

**CES**  
COOPERATIVISMO E ECONOMÍA SOCIAL  
Núm. 37 (2014-2015), páxs. 227-242  
ISSN: 1130-2682

**PROBLEMÁTICA EN TORNO A LA CAPACIDAD  
PARA SUCEDER DE UNA ASOCIACIÓN EN TRÁMITE  
DE FORMACIÓN. COMENTARIO A LA SENTENCIA  
DEL SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTICIA DE  
PORTUGAL DE 21 DE OCTUBRE DE 2014**

*PROBLEMATICS ABOUT THE INHERITOR CONDITION  
OF AN ASSOCIATION IN PROCESS OF CONSTITUTION.  
A COMMENTARY ON THE PORTUGUESE SUPREME  
COURT DECISION OF 21 OCTOBER 2014*

ANDRÉ GONÇALO DIAS PEREIRA<sup>1</sup> - JAVIER BARCELÓ DOMÉNECH<sup>2</sup>

Recepción: 15/07/2015 - Aceptación: 4/09/2015

---

<sup>1</sup> Doctor en Derecho. Profesor Auxiliar de Derecho Civil de la Universidad de Coimbra. Director del Centro de Derecho Biomédico de la Universidad de Coimbra. Consejero de la Comisión Nacional de Ética para las Ciencias de la Vida. Correo electrónico: andreper@fd.uc.pt.

<sup>2</sup> Doctor en Derecho. Profesor Titular de Derecho Civil de la Universidad de Alicante. Magistrado Suplente de la Audiencia Provincial de Alicante. *Visitor Researcher* en la Universidad de Coimbra (2014-2015). Correo electrónico: j.barcelo@ua.es.

## RESUMEN

¿Puede una asociación en trámite de formación heredar? Esta es la cuestión central que se aborda en la sentencia del Superior Tribunal de Justicia de Portugal de 21 de octubre de 2014. El testador había instituido como heredera a una asociación cuya finalidad era la protección de las personas mayores, pero el fallecimiento se produjo a los seis meses de otorgar testamento, no estando en ese momento todavía formalmente constituida la asociación. El STJ niega la condición de heredera a la asociación en trámite de constitución, solución que contrasta con la del Derecho sucesorio español, que es precisamente la contraria.

**PALABRAS CLAVE:** Asociación, Heredero, Testamento

## ABSTRACT

Can an association in process of formation inherit? This one is the central question that is studied in the judgment of Portuguese Supreme Court of Justice of October 21, 2014. The testator had instituted as inheritor an association which purpose was the protection of the elders, but the death took place six months after writing the testament, not being in this moment still formally constituted the association. The STJ denies the condition of inheritor to the association in process of constitution, solution that contrasts with that of the Spanish Succession Law, which is precisely the opposite one.

**KEY WORDS:** Association, Inheritor, Will.

**SUMARIO:** 1. RESUMEN DE LA SENTENCIA DEL STJ. LA CONFIGURACIÓN DEL CASO CONCRETO. 2. ANÁLISIS DE LA CUESTIÓN DE LA INSTITUCIÓN DE HEREDERO A FAVOR DE ASOCIACIÓN A CONSTITUIR EN EL FUTURO, BAJO LA CONDICIÓN DE QUE ESA ASOCIACIÓN LE PRESTE TODA LA ASISTENCIA QUE PUEDA NECESITAR MIENTRAS ESTÉ VIVO. 3. NOTA DE DERECHO COMPARADO: DERECHO ESPAÑOL. 4. CONCLUSIONES.

**CONTENTS:** 1. SUMMARY OF THE STJ DECISION. THE CONFIGURATION OF THE CONCRETE CASE. 2. ANALYSIS OF THE QUESTION OF THE INHERITOR'S INSTITUTION IN FAVOUR OF ASSOCIATION TO BE CONSTITUTED IN THE FUTURE, ON THE CONDITION THAT THIS ASSOCIATION WILL GIVE HIM THE WHOLE ASSISTANCE THAT HE COULD NEED AS LONG AS HE IS ALIVE. 3. NOTE OF COMPARATIVE LAW: SPANISH LAW. 4. CONCLUSIONS.

## I RESUMEN DE LA STJ. LA CONFIGURACIÓN DEL CASO CONCRETO

La sentencia de 21 de octubre de 2014 (Magistrado Ponente: Hélder Roque) versa sobre el Derecho sucesorio, más concretamente sobre el instituto del testamento y de la vocación sucesoria.

La complejidad del caso obligó a tratar temas de la dogmática tradicional del Derecho civil, tales como la interpretación del negocio jurídico (el testamento), la distinción entre modo y condición, la vocación sucesoria, la constitución de las personas jurídicas (en particular, las asociaciones) y, finalmente, la sucesión legal, siendo el Estado, situado en quinta y última posición de heredero legal, agraciado en esta decisión con una valiosa herencia.

No vamos a abordar en el comentario todos estos temas. Seleccionamos un único aspecto: ¿puede una asociación todavía no constituida ser heredera testamentaria? Dicho con otras palabras: ¿tendrá vocación sucesoria una persona jurídica – una asociación – todavía no constituida?

