legados lo fuesen a favor de otros llamados como coherederos, aunque hayan repudiado la herencia. Esta disposición no se aplica al heredero que ha aceptado a beneficio de inventario y lo ha perdido.

En todo caso, el legitimario que solicita la reducción de donaciones y de disposiciones testamentarias debe

imputar a su cuota legitimaria las donaciones y los legados que se le hayan hecho, salvo que concurrese dispensa expresa (v. art. 564.2 CC), y el legitimario que sucede por derecho de representación (sobre el derecho de representación, v. *supra*, epígrafe 16) debe imputar también las donaciones y legados a favor de su ascendiente, siempre que no hubiese dispensa expresa (v. art. 564.3 CC).

Si el testador ha donado *inmuebles* y éstos han sido *adquiridos por terceros*, el legitimario, previa excusión de los bienes del donatario, puede requerir de los sucesivos adquirentes la restitución del inmueble mismo, de la manera y por el orden en que hubiera podido solicitarla a los donatarios.

Se trata de una acción de restitución, que puede dirigirse contra los poseedores actuales y que presupone el ejercicio exitoso de la acción de reducción contra el donatario. Su disciplina, ya contenida en el art. 563 CC, fue modificada por el Decreto Ley de 14 de marzo de 2005, núm. 35, convertido en la Ley de 14 de mayo de 2005, núm. 80 y también por medio del art. 3.1 de la Ley de 8 de diciembre de 2005, núm. 263. En concreto, se introdujo un límite temporal para el ejercicio de esta acción, que se cifra en veinte años desde la inscripción de la donación. El cónyuge y los parientes en línea recta del donante pueden, no obstante, provocar la suspensión de este plazo, notificando al donatario e inscribiendo, a cargo de este último, la oposición extrajudicial a la donación. La oposición pierde eficacia si no se renueva antes de que transcurran veinte años desde su inscripción (v. art. 563.4 CC).

La comunidad hereditaria y la partición

46. La comunidad hereditaria

Cuando una pluralidad de coherederos, instituidos en cuotas ideales y no en bienes determinados (sobre la llamada institución de heredero *ex re certa*, v. *supra*, epígrafe 22), aceptan la herencia, surge una comunidad (llamada «comunidad incidental») que tiene por objeto *in conjunto* de bienes y no, como ocurre en la comunidad ordinaria, bienes *individuales*.

La cuota de cada coheredero no representa un valor, sino efectivamente una cuota de bienes hereditarios (esto, no obstante, sólo en línea de principio: conviene recordar, de hecho, que en sede de sucesión intestada existe el llamado derecho de commutación que ostentan los hijos legítimos frente a los hijos naturales [sobre ello, v. *supra*, epígrafe 8]).

La comunidad hereditaria no incluye: (a) los bienes objeto de legado de cosa específica (para la definición del

legado de cosa específica, v. *supra* epígrafe 22); (b) los créditos; (c) las deudas hereditarias, esto es, las deudas del causante, que gravan a los coherederos en proporción a sus respectivas cuotas (*debita hereditaria ipso iure dividuntur*) (v. art. 754 CC).

47. El derecho de adquisición entre coherederos y el retracto sucesorio

También caracteriza la comunidad hereditaria el derecho de adquisición preferente recogido en el art. 732 CC, según el cual el coheredero que quiera enajenar su cuota, o parte de ella, a un extraño, debe notificar la oferta de enajenación, indicando el precio, a los restantes coherederos, los cuales tienen derecho a recomprar la cuota al adquirente o a cualquier subadquirente sucesivo, mientras dura la situación de comunidad hereditaria.

Este derecho (potestativo) de recomprar la cuota es el llamado «retracto sucesorio», que tiene carácter real: el ejercicio del derecho de retracto determina la subrogación personal del coheredero en la posición del adquirente (y no comporta una segunda transmisión del tercero al retrayente), mientras que, generalmente, los derechos de adquisición preferente son eficaces únicamente entre las partes, de modo que el titular del derecho de adquisición tiene únicamente derecho al resarcimiento de daños frente a quien haya vulnerado su derecho, pero no puede dirigirse contra terceros adquirentes.

48. La partición

La partición comporta la finalización de la situación de comunidad. Tiene naturaleza *declarativa* — tal y como se desprende al art. 757 CC, según el cual cada coheredero es reputado sucesor directo y único respecto de los bienes que integran su cuota, y es tratado como si nunca hubiese ostentado la propiedad de otros bienes hereditarios. Por tanto, la partición tiene efecto *retroactivo*.

