

1.4. Sucesiones

**VOCACIÓN HEREDITARIA, PERSONALIDAD Y CRIATURAS ABORTIVAS:
LA REFORMA DEL ARTÍCULO 30 DEL CÓDIGO CIVIL E INCIDENCIA
DE LA ELIMINACIÓN DEL REQUISITO DE LA VIABILIDAD
EN EL RÉGIMEN DE LA CAPACIDAD DE SUCEDER
POR TESTAMENTO O ABINTESTATO**

por

MARÍA FERNANDA MORETÓN SANZ
Profesora Contratada Doctora
Departamento de Derecho Civil de la UNED

SUMARIO: I. CAPACIDAD PARA SUCEDER Y FENÓMENO SUCESORIO: LA SUPERVIVENCIA DEL LLAMADO AL CAUSANTE Y LAS INCAPACIDADES ABSOLUTAS: 1. PRESUPUESTOS BÁSICOS PARA LA DELACIÓN: LA SUBSISTENCIA O SUPERVIVENCIA DEL HEREDERO AL CAUSANTE Y LA INCAPACIDAD ABSOLUTA PARA SUCEDER. 2. LA FALTA DE ADQUISICIÓN DE LA PERSONALIDAD COMO CAUSA EXCLUYENTE DE CAPACIDAD DE SUCEDER: REQUISITOS Y REDACCIÓN DEL ARTÍCULO 30 DEL CÓDIGO CIVIL.—II. LA DELACIÓN CONDICIONAL O EL CASO DE LOS *CONCEPTURUS* COMO EXCEPCIÓN AL PRINCIPIO DEL LLAMAMIENTO A QUIENES EXISTAN EN EL MOMENTO DEL FALLECIMIENTO DEL TESTADOR.—III. LA INCAPACIDAD ABSOLUTA DE SUCEDER DE LAS CRIATURAS ABORTIVAS: 1. LA DOCTRINA DE LA DGRN SOBRE LA VIABILIDAD PROPIA, IMPROPIA Y LEGAL, PREVIA A LA MODIFICACIÓN DEL ARTÍCULO 30 DEL CÓDIGO CIVIL. 2. LA SENTENCIA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE HUELVA, DE 14 DE JUNIO DE 2010, Y FETO DE NUEVE MESES DE GESTACIÓN QUE MUERE CINCO MINUTOS DESPUÉS DE SER EXTRAÍDO MEDIANTE CESÁREA DE SU MADRE AGONIZANTE TRAS ACCIDENTE DE CIRCULACIÓN: BAREMOS DE TRÁFICO. 3. LOS DESEQUILIBRIOS EN LA APLICACIÓN DEL DERECHO, LA VIABILIDAD Y PRESTACIÓN POR PATERNIDAD: FINALIDAD Y DERECHO A LA CONCESIÓN INDEPENDIENTEMENTE DE LA VIABILIDAD DEL ANTIGUO ARTÍCULO 30.—IV. DEL FALLECIMIENTO Y LA PRESUNCIÓN DE CONMORIENCIA EN EL DERECHO DE SUCESIONES: APUNTES JURISPRUDENCIALES: 1. LA PRESUNCIÓN DE COMORIENCIA Y LAS CONSECUENCIAS DE LA RUPTURA DE ESTE PRINCIPIO SOBRE LOS DERECHOS SUCESORIOS. 2. LA CUESTIÓN TERMINOLÓGICA SOBRE LA COMORIENCIA, CONMORIENCIA, SU AUSENCIA EN EL DICCIONARIO DE LA REAL ACADEMIA Y LA BÚSQUEDA DE LA VOLUNTAD DEL TESTADOR: LA APELACIÓN A LA COMORIENCIA SIRVE PARA REFERIRSE A LA MUERTE SIMULTÁNEA Y/O SUCESIVA.—V. REFLEXIONES CONCLUSIVAS.—VI. BIBLIOGRAFÍA.—VII. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.

I. CAPACIDAD PARA SUCEDER Y FENÓMENO SUCESORIO: LA SUPERVIVENCIA DEL LLAMADO AL CAUSANTE Y LAS INCAPACIDADES ABSOLUTAS

1. PRESUPUESTOS BÁSICOS PARA LA DELACIÓN: LA SUBSISTENCIA O SUPERVIVENCIA DEL HEREDERO AL CAUSANTE Y LA INCAPACIDAD ABSOLUTA PARA SUCEDER

Producida la apertura de la sucesión —sea por muerte o declaración de fallecimiento del causante— y vacantes sus relaciones jurídicas, corresponde,

de conformidad al tradicional entendimiento del fenómeno sucesorio, el llamamiento efectivo o vocación hereditaria al que seguirá, en su caso, la delación u ofrecimiento. Esta etapa es el momento donde el heredero habrá de aceptar o renunciar, cerrándose el proceso con la adquisición de las titularidades susceptibles de transmisión por parte de quien o quienes ocupen el lugar del *de cuius* (1).

En cuanto al problema principal que nos ocupa, conviene tener presente los dos presupuestos básicos para la delación, referidos, uno, a la existencia jurídica del heredero y, otro, a su subsistencia para que dicha delación pueda tener lugar. De modo que, en buena lógica, la titularidad del derecho de suceder, testamentifacción pasiva o por llamamiento, exige la subsistencia o supervivencia del heredero en el momento de la apertura de la sucesión. Es decir, para que dicha vocación sea efectiva, el llamado no puede haber premuerto al causante (2).

En este sentido, el Código establece en el Libro tercero, *De los diferentes modos de adquirir la propiedad*. Título III, *De las sucesiones*. Capítulo II, *De la herencia*, su Sección primera, *De la capacidad para suceder por testamento y sin él*, dos causas que hacen radicalmente incapaz de suceder a los consignados en el artículo 745. Dice el precepto: «son incapaces de suceder: 1.º Las criaturas abortivas, entendiéndose por tales las que no reúnan las circunstancias expresadas en el artículo 30. 2.º Las asociaciones o corporaciones no permitidas por la Ley» (3).

(1) Vid., fundadamente, LASARTE ÁLVAREZ, *Principios de Derecho Civil*, VII, *Derecho de Sucesiones*, Madrid, 2011, 7.ª ed., y bibliografía allí citada; Díez-PICAZO, y GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil*, vol. IV, «Derecho de Familia. Derecho de Sucesiones», Madrid, 2004, 9.ª ed., pág. 308 y sigs., LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA, *Elementos de Derecho Civil*, V, *Derecho de Sucesiones*, Bosch editor, Barcelona, 1988, reimpresión de 1992, pág. 43 y sigs.; ROCA SASTRE, *Derecho de Sucesiones*, I, Barcelona, 1995, 2.ª ed., pág. 387 y sigs.

(2) Vid., las apreciaciones de SANCHO REBULLIDA, «Comentario a los artículos 744 a 751 del Código Civil», en PAZ-ARES RODRÍGUEZ, Díez-PICAZO PONCE Y DE LEÓN, BERCOVITZ, SALVADOR CODERCH (Dir.), *Comentario del Código Civil*, Tomo I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, págs. 1848 a 1856, y DÍAZ ALABART, «Comentarios a los artículos 752 a 762 del Código Civil», en PAZ-ARES RODRÍGUEZ, Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, BERCOVITZ, SALVADOR CODERCH (Dir.), *Comentario del Código Civil*, Tomo I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, págs. 1755 a 1759; TRUJILLO Díez (actualizados por MARÍN LÓPEZ), «Comentarios a la Sección primera: *De la capacidad para suceder por testamento y sin él*», en *Comentarios al Código Civil*, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (Coord.), Aranzadi-Thompson, Madrid, 2009, 3.ª ed., págs. 902 a 920.

(3) La Ley 1/1973, de 1 de marzo, por la que se aprueba la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra en su Libro II, *De las donaciones y sucesiones*, Título primero: *Principios fundamentales*, declara: Ley 153. *Capacidad para adquirir* Pueden adquirir a título lucrativo, *inter vivos* o *mortis causa*, todas las personas sin más prohibiciones que las siguientes: 1) Las personas que hayan intervenido para la formalización del acto. 2) Los tutores respecto a sus pupilos, de conformidad con lo dispuesto para el testamento en el artículo 753 del Código Civil. 3) Las personas incapaces para suceder por las causas previstas en el artículo 756 del Código Civil, salvo que se pruebe que el disponente conocía la causa al tiempo de ordenar la liberalidad. Por su parte, la Ley 154. *Disposiciones a favor del nasciturus*. Las disposiciones a título lucrativo, por actos *inter vivos* o *mortis causa*, pueden hacerse a favor del concebido, e incluso a favor de los hijos aún no concebidos de persona determinada que viva al tiempo de la donación o al de la muerte del testador. Cuando se trate de disposiciones por actos *inter vivos*, y salvo lo establecido por el donante, la administración de los bienes donados corresponde al mismo donante o a sus herederos. Los frutos producidos antes del nacimiento del donatario se reservan a este, si la donación se hiciere a favor del ya concebido; si se hiciere a favor del no concebido, los frutos se reservan al donante, o a sus herederos, hasta el momento del nacimiento del donatario. Los herederos del donante que administraren o percibieren los frutos podrán ser obligados a constituir

Por tanto, de una parte, las incapacidades de suceder atañen tanto a la designación del heredero en testamento como a la que se produzca *abintestato* y, de otra, nos tendremos que detener en dicho artículo para dotar de contenido a la incapacidad absoluta, por ausencia de eficaz existencia jurídica, de las criaturas abortivas (4).

2. LA FALTA DE ADQUISICIÓN DE LA PERSONALIDAD COMO CAUSA EXCLUYENTE DE CAPACIDAD DE SUCEDER: REQUISITOS Y REDACCIÓN DEL ARTÍCULO 30 DEL CÓDIGO CIVIL

Corresponde ahora constatar las condiciones que la ley exige para la adquisición de la personalidad jurídica que, hasta la entrada en vigor de la nueva redacción del artículo 30 del Código Civil —dada por la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil y que, por lo que se refiere a este precepto, derogó esta redacción y entró en vigor el nuevo artículo al día siguiente de su publicación en el *BOE* del 22 de julio de 2011— este decía: «Para los efectos civiles, solo se reputará nacido el feto que tuviere figura humana y viviere veinticuatro horas enteramente desprendido del seno materno».

Por su parte y de conformidad a la Disposición Final tercera de la nueva Ley del Registro Civil, los términos siguientes del mencionado artículo 30 del Código Civil pasan a ser los siguientes: «La personalidad se adquiere en el momento del nacimiento con vida, una vez producido el entero desprendimiento del seno materno».

De lo recién transcrito se infiere que, al amparo de la recién derogada redacción, como *prius* se exigía el lógico nacimiento con vida en el alumbramiento, privándose de personalidad a los fetos que no superasen el parto, ni a los que, anteriormente, en algún momento de la gestación, hubiesen dejado de existir. En buena lógica, no habiendo adquirido personalidad jurídica ni capacidad, les estaba vedada la posibilidad de adquirir o transmitir derecho hereditario, como también lo estaban las criaturas que no alcanzasen las veinticuatro horas de vida extrauterina (5).

garantía suficiente. La aceptación de estas disposiciones y la defensa de los intereses de los hijos, en cuanto a los bienes objeto de la liberalidad, se regirán por lo dispuesto en las leyes 63 y 65 (para su glosa y comentario, vid., NAGORE YÁRNOZ, «Comentarios a la Sección: Capítulo segundo. De las formas del testamento», Tomo XXXVII-1.º *Leyes 148 a 252 de la Compilación o Fuero Nuevo de Navarra*, Edersa, Madrid, 1998).