La historia de base puede resumirse en pocas palabras:

Un señor, con un razonable patrimonio, viudo, sin ascendientes, descendientes, hermanos o sobrinos, nacido en 1928, de edad avanzada y con algunos problemas de salud, otorga testamento con varios legados e instituye heredera a una asociación que va a crearse en el futuro y que llevaría su nombre. Esa asociación tendría como fines el cuidado de los ancianos (apoyo domiciliario, hogar de ancianos y actividades ocupacionales).

El edificio en el que esa asociación establecería su sede fue construido todavía en vida del *de cuius* y con su apoyo financiero, pero el testador falleció el 17 de

agosto de 2010, sólo seis meses después de la redacción del testamento (cuya fecha es la de 15 de diciembre de 2009), por lo que no pudo beneficiarse del funcionamiento de la institución, a la que ni siquiera, en términos jurídicos, vio nacer.

Una de las razones del retraso en la constitución de la persona jurídica fue el rechazo – por parte del *Registo Nacional de Pessoas Colectivas* – del nombre que originariamente los asociados querían darle. Sin embargo, después de su muerte, las personas que colaboraban con el testador en el proyecto social constituyeron la asociación, con los requisitos legales (escritura pública y registro) y con un nombre algo diferente del que constaba en el testamento, que sí fue aceptado por el Registro Nacional de Personas Jurídicas.

Mientras tanto, la demandada – prima del fallecido – había sido declarada como única heredera del *de cuius* e inscribió en el Registro las fincas de la herencia. Con base en esa declaración, procedió a registrar, a su nombre, la adquisición, por vía hereditaria, de los bienes del fallecido.

En el caso *sub judice*, la asociación reivindicó la herencia, solicitando del tribunal que reconociese la validez y eficacia del testamento otorgado el 15 de diciembre de 2009 en el *Cartório Nacional* de Castelo Branco y que fuesen declarados nulas y sin ningún efecto las inscripciones de las fincas efectuadas a favor de la demandada.

El Tribunal de Apelación de Coimbra dio la razón a la asociación demandante, pero el Supremo Tribunal de Justicia revoca tal decisión, argumentando que para tener vocación sucesoria es necesario que la asociación tenga ya existencia en el momento de la muerte del *de cuius*.

## 2 ANÁLISIS DE LA CUESTIÓN DE LA INSTITUCIÓN DE HEREDERO A FAVOR DE ASOCIACIÓN A CONSTITUIR EN EL FUTURO, BAJO LA CONDICIÓN DE QUE ESA ASOCIACIÓN LE PRESTE TODA LA ASISTENCIA QUE PUEDA NECESITAR MIENTRAS ESTÉ VIVO

En primer lugar, merece un comentario negativo la extrema dificultad que plantea la compresión del fallo. El modo en que las sentencias son elaboradas, siempre en un diálogo intraprocedimental, con referencias a la sentencia de apelación recurrida, hace difícil comprender cuál es el sentido de la decisión práctica a la que se llegó.

Entrando en el fondo de la cuestión, el tema más sensible que está en cuestión en esta sentencia es el de saber si una asociación futura (todavía no constituida) puede tener vocación sucesoria testamentaria.

Antes de abordarlo, haremos una pequeña introducción al Derecho sucesorio portugués, que conjuga un equilibrio entre los diversos sistemas existentes en Eu-

ropa: por un lado, el respeto a la voluntad del individuo; por otro, la protección de la familia y, en menor medida, la atención a los intereses del Estado.

Respetar la voluntad del individuo, pues le confiere capacidad de testar, mayor o menor, en función de la existencia de herederos legitimarios. La idea de conservación en la familia de un patrimonio al que todos, en mayor o menor medida, contribuyeron y el respeto por la permanencia y cohesión de la unidad familiar, como cumplimiento de un deber moral de asistencia recíproca entre familiares, incluso más allá de la muerte, son asegurados por dos vías: en primer lugar, por la consagración de herederos legitimarios (cónyuge, ascendientes y descendientes); en segundo lugar, porque en los diferentes tipos de sucesores legales encontramos, sobre todo, a la familia cercana, con el siguiente orden: (1) cónyuge y descendientes; (2) cónyuge y ascendientes; (3) los hermanos y sus descendientes; (4) otros colaterales hasta el cuarto grado; apareciendo en última posición (5) el Estado. La protección de los herederos legales es más débil, dado que la sucesión testamentaria tiene preferencia frente a la sucesión legal.

La función de protección de la propiedad del Derecho sucesorio portugués está ya presente en la Constitución de la República, que declara en su art. 62 (Derecho de propiedad privada): «1. Se garantiza a todos el derecho a la propiedad privada y a su transmisión en vida o por muerte, en los términos de la Constitución».

Por otro lado, desde una simple constatación sociológica, podemos afirmar que la sociedad portuguesa concede gran valor a la propiedad, en particular a la propiedad inmobiliaria y, más concretamente, al hogar familiar, ya que es uno de los países europeos con mayor índice de propiedad de vivienda familiar.

De ahí que la conexión con el Estado se revela muy débil: el Derecho fiscal se retrae, pues el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones fue abolido en Portugal, siendo sustituido por el Impuesto de Timbre sobre las transmisiones gratuitas de bienes como resultado de la reforma tributaria del patrimonio introducida por el Decreto-Ley núm. 287/2003, de 12 de noviembre. Añádase que no habrá incidencia en el Impuesto de Timbre en la transmisión de bienes por vía de sucesión hereditaria entre cónyuges, ascendientes y descendientes.