Desde el punto de vista del resultado, pueden darse dos tipos de *partición*: (a) *in natura*, cuando conlleve la atribución a cada uno de los partícipes de una porción de los bienes comunes; (b) *civil*, cuando, contrariamente, comporte el cese de la situación de comunidad, por ejemplo, por medio de compensaciones en metálico.

Desde el punto de vista, en cambio, del mecanismo a través del cual se lleva a cabo, puede haber tres tipos de partición:

(a) La *partición* se llama «*contractual*» (o «amistosa») cuando tiene lugar con el consentimiento de todos los coherederos. Se trata, entonces, de un contrato normal, de administración extraordinaria, con algunas particularidades de régimen jurídico por lo que se refiere a los vicios de la voluntad, regulados en el art. 761 CC (conforme al cual la partición puede ser anulada cuando se ha llevado a cabo como resultado de la violencia o del dolo, y la acción prescribe en el plazo de cinco años, contados

desde el cese de la violencia o desde el descubrimiento del dolo), y a la rescisión, respecto de la cual el art. 763 CC establece que la partición puede ser rescindida cuando alguno de los coherederos acredite haber sufrido una lesión en más de la cuarta parte. Puede llevarse a cabo también una partición parcial.

(b) La *partición «judicial»*, esto es, la que tiene lugar por medio de un procedimiento judicial, que se enmarca en el ámbito de la llamada jurisdicción voluntaria, cuando no hay contienda entre las partes, mientras que regresa al terreno de la jurisdicción contenciosa en caso de oposición.

El juez dirige las operaciones particionales, sin perjuicio de poder delegar esa dirección en un notario (v. art. 786 C.p.c.).

Deben intervenir en el procedimiento, en todo caso, todos los coherederos (se trata de una especie de litisconsorcio necesario: v. art. 784 C.p.c.).

El procedimiento de partición prevé, en primer lugar, que se proceda al avalúo de los bienes (v. arts. 726 e 727 CC); a continuación, se forman los lotes (v. arts. 718, 720 y 733 CC) y se determinan las posibles compensaciones (v. art. 723 CC). Finalmente, se adjudican las porciones por sorteo (v. art. 729 CC).

(c) Se habla, por último, de «*partición realizada por el testador*» cuando éste, llevando a cabo directamente la partición o distribución, evita el nacimiento de la comunidad hereditaria.

Si la partición realizada por el testador no comprende todos los bienes existentes en el momento de su fallecimiento, los bienes que no se hubieran contemplado en la

partición son deferidos por la vía intestada, a menos que resulte haber sido otra la voluntad del testador (v. art. 734.2 CC).

De acuerdo con el art. 735 CC, la partición en la que el testador no hubiese incluido a alguno de los legitimarios o de los herederos instituidos es nula, y el coheredero que vea lesionada su cuota de legítima puede ejercitar la acción de reducción contra los otros coherederos.

No hay que confundir la partición realizada por el testador con las llamadas «*asignaciones particionales*», esto es, las disposiciones con las cuales el testador indica qué bienes se integrarán en las cuotas de los llamados. Estas disposiciones son vinculantes para los coherederos, salvo que el valor que realmente tengan los bienes no se corresponda con las cuotas establecidas por el testador (v. art. 733.1 CC).

Los coherederos pueden solicitar la partición en cualquier momento. No obstante, si todos o algunos de los coherederos son menores, el testador puede establecer que la partición no tenga lugar hasta que haya transcurrido un año desde la mayoría de edad del que haya nacido en último lugar. Por otro lado, el testador puede establecer que la partición de la herencia o de algunos de los bienes que la integran no deba practicarse durante cierto plazo, que no puede exceder de cinco años contados desde su fallecimiento (v. art. 713 CC).