(4) En cuanto al Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba el Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas, declara en esta materia: «Capítulo II. Capacidad e indignidad para suceder. Artículo 325. Capacidad sucesoria de las personas físicas. 1. Tienen capacidad sucesoria todas las personas nacidas o concebidas al tiempo de la apertura de la sucesión y que sobrevivan al causante. No obstante, en la sucesión voluntaria puede disponerse a favor de los hijos aún no concebidos de persona determinada viva al tiempo de la apertura de la sucesión. 2. Salvo prueba en contrario, se presumirá concebido al tiempo de la apertura de la sucesión el que nazca antes de los trescientos días siguientes al fallecimiento del causante. 3. Si el causante ha expresado en debida forma su voluntad de fecundación asistida *post mortem* con su material reproductor, los hijos así nacidos se considerarán concebidos al tiempo de la apertura de la sucesión siempre que se cumplan los requisitos que la legislación sobre esas técnicas de reproducción establece para determinar la filiación. Artículo 326. Llamamientos a favor de no nacidos. La herencia deferida a favor de un todavía no nacido, esté concebido o no, se pondrá en administración, con sujeción a las reglas de la herencia bajo condición suspensiva».

(5) La Ley 10/2008, de 10 de julio, aprueba el libro cuarto del Código Civil de Cataluña, relativo a las sucesiones, deroga el Derecho catalán que ya había sido codificado en

Esa viabilidad o aptitud para seguir viviendo, según el fundado juicio del Profesor ALBALADEJO: «no es requisito que nuestro Derecho exija para conceder personalidad al nacido. Este, aun no siendo viable, puede vivir más de veinticuatro horas; lo mismo que, siendo perfectamente viable, puede morir antes, por un accidente, por ejemplo. El plazo de las veinticuatro horas no se exige con la pretensión de que —con desprecio al ser humano— no haya más persona que las que el Derecho positivo admita, y siempre que se reúnan los requisitos que él establece, sino porque parece lo más conveniente para las necesidades de la práctica, según las entendió nuestra tradición jurídica» (6).

Empero, desde antiguo ya se habían alzado voces cuestionando, tanto la finalidad de dicho requisito, como su propia utilidad. En 1844 publicaban Francisco PACHECO, FERNÁNDEZ BAEZA y FERNÁNDEZ DE LA RÚA, sobre dicho mandato subsistente en la por entonces vigente Novísima Recopilación, lo siguiente: «Señalando, pues, el término de veinte y cuatro horas como requisito indispensable para ganar legitimidad acontecerá fácilmente que los hijos de verdadero matrimonio pierdan la herencia de sus padres, porque la casualidad de un mal parto, las enfermedades con que pueden nacer u otras mil causas hagan que sean pocas las horas de su existencia. Verdad es que muriendo estos hijos, les es personalmente indiferente la adquisición de la herencia paterna, pero tras ellos está la madre, que como heredera legítima hubiera de ganarla, con mejor derecho sin duda que otros parientes lejanos a quienes pasará por la muerte prematura de su hijo (...) Consistiendo, pues, la pérdida de los derechos hereditarios en la vida del hijo por veinte y cuatro horas, ¿quién puede desconocer que la ambición de una fortuna considerable, puede arrastrar a los interesados en ella, hasta el punto de privar de vida al heredero (...) Hijos habrá, que, nacidos de un aborto, vivan más de veinte y cuatro horas, y otros que concebidos en tiempo legítima y venidos al mundo en tiempo regular espiren (*sic*) antes de cumplirse aquel término perentorio; por manera que sin peligro de errar puede asegurarse que este requisito es absolutamente inútil para el fin que la ley se propone» (7).

En resumidas cuentas, otras serán las críticas que se podrán imputar a la nueva redacción del artículo 30, pero no la de no poner término, cuando menos, a las expuestas, al eliminar el controvertido requisito de la viabilidad. Tan es así que, en líneas posteriores, tendremos ocasión de considerar como las hipótesis alegadas por la doctrina decimonónica para ilustrar las contradicciones del requi-

este ámbito, y lo cierto es que, en general, no introduce instituciones nuevas, perfecciona las existentes. En particular, en su Preámbulo, se señala que «el título I del libro cuarto, que contiene las disposiciones generales de la sucesión por causa de muerte, mantiene sustancialmente el derecho vigente con alguna modificación técnica y sistemática. Las variantes sistemáticas más remarcables (...) la inclusión en el capítulo sobre capacidad sucesoria, como supuestos de inhabilidad, de las prohibiciones de disponer que establecía el artículo 147 del Código de Sucesiones, y la reordenación del régimen de la indignidad sucesoria, que se trata conjuntamente con el de la inhabilidad para suceder...». En particular, el Capítulo II. *La capacidad sucesoria* Artículo 412-1. *Personas físicas*. 1. Tienen capacidad para suceder todas las personas que en el momento de la apertura de la sucesión ya hayan nacido o hayan sido concebidas y que sobrevivan al causante. 2. Los hijos que nazcan en virtud de una fecundación asistida practicada de acuerdo con la ley después de la muerte de uno de los progenitores tienen capacidad para suceder al progenitor premuerto. Apréciase que exclusivamente decía que ya hayan nacido, sin ulteriores consideraciones.

(6) *Derecho Civil, I. Introducción y parte general*, vol. 1. *Introducción y Derecho de la persona*, Barcelona, 1989, 11.ª ed., págs. 218 y 219.

(7) *Boletín de Jurisprudencia y Legislación*, III, Madrid, 1844, págs. 23-24.

sito de la viabilidad del recién nacido, han llegado a materializarse en supuestos ventilados en vía judicial. En este sentido, téngase en cuenta que, al no concurrir el mencionado presupuesto de la viabilidad, y consecuentemente no adquirir el nacido personalidad jurídica, en estos asuntos controvertidos, no se produjo ni la adquisición ni la transmisión de derechos hereditarios.

II. LA DELACIÓN CONDICIONAL O EL CASO DE LOS *CONCEPTURUS* COMO EXCEPCIÓN AL PRINCIPIO DEL LLAMAMIENTO A QUIENES EXISTAN EN EL MOMENTO DEL FALLECIMIENTO DEL TESTADOR

El inexorable presupuesto de la subsistencia o supervivencia del heredero al causante, presenta, sin embargo, el recurso a ciertas instituciones que permiten, con todo, sortearlo. Es el momento de recordar el contenido del artículo 781 del Código Civil que declara: «Las sustituciones fideicomisarias en cuya virtud se encarga al heredero que conserve y transmita a un tercero el todo o parte de la herencia, serán válidas y surtirán efecto *siempre que no pasen del segundo grado, o que se hagan en favor de personas que vivan al tiempo del fallecimiento del testador*» (8).

Aquella apelación a los grados es tanto como referirse al llamamiento, por lo que el primer llamamiento o grado es el que el testador hace en favor del primer sustituto, resultando posibles dos sustituciones que implican tres llamamientos. Para disipar controversias, los llamamientos sucesivos «en favor de personas que viven al morir el testador, porque la simultaneidad de sus vidas significa que no se va a prolongar demasiado la vinculación en que quedan los bienes afectados por la sustitución» (9).

El principio de autonomía de la voluntad en el ámbito testamentario, autoriza la sustitución en la que, en términos generales están involucrados, con ciertos matices, tres sujetos distintos, a saber: el *heredero o fiduciario*, quien sucede en primer lugar a su *causante o fideicomitente* y el *fideicomisario* que recibirá el patrimonio fideicomitado tras el fiduciario. Adicionalmente, esta libertad del testador se amplía hasta el extremo de que dicha sustitución puede configurarse como pura o desprovista de elementos accidentales o, como es el caso, a subordinar el llamamiento a la concurrencia o no de un suceso futuro o incierto. En particular, «el testador o donante vincula los bienes de que dispone en favor de una persona, a otra u otras, para el caso de que la primera no tenga hijos en el momento de su óbito, sea porque nunca los hubo, sea porque le premurieron. Con esto trata, unas veces de conseguir que los bienes no salgan de la familia, y otras, además, de hacer posible que el patrimonio se conserve unido en poder un solo heredero» (10).

(8) Para su estudio, vid., ALBALADEJO GARCÍA, «Comentario a la Sección 3.^a, artículos 774 al 789», en PAZ-ARES RODRÍGUEZ, DIEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, BERCOVITZ, SALVADOR CODERCH, (Dir.), *Comentario del Código Civil*, Tomo I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, págs. 1915 a 1938.

(9) DIEZ-PICAZO y GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil*, vol. IV. *Derecho de Familia. Derecho de Sucesiones*, Madrid, 2004, 9.^a ed., pág. 376. También ALONSO MARTÍNEZ, según las bases de DURÁN Y BAS, Base A: «Las sustituciones fideicomisarias se permitirán hasta el segundo grado, y siempre si se hicieren a favor de personas que vivan al tiempo del fallecimiento del testador». Base 16: «Materia de las reformas indicadas serán en primer término las sustituciones fideicomisarias, que no pasarán, ni aun en la línea directa, de la segunda generación, a no ser que se hagan en favor de personas que todas vivan al tiempo del fallecimiento del testador».

(10) LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA, *op. cit.*, págs. 359 y 360.

A mayor abundamiento, es habitual que los nietos del disponente lleguen a ser herederos fideicomisarios, nietos, por cierto, cuya futura existencia fue establecida como condición en el fideicomiso. De modo que la sustitución fideicomisaria *si sine liberis decceserit*, se trata, en puridad, de una sustitución de esta naturaleza. Por tanto, y frente a las sustituciones fideicomisarias puras o simples, en el fideicomiso condicional, el testador apone una cláusula accesoria en virtud de la cual la eficacia del llamamiento quedará sometida bien al cumplimiento o a la ausencia de cumplimiento de dicho suceso sobre el que existe incertidumbre en el momento de su inclusión en el testamento (11).

III. LA INCAPACIDAD ABSOLUTA DE SUCEDER DE LAS CRIATURAS ABORTIVAS

1. LA DOCTRINA DE LA DGRN SOBRE LA VIABILIDAD PROPIA, IMPROPIA Y LEGAL, PREVIA A LA MODIFICACIÓN DEL ARTÍCULO 30 DEL CÓDIGO CIVIL

Ya se han mencionado las múltiples consideraciones que la doctrina había reprochado al requisito de la viabilidad del antiguo artículo 30. En esencia y compendiadas en las palabras de SANCHO REBULLIDA, apelaban a los avances en los tratamientos neonatales de prematuros.

En buena lógica, aseveraba que «prescindiendo de la anacrónica referencia a la figura humana, en cuanto al tiempo de vida extrauterina, téngase en cuenta que no lo cumple el nacido temporáneamente y en condiciones de viabilidad, que muere en accidente antes de las veinticuatro horas de estar enteramente desprendido del claustro materno (al que, impropriamente hay que considerar «criatura abortiva»): no sucede ni transmite derechos sucesorios; y que, en cambio, es persona (con capacidad sucesoria) el feto alumbrado prematuramente, sin condiciones viables, que desprendido de la madre, vive veinticuatro horas en la UCI, merced exclusivamente a la asistencia clínica; este sucede y transmite derechos sucesorios» (12).

Esta discutida redacción del antiguo artículo 30 y la referencia a su aplicabilidad al ámbito estrictamente civil, no cabe duda que provocaba ciertos desequilibrios en la aplicación del derecho: así, la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 3 de septiembre de 1996, advertía que no era posible obviar su contenido, ya que el campo de aplicación es el del Derecho Civil: «recogiendo un criterio de honda raigambre histórica, el Código Civil español, lo mismo que otras legislaciones actuales, establece ciertas condiciones para que el nacimiento determine la personalidad civil del nacido. Con ellas se intenta evitar dudas y litigios acerca de si el feto ha nacido vivo o muerto y también se limitan los casos en que se produciría un cambio injustificado de la sucesión de los bienes familiares cuando a ella fuera llamado el nacido que muere al poco de nacer. Así, el artículo 29 señala que el nacimiento determina la personalidad, pero siempre es preciso que el nacimiento reúna las condiciones que detalla el artículo siguiente (...) cuyo campo de aplicación está limitado a «los efectos civiles» y no, por tanto, a efectos penales, ha tenido su reflejo, como no podía ser de otro modo, en una

(11) MORETÓN SANZ, «El llamamiento de los hijos en la sustitución fideicomisaria condicional *si sine liberis decceserit*: igualdad en materia sucesoria y prohibición de discriminación por razón de filiación adoptiva», en *RCDI*, 723, pág. 429 y sigs.