Todo ello sin olvidar, como hemos visto, que el Estado es únicamente heredero legal en último lugar, después de los colaterales hasta el cuarto grado.

En cambio, la conexión con la familia es fortísima. La libre disposición está limitada a la cuota disponible, que es relativamente pequeña (1/3, 1/2 o 2/3, dependiendo de los herederos legitimarios supervivientes) y es posible la reducción de las liberalidades en vida por razón de inoficiosidad, como medio de protección de la legítima (arts. 2168 CC y ss.).

Finalmente, hay una razonable conexión con la propiedad, pues existe libertad de testar, incluso a favor de personas extrañas a la familia; es posible la institución

de fundaciones *post mortem* y son lícitas las atribuciones testamentarias a favor de instituciones de solidaridad o iglesias.

Volviendo a la cuestión concreta de la vocación sucesoria, interesa recordar el art. 2031 CC (Momento y lugar), conforme al cual «la sucesión se abre en el momento de la muerte de su autor y en el lugar de su último domicilio».

La fecha de la muerte del *de cuius* es de extrema importancia en todo el fenómeno sucesorio, particularmente para la vocación sucesoria o llamamiento de los herederos<sup>3</sup>.

La vocación sucesoria es el llamamiento o llamada a la sucesión hecha por la ley o por el *de cuius* en el momento de la muerte. La vocación confiere el derecho a aceptar o rechazar la herencia. La aceptación de la herencia es un derecho potestativo.

La vocación configura una posición jurídica originaria, provisional, instrumental y actual<sup>4</sup>.

Destinatario de la vocación es el titular de la designación sucesoria prevalente en el momento de la muerte del *de cuius*, partiendo de la base de que, en ese momento, exista y tenga capacidad sucesoria.

De este modo, es necesario reunir los siguientes requisitos:

1. Prevalencia de la designación sucesoria (respetando el siguiente orden: legítima, contractual, testamentaria, legal);
2. Existencia del llamado.

En cuanto a la sucesión de las personas jurídicas todavía no reconocidas, la cuestión de la existencia es compleja. Veamos:

El artículo 2033.2 CC determina que «en la sucesión testamentaria o contractual tienen todavía capacidad:

<sup>3</sup> Artículo 2032 CC (Llamamiento de herederos o legatarios): «Abierta la sucesión, serán llamados a la titularidad de las relaciones jurídicas del difunto aquellos de gozan de prioridad en la jerarquía de los sucesores, siempre que tengan la necesaria capacidad».

<sup>4</sup> Como explica PEREIRA COELHO, F.: *Direito das Sucessões*, Coimbra, 1992, p. 110: «Originaria, porque el derecho que la vocación le atribuye – fundamentalmente, el derecho de aceptar o repudiar – todavía no existía como tal en la esfera jurídica del fallecido. / Provisional, porque aquella posición jurídica solamente dura mientras no sea ejercido – en un sentido o en otro – el derecho de aceptar o repudiar; no es, pues, una posición que le sea atribuida para permanecer, sino para extinguirse con el ejercicio de aquel derecho. / Instrumental, porque se trata de un puro medio al servicio de la adquisición de la posición definitiva, que es justamente la de titular de los derechos del fallecido. / Actual, porque no se trata de una simple expectativa o derecho eventual, sino de un derecho que realmente existe en la esfera jurídica del llamado. Este ya tiene en su patrimonio el derecho de aceptar o repudiar la herencia, derecho que transmite a sus herederos en el caso de fallecer sin ejercerlo (art. 2058)».

- «a) Los nacituros no concebidos, que sean hijos de persona determinada, viva al tiempo de la apertura de la sucesión;
- b) Las personas jurídicas y las sociedades».

Es en la interpretación de este precepto en la que reside el problema que tratamos.

Según el Supremo Tribunal de Justicia y así se dice en la sentencia que comentamos, para poderse beneficiar de la vocación sucesoria las personas jurídicas tendrían que estar ya válidamente constituidas, tendrían que tener ya personalidad jurídica en el momento de la muerte del testador. La única excepción es la institución de una fundación, cuya constitución por acto *post mortem* se encuentra expresamente prevista en el art. 185 CC.

Ahora bien, si el legislador admite, en lo que respecta a las personas físicas, que los nacituros y los nacituros no concebidos puedan convertirse en herederos, también podría admitirse, en el ámbito de las personas jurídicas, que un proyecto de persona jurídica – a constituir en el futuro – pueda llegar a ser heredero, con la condición de que llegue a nacer, de que llegue a conocer la luz del día conforme al ordenamiento jurídico.

En el caso de las fundaciones – tratándose de una persona jurídica que tiene por sustrato el patrimonio y no un conjunto de personas – la ley quiso dejar claro que es posible su institución *post mortem*. En efecto, teniendo como elemento intencional la voluntad del fundador (o fundadores) y como sustrato el patrimonio dejado, naturalmente la ley tiene necesidad de regular expresamente la constitución de la fundación, sea por acto entre vivos, sea *post mortem*.

