

Apuntes de Derecho sucesorio

(Posición y derechos de los legitimarios en el Código civil)

JUAN VALLET DE GOYTISOLO

Notario de Madrid

Motivo de estos apuntes

En un reciente trabajo (1), a nuestro juicio el mejor de los salidos de la culta pluma de Gregorio Ortega Pardo, este jurista, merecidamente prestigioso, ha abordado, una vez más, el problema, tan arduamente discutido, de la naturaleza jurídica de la legítima en nuestro Código civil.

Comienza este estudio una diáfana, a la par que profunda, exposición de la distinción entre heredero y legatario, en la que el autor, con laudable nobleza, rectifica otra anterior posición suya (2).

A continuación, analiza la partición verificada por el testador (3), pero, incurriendo aquí, a juicio nuestro, en confusión por no diferenciar debidamente esta forma particional de las instituciones «ex re certa», que como aquélla pueden comprender, agotándolos, todos los bienes de su herencia.

Y, finalmente, sobre esta base insiste (4) en colocar al artículo 1.065 del Código civil, como punto de unión entre los artículos 808 y 815 del mismo Cuerpo legal.

Los fundamentos de su tesis sobre la legítima, los concreta principalmente Ortega Pardo en los siguientes argumentos:

a) El artículo 806 del Código civil define la legítima diciendo que es «la porción de bienes de que el testador no puede disponer por haberla reservado la Ley a determinados herederos, llamados

(1) *Heredero testamentario y heredero forzoso*, en ANUARIO DE DERECHO CIVIL, tomo III, fas. II, págs. 321 y sigs.

(2) *Naturaleza jurídica del llamado legado en lugar de la legítima*, Madrid, 1945, págs. 119 y sigs.

(3) *Heredero testamentario y...*, loc. cit., págs. 331 a 336.

(4) Loc. últ. cit., págs. 344 y sigs. Esta tesis la planteó el propio ORTEGA en su citada monografía *Naturaleza jurídica del llamado legado en lugar de la legítima*, especialmente en las págs. 151 y sigs.

por esto *herederos forzosos*. Y la expresión «herederos forzosos» es usada un sin fin de veces en el Código (5).

b) Las palabras «por cualquier título», que emplea el artículo 815 del Código civil, «deben interpretarse en el sentido de que el testador puede atribuir la legítima ya *in natura* o en bienes determinados» (6).

Si el legitimario ha recibido bienes o título de donación, a través del deber de colacionar que preceptúa el artículo 1.035—que «no tiene como causa, sino como condición, a la liberalidad siendo su causa inmediata la existencia de una sucesión forzosa a la que concurren varios legitimarios»—resulta que «sólo después de la muerte del causante pueden computarse en su cuota» y «no se ve privado por ello de su cualidad de heredero» (7).

Y si el testador «atribuye a título de legado una serie de bienes concretos a un legitimario para satisfacerle su cuota legal, ese legado tiene naturaleza de acto particional; estaremos ante uno de los supuestos comprendidos en el artículo 1.056». «El instituido en tal forma conservará derechos y obligaciones de los herederos forzosos; únicamente pierde el condominio... porque para él la división ha sido hecha ya» (8).

c) Dicha interpretación le parece a Ortega Pardo la única que permite compatibilizar los artículos 806 y 815 y «además es—a su juicio—la más justa, pues defiende siempre los derechos del legitimario, los cuales se esfuerza la Ley por proteger, y no priva al causante de su facultad modeladora, en el sentido de facultarle a realizar la atribución de la legítima como cuota o en bienes determinados» (9).

d) «El artículo 818 no dice que el legitimario no responde de las deudas hereditarias. Dice más que esto. En este precepto se antepone el interés de los acreedores del *de cuius* al del heredero forzoso. Por ello, sólo después de deducir el pasivo se forman las cuotas legitimarias. El heredero forzoso no puede verse privado de los bienes que recibe como legítima por razón de las deudas de la herencia, ya que cuando se le adjudica la cuota existe un motivo hereditario suficiente para cobrar las deudas. El artículo 818 no tiene por fin exonerar de responsabilidad al legitimario, sino que viene a acotar la zona en que el testador puede realizar actos de libre disposición a personas que no son herederos forzosos: por ello, impone ese cálculo sobre el valor líquido de la herencia, porque es éste un procedimiento para poder determinar matemáticamente aquella zona y poder así precisar cuándo el testador excedió ese límite» (10).

Por ello, concluye observando como peculiaridad de la cualidad

(5) *Heredero testamentario* y... loc. cit., pág. 336

(6) Loc. últ. cit., pág. 344.

(7) Pág. 345.

(8) Pág. 349.

(9) Pág. 350.

(10) Pág. 354.

de heredero forzoso, «el hecho de que la Ley una de forma inseparable a aquel título, el derecho a percibir una cuota, de forma que no pudiendo efectivizarse ésta, no llegue a entrar en juego la sucesión forzosa». Y admite que: «El cálculo de la legítima se efectúa sobre el superávit del activo sobre el pasivo hereditario; con ello resulta que el beneficio económico que el heredero forzoso recibe, viene en realidad a equivaler a percibir una fracción del activo. Pero esto no altera su cualidad de heredero, porque esa cualidad no se volatiliza—ni en el heredero forzoso ni en el testamentario—por ese hecho» (11).

A nuestro parecer, tanto la tesis general mantenida por Ortega Pardo, como casi todas las subtesis sobre las que su defensor quiere apuntalar aquélla, merecen un análisis cuidadoso y detenido. Así como ser comprobadas tanto desde puntos de vista dogmáticos, históricos y positivos, como en su aspecto finalista y práctico.

Eso es lo que vamos a intentar a hacer, lo más brevemente posible en este trabajo, que dividimos en las tres partes siguientes:

La primera, dirigida a poner en contacto los artículos 806 y 815, analizándolos a través de sus antecedentes históricos. En ella examinaremos la posibilidad de disponer de la legítima a título de legado, negativamente resuelta en la tesis de Ortega. Veremos si puede hablarse de delación legitimaria como *tertius genus* entre la testada y la intestada, afirmación que constituye uno de los presupuestos básicos necesarios para sostener la posición cuya crítica intentamos. Y estudiaremos la actuación y naturaleza de la *actio ad suppiendam legitimam*.

La segunda parte debe tratar de su concreción en bienes determinados. A través de instituciones «ex re certa», legados y disposiciones particionales del causante, analizando las diferencias que existen entre esas formas de asignación. Aprovechándose este estudio para llegar a determinar las ventajas e inconvenientes que le puede reportar al legitimario ostentar el título de heredero o el de legatario.

En la última parte, pensamos examinar el supuesto en que la legítima sea atribuida totalmente a través de donaciones inter vivos, sin que el causante instituya heredero al legitimario ni incurra en preterición, explicando en el testamento su no institución por el hecho de haber cumplido su deber legitimario con aquellas instituciones entre vivos. Ello nos permitirá volver a insistir en nuestro intento de concretar las diferencias conceptuales y prácticas que median entre la imputación, la computación y la colación.

(11) Pág. 359.