(12) «Comentario al artículo 745 del Código Civil», en PAZ-ARES RODRÍGUEZ, DIEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, BERCOVITZ, SALVADOR CODERCH, cit, pág. 1849.

legislación civil, como es la del Registro Civil. Así, el artículo 40 de la Ley del Registro Civil dispone que «son inscribibles los nacimientos en que concurren las condiciones establecidas en el artículo 30 del Código Civil», y el artículo 45 de la misma Ley, completado por los artículos 171 a 173 del Reglamento, regula el legajo de abortos, al que se incorporan las declaraciones sobre el alumbramiento de las criaturas abortivas de más de ciento ochenta días de vida fetal, aproximadamente».

Sobre el caso particular, afirmaba el Fundamento tercero: «esta incorporación al legajo de abortos ha sido efectuada ya en el caso presente en el que el niño nació el 10 de octubre de 1994, y murió antes de transcurridas seis horas desde el parto. Por lo tanto, no es posible inscribir fuera de plazo ese nacimiento, ni incluirlo en el Libro de Familia de los padres, ya que este es un compendio de certificaciones en extracto de asientos extendidos en los Libros del Registro (cfr. art. 36 RRC)».

Con todo y a los efectos que pretendemos destacar, la RDGRN ya había expresado de forma indirecta sus reservas sobre la viabilidad del artículo 30 y con la doctrina transcrita *ut supra*, apreciaba en su Fundamento cuarto: «Frente a esta clara aplicación de las normas legales citadas no pueden prosperar los distintos argumentos esgrimidos por los recurrentes. De un lado, los ejemplos de Derecho Comparado aportados no tienen ningún valor por sí mismos. De otro lado, no puede aducirse que se produzca una verdadera discriminación por razón de nacimiento prohibida por el artículo 14 de la Constitución, ante el trato desigual que se da a los nacidos que viven extrauterinamente más de veinticuatro horas y los que mueren antes, porque esta desigualdad y este distinto tratamiento jurídico, exclusivamente a efectos civiles, no son arbitrarios, sino que responden a criterios razonables objetivos, ya expuestos en el primer fundamento jurídico. Finalmente, que el artículo 7 de la Convención de los Derechos del Niño disponga que: «el niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre (y) a adquirir una nacionalidad» no es ningún argumento decisivo. El propósito de esta Convención es salvaguardar los derechos fundamentales de los niños que vayan a vivir, pero no pueden interferir sus normas en las modalidades que establezca cada derecho interno en orden a esa inscripción inmediata al nacimiento (la incorporación al legajo de abortos español es una modalidad de inscripción, entendida esta en sentido amplio), ni tampoco en las condiciones, que corresponde precisar a cada legislación nacional, que ha de reunir un nacimiento para que sea reconocida la personalidad civil del nacido. Si estas condiciones han de consistir en la llamada viabilidad propia (grado de madurez fetal), en la viabilidad impropia (aptitud del feto para seguir viviendo por ausencia de vicios internos) o en la viabilidad legal o plazo de vida (sistema de nuestro Código Civil), es una decisión que puede y debe adoptar cada país conforme a su tradición y a razones de política legislativa» (13).

(13) Y la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 22 de octubre de 1993, sobre rectificación de inscripción y cambio de fecha de nacimiento, «la invocación fundamental del promotor consiste en que, según el asiento, este se extendió el mismo día y a la misma hora en que acaeció el nacimiento. Ahora bien, no hay ninguna imposibilidad para que, dentro de la misma hora del parto, el padre acudiera al Registro para declarar el nacimiento en la misma población. Siendo esto así, lo que se deduce del asiento discutido es que el mismo se ha practicado antes de las veinticuatro horas siguientes al parto, con infracción de lo ordenado por los artículos 40 y 42 de la Ley del Registro Civil, los cuales parten del plazo establecido por el artículo 30 del Código Civil para que, a efectos civiles, se repunte nacido el feto. En esta situación lo procedente ahora, por razones

Por tanto, la doctrina anterior a la reforma del artículo 30 había establecido diferencias entre la viabilidad legal, la propia y la impropia, toda vez que los avances médicos pueden mantener con vida a un neonato no viable. En este sentido, la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 23 de febrero de 2007, sobre inscripción de nacimiento y defunción fuera de plazo declara entre otras cuestiones de interés (14): «El elemento delimitador para determinar si procede una inscripción de nacimiento o una simple incorporación de la declaración correspondiente en el legajo de abortos viene definido, como se ha anticipado, en el artículo 40 de la Ley del Registro Civil, y consiste en el hecho de que concurran en el nacido “las condiciones establecidas en el artículo 30 del Código Civil”, precepto remitido conforme al cual “para los efectos civiles, solo se reputará nacido el feto que tuviere figura humana y viviere veinticuatro horas enteramente desprendido del seno materno”. Son, pues, dos las condiciones impuestas por el artículo 30 del Código, que la criatura alumbrada tenga «figura humana» y, además, vida independiente durante, al menos, un día completo. A los efectos de resolver el presente recurso es este segundo requisito el que debe ser analizado. Pues bien, el Ordenamiento jurídico español condiciona, como hemos visto, la personalidad a la denominada *viabilidad legal* del neonato, esto es, a la supervivencia del nacido durante veinticuatro horas desde la ruptura del cordón umbilical, requisito procedente de nuestro Derecho histórico y que

evidentes de economía procesal [cfr. art. 354 RRC], es aprovechar las actuaciones para convalidar el asiento. Así lo permiten los artículos 95.1.º de la Ley y 296 del Reglamento y, específicamente, el artículo 165 del Reglamento del Registro Civil, a cuyo tenor “la inscripción en virtud de declaración formulada antes de que el feto viviera veinticuatro horas enteramente desprendido del seno materno se convalidará acreditando, en expediente, la supervivencia a dicho plazo”».

(14) «El artículo 40 de la Ley del Registro Civil delimita el ámbito de los nacimientos inscribibles en el Registro Civil estableciendo que lo serán todos aquellos “en que concurran las condiciones establecidas en el artículo 30 del Código Civil”, precepto que ha de ser puesto en relación, en tanto que delimitador negativo de tal ámbito, con el artículo 45 del mismo Cuerpo legal, el cual impone al mismo círculo de personas obligadas a declarar o dar parte del nacimiento la obligación alternativa a la anterior de “comunicar en la misma forma el alumbramiento de las criaturas abortivas de más de ciento ochenta días de vida fetal, aproximadamente”, cuya declaración no dará lugar a inscripción alguna ni de nacimiento ni de defunción, sino a la incorporación de la misma al denominado legajo de abortos creado históricamente por la Real Orden de 30 de enero de 1871, y regulado hoy por los artículos 171 a 174 del Reglamento del Registro Civil. La Real Orden de 1871 citada, dictada al poco tiempo de la entrada en vigor de la denominada Ley provisional del Registro Civil de 17 de junio de 1870, justificaba la creación del legajo de abortos con argumentos cuya vigencia justifica que sean aquí recordados y que estriban, básicamente, en la consideración de que el Registro Civil solo puede tener por objeto la inscripción o anotación de los actos concernientes al estado civil de las “personas”, y que en el Derecho entonces vigente, como el actual, no es persona en su acepción jurídica quien no es capaz de derechos y obligaciones, y dicha capacidad no la tiene ni la puede tener el feto, siendo indispensable para que la adquiriera que nazca vivo y que viva veinticuatro horas separado del claustro materno, por cuya razón no procede su inscripción en el Registro Civil, por lo que la licencia de inhumación no puede condicionarse a tal inscripción, en sustitución de la cual se arbitra, a efectos estadísticos, sanitarios y, también, de previo control en la expedición de las licencias de enterramiento de las criaturas abortivas, la declaración y constancia del alumbramiento de tales criaturas de más de ciento ochenta días de vida fetal en el legajo de abortos custodiado en el propio Registro Civil».

responde al deseo de evitar un cambio en la línea de la sucesión de los bienes familiares cuando el nacido, que tuviera la condición de heredero, viviera solo por un breve espacio de tiempo de escasas horas o minutos. Se trata de una noción diferente a la *viabilidad propia*, basada en el grado de madurez del feto, y a la *viabilidad impropia o ausencia de defectos* que determinen la inviabilidad vital del nacido. El concepto de viabilidad legal del Código Civil está basado en el mero dato objetivo del transcurso del plazo legal de supervivencia exclaustrada, con independencia de la causa de ello, siendo indiferente que la sobrevivencia se haya debido a especiales cuidados médicos o que la muerte prematura se haya producido por una causa eficiente ajena a la naturaleza del propio nacido, como un accidente o atentado contra su vida. En definitiva, al transcurso del plazo se le otorga legalmente la relevancia jurídica de constituir *conditio iuris* del nacimiento de la capacidad y personalidad jurídica del nacido, personalidad a la que queda subordinado el libre acceso del nacimiento a los libros de inscripciones del Registro Civil. En consecuencia, a los efectos de practicar o no la inscripción de nacimiento en el Registro Civil resulta imperativo determinar, con toda la exactitud posible, las horas del alumbramiento y de la muerte, o más propiamente el intervalo temporal mínimo entre tales eventos, pudiendo y debiendo el encargado realizar cuantas diligencias de comprobación resulten oportunas a tales efectos (cfr. art. 28 LRC).

Sigue la Resolución en su fundamento cuarto: «Cierto es que en el presente caso, en el que se insta la inscripción del nacimiento y de la defunción fuera de plazo cuarenta años después del acaecimiento de los hechos, la dificultad probatoria del *factum* sobre el que se ha de apoyar la actuación registral es notoria. Ahora bien, ha de recordarse que cuando la inscripción no se ha promovido dentro del plazo legal del artículo 42 de la Ley Registral Civil, aquella se puede impetrar en cualquier plazo canalizando la solicitud a través del cauce del expediente registral regulado en los artículos 311 y siguientes del Reglamento del Registro Civil, regulación de la que se desprende un claro principio favorecer de la inscripción omitida, ya que la investigación oportuna ha de tener por objeto, además de la ausencia de la inscripción, la existencia e identidad del nacido y cuantas circunstancias deban constar en la inscripción, bastando para determinar la edad y fecha de nacimiento “la información de dos personas a quienes conste de ciencia propia o por notoriedad”. Como ha señalado reiteradamente la doctrina de este Centro Directivo, esta amplitud, explicable por la dificultad inherente a la justificación de los hechos con el transcurso del tiempo, permite incluso acceder a la inscripción aunque haya dudas sobre la fecha exacta del nacimiento, siempre que se haya comprobado la falta de inscripción y la existencia e identidad del nacido (cfr. arts. 312 y 316 RRC), ya que “en último término, según precisa el artículo 169 del Reglamento, en el expediente, en defecto de otras pruebas, se establecerá necesariamente el día, mes y año del alumbramiento, de acuerdo con la edad aparente, según informe médico”. En el presente caso no existen dudas sobre el hecho del nacimiento, ni sobre la identidad del nacido, como hijo de progenitores perfectamente determinados, bautizado con el nombre de Guillermo, ni sobre su sexo, ni sobre la fecha aproximada del nacimiento, ni, finalmente, sobre la ausencia de inscripción. Las dudas se centran exclusivamente sobre una cuestión de hecho, la relativa a si la supervivencia del nacido fuera del seno materno se prolongó o no más de las veinticuatro horas exigidas por el Código Civil para el reconocimiento de la personalidad jurídica y por la Ley del Registro Civil para la inscripción del nacimiento en el Registro Civil. Y, a juicio de este Centro Directivo, dichas dudas se han de resolver en sentido positivo».