En el caso de las asociaciones, el sustrato consiste en una agrupación de personas y el elemento intencional resulta de la voluntad de los asociados de otorgar personalidad jurídica. Hay otras personas, otros asociados que, compartiendo el elemento intencional, pueden proceder a cumplir las vías formales y burocráticas de constitución de esta nueva persona jurídica.

De ahí que sea poco comprensible no ver la analogía entre instituir una fundación *post mortem* y hacer una atribución testamentaria a una asociación todavía no constituida.

Por tanto, el argumento *a contrario* (usado por el Supremo Tribunal de Justicia) no tiene sentido para resolver esta cuestión, pues estamos ante problemas distintos: de un lado, la constitución de una persona jurídica nueva cuyo elemento intencional radica solamente en una persona (o en un grupo limitado de personas) y que tiene por sustrato el patrimonio dejado; de otro, tenemos una atribución testamentaria a favor de una persona jurídica en proceso de constitución, que tiene por sustrato un conjunto de personas.

Ciertamente, nada dijo la ley de las atribuciones testamentarias a asociaciones o sociedades futuras, pero es que la posibilidad de las mismas resultaría de las reglas generales de libertad negocial (art. 405 CC) y de libertad de testar. La asociación futura tendrá sus órganos que podrán aceptar o repudiar la herencia, mientras que la fundación no contaría con ningún otro sustrato para insuflarle vida si la ley no previese expresamente la constitución *post mortem*.

En el caso de las asociaciones o sociedades futuras (las corporaciones, en el lenguaje dogmático), la voluntad del *de cuius* no es determinante para su constitución. Sí lo es la voluntad colectiva, de varias personas. Ahora bien, la voluntad del testador, que quiso beneficiar a una entidad futura, debería ser respetada, con la condición de que esa heredera llegara a existir y tener capacidad para heredar.

En última instancia, siempre podríamos invocar un argumento de naturaleza formal: donde la ley no distingue, no debe distinguir el intérprete. El art. 2033.2 b) CC admite la capacidad sucesoria de las «personas jurídicas y las sociedades», no distinguiendo si están constituidas en el momento de la muerte o si están en vías de ser constituidas.

Sería, además, de una enorme crueldad técnico-jurídica impedir que se realice la última voluntad de quien tanto empeño puso en constituir una asociación y tuvo el infortunio de fallecer demasiado pronto, antes de la constitución formal de la persona jurídica. Constitución ésta que no depende de una simple formalidad (escritura pública ante Notario), y puede que deba superar dificultades administrativas, como la autorización para el uso de una determinada denominación, tal y como sucedió en el caso de autos.

En la dirección en que nos movemos, afirma Cristina DIAS<sup>5</sup>: «La ley admite también, en ciertas condiciones, la vocación de personas jurídicas no dotadas de personalidad jurídica, todavía no reconocidas (...). Se trata aquí de una hipótesis semejante al llamamiento de nascituros todavía no concebidos. De este modo, tenemos una vocación sucesoria sujeta a una condición suspensiva, como es la adquisición de personalidad jurídica (...)».

Por otro lado, el art. 197 CC prevé la hipótesis de liberalidades a favor de asociaciones sin personalidad jurídica. Allí se anticipa que el autor de la liberalidad (por donación o testamento) pueda condicionar la atribución a la adquisición de la personalidad jurídica<sup>6</sup>.

<sup>5</sup> DIAS, C.: *Lições de Direito das Sucessões*, Coimbra, 2014, p. 99.

<sup>6</sup> Art. 197 CC:

«1. Las liberalidades a favor de asociaciones sin personalidad jurídica se consideran hechas a los respectivos asociados, en esta calidad, salvo que el autor hubiera condicionado la atribución o donación a la adquisición de personalidad jurídica; en este caso, si tal adquisición no se verificase en el plazo de un año, queda la disposición sin efecto.

2. Los bienes dejados o donados a la asociación sin personalidad jurídica acrecen al fondo común, independientemente de otro acto de transmisión».

Este parece ser un argumento más en el sentido de que el ordenamiento jurídico admite una atribución testamentaria a una asociación que todavía no tiene personalidad jurídica, pero de la que se desea (o desean los asociados o por lo menos el autor de la liberalidad) que llegue a tener personalidad jurídica en el futuro.

Sucede también que el núm. 2 del § 1º del art. 9 del Anteproyecto de GALVÃO TELLES preveía la posibilidad de conferir vocación sucesoria a las personas jurídicas todavía no constituidas, pero «cuya fundación el testador hubiese ordenado». Sin embargo, esa parte del texto fue eliminada en revisiones ministeriales. La eliminación se debe a que la Comisión Revisora entendió que tal locución sería innecesaria y redundante, pues esa posibilidad sería la única compatible con la voluntad del testador y ningún grave inconveniente traería al tráfico jurídico.

A su vez, el testamento a favor del nascituro y de nascituro no concebido fue regulado por la ley, puesto que sería una situación en la que el silencio legislativo podría causar mayores dificultades.

Por otro lado, podemos todavía argumentar – como de algún modo hace Cristina DIAS<sup>7</sup> – que si la ley admite atribuciones testamentarias a favor de nascituros e incluso nascituros no concebidos, con mayor razón permite atribuciones testamentarias a favor de personas jurídicas en vías de constitución.