I. Interpretación de los artículos 806, 815 y 818 del Código civil

SUMARIO: § 1.º ¿Existe antinomia entre los artículos 806 y 815 del Código civil? Planteamiento.—§ 2.º Síntesis de la evolución histórica de la legítima castellana y de los antecedentes legislativos del artículo 815 del Código civil.—§ 3.º Valor en el Código civil de la expresión “herederos forzosos”.—§ 4.º Interpretación del artículo 806 del Código civil.—§ 5.º Naturaleza de la legítima.—§ 6.º Actuación de las normas protectoras de los legitimarios.—§ 7.º El suplemento de legítima. Distintas posiciones.—§ 8.º Explicación histórica de la “*actio ad supplementum*”.—§ 9.º Sujeto pasivo y límite cuantitativo de la “*actio ad supplementum*”.—§ 10.º Por qué título se entiende atribuída la legítima cuando fué dispuesta por palabras comunes. Resultados que dimanar de esta primera parte.

§ 1.º ¿EXISTE ANTINOMIA ENTRE LOS ARTÍCULOS 806 Y 815 DEL CÓDIGO CIVIL?—PLANTEAMIENTO

Dice el artículo 806 del Código: «Legítima es la porción de bienes de que el testador no puede disponer por haberla reservado la Ley a determinados herederos, llamados por esto herederos forzosos.»

Y el artículo 815 del mismo cuerpo legal dispone que: «El heredero forzoso a quien el testador haya dejado por cualquier título menos de la legítima que le corresponde, podrá pedir el complemento de la misma.»

Ciertamente ambas declaraciones, si no son antagónicas, por lo menos parecen orientadas en direcciones opuestas. Pues, a primera vista—después comprobaremos hasta qué punto es ello cierto—del primero de estos preceptos podría pretenderse deducir que la legítima es conceptuada como *pars reservada, directamente atribuída por la Ley a título de herencia*; mientras que el segundo claramente presupone que aquélla puede ser atribuída *por el testador y «por cualquier título»*.

Para concordar estos textos se han propuesto varias soluciones. He aquí algunas de ellas:

a) Si el Código civil llama herederos forzosos a los legitimarios «es debido—según Puig Brutáu (12)—a una de tantas imprecisiones terminológicas, que no debe perjudicar a la doctrina que el mismo Cuerpo legal desarrolla. «Este precepto—dice Roca Sastre refiriéndose al art. 806 (13)—es, simplemente, una definición (el legislador debiera abstenerse de definir) que se derrumba

(12) *Naturaleza jurídica de las legítimas en el Derecho común y en el foral, en los Estudios de Derecho privado* de ROCA SASTRE. Madrid, 1948. pág. 144.

(13) *Naturaleza jurídica de la legítima*, en *Rev. Der. Priv.*, tomo XXVIII (marzo 1944). pág. 103.

frente a los textos del Código y, por ello, debe estimarse que carece de valor normativo». Según frase de Virgili-Sorribes (14) «los legitimarios en nuestro Derecho positivo tienen el nombre de herederos forzosos; pero de herederos, tal vez sólo tengan eso: el nombre».

O, como dice González Pañomino (15): «La Ley, a pesar de la definición (que no es vinculante ni normativa), da una regulación (que sí es normativa y vinculante) con arreglo a la cual lo que importa, en fin de cuentas, es que el legitimario reciba los valores de su legítima, sea cualquiera el medio por que lo logre».

b) «Si las instituciones—dice Gómez Morán (16)—no han de juzgarse por su nombre, sino por los efectos que producen, parece evidente que en los casos de los artículos de referencia (815 y 819, éste en relación con el 1.035, que llaman «heredero» al legatario o donatario, «pese a la singularidad de su título de adquisición») *la transmisión a favor del legitimario se verifica a título singular aunque por motivos afectivos y tradicionales continúa conservando su denominación de heredero».*

c) Si el testador nombra al legitimario como legatario «bien dándole ese nombre, bien en la hipótesis del artículo 768» —según Sols García (17)—«el heredero legitimario *sigue conservando de modo latente el carácter de heredero».* En el caso de que el testador haya instituido a unos legitimarios como herederos y a otros como legatarios, según el mismo Sols, «nada sucede mientras lo que aparezca sean mayores bienes, salvo el correspondiente aumento de sus derechos como legitimarios; pero si en vez de mayores bienes lo que aparece son mayores deudas, todo se reducirá a una prelación en las responsabilidades: primero, los designados herederos en el testamento, y después, por la misma argumentación del caso citado—y lo contrario se observa en pugna con el espíritu del artículo 891—los designados como legatarios».

d) Según Ortega Pardo, *no hay imperfección de términos en el artículo 806, y cuando la Ley habla de herederos forzosos, emplea con propiedad esta expresión. «El artículo 815 no concede al testador facultad para privar al legitimario de su calidad de heredero y poderle atribuir libremente la legítima por cualquier título. Simplemente viene a evitar que se declare la nulidad de un testamento cuando pueda salvarse, concediendo a tal efecto al heredero forzoso una garantía complementaria de su legítima.*

(14) *Heredero forzoso y heredero voluntario: su condición jurídica*, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, tomo XVIII (julio-agosto 1945), página 485.

(15) *Estudios de Arte menor sobre Derecho sucesorio. El acrecimiento en la mejora*, págs. 540 y sigs.

(16) *De la legítima y los legitimarios*, en *Revista General de Derecho*, tomo IV (diciembre 1948), pág. 666; y *Tratado teórico-práctico de particiones (El ejecutor testamentario en el Derecho comparado)*, Madrid, 1950, pág. 357.

(17) *El heredero. Ideas sobre su estudio*, en *Rev. Crít. Dr. Inm.*, tomo XVII (septiembre 1944), págs. 571 y 572.

«Cuando atribuye (el testador) a título de legado una serie de bienes concretos a un legitimario para satisfacerle su cuota legal, ese legado tiene naturaleza de acto particional: estaremos ante uno de los supuestos comprendidos en el artículo 1.056». «El instituido de tal forma conservará derechos y obligaciones de los acreedores forzosos: únicamente pierde el condominio, no porque renuncie o lo vendá, sino porque para él la división ha sido hecha ya, y el fin de la misma es hacer desaparecer el estado de indivisión» (18).

e) El Código civil, conforme a su artículo 806, atribuye directamente la legítima a título de herencia. Pero, como se deduce tanto del artículo 815 como, también, de los artículos 820 y 1.056, párrafo segundo, del mismo Código, *se confiere legalmente al testador una facultad modeladora que alcanza no sólo al contenido atribuido, sino incluso al mismo título de la atribución. En su virtud la designación testamentaria del legitimario como legatario se sobrepone a la legat a título de herencia, que sólo se mantiene actuante en la parte valorativamente no cubierta por la designación testamentaria*, dándose lugar al ejercicio de la acción de suplemento (19).

Dentro de esta última posición cabe discutir si el legitimario, prácticamente reducido a legatario por voluntad del testador, conserva su título de «heres» con carácter puramente honorífico (20), o bien de modo efectivo en cuanto al suplemento, si hubiera lugar

(18) Loc. ult. cit., págs. 336, 349 y 359.

(19) Tesis de Porpetá (*Naturaleza jurídica de la legítima*, conferencia pronunciada en el Colegio Notarial de Barcelona el 27 de abril de 1945, y recogida en *Estudios de Derecho Sucesorio*, pág. 198), y a la que nos adherimos en nuestros trabajos *Notas para la interpretación del párrafo 2.º del artículo 1.056 y del art. 863 del Código civil* (en *Rev. Gral. de Derecho*, año III, núm. 27, diciembre 1946, pág. 674) e *Imputación de legados otorgados a favor de legitimarios* (en *Rev. Der. Priv.*, tomo XXVII, abril 1948, págs. 329 y sigs.), denominándola, en este último artículo, «teoría de la superposición o sustitución relativa».