2. LA SENTENCIA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE HUELVA, DE 14 DE JUNIO DE 2010, Y FETO DE NUEVE MESES DE GESTACIÓN QUE MUERE CINCO MINUTOS DESPUÉS DE SER EXTRAÍDO MEDIANTE CESÁREA DE SU MADRE AGONIZANTE TRAS ACCIDENTE DE CIRCULACIÓN: BAREMOS DE TRÁFICO

La sentencia de la Audiencia Provincial de Huelva, de 14 de junio de 2010, siendo Ponente RUIZ YAMUZA, pronunciado en un recurso de apelación en materia de tráfico vial, presenta interés por cuanto de la declaración como persona, o no, del feto de nueve meses fallecido a los cinco minutos de haber sido extraído mediante cesárea, dependerá la adquisición de derechos hereditarios, incrementando, a su vez los de la otra hija superviviente.

Declara en su Fundamento tercero, en el recurso interpuesto por la hija superviviente de la fallecida que: «Debemos distinguir dos subapartados dentro de esta parte del recurso de la actora. De la consideración como hijo, y no como feto, de la hermana de doña Catalina. Resulta trascendente para la actora sostener que al morir su madre, doña Bernarda había dado a luz una niña que deba ser considerada como hija, en vez de conceptuar el lamentable suceso como pérdida de un feto. Con ello el cálculo de la indemnización que correspondiera a doña Catalina se elevaría de manera notoria, y no únicamente hasta cantidad básica de 38.819,56 euros, sino hasta la de 85.43,03 euros (según la versión del baremo vigente en 2005 y aplicable a los hechos) sobre la que se irían aplicando las diferentes etapas correctoras previstas en el citado baremo. La actora ha venido, equivocadamente a juicio de la Sala, pretendiendo que en este supuesto se debía operar con la Tabla I Grupo II del Baremo: «Víctima sin cónyuge y con hijos menores». Pero este apartado no es de aplicación al haber fallecido doña Bernarda, ya en situación de viuda, después que su segunda hija. Por lo tanto, lo correcto hubiera sido, en todo caso, apreciar que la señora Bernarda perdió a una hija, hermana de doña Catalina y aplicar en consecuencia la Tabla I, Grupo V del Baremo: «Víctima sin cónyuge y conviviente con los padres». El derecho a indemnización devengando por la señora Bernarda, al fallecer esta pocas horas después podría ser adquirido *iure hereditario* por su hija Catalina. Ciertamente la cuestión presenta interés, siempre limitando la cuantificación de la reclamación al *petitum* de la apelante por imperativo del principio de rogación, sin que haya encontrado la Sala referencias jurisprudenciales que nos sirvan de ilustración y, sin pretender hacer doctrina general acerca de este tipo de supuestos, hemos de consignar lo siguiente: 1.º) A consecuencia del accidente que nos ocupa, doña Bernarda gestante a término, sufrió las graves heridas que describe el informe forense de autopsia consistentes esencialmente en fracturas costales y de esternón, hígado con desgarro, riñones con traumatismos y rotura de bazo, lesiones que le produjeron la muerte por choque hipovolémico a las 20,15 horas del 5-8-2005. 2.º) El feto que gestaba, de sexo femenino con nueve meses de vida intrauterina, fue extraído del seno materno mediante cesárea a las 18,30 horas, falleció a las 18,35 horas del 5-8-2005, a consecuencia de un edema pulmonar agudo, provocado por el trauma abdominal de la madre. 3.º) Puede resultar controvertida la consideración del recién nacido como feto o como persona a todos los efectos y por lo tanto apta para generar en su madre el derecho a ser indemnizado por su muerte en condiciones parificables a cualquier otra pérdida de vida humana independiente. La Sala considera que esta hipótesis no puede desecharse de modo mecanicista o a ultranza como hace la sentencia criticada por la mera aplicación de lo dispuesto en los artículos 29 y 30 del Código Civil que, como se recordará, establecen que: «Para los efectos civiles, solo se reputará nacido el feto que tuviere figura humana y viviere veinticuatro horas enteramente desprendido

del seno materno» (art. 30) y que: «...El nacimiento determina la personalidad; pero el concebido se tiene por nacido para todos los efectos que le sean favorables, siempre que nazca con las condiciones que expresa el artículo siguiente» (art. 29). Tales preceptos deben ser situados en el contexto decimonónico en el que surgió el Código Civil, poseen una marcada vocación de incidencia en la regulación de relaciones de derecho hereditario y de ordenación del Registro Civil, y contrastan vivamente con otro tipo de normas, como los artículos 15 y 43 de la Constitución Española o aquellas que tutelan en el Código Penal la vida humana independiente o la integridad física —arts. 138 y sigs.— que prescinden del requisito de las 24 horas de supervivencia para conceptualizar al nacido como persona. 4.º) Existe por tanto un espacio notable para la interpretación y el debate de la operatividad de los límites del obsoleto, incluso en su redacción y estilo literario, artículo 30 del Código Civil, en relación con los actuales instrumentos jurídico legales y su compatibilidad con los mismos. No es misión ni voluntad del Tribunal agotar dicho análisis en este caso sino antes al contrario estar al supuesto concreto».

Prosigue la sentencia advirtiéndose que, de haberse dictado al amparo de la ahora nueva redacción del artículo 30, habría sido preceptivo entender que el «feto» alcanzó la consideración jurídica de persona y, que con ello la indemnización habría sido notablemente superior a la de 38.819,56 euros, llegando hasta la de 85.43,03 euros: «En este sentido consideramos que la clave de solución del problema planteado estriba en la falta de viabilidad de la hija o feto que naciera de doña Bernarda. Efectivamente la criatura sobrevivió escasos 5 minutos a su alumbramiento puesto que los gravísimos traumas sufridos por su madre provocaron el edema de pulmón que prácticamente cercenó toda posibilidad de supervivencia. Hoy día el requisito de que la vida del neonato fuera del seno materno se prolongue durante 24 horas para que pueda ser considerado persona y no feto puede resultar incluso algo anacrónica en un contexto científico y sanitario que propicia que en España —contrariamente a lo que sucedía en 1889, fecha de promulgación del Código Civil— la mortalidad infantil se encuentre reducida a una mínima expresión. En consecuencia continuar usando este parámetro para determinar en todo caso el acceso del nacido a la titularidad de derechos puede resultar controvertido, máxime cuando la producción legal ulterior ha venido prescindiendo de tal requisito. Pero en cambio el criterio de la viabilidad del nacido sigue hoy teniendo vigencia y por ello la Sala opta por acudir al mismo para ofrecer la solución al contencioso. Pensemos qué diferente sería del caso que ahora nos ocupa aquel otro en que el niño hubiera nacido en perfectas condiciones, sin compromiso alguno, o lo que vale decir en nuestro país gozaría, horas después de su nacimiento, de una esperanza de vida de alrededor de ocho décadas y que dentro de su primer día de vida sube a bordo de un vehículo y en él sufre un accidente y fallece. En cambio, por desgracia, la hija de doña Bernarda nació prácticamente con una expectativa de vida nula (como demostró su fallecimiento a los cinco minutos de nacer). Ponderando todas estas circunstancias creemos que resultaría forzado pretender acudir a las normas del baremo encaminadas a compensar económicamente el fallecimiento de una madre con dos hijos para encontrar encaje a esta situación, siendo más adecuada técnicamente la respuesta dada en la instancia. 5.º) La Dirección General de los Registros y del Notariado, en Resolución de 23 de febrero de 2007, distingue entre: primero, «viabilidad legal» del neonato, ligada a la efectiva la supervivencia del nacido durante veinticuatro horas desde la ruptura del cordón umbilical («...requisito procedente de nuestro Derecho histórico y que responde al deseo de evitar un cambio en la línea de la sucesión de los bienes familiares

cuando el nacido, que tuviera la condición de heredero, viviera solo por un breve espacio de tiempo de escasas horas o minutos...); segundo, «viabilidad propia», basada en el grado de madurez del feto; y por último «viabilidad impropia» o ausencia de defectos que determinen la inviabilidad vital del nacido».

Explica las distintas consecuencias de las clasificaciones verificadas por el Registro Civil sobre la viabilidad y precisa: «El concepto de viabilidad legal del Código Civil está basado en el mero dato objetivo del transcurso del plazo legal de supervivencia exclaustrada, con independencia de la causa de ello, siendo indiferente que la supervivencia se haya debido a especiales cuidados médicos o que la muerte prematura se haya producido por una causa eficiente ajena a la naturaleza del propio nacido, como un accidente o atentado contra su vida». En este supuesto, el feto no alcanzó viabilidad legal y aunque gozaba de viabilidad propia, puesto que no se ha acreditado enfermedad o defecto anteriores, el accidente privó al recién nacido de viabilidad impropia, lo que nos impide tomar en consideración la inclusión de su existencia en la categoría de hijo conforme al baremo. En mérito a lo expuesto debe ser rechazado este motivo de recurso».

Distintas habrían sido las consecuencias indemnizatorias si la considerada por el Derecho Civil «criatura abortiva» hubiese adquirido la personalidad jurídica por el mero hecho de nacimiento.

3. LOS DESEQUILIBRIOS EN LA APLICACIÓN DEL DERECHO, LA VIABILIDAD Y PRESTACIÓN POR PATERNIDAD: FINALIDAD Y DERECHO A LA CONCESIÓN INDEPENDIENTEMENTE DE LA VIABILIDAD DEL ANTIGUO ARTÍCULO 30

Nada excluye la presencia de desequilibrio en la aplicación del Derecho, así el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (Sala de lo Social), en su sentencia de 9 de diciembre de 2010, estima el recurso de suplicación interpuesto por la parte demandante contra sentencia del Juzgado en autos promovidos sobre reclamación de prestación por paternidad.

En el ámbito laboral los hechos enjuiciados, tal como nos los proporciona la instancia, son los siguientes, teniendo en cuenta que dicho relato no fue combatido por el recurrente: «el día 20 de octubre de 2009 la mujer del demandante dio a luz a un bebé de 271 días de gestación, que falleció antes de transcurrir veinticuatro horas; el INSS ha denegado la prestación de paternidad solicitada por don Máximo, alegando que no concurre situación protegida por dicha prestación, ya que el hecho protegido es el nacimiento de hijo, lo que no se ha producido ya que no se cumplen las condiciones del artículo 30 del Código Civil; el INSS ha reconocido a la esposa del demandante la prestación de maternidad».

Sigue sobre «El artículo 7 de la Convención de los derechos del niño: don Máximo denuncia la infracción de este precepto, a tenor del cual, en esencia, el niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho a un nombre y a una nacionalidad. Razona el demandante en su recurso que, si hay niño registrado, hay hijo y, en consecuencia, también hay padre a efectos jurídicos. Añade que el artículo 22 del Real Decreto 295/2009, considera, a efectos de la prestación de paternidad, el nacimiento de hijo como situación protegida y que, en el caso, la hija nació, sin que su supervivencia haya de impedir que deje de ser hija y que el padre deje de ser padre. También argumenta que la Ley de 8 de junio de 1957, sobre Registro Civil impide en España la inscripción de un niño nacido y no sobrevivido más de veinticuatro horas desprendido del seno materno, pero que esta es una opción legislativa que también produce efectos

jurídicos en cuanto que la no inscripción del nacimiento es seguida de la denegación del permiso de paternidad y que el bebé nacido, aunque no hubiera sobrevivido esas veinticuatro horas no era un aborto, pese a lo cual no se le otorga ni nombre ni nacionalidad».