De ahí que la negativa a cumplir la voluntad del testador se revela como una interpretación que no toma en consideración correctamente todos los datos normativos existentes en el Código civil.

El testamento es un negocio unilateral y revocable por el cual un individuo dispone de sus bienes o parte de sus bienes para después de la muerte. Sabido es que – siguiendo el art. 2187 CC – la interpretación del testamento sufre una desviación subjetivista conforme a la doctrina general del art. 236 CC. Lo que se busca es satisfacer la voluntad real o psicológica del testador, siempre que tenga «un mínimo de correspondencia» en el texto y «aunque esté expresada de manera imperfecta»<sup>8</sup>.

<sup>7</sup> Ver nota núm. 5.

<sup>8</sup> Afirma CAPELO DE SOUSA: *Lições de Direito das Sucessões*, Vol. I, Coimbra, 2012, p. 197: «Por otro lado, el art. 2187.1, segundo inciso, ordena que la búsqueda de la voluntad del testador sea “conforme al contexto del testamento”. O sea, el intérprete no puede tener en cuenta solo el texto de la disposición testamentaria a interpretar, sino también las restantes disposiciones testamentarias, cuya letra, espíritu o correlación pueden esclarecer aquel texto, toda vez que el conjunto de las disposiciones testamentarias constituyen una unidad y tienen un sentido propio y el testamento es tendencialmente un acto de disposición global de la herencia». Y añade el autor: «Además de que, en la búsqueda de la voluntad del testador se puede utilizar prueba complementaria o extrínseca de las disposiciones testamentarias con relación a todos los tipos de problemas interpretativos (2187.2, primer inciso) (...). Los tipos de pruebas complementarias son también los previstos en los arts. 349 a 396 y pueden alcanzar a las presunciones, la confesión, los documentos, la prueba pericial y la inspección y los testimonios. Han de recaer sobre elementos o circunstancias de hecho directamente ajenos a los términos del testamento, pero susceptibles de reconstruir el sentido de la voluntad real del testador».

Para el *de cuius* lo importante era hacer una atribución testamentaria a una asociación que él ayudó a constituir y que llevaría su nombre. Esa era su voluntad y es perfectamente asimilable en el texto del testamento. Le era indiferente que la asociación se constituyese antes de su muerte o después de esa incierta fecha.

Lo que ciertamente no es coherente con la redacción del testamento es impedir que se cumpla la última voluntad del fallecido por una interpretación tecnicista de la ley (y que, además, nos parece incorrecta).

Sin embargo, se lee en la sentencia que comentamos:

«Debiendo existir la capacidad para suceder, por regla, en el momento de la apertura de la sucesión, existían tres excepciones a esa regla, una de las cuales afectaba a las personas jurídicas, “cuando se trate de persona jurídica todavía no constituida, pero cuya fundación el testador tenga ordenada”, se decía en el núm. 2 del § 1º, del artículo 9, del Anteproyecto Galvão Telles.

No obstante, la eliminación de la distinción, en cuanto a la capacidad sucesoria, entre personas jurídicas ya constituidas y personas jurídicas por constituir por fuerza de testamento, retirada del texto del aludido Anteproyecto, para consagrar que “en la sucesión testamentaria ... tienen todavía capacidad (sucesoria) las personas jurídicas”, obviamente, ya constituidas, con fundamento en el argumento “a contrario”, que deriva del artículo 2033, en apreciación, en su núm. 1 “todas las personas nacidas o concebidas al tiempo de la apertura de la sucesión”, y, en su núm. 2 a) “los nascituros no concebidos, que sean hijos de persona determinada, viva al tiempo de la apertura de la sucesión”, constituye señal inequívoca de que el legislador del Código civil vigente solamente confiere, en la hipótesis en análisis, capacidad sucesoria, en la sucesión testamentaria, a las personas jurídicas ya constituidas».

Y concluye el Supremo Tribunal de Justicia:

«De este modo, la demandante “BB” no es la destinataria de la vocación, por cuanto, aunque es titular de la designación sucesoria prevalente, en el momento de la muerte del “de cuius” no reunía, en esa fecha, los dos restantes presupuestos de la vocación sucesoria, esto es, la existencia y su capacidad sucesoria».

Reiteramos lo que ya dijimos anteriormente: esta interpretación del régimen jurídico de la vocación sucesoria de las personas jurídicas no tiene fundamento ni

en la letra de la ley (cfr. arts. 197 y 2033.2 CC), ni en el elemento sistemático (se admite la vocación sucesoria testamentaria para nascituros no concebidos; o en el caso de institución de fundaciones está expresamente previsto) y mucho menos en la teleología del régimen de la sucesión testamentaria (permitir que el *de cuius* vea respetadas sus últimas voluntades y que pueda dejar la propiedad de los bienes a quien quiera y que pueda dar una dimensión trascendental a esa misma herencia – en el caso que nos ocupa quiso, en unión con otras personas, que se constituyese una asociación que llevase su nombre –).

La decisión del Supremo Tribunal de Justicia, que niega capacidad sucesoria a la asociación que se estaba ya constituyendo, es profundamente injusta y desconcertante.

### 3 NOTA DE DERECHO COMPARADO: DERECHO ESPAÑOL.

La utilidad de la comparación jurídica es particularmente relevante al comentar la sentencia del Alto Tribunal portugués, que niega la condición de heredera a la asociación en trámite de constitución.