(20) ORTEGA PARDO (*La naturaleza jurídica del llamado legado...* págs. 99 y sigs., y *Hereditario testamentario y...*, loc. cit., pág. 358) ha sostenido que la distinción entre el carácter formal y sustancial de la cualidad de heredero carece de fundamento. Al efecto trae a colación una frase de BETTI (*Successione legittima intestata e successione legittima necessaria*, II, Milán, 1928-9, págs. 78 y sigs.) afirmando que «no se puede ser heredero sin recibir por tal título una cuota»; y otra de COVIELLO (*L'insistuzione de erede e il lascio dei beni determinati*, en *Giurisprudenza italiana*, 1931, I, págs. 247 y sigs.), quien considera que «no se es heredero en cuanto se tiene el título honorífico, sino en cuanto, aunque no se le deje nada, existe siempre la posibilidad de—por premoriencia o renuncia de un legitimario, o por aparición de nuevos bienes—recibir lo que de otra forma quedaría vacante».

A estas afirmaciones puede acotarse: 1.º Que si se quiere significar que el heredero puramente honorífico no es heredero, y que de tal sólo tiene el nombre, nada tenemos que objetar, ya que aceptamos precisamente que el legitimario al que el causante le deja su legítima a título de legado, de heredero solamente el nombre le otorga el Código civil; 2.º Y que luego examinaremos la posibilidad del legitimario-legatario de recibir nuevos bienes, que después aparecieran o que de otro modo quedarán vacantes en virtud de premoriencia o renuncia de otro legitimario; y veremos su explicación en el ámbito de la No-

a él—opinión esta última de Porpeta (21)—o latente—si en principio pareciese cubierta la legítima por el legado—ante la eventualidad de que aparecieren nuevos bienes.

f) Según González Palomino (22)—a cuyo juicio, aunque el artículo 806 llama herederos a los legitimarios, éstos, como tales, no lo son nunca—«el legitimario que además sea legatario *podrá aceptar su legítima y repudiar su legado*, aunque sea oneroso, porque la legítima no es legado y cae fuera del supuesto de limitación del artículo 890» (23).

Claro que, como observamos en otra ocasión (24), el legado en lugar de la legítima—salvo el supuesto de que el testador brinde expresamente esa opción al legitimario legatario—no sólo cae fuera del supuesto de limitación del artículo 890 cuando es oneroso, sino que en cualquier otro caso, se halla fuera de su general autorización. Es decir, que no encaja en la excepción ni en la regla general. Este artículo parte de la base de que los dos legados, o la herencia y el legado, se hayan atribuido acumulativamente a la misma persona (legado más legado, o bien herencia más legado), quedando, por consiguiente, fuera de su supuesto el legado verificado en sustitución de una atribución legal a título de herencia (legado en lugar de la legítima). Esta es, precisamente, la hipótesis recogida en el artículo 815, que sólo concede al legatario la *actio ad supplementum* (25).

Navarro Amandi (26), concretando la posición del Derecho castellano anterior al Código civil, ante el caso de otorgarse un legado a un legitimario no instituido heredero por su causante, afirmó que si aquél, en lugar de ejercitar la querrela de testamento inoficioso, «acceptare el legado sin hacer la protesta de ejercitar su acción, y más aún si la renunciare, no podrá hacer uso de aquélla en ningún tiempo». Es decir, podía optar entre aceptar el legado o ejercitar la querrela. Y en cambio—añade—«el heredero forzoso instituido en menos de su porción *solamente podrá reclamar el suplemento de legítima*. Efectivamente, así decía la Ley

vela 115 de Justiniano, según la interpretación de la glosa y en el régimen de nuestro Código civil, conforme a los artículos 768 y 891.

(21) Op. cit., págs. 198 *in fine* y 199

(22) Loc. cit., pág. 541.

(23) Con ello, en nuestro Derecho, se daría al legado en lugar de la legítima una significación semejante a la dibujada en el artículo 551 del Código civil italiano de 1942. ORTEGA PARDO en su primera monografía citada (páginas 88 y sigs.), ofreció una interesante síntesis de la posición de la doctrina italiana, tanto durante la vigencia del Código de 1865 como después de la promulgación del libro de Sucesiones en 1941.

(24) *Imputación de legados...*, loc. cit., pág. 330.

(25) También GÓMEZ MORÁN (locs. y págs. cits.) rechaza la posibilidad de que el legitimario-legatario repudie el legado y reclame la legítima—si no lo previno así el testador—, al parecer por razón del derecho general que, al testador, otorga el artículo 1.056 del Código civil, con lo que se aproxima a la tesis de Ortega Pardo.

(26) *Código civil de España*, tomo I (Madrid, 1880, pág. 402), en sus comentarios al artículo 967 de su Compilación Metódica.

quinta, tit. VIII, Part. 6: «Mas si aquella parte le dexase en el testamento, non como a heredero; mas como en razón de manda: entonces podría quebrantar tal testamento. E esto se entiende si el fijo non recibiese aquella parte que le era mandada. Ca si la recibiesse e non lo protestasse, diciendo que la fincasse en salvo la querella que avia del testamento, non podría después quebrantarlo». Distinguiendo: «Otrosi dezimos, que dexando el padre al fijo alguna cosa en su testamento como a heredero, maguer non le dexasse toda la su parte legitima que deve aver segund derecho, por todo esso dezimos que non podría quebrantar el testamento: más podría demandar que aquello que le menguava de la su parte de devia aver que gelo compliessen, e los otros que son escritos por herederos en el testamento, son tenudos de lo fazer.»

Doctrina esta última que, conforme resulta de los motivos expuestos por García Goyena—de que luego nos ocuparemos—, ha sido extendida por el artículo 815 del Código civil al primer caso anteriormente señalado de dejarse a un legitimario a título de legado una porción de bienes de menor a la que legalmente le corresponda.

g) *El artículo 806, emplea la denominación herederos forzosos siguiendo la terminología correspondiente al régimen sucesorio anterior al Código civil. La denominación sobrevive al concepto, como sucede, v. gr., en la lexicología enfática.*

El participio pasivo «reservado» no es utilizado en el sentido correspondiente a la institución germánica de la «reserva», palabra que en nuestro Derecho tiene una significación técnica distinta (artículos 811 y 968 C. c.), sino en su sentido gramatical.

Y la afirmación de que «el testador no puede disponer», no significa una interdicción absoluta, sino una fijación de límites en cuanto a quienes puedan ser destinatarios de las disposiciones gratuitas que excedan de los topes legalmente fijados a la plena libertad de disponer a título gratuito.

La legitima no es, pues, una forma de vocación sucesoria, sino aquella porción que los legitimarios deben recibir necesariamente, si no es por disposición del testador (sucesión voluntaria a título universal o particular) por la vocación que la Ley les otorga subsidiariamente, para los casos de no haber dispuesto en forma válida el causante de la totalidad de sus bienes (sucesión ab intestato). Al legitimario se le asegura la percepción de esta porción por una serie de disposiciones normativas cuya actuación—según veremos, han hecho notar Sánchez Román, Jerónimo González, A'guer y Lacal—no es positiva, sino negativa, limitativa de las disposiciones del causante.