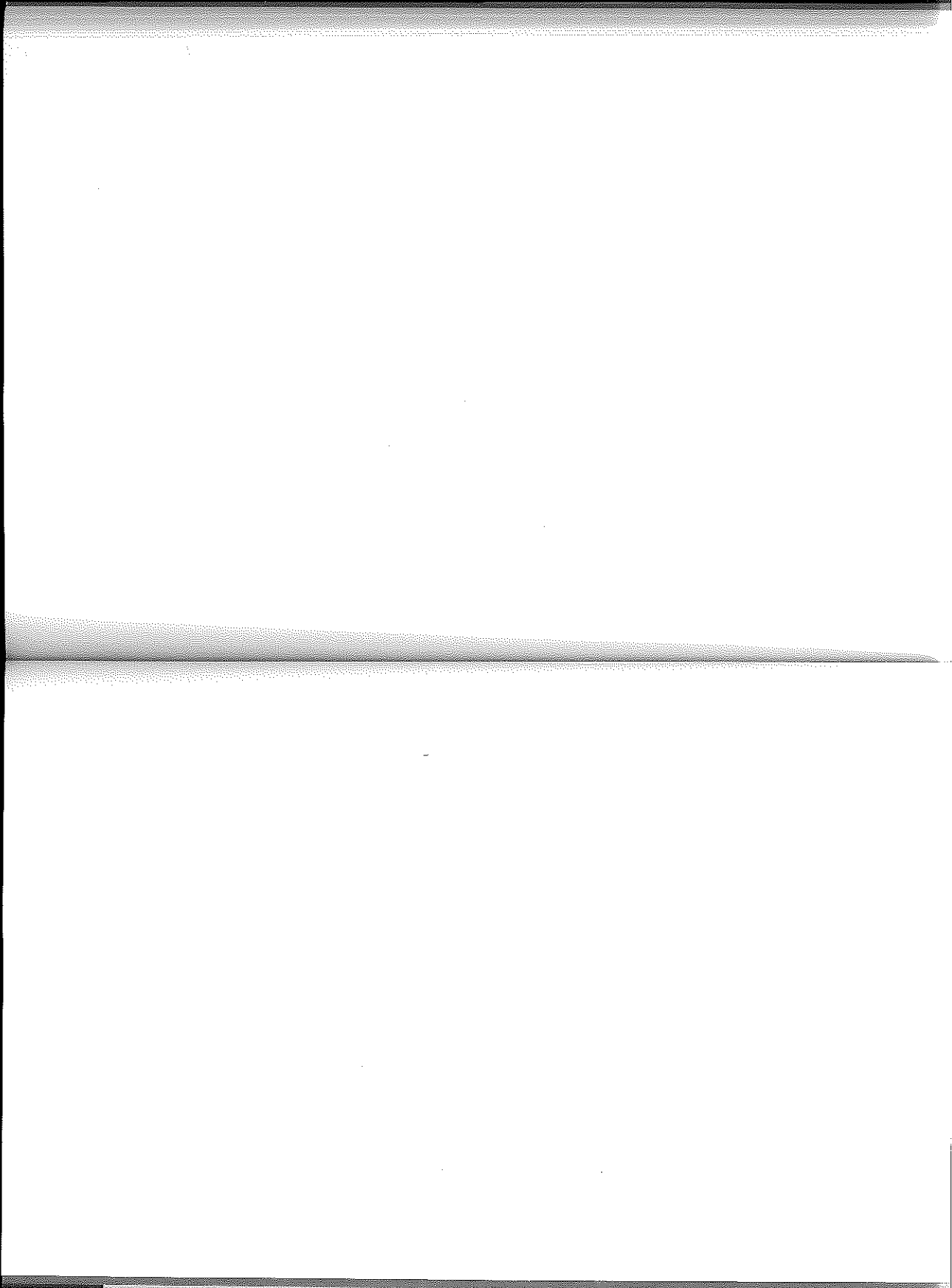
Las *prohibiciones de partir impuestas por el testador* valen incluso cuando afecten a la legítima.