En efecto, la solución habría sido precisamente la contraria si los hechos se hubiesen producido en España. La asociación en trámite de constitución, nombrada heredera en el testamento, hubiese llegado a heredar una vez constituida. La doctrina y jurisprudencia españolas, como vamos a ver, vienen admitiendo la validez del llamamiento, con la consiguiente apertura de un periodo de pendencia y provisionalidad hasta que el llamado (en este caso, la asociación) adquiera la personalidad. Según esta construcción dogmática, la sucesión que aquí nos ocupa queda sometida al evento de que el ente alcance efectivamente personalidad.

ALBALADEJO<sup>9</sup> fijó los términos del debate con claridad: «Como el Derecho no puede ni cerrar los ojos ni oponerse a la innegable realidad de herencias y legados dejados a personas jurídicas en trámite de creación, bueno será desde ahora dejarse de inútiles conceptualismos que pretendieran basar su ineptitud para suceder en su inexistencia actual...».

Veamos, pues, el desarrollo de la cuestión.

En el estudio del Derecho sucesorio español, ocupan un lugar destacado los temas dedicados al ciclo sucesorio. Desde el punto de vista técnico, conviene deslindar las distintas fases en que puede encontrarse la herencia. Son los diversos momentos del fenómeno sucesorio que arrancando de la muerte del causante concluyen al adquirir la herencia los sucesores. Se trata concretamente de las siguientes fases: apertura de la sucesión, vocación, delación y adquisición de la herencia.

<sup>9</sup> ALBALADEJO, M.: *Curso de Derecho Civil V*, Barcelona, 2003, pág. 79.

La fase de vocación (*vocatio* = invitación o llamada) equivale a determinar quiénes son las personas que, en principio, han sido llamadas a la herencia en condición de herederos. La determinación de los llamamientos dependerá, según los casos, de las correspondientes disposiciones testamentarias o de la aplicación de las reglas sobre sucesión intestada o, en su caso, de ambas conjuntamente.

Los llamamientos pueden ser mucho más amplios que el número definitivo de los herederos, bien porque el testador ha establecido sustituciones entre ellos o ha sometido la institución a condición, bien porque el Código llama como sucesores abintestato a diversas clases de parientes que, sucesivamente, pueden manifestar si aceptan o no la herencia<sup>10</sup>.

Ahora bien, para que un eventual heredero acepte o repudie la herencia, primero le ha de ser ofrecida o deferida de forma concreta. A la fase en que el heredero puede manifestar si acepta o no la herencia deferida se le conoce técnicamente con el nombre de delación.

La necesidad de distinguir entre vocación y delación viene determinada por el hecho de que en la mecánica sucesoria la vocación no coincide en todos los casos con la delación propiamente dicha. Así, por ejemplo, si resulta posible llamar a la herencia a un concebido y no nacido, es claro que hay vocación desde el momento de la apertura de la sucesión, pero la delación no se produce hasta el momento en que siendo ya persona (arts. 29 y 30 CC) quienes hayan de representarlo puedan manifestar acerca de la aceptación de la herencia; lo mismo sucede cuando el propio testador instituye una fundación en el testamento o cuando la institución en favor de un heredero cualquiera queda sometida a condición suspensiva, cuyo acaecimiento habrá que esperar.

El ofrecimiento o delación de la herencia es algo más sobre la vocación. Consiste no sólo, como en la vocación, en ser convocado a suceder posiblemente, sino en la atribución actual, del derecho a convertirse ya en heredero mediante la aceptación de la herencia, excluyendo así de serlo a los demás convocados. Cuando la herencia se defiere, se atribuye un poder al llamado para que la acepte o repudie. En Derecho español no existe adquisición *ipso iure* de la herencia con poder de repudiación, sino poder de aceptarla o repudiarla. Vocación es el simple llamamiento a ser posible sucesor, formándose así un grupo de personas del que, con exclusión de quienes no estén en él, saldrá el sucesor; delación es el ofrecimiento

---

<sup>10</sup> Vocación es el llamamiento de todos los posibles herederos en el momento de la muerte del causante por voluntad de éste o, en todo caso, de la ley.

Todos aquellos cuya relación con el causante supone una expectativa más o menos lejana de llegar a ser herederos testamentarios o abintestato son llamados en el momento mismo de la muerte, como lo prueba el que, desde ese momento, pueden transmitir su vocación hereditaria eventual (cfr. arts. 657 y 1.006 CC), así como su legitimación para pedir la fijación de un término al heredero para que acepte o repudie.

a una o a varias de las personas de aquel grupo del poder de adquirir la herencia aceptándola, con facultad actual de hacerlo.

La delación concede al llamado el derecho a aceptar o repudiar la herencia, derecho denominado *ius delationis*, por proceder de la delación. Conviene señalar que cuando su titular acepta en uso del mismo se convierte en heredero<sup>11</sup>.

Una vez distinguidas y conocidas conceptualmente las fases de vocación y delación, es ahora momento de referirse a la capacidad e incapacidad para suceder, que constituye presupuesto de la vocación hereditaria.