Esta es la explicación a que hemos llegado en el presente trabajo, con la cual desaparece en su raíz toda posible contradicción entre los artículos 806 y 815 del Código civil.

§ 2.º SÍNTESIS DE LA EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA LEGÍTIMA CASTELLANA Y DE LOS ANTECEDENTES LEGISLATIVOS DEL ARTÍCULO 815 DEL CÓDIGO CIVIL

Para la interpretación del artículo 815 del Código civil, creemos indispensable el examen de su génesis histórica—aunque sólo sea en síntesis—fijándonos en el momento que su norma significa en la trayectoria evolutiva de la naturaleza de las legítimas, que ha venido dibujándose, desde hace varios siglos, en el Derecho de Castilla. Y, especialmente, nos parece interesante detenernos a fin de averiguar el significado que se dió por sus redactores a este precepto, hoy contenido en el vigente artículo 815.

Después de la invasión visigoda, los bárbaros dominadores, como señores nuevos, procuraron adoptar la superior cultura de los romanos, antiguos señores de rancia prosapia. Pero es lo probable, que la romanización legal, que se observa en las fuentes visigóticas, no llegó nunca a corresponder en la práctica y en las costumbres, que continuaron netamente germánicas. De ahí que, después del hundimiento del Reino visigótico, con la Reconquista reaparecieron los más puros caracteres germánicos, conforme a los cuales, en la alta Edad Media, se configuran la familia leonesa-castellana y su régimen sucesorio, amén de otras instituciones. Este es el punto de partida del sistema sucesorio, en general, y legitimario, en particular, del Derecho de Castilla.

Pero del núcleo germánico originario quedaba ya muy poco—posiblemente sólo números y proporciones—en el momento de plantearse en el siglo pasado la cuestión de la codificación de nuestro Derecho. Desde la traducción al romance del *Liber Iudiciorum* con el nombre de Fuero Juzgo, con más intensidad a partir de la publicación de las Siete Partidas por el Rey Sabio y, finalmente, por la labor de nuestros doctores y comentaristas, que completaban e interpretaban el Derecho Real con textos y conceptos del *Corpus iuris*, entendido a través de la doctrina de glosadores y postglosadores, va produciéndose una constante y progresiva romanización en el Derecho de Castilla, cuya cristalización precisamente se afianza, aún más, con la publicación del Código civil.

De esa evolución ya nos ocupamos recientemente en una conferencia que tuvimos el honor de pronunciar en la Academia Matritense del Notariado (27). Por estar inédita todavía, resumiremos a continuación aquellos de sus trazos más generales que ofrecen un especial interés para la resolución del problema de que nos ocupamos.

Jerónimo González, al comentar la sexta conferencia del doctor Ferrara (28), hace la observación de que en el Derecho

(27) *La mejora tácita. Hacia la fijación de un concepto y concreción de una prohibición*, pronunciada el 24 de enero de 1950.

(28) En *Rev. Crít. Der. Imm.*, tomo V (enero 1949, págs. 65 y sigs.) y recogida asimismo en los *Estudios de Derecho hipotecario y civil* de dicho autor, Madrid, 1948, tomo III, pág. 241.

español, los pronunciados matices de la legítima y de la reserva que el conferenciante ha puesto de relieve, se funden desde hace muchos siglos en una concepción de líneas románicas que se impone a través de variaciones regionales». Añadiendo que, en nuestra Patria, «la palabra y el concepto de *reserva* se distanciaron en la técnica jurídica de la institución de la *legítima*, y desde las primeras disposiciones legislativas dictadas para los godos y los hispanorromanos, aparece la reacción contra la libertad de testar, fundada más bien en consideraciones sociales y éticas que en la copropiedad germánica». Todo el texto de la Ley Primera—Título V, Libro IV del *Liber Iudiciorum*, que transcribe—, según él, «es un completo alegato contra los abusos de los padres y ascendientes, en que no hay la menor alusión a las costumbres teutónicas». Y, ciertamente, la parte dispositiva de la misma prescribió que «los padres y abuelos, *sin perder por completo la facultad de disponer de su patrimonio*, no podían separar por una indiscreta voluntad a los hijos y descendientes de su misma sucesión». Llegó por ello con Jerónimo a considerar demostrado «el desvanecimiento de la tradición germánica desde el primer siglo de la invasión». Afirmando, por eso, que, ya entonces, nuestra legítima no tenía el carácter sustantivo y positivo de atribución legal de la *reserva germánica*, sino el negativo de limitación mayor o menor de la libertad del «*ius disponendi mortis causa*» de la *legítima romana*.

El criterio de Jerónimo González está robustecido por las tesis de los historiadores del Derecho, Zeumer (29), Brünner (30), Richard Schröder (31) y Rafael Ureña (32). Estos, en sus modernas investigaciones, con mayor empaque histórico, han confirmado la opinión que en el siglo pasado sostuvieron Martínez Marina (33), Sempere (34) y Escribá (35), al suponer que la «abrogata legis illius sententia», a que aludía la Ley «Dum illicita», es una perdida Ley de Eurico, que había establecido la absoluta libertad de testar para la población visigoda. Revisándose así la tesis de Cárdenas (36), Lacoste (37), Schultze (38) y Nino Toma-

(29) *Geschichte der westgothische Gesetzgebung*, en *Neues Archiv der Gesellschaft für ältere deutsche Geschichtskunde*, XXVI, págs. 138 a 146, cita de ROMERO VILTEZ (en su monografía *La mejora*).

(30) *Beiträge für Geschichte d's germanischen Watrechtes*, Festgabe f. Dernburg, págs. 43 y sigs., cita de VALDEAVELLANO en el trabajo a que después aludiremos.

(31) *Lehrbuch der deutschen Rechtsgeschichte*, Berlín, u. Leipzig, 1922, página 366, núm. 339, cita de ROMERO.

(32) *La legislación gótico-hispana*, págs. 393 y 394.

(33) *Ensayo histórico-crítico sobre la antigua legislación y principales cuerpos legales de los reinos de León y Castilla, especialmente sobre el Código de las Siete Partidas de don Alonso el Sabio*, Madrid, 1808, núm. 231, pág. 188.

(34) *Historia de los vínculos y mayorazgos*, 2.^a ed., Madrid, 1847, pág. 13.

(35) *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia*, Madrid, 1876, tomo IV, págs. 98-XXI.

(36) *Orígenes del Derecho español*, en *Estudios Jurídicos*, I, pág. 128.

(37) *La mejora*, Madrid, 1913 (según traducción de GARCÍA GUIJARRO), páginas 10 y sigs.

sía (39), que remitían al Derecho romano aquella referencia derogatoria y consideraban que la disposición de Chindasvinto había significado un paso de aproximación entre el Derecho de los visigodos y el de los hispanorromanos, y no—como hoy vuelve a entender la opinión preponderante—una reacción contra los resultados de una asimilación prematuramente realizada.