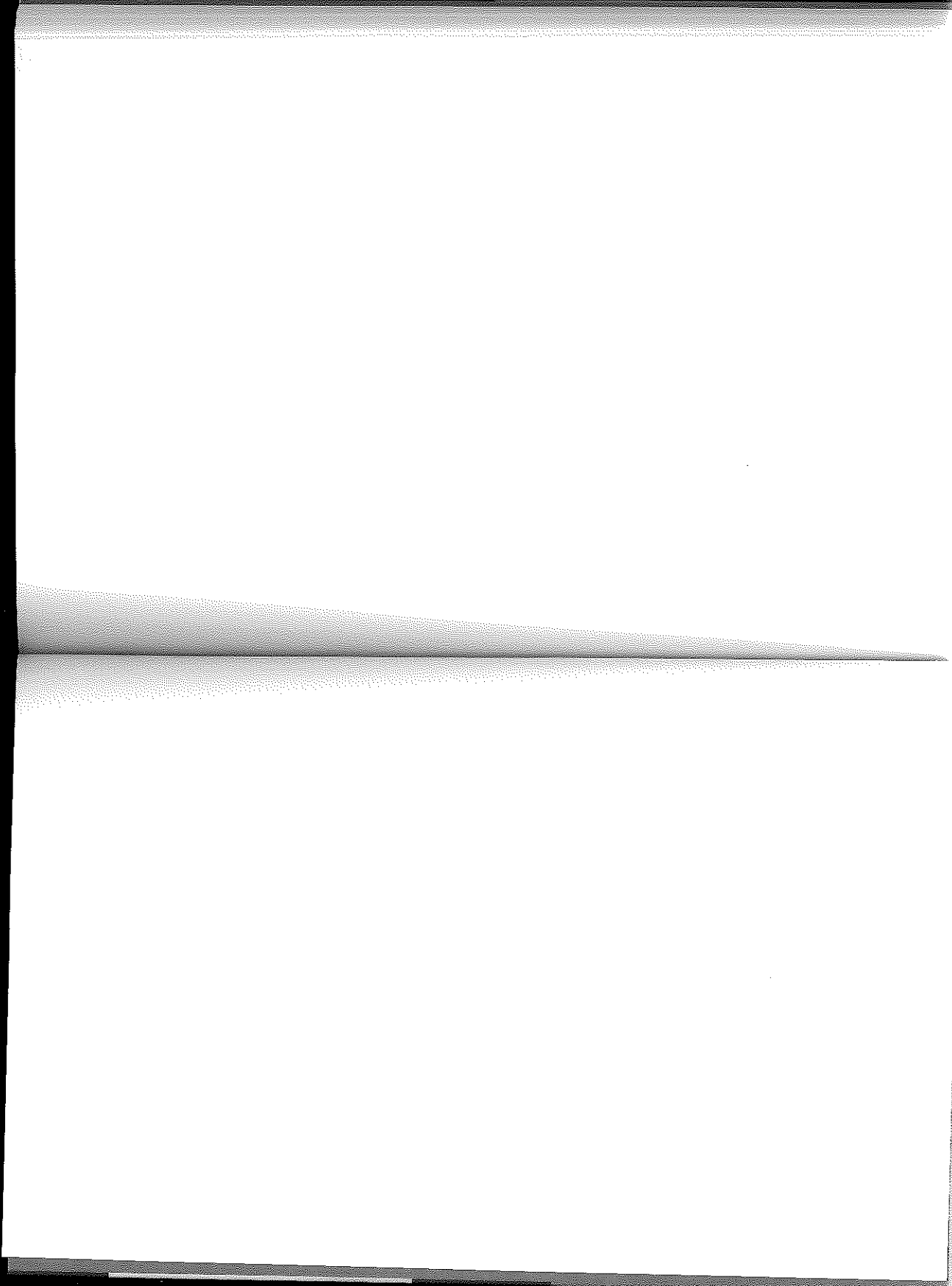
BIBLIOGRAFIA

- AZZARITI, *Le successioni e la donazione*, Padova, 1982.
- AZZARITI/IANNACCONE, *Successione dei legittimari e successione dei legittimi*, 3a ed., Turin, 1997.
- BIANCA, *Diritto civile*, 5, La responsabilità, 3.ª ed., Milan, 2001.
- BIGLIAZZI GERI, «Successione testamentaria», in *Commentario Scaloja-Branca-Galgano*, Bologna-Roma, 1993.
- BONILINI, *Manuale di diritto ereditario e delle donazioni*, 2.ª ed., Turin, 2003.
- BONILINI, «I legati», in *Commentario Schlesinger-Busnelli*, Milan, 2001.
- BONILINI, «Degli esecutori testamentari», in *Commentario Schlesinger-Busnelli*, Milan, 2005.
- BRANCA, «Dei testamenti ordinari», in *Commentario Scaloja-Branca*, Bologna-Roma, 1986.
- BRANCA, «Dei testamenti speciali, della pubblicazione dei testamenti olografi e dei testamenti segreti», in *Commentario Scaloja-Branca*, Bologna-Roma, 1988.
- BURDESE, «La divisione ereditaria», in *Trattato Vascalli*, Turin, 1980.