El art. 744 CC dice que «podrán suceder por testamento o abintestato los que no estén incapacitados por la Ley». Con esta fórmula permite el Código ser heredero o legatario a todo sujeto de derecho, pues la legislación española no incapacita en absoluto a ninguno. La regla de capacidad abarca tanto a las personas físicas como a las jurídicas.

A continuación, el art. 745 CC especifica quiénes son los que no pueden suceder y enumera taxativamente a: 1º) Las criaturas abortivas, entendiéndose por tales las que no reúnan las circunstancias expresadas en el art. 30; 2º) Las asociaciones o corporaciones no permitidas por la Ley. Este art. 745 CC regula las llamadas incapacidades absolutas para suceder.

Tanto en las criaturas abortivas como en las asociaciones no permitidas por la ley (art. 22.2 y 5 Constitución), se observa más que un defecto de capacidad, defecto de existencia. No es que sean incapaces; es que no son personas.

Tratándose de personas físicas, el requisito necesario para suceder es pura y simplemente la personalidad; su capacidad deriva del hecho de nacer en las condiciones del art. 30 CC

En el caso de personas jurídicas, la capacidad sucesoria es indiscutible siempre que adquieran personalidad jurídica por constituirse con arreglo a la Ley (art. 746 CC, que viene a confirmar la capacidad para suceder que se deduce del art. 38 CC).

Para ser sujeto de un *ius delationis* no sólo es necesario tener capacidad para heredar sino también sobrevivir al causante de la herencia deferida. Este último presupuesto, la supervivencia del sucesor al causante, no aparece enunciado con carácter general en el Código civil español, pero sí está latente en preceptos importantes (arts. 33, 758 y 766). Si el sucesor ha muerto cuando fallece el causante, no existe persona que pueda recibir la herencia.

<sup>11</sup> Cabe hacer una puntualización en relación con la delación del legado. Hasta aquí hemos tratado de la delación de la herencia. Pero si en vez de herencia es legado, la delación le hace directa e inmediatamente adquirir el derecho que se le lega, aunque con la facultad de renunciarlo, si no lo desea. Para hacer suyo el legado, no es preciso que lo acepte, ni, por lo tanto, se puede decir que el llamado al legado tenga un *ius delationis* a éste.

El principio de la supervivencia del sucesor al causante plantea, sin embargo, algunas cuestiones problemáticas en ciertos casos (llamamientos a no concebidos, concebidos y no nacidos, y personas jurídicas en trance de constitución), que pasamos a examinar de forma separada:

1º) Llamamiento a los no concebidos (*nondum concepti*).

Se cuestiona si es posible efectuar un llamamiento a personas que ni siquiera están concebidas a la muerte del testador. No hay en el Código norma alguna que expresamente lo admita de manera general. Sí se admite implícitamente al regular la sustitución fideicomisaria, que permite que los testadores llamen en orden sucesivo a los herederos, incluso a los que no conocen al morir por no existir. Así, por ejemplo, el testador llama a su hijo, que ha de conservar la herencia para transmitirla a su vez a su hijo. Esta es la esencia de la sustitución fideicomisaria, que tiene un límite en los llamamientos: han de hacerse en favor de personas vivas al fallecimiento del testador, en cuyo caso no hay limitación en el número de llamamientos que se puedan hacer, o que no pasen del segundo grado (art. 781 CC). Si se reconoce la aptitud de la sustitución fideicomisaria como cauce para una llamada hereditaria a los no concebidos, no debe existir dificultad que impida su llamada directa sujeta a condición: si nacen. Así, por ejemplo, el testador instituye en su testamento como herederos a los hijos que pueda tener una hermana suya recién casada.

2º) Llamamiento al concebido y no nacido.

Si el llamado a la herencia está concebido al abrirse la sucesión, tiene capacidad de heredar si nace en las condiciones del art. 30 (art. 745.1º CC). Hay un llamamiento en su favor, pero bajo una *conditio iuris* de efectivo nacimiento<sup>12</sup>. Mientras tanto, se arbitran una serie de medidas por el Código tanto en defensa de los derechos que le corresponderán efectivamente al nacer, como de los otros interesados en la herencia. Tales medidas están reguladas en los arts. 959 a 967 bajo la rúbrica «De las precauciones que deben adoptarse cuando la viuda queda encinta», pero son medidas generales, no sólo para el caso en que sea la viuda del testador la que haya concebido. Estas precauciones consisten en: a) suspender la partición de la herencia, poniéndola en administración, hasta que nazca o se frustre el nacimiento o se compruebe que no existió concepción del sucesor: arts. 965, 966 y 967; b) adopción de medidas tendentes a evitar fraudes en el nacimiento en perjuicio de los que heredarían en defecto del concebido o presunto concebido, siendo medidas básicamente de información y fiscalización: arts. 959, 960, 961,

---

<sup>12</sup> Al respecto, LACRUZ BERDEJO, J.L. / SANCHO REBULLIDA, F. / LUNA SERRANO, A. / DELGADO ECHEVERRÍA, J. / RIVERO HERNÁNDEZ, F. / RAMS ALBESA, J.: *Elementos de Derecho Civil*, V, Madrid, 2007, pág. 57, que hablan de un llamamiento equiparable a una vocación condicional.