No obstante, cabe observar que, aun cuando el régimen legal visigodo anterior a la Ley «Dum inlicita» ofreciese plena libertad de testar, es posible que esta Ley, por razón de los abusos a que en ella se aluden, más que poner simplemente un freno a dicha libertad, al modo romano, lo que hizo fué volver al régimen germano de las reservas, aun vivido en las costumbres, mitigándolo como transacción con la consagración de la plena libertad de disponer del quinto y con la creación de la facultad de mejorar.

Y desde luego—como han demostrado primero Ficker (40), entre nosotros Hinojosa (41) y, concretamente, con referencia a la cuota de libre disposición, mi maestro Luis G. Valdeavellano (42)—el Derecho realmente vivido en la Alta Edad Media, el que nos reflejan los diplomas, trasluce un derecho germánico mucho más puro que el recogido en los preceptos legales visigodos. Así, Valdeavellano, a través de los diplomas asturleonese que publica, va mostrando cómo durante aquel período histórico, en Castilla y León, se patentiza cada vez en ámbito más extenso el triunfo del germanismo, debilitado en la *Lex Visigothorum*, dibujándose en la familia española medieval los más puros caracteres germánicos.

Esta germanización de la legítima se muestra en estos diplomas asturleonese a través del estricto carácter de cuota *pro ánima* a que quedó reducido el quinto, a pesar de que en las Leyes *Si mulier a marito*, de Leovigildo, y *Dum inlicita*, de Chindasvinto, había sido completamente de libre disposición. También se denota por la existencia del *Wartrech* que en alguno se trasluce claramente (43).

Igualmente patentiza este fenómeno el hecho indudable de la desaparición de la mejora en los primeros siglos de nuestra Reconquista (44).

(38) *Agustin und der Seckteil*, págs. 9 y sigs., cita de VALDEAVELLANO.

(39) *La melioratio dei filii nell antico diritto creditario germanico*, en *Archivo jurídico*, año 1921, págs. 91 y sigs.

(40) *Sobre el íntimo parentesco entre el Derecho godo-hispánico y el noruego-islandico*. Versión española dada a la luz en Barcelona, en 1928, de su monografía publicada en 1897.

(41) *El elemento germánico en el Derecho español*, Madrid, 1915, pág. 18.

(42) *La cuota de libre disposición en el Derecho hereditario de León y Castilla en la Alta Edad Media*, en *Anuario de Historia del Derecho Español* tomo IX, año 1932, págs. 129 y sigs.

(43) De los diplomas que publicó VALDEAVELLANO, en su citado trabajo, el que contiene la donación *post obitum* y *pro remedium animae* que, en el año 803, hizo Fakilo de la quinta parte de sus bienes al monasterio de Santa María de Libarón, manifiesta con la mayor precisión el *Wartrecht* de los descendientes, con el propio Fakilo, que refiriéndose a la cuota que dispone *pro animae* habla de la «quinta portionem» que le correspondía «inter heredes meos vel nepotes».

(44) Ver MARTÍNEZ MARINA (op. cit., núm. 244, pág. 200) y UREÑA (*El Fo-*

En Castilla—según nos dice Menéndez Pidal (45)—refiere la tradición «que los castellanos, al afirmar su autonomía respecto a León, juntaron cuantas copias del Fuero Juzgo hallaron por Castilla y las quemaron en la glera de Burgos; rechazaron así la tradición legislativa romanovisigótica para atenerse a las costumbres», que «serían, en parte, supervivencia de las antiguas costumbres hispanas y germánicas, cohibidas por el romanizado Fuero Juzgo, y en parte serían resultado de la nueva sociedad que se desarrollaba en los siglos IX y X».

No es, pues, de extrañar que, más tarde, en los Fueros del siglo XII, se percibiese también el *Wartrech*, con mayor trascendencia, a través del carácter especial que, como apuntó Lacosle (46) y ha descrito Marín Monroy (47), se observa en la colación impuesta en el Fuero de Cuenca (48) y en su complemento—explícito en el Fuero de Zamora (49)—, de no poder los hijos vender ni enajenar, en vida de sus padres, los bienes adquiridos por donación de éstos.

Todo ello demuestra que durante este período nuestra legítima tuvo todos los caracteres de la reserva germánica más pura. Si había herederos forzosos, imperaba para los bienes patrimoniales (50) aquel principio germánico que, traducido, reza así: «*solus Deus potest facere heres*». El legitimario era necesariamente heredero—heredero legal—. Y la legítima abarcaba la totalidad de la herencia, de la que podían deducirse como mandas—es decir, únicamente a título singular—el quinto—primero sólo como *pars Christi* y después de nuevo libremente—y, una vez reaparecida la mejora, el tercio.

Pero, a partir de la publicación de las Partidas, estos principios germánicos empezaron a mezclarse con conceptos romanos, que fueron invadiendo el Derecho autóctono. Ello fué a consecuencia de que sus comentaristas estudiaban conjuntamente Derecho real y Derecho común. Entonces, con las reglas de la legítima

rum Turoli y el Forum Conche, en *Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales* número extraordinario de 1925, págs. 88 y sigs.), así como las demás citas que hace ROMERO VIEITEZ (op. cit., págs. 51 y sigs.).

(45) *La España del Cid*, Madrid, 1947, vol. I, págs. 93 y sigs.

(46) Op. cit., pág. 97.

(47) *La colación: historia y crítica de los problemas de valoración*, en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, tomo IV, págs. 169 a 173.

(48) Rúbrica 160. 225, pág. 279, de la edición crítica, con introducción, nota y apéndice de RAFAEL DE UREÑA (Madrid, 1935).

(49) «Fillo que padre o madre hobier, o abolo o abola, que hayan heredar de quanto le dieren en casamiento non hayan poder de vender, non de dar, non de enajenar sin so mandado, de toda cosa que le dier padre o madre, abolo o abola, o soglo o sogla, e quien de los comprar o engayar perdalo.»

(50) En cambio, de los adquiridos en el servicio del Rey o del señor podía disponerse libremente. Así la Ley 1.ª, Tit. V, Lib. IV, del Fuero Juzgo, en su apartado quinto, dice: «Más aquel que manda partir la tercia parte por dar meiorancia, o la quinta por dar a las eglesias o a otros logares, aquesta tercia y esta quinta deven ser departidas de las otras sus cosas que ganó de su sennor, e non dever ser mezcladas con ellas; ca daquello que él ganó del rey o de su sennor puede fazer lo que quisiere.»

tima, de raigambre germánica, se fueron barajando los preceptos romanos recibidos de las Siete Partidas reguladores de la preterición, de la querrela de testamento inoficioso y de la acción *ad supplementum* (51). Romanización que llega, incluso, por medio de la labor de artífice realizada por nuestros clásicos, a repercutir grandemente en la institución de la mejora. A ella aplican las doctrinas romanas del legado de parte alicuota y del prelegado, que a su vez son corregidas por las disposiciones de las Leyes de Toro referidas concretamente a las mejoras (52), y que luego los autores extienden en términos generales a aquellas figuras genéricas de legados. Influencia que acaba por llevar a los autores a la convicción de que se puede mejorar a título de herencia, embebiendo la mejora en la institución. Contradiéndose, así el principio germánico que imponía la distribución igualitaria de la herencia por estirpes entre los descendientes sólo atenuable mediante mandas y legados (53).