Ante dichas alegaciones dice la ponente: «Pues bien, no entendemos vulnerado el precepto denunciado. Este precepto prevé lo siguiente: «1. El niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos. 2. Los Estados partes velarán por la aplicación de estos derechos de conformidad con su legislación nacional y las obligaciones que hayan contraído en virtud de los instrumentos internacionales pertinentes en esta esfera, sobre todo cuando el niño resultará de otro modo apátrida». En efecto, la cuestión radica en que dicho artículo 7 de la Convención de los Derechos del Niño determina la inscripción del niño inmediatamente después de su nacimiento con derecho a un nombre y a una nacionalidad, fundamentalmente para evitar situaciones de indefensión y abandono. No prevé esta Convención cuándo se considera nacido un bebé con esos derechos a la inscripción, al nombre y a la nacionalidad, pero es evidente que no todo ser nacido, esto es, separado del seno materno, puede ser considerado «un niño», en palabras de la Convención. De ahí que las legislaciones nacionales regulen esta cuestión, comenzando por la de determinar qué seres humanos hayan de ser considerados «nacidos» a fin de otorgarles la protección referida y otros efectos jurídicos. Esto es lo que se regula en el artículo 30 del Código Civil, precisamente, o sea, cuándo se entiende producido el nacimiento a estos efectos. Así, se considera por esta norma que solo se entenderá nacido el feto que viviera veinticuatro horas enteramente desprendido del seno materno, de manera que, para el Derecho español, este es el niño (niña) nacido(a), y no otro(a), y este es a quien se otorgarán los derechos y efectos civiles correspondientes. Ahora bien, el artículo 133 octies LGSS, introducido por la Ley 3/2007, determina, como situación protegida de la prestación por paternidad, «el nacimiento de hijo, la adopción y el acogimiento, tanto preadoptivo como permanente o simple, de conformidad con el Código Civil o las leyes civiles de las Comunidades Autónomas que lo regulen, siempre que, en este último caso, su duración no sea inferior a un año». Por su parte, el Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo, regula las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural, norma cuyo artículo 22 reitera en los mismos términos la definición de las situaciones protegidas a los efectos de la prestación de referencia. A su vez, el artículo 30 del Código Civil determina que: «Para los efectos civiles, solo se reputará nacido el feto que tuviere figura humana y viviere veinticuatro horas enteramente desprendido del seno materno». Se trata ahora de interpretar de manera integradora los preceptos expresados. En primer lugar, hemos de partir de no considerar aplicable al caso la previsión del artículo 30 del Código Civil. En efecto, el llamado que el artículo 133 octies LGSS y el artículo 22 del Real Decreto 295/09 hacen al Código Civil y a las leyes civiles de las Comunidades Autónomas lo interpretamos realizado exclusivamente a los efectos del acogimiento, puesto que se refiere al Código Civil o las leyes de las Comunidades Autónomas que «lo» regulen, siendo así que el objeto de la regulación es singular (de ahí que interpretemos que se trata del acogimiento) y no plural (por lo que no abarca al nacimiento y a la adopción). En segundo lugar, ha de partirse de que la finalidad de las normas puestas en relación es bien distinta. Las normas reconocedoras de la prestación de paternidad tienen

por finalidad, tal como la Exposición de Motivos de la LO 3/2007, que la crean reconoce, la conciliación de la vida personal, familiar y laboral. Por su parte, el artículo 30 del Código Civil tiene por finalidad regular los derechos de las personas una vez nacidas. Claro es que la regulación de los efectos civiles y derechos de las personas nacidas no puede condicionar el derecho de conciliación de la vida personal, familiar y laboral ni transformar el sentido de la expresión «nacimiento de hijo» como situación protegida. En tercer lugar, en el caso concreto que nos ocupa, se produjo el nacimiento de una bebé a las 38 semanas y cinco días de gestación, esto es, en el término de un embarazo de duración completa, si bien la niña no sobrevivió veinticuatro horas separada del seno de su madre y esta ha recibido las prestaciones por maternidad. Así, consideramos que se ha producido el hecho causante o situación protegida de «nacimiento de hijo», que concurre de manera idéntica a los casos en que la criatura fallece poco tiempo después de transcurridas esas determinantes veinticuatro horas. Pues bien, no creemos que esta regulación vulnere los Derechos de quienes nacen (expresión que utilizamos para significar la separación del feto del seno materno mediante el parto) y no sobreviven veinticuatro horas, todo ello, claro está, sin perjuicio de los derechos de estos seres a recibir todos los cuidados y atenciones precisas. Sin embargo, sí hemos de considerar vulnerados los artículos 133 octies LGSS y 22 del Real Decreto 295/2009, también puestos en relación con la denuncia jurídica contenida en este motivo del recurso, dado que hemos concluido que no es de aplicación a los efectos de reconocimiento de la prestación de paternidad la previsión del artículo 30 del Código Civil».

Sigue la sentencia ahora sobre la vulneración de la LO 3/2007, de igualdad: «Ya nos hemos referido más arriba a los preceptos cuestionados —arts. 133 octies LGSS, 22 RD 295/09 y 30 CC—, y los hemos puesto en relación a fin de determinar cuál sea la situación protegida a los efectos de determinar la procedencia de la prestación de paternidad solicitada y cuál es la expresada finalidad de esta prestación. Pues bien, consideramos que la sentencia de instancia vulnera la LO 3/2007, en su Disposición Adicional 18.^a 7, que introdujo el artículo 133 octies LGSS con el espíritu y finalidad expresados en su Exposición de Motivos de conciliar la vida personal, familiar y laboral. Vulneración que se produce en cuanto a la restrictiva interpretación que ha hecho de la expresión «nacimiento de hijo» a los efectos de determinar la procedencia de la prestación de paternidad, ya que se ha producido una situación paralela de maternidad (reconocida), que ha habido un parto a 38 semanas y media de embarazo, que hay un sufrimiento claro por parte de la madre y del padre de la criatura que no sobrevivió y que, en tales circunstancias, la necesidad del permiso por paternidad es evidente. Y ello porque, como también hemos dicho más arriba, no tiene este permiso como finalidad exclusiva el cuidado del ser nacido, sino también la nueva situación familiar, dado que el permiso no se reduce en caso de fallecimiento del bebé una vez transcurridas las 24 primeras horas, lo que evidencia que su finalidad es más amplia (acompañamiento a la madre, incluso si el bebé ha fallecido). De ahí que, en el caso presente, debamos entender que procede reconocer la prestación en que consiste el subsidio por permiso de paternidad. En definitiva, el recurso será estimado, con revocación de la sentencia recurrida y la correspondiente estimación de la demanda iniciadora de este litigio, reconociéndose el subsidio en la cuantía solicitada, por no constar concreta oposición de las demandadas a este extremo contenido en el Hecho primero de la demanda».

IV. DEL FALLECIMIENTO Y LA PRESUNCIÓN DE CONMORIENCIA EN EL DERECHO DE SUCESIONES: APUNTES JURISPRUDENCIALES

1. LA PRESUNCIÓN DE COMORIENCIA Y LAS CONSECUENCIAS DE LA RUPTURA DE ESTE PRINCIPIO SOBRE LOS DERECHOS SUCESORIOS

Otros supuestos directamente relacionados con la adquisición de la personalidad también han sido ventilados en sede judicial. En términos generales y sobre el ámbito probatorio y la destrucción de la presunción de comoriencia, no es habitual que el Tribunal Supremo se pronuncie sobre la materia salvo, precisamente, para reiterar dicha consideración, eludiendo alterar los términos de los hechos probados al carecer la casación de esta virtualidad. Evidencia de lo anterior, es la sentencia del Tribunal Supremo, de 10 de marzo de 1998, por cuanto desestima el recurso interpuesto, ya que se pretende combatir las circunstancias acreditadas no resultando de su competencia romper la presunción de comoriencia sentada en instancia (15).

Distinto es el panorama en apelación, al ostentar la segunda instancia potestad jurisdiccional suficiente para entrar a la revisión de los hechos. De modo que, no por frecuente, sino por ilustrativa sobre los derechos hereditarios y las consecuencias de la ruptura de la presunción de comoriencia, conviene tener en cuenta la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 10 de marzo de 2003.

El asunto versa sobre la consecuencia de un accidente de tráfico en el que fallece el matrimonio y su hija menor de edad, pasajeros todos del vehículo colisionado. Pues bien, la demanda interpuesta perseguía la ruptura de la presunción del artículo 33 y, consiguientemente, la ineficacia de la declaración de herederos *abintestato* y la cancelación de diversos asientos del Registro de la Propiedad. Si se acreditaba rota la presunción —como se probó mediante testifical e informes forenses—, y que los progenitores murieron de forma instantánea mientras la menor les sobrevivió en unas horas, esta última sería heredera de sus padres. En su virtud y acreditado como quedó que esta supervivencia, al resultar heredera única y universal procedía la estimación del recurso, reconociéndose como heredera de la hija fallecida, a la demandante.

La resolución recapitula la vieja jurisprudencia del Tribunal Supremo y el rigor con que fue aplicada esta deducción procesal. En este sentido declara: «nuestro Código regula en su artículo 33 la presunción *iuris tantum* de comoriencia. Si se duda en dos o más personas llamadas a sucederse quién de ellas ha muerto primero, se presumen muertas al mismo tiempo y no se opera transmisión de derechos sucesorios entre los fallecidos. Se eliminan así las presunciones

(15) En dicho sentido dice: «Promovida por doña Zoraida del Carmen S. S. ante el Juzgado de Primera Instancia, núm. 1 de Ciudad Rodrigo, demanda de juicio ordinario de menor cuantía sobre modificación de inscripciones de defunción en el Registro Civil por comoriencia, contra los herederos de don Harold S. C., con fecha 30 de junio de 1994 recayó sentencia de la Audiencia Provincial de Salamanca en la que confirmando la dictada por el referido Juzgado el 2 de mayo de 1994 se estimaba parcialmente la demanda declarando la comoriencia de padre e hija. Sentencia contra la que se interpuso el presente recurso de casación y en la que se sientan, entre otros los siguientes hechos: Que en las circunstancias en que los hechos se desarrollaron y tuvieron lugar, deviene manifiesta la imposibilidad para la parte actora de demostrar, contra la declaración legal de comoriencia consagrada por el artículo 33 del Código Civil, que el fallecimiento de la niña tuvo lugar con posterioridad a la defunción de su padre».

históricas del derecho español recogidas en las Partidas procedentes del derecho romano que establecían un complicado sistema de llamadas en atención a las condiciones personales de los que comorían en el accidente. De todas formas la jurisprudencia (por todas, la STS de 4 de diciembre de 1948), ha sido muy estricta puesto que en un supuesto de fallecimiento de dos cónyuges fusilados en 1936 y a pesar de que en el Registro Civil constaba que la esposa había fallecido minutos antes que el marido, el Tribunal Supremo se atuvo a la presunción legal para destruir las actas del Registro Civil a pesar de que tales actas constituyen la prueba del estado civil de las personas» (16).

2. LA CUESTIÓN TERMINOLÓGICA SOBRE LA COMORIENCIA, CONMORIENCIA, SU AUSENCIA EN EL DICCIONARIO DE LA REAL ACADEMIA Y LA BÚSQUEDA DE LA VOLUNTAD DEL TESTADOR: LA APELACIÓN A LA COMORIENCIA SIRVE PARA REFERIRSE A LA MUERTE SIMULTÁNEA Y/O SUCESIVA

La sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, de 4 de mayo de 2011, sobre comoriencia, conmoriencia y commoriencia, términos aplicados sinónimamente al ir referidos a la presunción del artículo 33 del Código Civil, declara lo siguiente: «teniendo en cuenta las consideraciones que hasta el momento hemos expuesto, lo cierto es que examinada la disposición testamentaria cuya interpretación se solicita, consideramos que desde luego no cabe dar a la misma la interpretación pretendida por la parte apelante, compartiendo con el Juzgador de instancia que aquella lo que pretende es más bien la declaración de existencia de