962, 963; c) dar alimentos a la embarazada, a costa de la parte de la herencia correspondiente al concebido: art. 964

3º) Llamamiento a las personas jurídicas en trance de constitución.

Se plantea si es posible dejarles herencias y legados cuando únicamente están en trámites de ser constituidas. La doctrina, ante la ausencia de normativa, se inclina por la aplicación analógica de las normas de protección de los derechos del concebido<sup>13</sup>. Se entiende que el caso es parecido y la sucesión queda sometida a la circunstancia de que el ente llegue finalmente a adquirir personalidad jurídica. Ciertamente, en el caso del *nasciturus* hay un precepto específico, el art. 29 CC, que aquí falta, pero con sentido común y atendiendo a la realidad a que se debe proveer<sup>14</sup>, no se puede por menos que afirmar el mismo criterio para las personas jurídicas en formación.

Cuestión distinta es si cabe el llamamiento a una sociedad o asociación que ni siquiera están en trámite de constitución. Si admitimos la respuesta afirmativa por paralelismo con la llamada al no concebido, lógicamente aquel llamamiento sería, como el de este último, condicional<sup>15</sup>. Se trataría de una condición suspensiva, consistente en la efectiva existencia de la persona jurídica.

En consecuencia, en el Derecho español es clara la posibilidad de llamar a la herencia a una asociación, tanto si está en trámite de constitución como si todavía no se ha iniciado dicho trámite.

En el primer caso, cuando está ya en trámite la constitución, el paralelismo se establece con el caso del concebido y no nacido; en el segundo, cuando la institución se realiza en favor de una futura asociación que ni siquiera está en trámite de formación, la semejanza se establece con el caso del no concebido.

Lógicamente, en ambos casos la asociación deberá llegar a constituirse y adquirir personalidad jurídica. A este respecto, debe indicarse que La Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del Derecho de Asociación, establece en el art. 6.2 que con el otorgamiento del acta «adquirirá la asociación su personalidad jurídica y su plena capacidad de obrar». Ello significa que, desde el momento en que se documenta el acta fundacional de la asociación, la asociación está constituida y adquiere personalidad jurídica. Esta idea se confirma, posteriormente, por

<sup>13</sup> Así, entre otros, DÍEZ-PICAZO, L. / GULLÓN BALLESTEROS, A.: *Sistema de Derecho Civil*, IV, Madrid, 2004, pág. 322.

<sup>14</sup> Al respecto, ALBALADEJO, M.: *op. cit.*, pág. 79.

<sup>15</sup> En este sentido, DÍEZ-PICAZO, L. / GULLÓN BALLESTEROS, A.: *op. cit.*, pág. 322. Señalan estos autores que «si el testador no ha dispuesto cuándo debe cumplirse la condición, en otras palabras, cuándo debe existir la persona jurídica, no cabrá más regla que la del párrafo 2º del artículo 1.118, que remite al tiempo que verosíblemente hubiera querido señalarse (por el testador) “atendida la naturaleza de la obligación”», si bien advierten que este último precepto es de dudosa aplicación si no hay obligación para alguien de constituir la persona jurídica.

el art. 10 de esta misma Ley que regula los efectos de la inscripción de la asociación «a los solos efectos de publicidad». Queda, pues, claro que la persona jurídica asociación existe desde el acta fundacional y no desde la inscripción registral.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo español, desde hace décadas, ha mostrado este mismo criterio favorable. Así, la STS (Sala 1<sup>a</sup>) de 28 de noviembre de 1986<sup>16</sup>: «Pero es que a mayor abundamiento aunque se sostuviese el comienzo de su personalidad por el cumplimiento de ese requisito administrativo, no podría negarse que con anterioridad se hallaba en fase de constitución, lo que posibilita su aptitud para suceder por testamento siempre que lleguen válidamente a constituirse, al modo como por analogía ocurre con las personas físicas concebidas y no nacidas (artículo 29, 959, 964, 644, párrafo 1 y 966 del Código Civil) y también para los no concebidos en algunos casos, como en las instituciones fideicomisarios (artículo 781). E incluso es frecuente que los nudos propietarios designados en esas sustituciones sean personas no concebidas. La doctrina científica no ve obstáculo alguno en que los “concepturus” sean declarados herederos, no ya sólo por vía indirecta de la sustitución, sino también por la vía directa de la institución».

#### 4 CONCLUSIONES

La sentencia comentada, dictada por el Supremo Tribunal de Justicia de Portugal, niega capacidad sucesoria a la asociación que el testador había nombrado como heredera de sus bienes y que se encontraba en trámite de constitución en el momento de su muerte. Esta decisión, a nuestro juicio injusta y desconcertante, no tiene fundamento ni en la letra de la ley (arts. 197 y 2033.2 CC portugués), ni en el criterio sistemático de interpretación (el Derecho portugués admite la vocación sucesoria testamentaria de *nasciturus* y de fundaciones *post mortem*), ni mucho menos en la teleología del régimen de la sucesión testamentaria (respeto a la última voluntad del testador).

Contrasta, además, con el tratamiento que la cuestión habría recibido en el Derecho español, favorable a admitir la llamada a la herencia de asociaciones, tanto si se han iniciado los trámites de constitución como si todavía se encuentran por iniciar.

---

<sup>16</sup> Id Cendoj: 28079110011986100704.