Esta labor, que configura una materia inicialmente germánica con moldes y afecciones romanos, podría explicarnos por qué en una misma obra y en la misma página, en el «Febrero c librería

(51) Incluso vemos que el príncipe de los juristas clásicos castellanos, ANTONIO GÓMEZ, en sus *Variae resolutiones iuris civilis communis et regii*, se ocupa de las legítimas en el capítulo XI de su tomo I, con el título *De successione contra testamentum* (págs. 133 y sigs. de la edición Lugduni de 1701), como de una excepción que evita los efectos de nulidad de la institución producida por la preterición o la desheredación injusta.

(52) De estas recíprocas interferencias nos ocupamos en nuestra citada conferencia *La mejora tácita*... V-3 y 4; y más adelante, también en el presente trabajo, tendremos que insistir sobre algunas de las cuestiones relacionadas con ella.

(53) Nos lo prueba, que ya se consideró posible, por lo menos en el siglo XVI, un texto de ANTONIO GÓMEZ (*Ad Legis Tauri Comentarium*, Antwerpae, 1624, Ley 23, núm. 4, pág. 170 de dicha edición). Este comentarista, que se ocupa de la mejora presuponiéndole carácter de legado, al tratar de la eficacia de la misma en caso de ruptura del testamento por preterición, parece en cambio que separa la mejora hecha como legado de la otorgada a título de herencia. Planteada la cuestión en esta forma: «si pater vel mater instituit aliquos filios haeredes, et unum praeteriuit vel exheredavit, et altero in tertio et quinto bonorum melioravit per viam legati vel fideicomissi, dicendo meliorem talem filium meum tertio et quinto bonorum meorum, vel lego filio meo tertium et quintum bonorum...» (términos éstos, «mejoro» y «lego» que, como se ve, hace equivalentes); líneas después, luego de dar su dictamen a tal cuestión, observa: «eo quod non fuit relicta melioratio per viam institutionis, sed per viam legati et fideicomissi». Es decir, que implícitamente reconoce la posibilidad de mejorar por vía de institución, al insinuar que en este supuesto la regla podría ser distinta, y, por tanto, tal vez no valdría la mejora en caso de ruptura, por preterición o desheredación injusta de un testamento carente de cláusula codicilar.

Más modernamente, vemos a ESCRICHE (*Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia*, 3.^a ed., Madrid, 1847, tomo II, pág. 572, ap. XXI, núm. 4.º, de la voz «Mejora») admitir con toda claridad la posibilidad de mejorar a título de herencia. Pues al enumerar los supuestos de mejora tácita, incluye entre ellos el caso en que un padre nombra a todos sus hijos herederos universales suyos, pero dejando a alguno menor parte de la herencia de lo que le correspondería por sus legítimas.

de Jueces, Abogados y Escribanos» (54), se pueda leer la afirmación, interpolada por García Goyena, de que la legítima es parte *debita jure naturali, debito naturali* (concepto puramente romano) y que «la otorga la ley independientemente de la voluntad del testador» (concepto que, «prima facies», parece corresponder al germánico de la reserva). Y, justificar que Escriche, en su Diccionario (55), diga de la legítima que es: «La parte de herencia que se debe por disposición de la Ley a los herederos forzosos» (versión justiniana); «o bien una porción que la Ley confiere a ciertos herederos presuntivos» (versión germánica, al parecer, aunque, como veremos, explicable igualmente con ideas romanobizantinas).

Pero no es así. La concepción germánica, tal vez latente en las costumbres, no era realmente la que se quería reflejar con las expresiones de que «la otorga la ley» o «que la ley confiere». Basta ver cuál es el origen de las mismas para comprobarlo. En el «Febrero reformado y anotado», de José Marcos Gutiérrez (56), se cita la ley 17, tít. I, de la Partida sexta, como fundamento de la afirmación que transcribimos: «es de Derecho positivo o escrito la asignación de la cuota o cantidad que con este título o nombre deben percibir, y se llama *legítima* porque la concede y señala la Ley».

Ciertamente, la referida ley de las Partidas asegura: «e por eso llamada esta parte legítima: porque la otorga la ley a los hijos», no obstante partir del concepto romano de las legítimas que regula a tenor de las disposiciones justinianas. Párrafos antes se puede leer en la misma Ley: «E a esta parte legítima dicen en latín, parte debita jure naturae.» Concepción romana que resplandece también en la glosa, a las palabras «que deuen auer», de Gregorio López, cuando expresa «si pater *reliquit* filius titulo institutionis *legitimam eis debitam*». Es el padre el que *deja* la legítima *debita* a los hijos: no hay delación legitimaria legal. *La ley la otorga o confiere indirectamente a través del deber impuesto al testador o directamente, abintestato*. Claramente aparece esta doctrina en la ley 1.ª del título VIII de la propia Partida: «E: fijo o el nieto del testador, o alguno de los otros que descenden del

(54) Edición revisada por GARCÍA GOYENA y corregida y aumentada por AGUIRRE y MONTALBÁN, Madrid, 1852, tomo I, pág. 356.

(55) Op. cit., tomo II, págs. 488 y 489.

(56) Parte II, lib. II, cap. II, párr. 1.º (3.ª ed., Madrid, 1806, tomo IV, página 2). Se lee: «Es de derecho positivo o escrito la asignación de la cuota o cantidad que con este título o nombre deben percibir y se llama *legítima*, porque la concede y señala la Ley.» La palabra *concede* debe interpretarse, para juzgar la expresión de FEBRERO, a tenor de la Ley 17. Tít. I, Part. 6, que el mismo cita en nota que coloca a continuación de la frase transcrita y que dice en parecidos términos: «e por eso llamada esta parte legítima; porque la otorga la ley a los hijos». Y esta Ley, que opera sobre el concepto legitimario justiniano, también expresa que «a esta parte legítima dicen en latín, parte debita jure naturae». La concepción romana resplandece también en la glosa 10 de GREGORIO LÓPEZ a esta Ley, cuando expresa: «si pater *reliquit* filiis titulo institutionis *legitimam eis debitam*».

por la línea derecha, que oriesse derecho de heredarle si muriesse sin testamento; si lo oriesse desheredado a muerto, e sin razón, puede fazer querrela delante el juez: para quebrantar el testamento en que lo oriesse desheredado.»

No se arguya la cuestión de si tuvieron vigencia efectiva las Siete Partidas. Porque lo que resulta indudable es que los autores —tal vez por la falta de elaboración científica de la legítima germánica— explicaron esta institución de la legítima sobre la base de los textos del *Corpus Iuris* y de las Partidas, como lo demuestran as numerosísimas citas continuamente referidas a estos cuerpos legales. La construcción de nuestros clásicos guardó las proporciones góticas, pero se realizó con materiales romanos. El Derecho germánico, evolutivamente atenuado, fué el regulador de la medida. El Derecho romano, en su fase justiniana, explicó su naturaleza. Baste recordar al efecto cómo Antonio Gómez, en sus *Variae* (57), se ocupa de la legítima en el capítulo que titula «De Successione contra testamentum» (es decir, de la *successio contra tabulas*, según la terminología romana), que dedica a tratar sucesivamente de la preterición, la desheredación, la *querela inofficiosi testamenti*, la legítima, como excepción oponible a esta última, y de la *actio ad supplementum*.