(16) Sigue el ponente apreciando que «en el desgraciado accidente acaecido el 10 de agosto de 1999 en el término de Pina de Ebro, Zaragoza, se vieron implicados los padres don Narciso y doña Rosario y la hija de ambos Juana. Con arreglo a la ley debe partirse de la presunción de comoriencia que debe ser destruida por una prueba clara y contundente en contrario, máxime teniendo en cuenta el antecedente jurisprudencial que acaba de citarse. Obra en las actuaciones la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia, número 1 de Zaragoza en los autos de procedimiento ordinario 132/02 de fecha 10 de mayo de 2002, admitida como prueba en este segundo grado. En el fallo de aquella sentencia se estima la demanda formulada también por doña Daniela, y en la que ha sido parte el ministerio Fiscal y en la que se declara que la niña Juana falleció con posterioridad a las 5:45 horas del día 10 de agosto de 1999 sin poderse determinar la hora exacta, pero en todo caso en el periodo comprendido entre las 5:45 horas y las 7:08 horas, momento en que llegó la fuerza instructora que la encontró fallecida y en consecuencia debe procederse a la rectificación de la hora que consta en el certificado la inscripción de defunción en el Registro Civil de Pina de Ebro, Zaragoza, al tomo, folio de la sección. Esa sentencia si bien en sus estrictos términos no deshace la presunción de comoriencia supone como lógico corolario una prueba evidente de que evidentemente la pequeña Juana muere después que sus padres y se apoya en la prueba practicada y muy fundamentalmente en la declaración del médico forense que hace la autopsia de los fallecidos de la que resulta que Juana muere con posterioridad a sus padres que pierden la vida en el acto ya que las lesiones que les produjo el accidente eran incompatibles con la vida mientras que a la niña se le aprecia una lesión pulmonar que para producirse precisaba unos minutos de vida, de suerte que de esa operación técnico-científica-médica o pericial cualificada que supone la autopsia tiene que llegarse a la conclusión de que los padres premueren a la hija con las implicaciones sucesorias que de ello se deriva. Así pues, no cabe duda alguna de la muerte posterior de la pequeña Juana respecto de sus padres, máxime teniendo en cuenta que en materia de estado civil y consiguiente rectificación registral el principio de investigación de la realidad se impone sobre el principio dispositivo de las partes ya que afectan a derechos con una trascendencia pública indudable que conllevan la obligada intervención del Ministerio Fiscal».

una disposición testamentaria que no existe. En efecto, con independencia de cuál hubiera sido la voluntad de la señora Matilde tras el fallecimiento de su esposo, punto este en el que se incidió por la representación de la Sra. Claudia en las preguntas por la misma formuladas a los testigos por ella propuestos en el acto del juicio, lo cierto es que cual fuera su voluntad al momento de ser otorgado el testamento cuya interpretación se pretende, es la que debe ser interpretada en cuanto manifestada en él mismo, ya que dicha voluntad fue la que como tal se expresó en aquel, pudiendo haber otorgado nuevo testamento caso de que su voluntad hubiera sido distinta a la inicialmente expresada en dicho testamento revocando con el nuevo las disposiciones testamentarias hasta entonces vigentes. No cabe mantener, como alega la parte apelante, que realmente en el testamento otorgado por la señora Matilde la misma no pretendía sino designar como herederos a sus dos sobrinos, aun cuando faltara el supuesto de *conmoriencia* de la misma con su esposo, al que se refería la disposición testamentaria litigiosa, fundamentando tal alegación en el hecho de que ni siquiera se utilizaba esta palabra en dicho testamento, sino que se utilizó la expresión *comoriencia*, término este no recogido en el Diccionario de la Lengua Española, y ello por cuanto que tampoco se encuentra, pese a lo que pretende, la palabra *conmoriencia* recogida en este Diccionario, refiriéndose ambos términos, *conmoriencia* y *comoriencia*, a la teoría de los comurientes que no es sino una ficción jurídica en virtud de la cual se presume que murieron a la vez dos personas cuando no puede demostrarse quien falleció primero, teniendo por ello importancia a efectos de la sucesión. *Considerar que debe darse una determinada interpretación a una disposición testamentaria por el hecho de que la palabra utilizada no se encuentre en el DLE no es posible, ya que hay determinadas palabras de naturaleza jurídica no recogidas en aquel*, resultando además que la palabra que a entender de la propia parte apelante sí sería la correcta, la expresión *conmoriencia*, tampoco figura recogida en el DLE, utilizándose por la doctrina y nuestra jurisprudencia indistintamente una y otra para referirse al supuesto de presunción de muerte simultánea de dos personas cuando no pueda determinarse quien falleció primero, y así por ejemplo utiliza el término de *conmoriencia* el Tribunal Supremo en sentencia de 1 de marzo de 1999, y el de *comoriencia* en las sentencias de 14 de octubre de 2009 o de 10 de marzo de 1998, de forma que la utilización de una palabra en el testamento otorgado por la señora Matilde no recogida en el DLE cuando jurídicamente es utilizada en el lenguaje forense no puede privar de valor al mismo, y lo que es más importante no puede darse en este caso un valor o interpretación diferente a las previsiones contenidas en aquel por el uso de la misma. En efecto, si desde luego la utilización de un término en un testamento no recogido en el DLE pero sin embargo si utilizado en el mundo jurídico pudiera conllevar consecuencia alguna, como pretende la parte ahora apelante, dicha consecuencia no sería sino la nulidad de tal disposición testamentaria, pero no el que hubiera de interpretarse la misma en una forma determinada. No cabe duda de que el testamento debe interpretarse conforme a la literalidad del mismo, y solo si sus términos no fueren claros cabe acudir a otros medios interpretativos; ahora bien, lo que no es posible en base a una pretendida interpretación es atribuir al testador una solución que no quiso. Entendemos que los términos del testamento de la señora Matilde son claros, previendo la misma la sucesión de sus sobrinos en el supuesto de *comoriencia* o *conmoriencia* de la misma con su esposo, única y exclusivamente en este caso y no en otro, de forma que no existiendo cualesquiera otras disposiciones testamentarias de

las que pueda deducirse que realmente la voluntad real de aquella al momento de otorgar testamento fuera otra diferente de la manifestada, consideramos que desde luego lo que no cabe es atribuir como voluntad de la señora Matilde una voluntad no expresada en el mismo, siendo por ello por lo que compartiendo con el Juzgador de instancia que más que buscar una interpretación de las disposiciones testamentarias la ahora apelante lo que busca es suplir una voluntad de la testadora no expresada en el testamento por la misma otorgado, no procede sino que en base a lo expuesto y dando por reproducidas las consideraciones por aquel realizadas en la resolución recurrida, desestimemos el recurso de apelación que nos ocupa confirmando la sentencia dictada».

Por su parte, y no tanto del alcance estricto del sustantivo, sino como efecto de la búsqueda de la verdadera intención del testador, avalada por pruebas que acrediten cuál era su auténtico espíritu, la sentencia de la Audiencia Provincial de La Laguna, de 4 de marzo de 2011, estima el recurso de apelación y, revocando la sentencia de instancia, desestima íntegramente la demanda. Así, asevera que «del artículo 675 del Código Civil resulta que: Toda disposición testamentaria deberá entenderse en el sentido literal de sus palabras, a no ser que aparezca claramente que fue otra la voluntad del testador. En caso de duda se observará lo que aparezca más conforme a la intención del testador según el tenor del mismo testamento. El testador no puede prohibir que se impugne el testamento en los casos en que haya nulidad declarada por la ley. Y, como se ha expuesto anteriormente de la consolidada doctrina jurisprudencial resulta que la finalidad de la interpretación del testamento es la averiguación de la voluntad real del testador, que es la manifestada en el instante del otorgamiento del testamento; y, en este punto debe señalarse que don Juan Enrique, nacido el 19 de mayo de 1928, esposo de la causante, otorga testamento ante el Notario don Clemente Beltrán Esteban, número de protocolo 3.079, en fecha tres de noviembre de 1988 con la Cláusula Única “instituye heredera a su dicha esposa doña Adolfin, con derecho de sustitución en caso de comoriencia el testador y su esposa a favor de sus hermanos Diego, Ángeles, Eufrosia y Candelaria”. Por doña Adolfin, nacida el 20 de mayo de 1924, otorga testamento ante el Notario don Clemente Beltrán Esteban, número de protocolo 3080, en fecha tres de noviembre de 1988 con la Cláusula Única “instituye heredero a su dicho esposo don Juan Enrique, con derecho de sustitución en caso de comoriencia de la testadora y su esposo a favor de sus cuñados Diego, Ángeles, Eufrosia y Candelaria”. El esposo don Juan Enrique fallece el día 27 de julio de 2002; doña Adolfin fallece el 7 de julio de 2005, ya viuda».

Expuestos los hechos y a la vista de la redacción dada en ambos testamentos de una cláusula por la que tanto el esposo como la esposa, se instituyen recíprocamente herederos, con derecho de sustitución caso de comoriencia a favor de los hermanos del esposo y a favor de sus cuñados de la esposa, sigue la resolución concretando que el término comoriencia o conmoriencia no debe restringirse estrictamente a los supuestos de muerte simultánea ya que ni aparece en el Diccionario ni tampoco en la redacción literal del artículo 33 del Código Civil.

De modo que conmoriencia o comoriencia, puede significar tanto la muerte simultánea del testador y su cónyuge, como el fallecimiento previo del mencionado cónyuge al testador. En síntesis, y teniendo en cuenta la redacción de la cláusula controvertida, se aplicará la técnica interpretativa correspondiente y averiguada que sea la auténtica voluntad del causante, con dicho término comoriencia podrá deducirse la inclusión de ambas cosas o solo a una de ellas: fallecimiento simultáneo o sucesivo.

Sigue la resolución declarando que: «La cuestión surge del alcance que debe darse a la expresión “con derecho de sustitución en caso de comoriencia de la testadora y su esposo a favor de sus cuñados Diego, Ángeles, Eufrasia y Candelaria”. Y, así, la doctrina jurisprudencial citada nos dice que el intérprete no puede verse constreñido por las declaraciones o por las palabras, sino que su objetivo ha de ser la de descubrir dicha intención, que prevalece sobre aquellas porque constituye el fin de la hermenéutica testamentaria. Entre los medios de interpretación testamentaria se encuentran primordialmente los siguientes: el elemento literal o gramatical; los elementos sistemático, lógico y finalista, empleados de forma conjunta o combinada, sobre la base de la consideración del testamento como unidad; y los elementos de prueba extrínsecos, que son admitidos por las doctrinas científica y jurisprudencial, ya sean coetáneos, previos o posteriores al acto testamentario. Para el conocimiento de lo que debe de estimarse sentido literal de la palabra “comoriencia”, es relevante que el diccionario de la Real Academia no la recoge, ni tampoco “conmoriencia”. El Código Civil en el artículo 33 establece: “Si se duda, entre dos o más personas llamadas a sucederse, quién de ellas ha muerto primero, el que sostenga la muerte anterior de una o de otra, debe probarla; a falta de prueba, se presumen muertas al mismo tiempo y no tiene lugar la transmisión de derechos de uno a otro”. Precepto de indudable naturaleza procesal que hay que relacionar con la carga de la prueba del artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y las presunciones legales del artículo 385.2 y 3 de la misma Ley. Precepto que, además de no hacer referencia alguna a la palabra “comoriencia o conmoriencia”, contempla tal presunción para el supuesto concreto de: “Si se duda, entre dos o más personas llamadas a sucederse, quién de ellas ha muerto primero”, lo que no es objeto de este juicio. De otra parte, restringir el vocablo “comoriencia o conmoriencia” a los supuestos de muerte simultánea no debe de ser aceptado; así, el Auto del Tribunal Supremo de fecha 6 de marzo de 2007, en atención al alcance que debe darse a esa palabra comoriencia refiere en su fundamento tercero: “(...) la parte recurrente pretende, de forma solapada, someter a esta Sala la revisión de la interpretación que la Audiencia realizó de la cláusula testamentaria controvertida, con el objeto de que, en contra de lo declarado por la sentencia recurrida, y mediante una nueva interpretación de la misma (acomodada lógicamente a los intereses de la recurrente), se considere acreditado que la intención de la testadora y causante doña Beatriz, al expresar en su testamento que en caso de comoriencia de la testadora y su hermana instituyó heredera a su buena amiga doña Marisol”, fue que esta última únicamente heredaría en el supuesto de muerte simultánea de ambas hermanas, abogando, así, en definitiva, por una interpretación estricta del término médico legal *comoriencia* que conduciría a que dicha cláusula testamentaria, y en virtud de las circunstancias fácticas concurrentes en el caso, careciera finalmente de eficacia; interpretación que conduciría a la consecuencia de que la recurrente conservaría su condición de heredera *abintestato*, y que resulta absolutamente contradictoria con la realizada por la Audiencia Provincial en su sentencia, que por contra reconocía la eficacia de dicha cláusula testamentaria atribuyendo como consecuencia a la actora la condición de heredera universal de la antedicha causante. Igualmente, en la sentencia de la Audiencia Provincial de León, Sección tercera, de fecha 9 de junio de 2009, da un sentido amplio a la expresión y refiere que la “conmoriencia que aparece en el testamento antedicho, debe ser interpretada, como fallecimiento de la testadora y su hermano Ismael a la vez, y fallecimiento de este antes que la testadora, es decir, que al fallecimiento de la testadora, también hubiera fallecido don Ismael, bien antes o a la vez que la testadora”, y concluye que: “Viene a de-

ducirse e inferirse de forma lógica y racional, que fue voluntad e intención de la testadora doña Piedad, que para el supuesto que aconteciese el fallecimiento de su hermano don Ismael, antes que ella o al mismo tiempo, heredase su tío don Diego y en defecto del mismo, por sustitución, sus descendientes de forma única y exclusiva. Aplicándose así, correctamente, lo dispuesto en el artículo 675 del Código Civil y jurisprudencia que lo interpreta, en cuanto al conflictivo término de “conmoriencia” utilizado en la cláusula segunda del testamento objeto de *litis*»).