- CANTELEMO, *Legittimari*, Padua, 1991.
- CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, 2.^a ed., Milán, 2002.
- CICU, *La successione legittima e dei legittimari*, 2.^a ed., Milán, 1947.
- CICU, «Successioni per causa di morte. Parte generale», en *Trattato Cica-Messineo*, 2.^a ed., Milán, 1961.
- CONTURSI LISI, «Dell'istituzione di erede e dei legati», en *Commentario Scialoja-Branca*, Bolonia-Roma, 1983.
- CONTURSI LISI, «Delle disposizioni condizionali a termine e modali», en *Commentario Scialoja-Branca-Galgano*, Bolonia-Roma, 1992.
- DELLE MONACHE, «Testamento», en *Commentario Schlesinger-Busnelli*, Milán, 2005.
- FERRI L., «Disposizioni generali sulle successioni», en *Commentario Scialoja-Branca-Galgano*, 3.^a ed., Bolonia-Roma, 1997.
- FERRI L., «I legittimari», en *Commentario Scialoja-Branca-Galgano*, 2.^a ed., Bolonia-Roma, 1981.
- FINOCCHIARO A. y M., *Delle successioni*, Milán, 2001.
- FORCHIELLI/ANGELONI, «Della divisione», en *Commentario Scialoja-Branca-Galgano*, 2.^a ed., Bolonia-Roma, 2000.
- GROSSO/BURDESE, «Successioni. Parte generale», en *Trattato Vassali*, Turín, 1978.
- MASI, «Dei legati», en *Commentario Scialoja-Branca*, Bolonia-Roma, 1979.
- MENGGONI, «Successioni legittime», en *Commentario Scialoja-Branca*, Bolonia-Roma, 1985.
- MENGGONI, «Successioni per causa di morte. Parte speciale. Successione legittima», en *Trattato Cica-Messineo-Mengoni*, 6.^a ed., Milán, 1999.
- MENGGONI, «Successioni per causa di morte. Parte speciale. Successione necessaria», en *Trattato Cica-Messineo*, 4.^a ed., Milán, 2000.

- PALAZZO, «Le successioni», en *Trattato Indica-Zatti*, Milán, 1996.
- PIRAS, «Successione per causa di morte. Successione necessaria», en *Trattato Grosso-Santoro*, Milán, 1965.
- RESCIGNO (ed.), *Successioni e donazioni*, Padua, 1994.
- SALVESTRONI, «Della capacità di succedere. Dell'indignità», en *Commentario Schlesinger-Busnelli*, Milán, 2003.
- TALAMANCA, «Della revocazione delle disposizioni testamentarie», en *Commentario Scialoja-Branca*, Bolonia-Roma, 1978.
- ZACCARIA, *Dritti extrapatrimoniali e successione*, Padua, 1988.
- ZACCARIA, *Rapporti obbligatori e beneficio d'inventario*, Milán, 1995.





La Colección NOTARIADO HOY es una tribuna en la que el especialista jurídico encontrará, dentro del ámbito de las Ciencias jurídicas y sociales, motivos de reflexión y nuevos enfoques en los temas candentes, y en los que de por sí han devenido de reiterada actualidad, y a la vez el ciudadano informado podrá tener conocimiento de otras materias que no sean únicamente las de su diario quehacer profesional. Obede pues a abierta, desde el ineludible rigor científico, al ensayo y la reflexión sosegada en el ámbito jurídico de trascendencia social.

*Condiciones, Genente y Climas
Contratación Impuestas.*
Luis Humberto Clavetta Gosalvez

*El Derecho de sucesiones y la legitimación
en el Derecho alemán.*
Anne Rothel

En la presente obra se trazan los perfiles que permiten un acercamiento general, pero suficiente, para conocer el Derecho sucesorio italiano en su actual estado y con las principales modificaciones y novedades que lo configuran.

En el *Capítulo* uno de las 33 partes analizadas, que mantiene su vigencia en lo esencial, se describe, haya sufrido modificaciones o no, a consecuencia de los cambios de la familia, aunque sean rotundos, las modificaciones que se refieren a la causa del Derecho, sobre todo en el ámbito de los herederos sucesorios (hasta con su reciente reforma del "patto de famiglia"). En el *Capítulo* continúa manteniendo su lozanía como eje vertebral del momento sucesorio, y desde luego, con el presente estudio puede tomarse cabal conocimiento de las modificaciones sucesorias italianas y de su funcionamiento.

CN

CULTURA NOTARIAL

ISBN



9 78