No obstante, en vista de lo que dice un práctico como el citado Febrero (58), podría argumentarse que aún después de varias generaciones de comentaristas del Derecho común, perduró largo tiempo, como creencia subconsciente, vivida en las costumbres, la idea totalmente germánica de que «con los hijos ni con los demás descendientes legítimos ningún extraño ha de ser instituido heredero, y si lo fuese, la institución será invalidada e ineficaz en cuanto a él» (59). Afirmación ante la cual, José Marcos Gutiérrez, en la edición «Febrero reformado», en una nota al pie de la misma página observa que: «No parece hay razón para que deje de valer la institución de un extraño hecha juntamente con la de los descendientes legítimos, siempre que no sea en perjuicio de las legi-

(57) *Variae Resolutiones Juris Civilis Communis et Regii*, cap. XI, pág. 133 de la edición Lugduni 1701.

(58) Ver *Febrero reformado y anotado*, de JOSÉ MARCOS Y GUTIÉRREZ, 3.ª ed., tomo I, cap. I, párr. 2.º, núm. 48, Madrid, 1805, págs. 31 y sigs.

(59) FEBRERO llega más lejos aún (págs. 48 y sigs., núm. 68), diciendo: «Están persuadidos algunos Escribanos de que el legatario del tercio, aunque sea extraño, es heredero del descendiente igualmente que su ascendiente, pues ordenan la cláusula de institución nombrando a ambos por sus herederos en su respectivo haber baxo un mismo concepto y expresión en esta forma: «Instituyo por mis herederos a Pedro, mi padre, en las dos terceras partes, y a Juan, mi criado, en la otra tercera de todos mis bienes, para que los hayan y hereden, etc.» Pero deben saber que es error clásico no sólo hacer la institución en estos términos, sino llamarle heredero: lo primero, porque con los ascendientes legítimos ningún extraño puede ser instituido heredero (error de FEBRERO, que vuelve a subrayar JOSÉ MARCOS GUTIÉRREZ); y lo segundo, porque si el ascendiente repudiara la herencia, la percibiría íntegra por derecho de acrecer el extraño como heredero particular, lo que no sucede, pues pasa precisamente a los herederos ab intestato del descendiente» (cosa que hoy dependerá del modo como se llame al extraño, arts. 982 y 983).

timas de éstos.» A lo que García Goyena añadió (60): «Según la ley Primera (más exactamente según la ley quinta), Título Octavo, Partida Sexta, *la legítima ha de dejarse a título de heredero, no de legatario, y haciéndolo así, el padre puede instituir a un extraño por heredero del resto de sus bienes* o disponer de ellos en otra cualquier manera. He aquí, pues, una Ley expresa y contraria a lo que dice Febrero, por lo que extrañamos que su reformador no haga mérito de ella».

Por otra parte, las citas hechas por Febrero en apoyo de su tesis, estaban muy lejos de probarla (61). Al contrario, ningún autor de clásico castellano anterior a Febrero de los que a lo largo de este trabajo citamos, señala esta pretendida incapacidad relativa. Precisamente los textos de Gregorio López (gl. 7, versículo *Sed est pu. chrum dubium*, a la ley 7, T. VIII, Partida 6.^a), Palacios Rubios (gls. VI. y ss. a la Ley XXIV de Toro), Antonio Gómez (gl. 3 a la misma ley) y Alfonso de Acevedo (gls. 152 y 153 ley 1, T. V., y núm. 3 ley 8, T. VI, del Libro V de la Nueva Recopilación), de que después nos ocuparemos, presuponen la posibilidad de poderse deferir a un extraño el quinto a título de herencia, aunque el causante tuviere hijos, con tal de que a éstos se les deje su legítima igualmente a título de institución.

Ahora bien, aparte de la diferencia de poderse o no instituir a extraños habiendo hijos, es de observar que no sólo a través de los principios de la reserva germánica, sino también por la versión justiniana, la legítima romana de la Novena CXV, recogida

(60) Op. y vol. cit. del Febrero de GARCÍA GOYENA, pág. 356.

(61) La Ley 7, Tit. I, Part. sexta, contempla los casos del testamento y la partición *inter liberos*, en cuyos supuestos ciertamente, según dispone «si en tal testamento como este fuese ayuntada otra persona extraña, que heredasse el padre en uno con los hijos, que en cuanto atañe a la persona del extraño, non valdría el testamento». Supuesto singular que concuerda con el Derecho Romano (ley ult. *Cod. famil. ercisc.*, y ley 21, § 1.º, *Cod. de testam.*) y en el que, además, como glosa GREGORIO LÓPEZ (gl. 5 a esta ley), la palabra «heredasse» debe entenderse latamente comprendiendo igual lo dispuesto por vía de legado como por institución.

La Ley 17 del mismo título, que trata de «cómo los que entraren en Religión non pueden facer testamento», ningún apoyo puede ofrecer a la opinión de FEBRERO. Inclusive es de notar que GREGORIO LÓPEZ, en su glosa a las palabras «deven aver» de esta Ley, llega a plantear: «y si el padre dejó a los hijos a título de institución la legítima que les pertenece, habiendo instituido en lo restante a un extraño, importando cincuenta los bienes del padre al tiempo de la muerte, de los que correspondían cuarenta a los hijos por su legítima; habiéndose aumentado después los bienes hasta ciento, aprovechará este aumento a los hijos, de modo que les competan ochenta por razón de dicha legítima, o bien lo adquirirá el heredero extraño?». Recogiendo la opinión de PABLO DE CASTRO, que atribuye el aumento al heredero extraño, sin perjuicio de que compete al hijo la acción de suplemento.

Y la Ley 1.ª del Tit. VI, Lib. III, del Fuero Real, se limita a ordenar que: «Todo home que uvriere fijos o nietos o dende ayuso de mujer de bendición: non puedan heredar con ellos otros algunos que aya de barragana mas del quinto de su haver mueble: o de reyz: pueda les dar lo que quisiere...» Incapacidad relativa de los hijos naturales, que no hay base para extender a otras personas. Ni lo hace ALONSO DÍAZ DE MONTALVO al glosar esta Ley (ed. glosada de Salamanca, 1560, fols. 131 vto. y 132).

por las Partidas, el descendiente legitimario debía ser siempre heredero. La Ley 5.ª, título VIII, Partida Sexta, especificaba que en caso de haberse dejado al hijo menos de su legítima, pero a título de heredero, éste sólo podrá pedir el complemento de ella; y si se le deja a título de legatario podrá quebrantar el testamento en cuanto a la institución (62).