En virtud de lo expuesto, revoca la sentencia de instancia y desestima la demanda ya que: «La doctrina jurisprudencial citada nos dice que el intérprete testamentario no puede verse constreñido por las declaraciones o por las palabras, sino que su objetivo ha de ser la de descubrir dicha intención, que prevalece sobre aquellas porque constituye el fin de la hermenéutica testamentaria; por lo que, consecuentemente, se debe de completar la interpretación con los elementos sistemático, lógico y finalista, de forma conjunta o combinada, y sobre la base de la consideración del testamento como unidad; y los elementos de prueba extrínsecos, coetáneos, previos o posteriores al acto testamentario. Y, así, del examen de lo actuado debe concluirse que la intención de la testadora era que los bienes pasaran a su esposo y para el caso de muerte de este a sus cuñados, que expresamente designa por su nombre. Hay pues una clara voluntad de que la herencia, fallecidos los esposos, pase a manos de los hermanos de él. Sin que exista mención alguna a los hermanos de ella, cuya mala relación con estos, debe de estimarse acreditada por los testimonios obrantes en autos; así, los testimonios de Marcelina, que trabajó en la casa, y Rocío, amiga de relación asidua con la causante de más 25 años, y que refiere que le contó a ella que a “sus hermanos no los quería ver parece ser que por una trastada que le hicieron con la herencia de los hermanos”. Punto este que coincide con lo expuesto en su interrogatorio por la demandada Elvira, que refiere que la relación de su tía con sus hermanos no era normal, que no quería verlos, “su tía decía que estaba enfadada con los hermanos porque su madre le dio un poder a su hermano y le quitaron la herencia de su madre”. Consiguientemente, e igualmente atendiendo también a la posición jurisprudencial antes citada de que debe de acudirse “a una interpretación ‘psicológica o personalísima’, más que instrumental, tendente a explorar la voluntad real del testador siempre que tal voluntad resulte ‘de circunstancias claramente apreciables, incluso exteriores al testamento’”, todo ello nos lleva a estimar que la *voluntad real de la testadora era, para el caso de que no heredara su esposo, que sus herederos fueran sus cuñados Diego, Ángeles, Eufrasia y Candelaria, es decir, que muertos ambos —simultánea o sucesivamente— la herencia pasaría a los cuñados*. Y, en tal sentido interpretativo es irrelevante, por su sentido general, el testimonio del Notario interviniente prestado en juicio el día 19 de diciembre de 2009, respecto del testamento que había sido otorgado 21 años antes, y lo que resulta es que se “institúan herederos uno al otro y en defecto a una serie de personas”, que “podría haber trescientos o cuatrocientos testamentos. El oficial de turno puede que transcribiese lo que no pudieran llegar a entender los testadores”. Consecuentemente a todo lo anterior procede la estimación del recurso de apelación interpuesto, con revocación de la sentencia de primera instancia, y desestimación de la demanda» (17).

(17) La sentencia del Tribunal Supremo, de 14 de octubre de 2009, también se ocupa de la comoriencia, pero no tanto de la institución en sí, como de nuevo sobre la interpretación que se deba dar al testamento en que se incluye una mención a dicha institución, así y en palabras de O'CALLAGHAN, ponente de la resolución, dice: «La cuestión que se plantea en casación es muy concreta y, aparentemente, sencilla. La demandante en la instancia doña

Por su parte, los apelantes, en la sentencia de la Audiencia Provincial de Oviedo, de 29 de septiembre de 2009, sustentan infructuosamente su recurso en un error del acta notarial. Dice así: «El correcto análisis de las cuestiones planteadas en este proceso, reproducidas en esta alzada, aconseja seguir el mismo orden adoptado en la sentencia de instancia que fue, además, el seguido por los propios demandantes en su relato fáctico, es decir, comenzar por el estudio del segundo de los temas suscitados, si los demandantes deben merecer o no la condición de herederos testamentarios de doña Camino. Esta falleció el 10 de junio de 2006 bajo testamento otorgado el 23 de septiembre de 1974 en el que instituía heredero universal a su esposo don Constantino, que falleció el 12 de marzo de 1990, y que contenía la siguiente disposición “para el solo supuesto de *conmovenencia* de la testadora y el heredero, instituye herederos universales por iguales partes a sus sobrinos políticos doña Jacinta, don Miguel y doña Olga”, es decir, los aquí demandantes. Sostienen estos que al no existir en nuestra lengua el término “conmovenencia”, debe ser tenido por no puesto, de tal forma que se entienda que ellos fueron llamados a la herencia comprendiendo todos los casos posibles de sustitución; o, de lo contrario, que se interprete que quiso decirse “conmoriencia”, en la que debe incluirse el supuesto de premoriencia del heredero llamado en primer lugar, de tal forma que al haberse dado este caso serían ellos los herederos testamentarios. El juzgador de instancia analizó detallada y correctamente esta cuestión, compartiendo esta Sala plenamente sus conclusiones que no cabe sino ratificar aquí pese a los notables esfuerzos dialécticos de la defensa de los recurrentes. Y así: A) Es claro y manifiesto que la expresión “conmovenencia” contenida en el testamento es un error de transcripción dada la similitud fonética con el término correcto “conmoriencia”, respecto del que solo cambia una letra (“v” por “r”) que, además, es frecuente que se escriban con rasgos similares cuando se hace manualmente, lo que bien pudo provocar esa

Adelaida, viuda de don Leovigildo, como heredera del mismo, ejerció la *actio communi dividundo* respecto a unas fincas cuya propiedad era de este y de tres hermanos suyos, los codemandados en la inicial demanda. Sin embargo, la postura de la demandados no era, como no podía ser menos, de oposición a la división de la cosa común, sino la alegación en demanda reconventional de que la demandante no era heredera del causante, su esposo, sino que los herederos del mismo eran sus hermanos, demandados y recurrentes en casación (ellos o sus respectivos herederos). Por tanto, la cuestión que se planteó en la instancia y se plantea en casación es de interpretación del testamento. En este, otorgado por el esposo de la demandante y hermano de los demandados don Leovigildo lega a su esposa, aquella demandante, el usufructo universal de sus bienes con aplicación de la *cautela socini*. En aquel momento, ni tampoco después, tenían descendencia. Y hace institución de heredero en la cláusula cuarta con el siguiente tenor literal, que es el que provoca el conflicto: «Instituye y nombra por sus únicos y universales herederos, por partes iguales, a los hijos que pueda tener, con sustitución —para caso de premoriencia o incapacidad— por sus respectivos descendientes; y a falta de estos y para caso de conmoriencia instituye por sus únicos y universales herederos, a partes iguales, a sus hermanos: Carla, Candelaria y Sebastián, con sustitución, igualmente, para caso de premoriencia o incapacidad, por sus respectivos descendientes; y si no hubiera descendientes, instituye heredera universal, en pleno dominio, a su citada esposa doña Adelaida». La sentencia de la Audiencia Provincial de Zamora, de 24 de septiembre de 2004, confirmando la de primera instancia, estima la demanda y declara que, según la interpretación lógica del testamento, la heredera es la esposa del causante, demandante y parte recurrida en casación, con una serie de argumentos y concluye que el testamento no permite, en su tenor literal, conocer la voluntad del testador y se debe acudir a una interpretación lógica y finalística».

confusión. Que se trata de conmoriencia resulta además del conjunto de la frase pues se alude a algo que puede suceder a “la testadora y el heredero”, y no a uno con independencia del otro. B) Aunque no fuera así y se estuviese a la tesis de los demandantes de que se trata de una palabra inexistente que debe tenerse por no puesta, la consecuencia no sería la de que ellos devinieran herederos testamentarios, como si se hubiera ordenado una sustitución simple sin expresión de casos (art. 774 CC, sino que prevista para un concreto supuesto que devendría imposible por ininteligible, arrastraría la nulidad de esa cláusula, que habría de tenerse por no puesta. C) Es también clara la diferencia entre conmoriencia, o muerte simultánea de dos o más personas, y premoriencia, que alude a que uno fallezca antes que otro. No existe razón alguna para entender que la utilización del primer término comprenda la del segundo. La voluntad de la testadora no dejaba lugar a dudas al referirse al primero, máxime cuando, como se ha dicho, alude a que se produzca respecto a “la testadora y el heredero”, enfatizando que tendrá lugar “solo” para este supuesto. Si quisiera referirse a la premoriencia del nombrado heredero no tendría ningún sentido tal expresión pues es imposible que teóricamente pudiera producirse la premoriencia de “la testadora y el heredero” sin hacer referencia a la supervivencia de otras personas».

«(...) El que la testadora les profesara especial cariño, puesto de manifiesto por las dos testigos llamadas a juicio y plasmado en el propio testamento a través de su llamamiento para el caso de conmoriencia, no permite incluir en esa disposición otros supuestos distintos de los allí plasmados. Es cierto que es más frecuente en la práctica el llamamiento para los casos de premoriencia, que expresamente prevé el artículo 774 del Código, que para los de conmoriencia, pero ello no supone que este último sea ilógico o absurdo pues la testadora bien pudo prever solo este último supuesto y reservarse la posibilidad de designar nuevos herederos para el caso de que premuriese su marido, como así ocurrió, lo que luego no hizo por las razones que fuere, que pueden ir desde que no le interesó hacerlo hasta el simple olvido, pero que aquí resulta intrascendente. Debe reiterarse, en definitiva, en que por vía de interpretación testamentaria no cabe incluir disposiciones o llamamientos que claramente no están contenidos en esa última voluntad, por lo que igualmente resultan irrelevantes las vicisitudes anteriores a su otorgamiento y, en concreto, que la causante hubiera sido adoptada y las circunstancias habidas respecto de la herencia de sus padres adoptivos, en las que tanto insisten los aquí recurrentes».

V. REFLEXIONES CONCLUSIVAS

La reforma del artículo 30 del Código Civil y la eliminación de la viabilidad como requisito para adquirir la personalidad jurídica, permitirá que un recién nacido, con o sin las veinticuatro horas de sobrevivencia exigidas en su redacción derogada, pueda adquirir o transmitir, en su caso, derechos hereditarios.

La reforma legislativa ha de ser recibida de forma positiva: ha eliminado cualquier referencia al ámbito de aplicación exclusivo del Derecho Civil y, adicionalmente, evita debates estériles y disquisiciones doctrinales que, fundadas en el desarrollo de la neonatología aplicada a la sobrevivencia de los prematuros, alegaban la triple categoría de la viabilidad legal, propia e impropia, para censurar el abrogado presupuesto basado en el mero transcurso del lapso de tiempo fijado.

Sin embargo, la reforma no ha resultado todo lo cuidadosa que pretendía, por cuanto el reenvío a los antiguos presupuestos persisten. Es el caso del toda-

vía vigente e inalterado artículo 745 del Código Civil, donde se determinan las incapacidades absolutas y se sigue declarando incapaces de suceder a ciertas personas jurídicas y a «las criaturas abortivas, entendiéndose por tales las que no reúnan las circunstancias expresadas en el artículo 30».

En este sentido, el *iter* parlamentario de la nueva Ley del Registro Civil suministra algunos datos de interés y, por cuanto atañe a la adquisición de la personalidad y la capacidad para suceder, la enmienda presentada por el Grupo parlamentario catalán proponía, además de la modificación de los artículos 29 y 30, la del 745. La redacción alternativa del segundo párrafo del artículo 745 eliminaba cualquier reenvío y, sencillamente, declaraba incapaces de suceder a las «criaturas abortivas». Reforma propuesta que tenía sentido a la luz de la sencilla redacción del 29: «La personalidad civil es inherente a la persona física desde su nacimiento» (18). Negociaciones políticas y pactos entre grupos dieron como resultado que la redacción paccionada de esta enmienda fuese sustituida por otra que omitía cualquier referencia al mencionado artículo 745 (19), por lo que habrá que esperar a sucesivas legislaturas para constatar si el legislador se decide a omitir el todavía vigente reenvío al artículo 30.

En todo caso, las previsiones del antiguo artículo 30 y el reenvío de las normas relativas a la capacidad de suceder ya habían sido simplificados en los nuevos derechos forales. Así, en el Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba el Texto Refundido de las leyes civiles aragonesas, simplemente declara en sede hereditaria que «tienen capacidad sucesoria todas las personas nacidas o concebidas al tiempo de la apertura de la sucesión y que sobrevivan al causante». Por tanto, nada hubiera impedido que un recién nacido, incapaz de sobrevivir las veinticuatro horas previstas en el entonces vigente artículo 30, hubiera sido capaz de suceder.

En definitiva, en algunas previsiones forales, no solo había sido sorteada esta discutida redacción del antiguo artículo 30, sino que también y a mayor abundamiento, la ahora eliminada referencia a su ámbito estrictamente civil, provocaba ciertos desequilibrios en la aplicación del derecho, pudiéndose destacar entre ellos el laboral. Ilustra la anterior afirmación la interpretación judicial de las normas reconocedoras de la prestación de paternidad que tienen por finalidad la conciliación de la vida personal, familiar y laboral, frente al artículo 30 del Código Civil al que se le señalaba la de regular los derechos de las personas una vez nacidas. De modo que la jurisprudencia y parte de la doctrina entendían que se habría producido el hecho causante o situación protegida de «nacimiento de hijo», en los casos en que la criatura falleciera poco tiempo después de transcurridas esas determinantes veinticuatro horas.

VI. BIBLIOGRAFÍA

Además de la citada en nota a pie de página:

ALBALADEJO GARCÍA: «Desde el instante en que nace, todo niño es persona e inscribible en el Registro», en *RDP*, 1997, pág. 166 y sigs.

(18) BOCG. Serie A, 90-26, 6 de abril de 2011, págs. 30 y 31.

(19) BOCG. Serie A, 90-28, 3 de mayo de 2011, pág. 19.

- ARRECHEDERRA ARANZADI: «Capacidad para suceder y Constitución», en *ADC*, 1984, pág. 641 y sigs.
- BUSTO LAGO: «La sucesión testada en la Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho Civil de Galicia», en *RCDI*, 705, 2008, pág. 23 y sigs.
- CASTÁN VÁZQUEZ: «La tradición sobre el comienzo de la vida humana (del Derecho justinianeo a los Códigos Civiles)», en *RGD*, 1994, pág. 12457 y sigs.
- DE CUPIS: «La persona humana en el Derecho Privado», en *RDP*, XLI, 1957, pág. 863 y sigs.
- DÍAZ ALABART: «Comentarios a los artículos 752 a 762 del Código Civil», en PAZ-ARES RODRÍGUEZ, DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, BERCOVITZ, SALVADOR CODERCH, (Dir.), *Comentario del Código Civil*, Tomo I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, págs. 1848 a 1873.
- DÍEZ PASTOR: «Las disposiciones testamentarias en favor de los no concebidos», en *AAMN*, 6, pág. 543 y sigs.
- HERNÁNDEZ GIL: «Lecciones de Derecho Sucesorio. Supuestos excluyentes de la delación (1971)», en *Obras completas*, tomo 4, Madrid, 1989, págs. 509 a 514.
- HOYOS CASTAÑEDA: *El concepto jurídico de persona*, Pamplona, 1989.
- LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA: *Elementos de Derecho Civil*, V, *Derecho de Sucesiones*, Bosch editor, Barcelona, 1988, reimpresión de 1992.
- LASARTE ÁLVAREZ: *Principios de Derecho Civil*, I, «Parte General y Derecho de la Persona», Madrid, 2010, 16.ª ed., *Principios de Derecho Civil*, VII, «Derecho de Sucesiones», Madrid, 2010, 7.ª ed.
- MARTÍNEZ DE AGUIRRE: «¿El nacimiento determina la personalidad? (Reflexiones sobre el concepto jurídico de persona, con un epílogo sobre la situación jurídica del concebido)», en *AC*, 2001, vol. 3, pág. 1087.
- NAGORE YÁRNOZ: «Comentarios a la Sección: Capítulo segundo. De las formas del testamento», Tomo XXXVII-1.º, *Leyes 148 a 252 de la Compilación o Fuero Nuevo de Navarra*, Edersa, Madrid, 1998.
- PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS: «Comentarios a la Sección: Capítulo IV. De la nacionalidad y vecindad civil de la Ley del Registro Civil, artículo 65», en *Comentarios al Código Civil*, Tomo IV, 3, artículos 40 al final de la Ley del Registro Civil, Madrid, Edersa, 2005.
- ROCA SASTRE: *Derecho de Sucesiones*, I, Barcelona, 1995, 2.ª ed.
- SANCHO REBULLIDA: «Comentario a los artículos 744 a 751 del Código Civil», en PAZ-ARES RODRÍGUEZ, DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, BERCOVITZ, SALVADOR CODERCH (Dir.), *Comentario del Código Civil*, Tomo I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, págs. 1848 a 1856.
- SOLS GARCÍA: «Un caso realmente de comoriencia», en *Estudios Castán*, IV, 1969, pág. 727.
- TRUJILLO DÍEZ (actualizados por MARÍN LÓPEZ): «Comentarios a la Sección primera, *De la capacidad para suceder por testamento y sin él*», en *Comentarios al Código Civil*, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (Coord.), Aranzadi-Thompson, Madrid, 2009, 3.ª ed., págs. 902 a 920.

VII. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- Sentencia del Tribunal Supremo, de 4 de diciembre de 1948.
Sentencia del Tribunal Supremo, de 10 de marzo de 1998.
Sentencia del Tribunal Supremo, de 1 de marzo de 1999.

Sentencia del Tribunal Supremo, de 14 de octubre de 2009.
Auto de Tribunal Supremo, de 6 de marzo de 2007.
Sentencia Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (Sala de lo Social), de 9 de diciembre de 2010.
Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 10 de marzo de 2003.
Sentencia de la Audiencia Provincial de Zamora, de 24 de septiembre de 2004.
Sentencia de la Audiencia Provincial de León, de 9 de junio de 2009.
Sentencia de la Audiencia Provincial de Oviedo, de 29 de septiembre de 2009.
Sentencia de la Audiencia Provincial de Tenerife, de 4 de marzo de 2011.
Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, 4 de mayo de 2011.
Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 22 de octubre de 1993.
Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 3 de septiembre de 1996.
Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 23 de febrero de 2007.

RESUMEN

INCAPACIDAD DE SUCEDER CRIATURAS ABORTIVAS IUS DELATIONIS

El artículo 744 del Código Civil establece las reglas básicas de la capacidad de suceder, concretadas en el artículo siguiente, por cuanto en el 745 se determinan las incapacidades absolutas en la materia. En este sentido, declara incapaces de suceder a ciertas personas jurídicas y a «las criaturas abortivas, entendiéndose por tales las que no reúnan las circunstancias expresadas en el artículo 30». Por tanto, esta norma de reenvío invita a una reflexión sobre la incidencia de las novedades que la Ley del Registro Civil ha traído consigo acerca de la capacidad de suceder por testamento o sin él, teniendo en cuenta que la generosa vacatio legis de tres años, no afecta a dicho precepto, toda vez que entró en vigor al día siguiente de su publicación en el BOE del 22 de julio de 2011. En particular, la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, entre otras normas, ha modificado en su Disposición Final tercera el artículo 30 de nuestro Código común, redactado ahora en los siguientes términos: «La perso-

ABSTRACT

INCAPACITY TO SUCCEED ABORTIVE CHILDREN THE RIGHT TO ACCEPT AN INHERITANCE

Article 744 of the Civil Code outlines the basic rules on capacity to succeed. These basic rules are specified more fully in the following article, 745, which addresses cases of absolute incapacity to succeed and declares that certain legal persons and «abortive children, understood as children who fail to meet the circumstances expressed in article 30», are barred from succession. Therefore article 745, which refers us back to a previous article, invites us to reflect upon the impact of new developments under the Civil Registry Act as regards capacity to succeed under a will or without a will. Account ought to be taken of the fact that the generous three-year vacatio legis does not affect the article, since the article took effect on the day following its publication in the 22 July 2011 issue of the Boletín Oficial del Estado. One particular rule amended by Act 20/2011 of 21 July on the Civil Registry is article 30 of the Civil Code, rephrased under Final Provision Three of the act to read,

nalidad se adquiere en el momento del nacimiento con vida, una vez producido el entero desprendimiento del seno materno». Desaparecido el requisito de la viabilidad, en estas líneas recapitularemos las líneas maestras de la reforma y su incidencia en el ius delationis, la capacidad para heredar y el presupuesto de la sobrevivencia del sucesor al causante.

«Personality is acquired at the time of live birth, once there has been full detachment from the mother's womb». The requirement of viability has now been eliminated. This paper reviews the main lines of the reform and its impact on the right to accept an inheritance, the capacity to inherit and the case of the successor's survival past the death of his or her predecessor.

1.5. Obligaciones y Contratos

LA FIANZA COMO FORMA DE GARANTÍA PERSONAL: SU RÉGIMEN JURÍDICO Y SU REGULACIÓN EN LA CONTRATACIÓN INTERNACIONAL

por

ROSANA PÉREZ GURREA

Abogada

Doctorando en Derecho

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. EL CONTRATO DE FIANZA: 1. CONCEPTO. 2. CARACTERES. 3. CLASES DE FIANZA. 4. CONSTITUCIÓN DE LA FIANZA.—III. EFECTOS JURÍDICOS DE LA FIANZA: 1. EFECTOS JURÍDICOS DE LA FIANZA ENTRE FIADOR Y ACREEDOR. 2. EFECTOS JURÍDICOS DE LA FIANZA ENTRE DEUDOR Y FIADOR. 3. EFECTOS DE LA FIANZA ENTRE COFIADORES.—IV. EXTINCIÓN DE LA FIANZA.—V. LA FIANZA EN LA CONTRATACIÓN INTERNACIONAL.—VI. BIBLIOGRAFÍA.—VII. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.

I. INTRODUCCIÓN

El contrato de fianza es una especie de los llamados de garantía, que son aquellos que tratan de asegurar el cumplimiento de una obligación principal.

Todo crédito tiene como garantía principal el patrimonio del deudor como se deriva del artículo 1911 del Código Civil que dice: «Del cumplimiento de sus obligaciones responde el deudor con todos sus bienes presentes y futuros», pero el patrimonio del deudor puede devenir insuficiente para responder de las obligaciones de su titular, por lo que al acreedor siempre le resulta conveniente establecer una garantía adicional, además de la general que opera sobre los bienes del deudor.

Las garantías pueden ser personales o reales según consistan en el compromiso contraído por un tercero de satisfacer el crédito en defecto del deudor o impliquen la constitución de un derecho real sobre determinados bienes que se afectan al cumplimiento de la obligación garantizada. La primera da lugar al contrato de fianza y la segunda a los contratos de prenda, hipoteca y anticresis, así como a otras manifestaciones más modernas como la prenda sin desplazamiento y la hipoteca mobiliaria entre otras.