(62) Después de suprimirse la necesidad de la institución de heredero para la validez de los testamentos, por la Ley 1.ª, Título XIX, del Ordenamiento de Alcalá, que pasó a ser la Ley 1.ª del Título IV, Libro V, de la Nueva Recopilación y del Título XVIII, Libro X, de la Novísima, se planteó si esta disposición habría abrogado la necesidad de deferir la legítima a título de herencia, bastando que se dejase por cualquier título.

a) La primera opinión la inició RODRIGO SUÁREZ (*Opera Omnia*, Duaci, 1614, «XIII», Repetitio 1. Quoniam C. de offic. testam., in prioribus Ampliatio prima, núm. 8, ap. final, pág. 378), quien hablando de «si statutum permetteret quod sufficeret relinquere filiis legitimam quoquo relicto titulo», afirma «quod tene mente ad quamdam lex huius regni que est in Ordinatione de Alcalá, título de los testamentos: quae disponit l.odie valere testamentum, et in ea relicta dato, quod deficiat haeredis institutio». Fue seguida por ANTONIO DE PADILLA, FERNANDO VÁZQUEZ DE MENCHACA, MENESSES, JUAN GUTIÉRREZ, etcétera. Según este último autor citado (*Opera Omnia Civilia, Canonica et Criminalia, Colloniae Allobrogum*, 1731, tomo I, *Practicarum. Quaestionum Civilium super Quinque prioribus Libris Primae Partis Legum Novae Collectionis Regiae Hispaniae*, Lib. II, Quaest. XXXIV, núm. 2, págs. 41 y sigs.), «hodie attentata hac nostra lege sufficiat relinquere filio legitimam quocumque relicti titulo ut testamentum impugnari nequeat, sed potius sustineatur, licet ipse filius possit petere supplementum legitimae». Porque dicha ley, «generaliter in omnibus testamentis loquitur, tam parentum quam aliorum, ut patet in principio ejusdem, ibi, si alguno etc. Ergo in omnibus intelligi debet, quae expresse tollit obligationem heredis instituendi, imo eo non instituto decidit valere testamentum, quod ad legata, et caetera, in eo contenta: Ergo si huismodi testamento, in quo filius non instituitur heres in sua legitima, eidem relinquatur legatum vel fideicommissum aliquod, valuit testamentum per hanc legem, et filius poterit petere supplementum legitimae».

b) La contraria opinión la defendieron CASTILLO DE SOTOMAYOR, DIEGO DE CALATAYUD, JUAN DE ROJAS y otros. El Doctor LUIS DE MOLINA (*De Primogeniorum Hispanorum Origine ac Natura*, Lugduni, 1794, lib. II, cap. XIV, núm. 18, p. 406) expuso así los argumentos de esta tesis: Nec obstat dicta lex ordinamenti quam decisum est, valere testamentum absque haeredis institutione. Ea nam que lex nec tacite, nec expresse jura dicentia legitimam titulo institutionis relinquendam esse, corrigere videtur, siquidem diversum est dicere, quod testamentum absque haeredis institutionis relinquenda non sit. Potest namque esse, quod intestamento extraneus haeres instituat, et filio legitima titulo legati, vel fideicommissi relinquatur. Et sic jam non dubitandum esse, utrum testamentum valeat absque haeredis institutione, cum in eo haeres institutus, sit; sed utrum praesupposita validitate testamenti, sufficiat legitimam titulo legati, seu fideicommissi relinquere, illa lege decisum non est. Cum igitur haec duo diversa, ac separata sint, constat non posse fieri de uno ad aliud bonam illationem, praecipue ad legum correctionem, quae expresse, ac praecise facienda est, nec ex tactis, ac subauditis intellectibus, juxta jure vulgaria, deduci debet. Añadiendo (núm. 19) las razones que justificaban que la legítima debiese deferirse a título de herencia, para explicar el mantenimiento y no derogación de esta doctrina.

No obstante, el mismo MOLINA (núm. 20) observó que en caso de creación de mayorazgo, los derechos alimenticios de los demás hijos podían dejarse por cualquier título. Salvo precisamente por herencia si se constituyó el mayorazgo en codicilo, donación inter vivos o mortis causa.

c) JUAN YÁÑEZ PARLADORIO (*Opera Juridica, Colloniae Allobrogum* 1.761,

En el artículo 645 del Proyecto de Código civil de 1851, se intentó decididamente dar otro paso en la evolución de la legítima en Derecho de Castilla, aproximándola un tanto a la legítima teodósiana, al decir literalmente: «El heredero forzoso a quien el testamento dejase por cualquier título menos de la legítima, sólo podrá pedir el complemento de ésta».

Quotidianorum Differentiarum Iesquiescenturia, Diff. CXLVIII, núms. 28 y 29, págs. 390 y ss.) distinguió los dos siguientes supuestos:

1.º *Si el testador no instituyó heredero ni a los hijos ni a ninguna otra persona, sino que distribuyó toda su fortuna en legados y fideicomisos*. En cuyo supuesto resolvió que el hijo debía haber su legítima íntegra, pero sin que pudiese rescindir el testamento de su padre por causa de preterición.

COVARRUBIAS (*Opera omnia*, Antuerpiae 1.614, t. I, *De testamentis*, cap. Raynutius XVI, § 1.º, *De haered. instit.*, núm. 3, pág. 67) parece reducir este supuesto al testamento del padre «inter liberos conditum», «quidem casu non tenetur quen quam eorum titulo institutionis honorare»—«ratio illa, quod pater testamentum faciens inter liberos non tenetur servare superstitiosum rigore iuris civilis»—«ergo non tenetur pater eos instituere haeredes, imo satis erit, legitimam portionem unicuique eorum relinquere».

2.º *Si el testador, sin instituir ni desheredar a algún hijo, instituyó herederos a otros*, «et tunc lex illa Regia cessat, ut quae loquatur, cuando nullus haeres institutus fuit». Por lo que considera que el testamento es irritó en cuanto a la institución y permanece firme en lo demás.

Coincidiendo COVARRUBIAS (loc. y pág. cit., núm. 6) en que «lex illa non permittit ex filius unum institui, alterum vero exhaereditari aut alio ignobili titulo legitimam portionem eidem relinqui». Aunque, como luego veremos, con la cláusula «valeat meliori modo quo posit»—«Haec vero clausula apposita censetur in testamentum inter liberos» (núm. 4)—entiende que «legatum filio relictum ad institutionis titulum refertur» (núm. 8).

Dejando de ese modo restringido el problema y reducida su solución negativa al supuesto de ser un extraño el instituido, cuando la legítima de algún descendiente fué dejada a título de legado.

Explicó PARLADORIO que: «Diversitatis illa ratio est, quia in priore specie nihil aut parum injuriae fit filio, nullo, haerede instituto: in altera specie magna filio fit injuria quandoquidem, eo spreto, alius instituitur haeres».

Notemos, no obstante, que esta solución, que tan claramente expuso PARLADORIO, no fué creación suya, sino que simplemente sistematiza lo que ya resulta de otros autores anteriores, como COVARRUBIAS, con ciertas variantes, según hemos visto, y MATIENZO, en su glosa 10 a la Ley 1, tit. IV, lib. V (*Comentarios*, Mantuae Carpentanae 1.597, págs. 71 y s.). Así, este autor, en el núm. 66 (pág. 82) afirmó: «hoc in regno legitimam relinqui posse quoquo relicti titulo, nec corrueat testamentum, ei eo quod titulo institutionis non reliquetur... Et in regia cancellaria Pinciana hoc semper vidi practicari, ut filius cui aliquid quoquo titulo fuit relictam non impugnet testamentum legitimae... et licet non agat ad supplementum, vide regios senatores, ita pronuntiare, ut sibi legitima suppleatur». Pero esto debe entenderse en los términos que expresa en el núm. 56 (pág. 81): «Et certa si testator nullum fecit haereditem, necesse non est de legitima tractare, cum per legem istam filii, vel alii haeredes legitimi succedant in omnibus bonis cum onere praestandi legatis et omnia alia in testamento relicta». Lo que claramente confirma en el núm. 57, donde planteando el supuesto de que el testador instituyese herederos a varios de sus hijos y a otro asignare su legítima en cosa cierta, excepto si a título de institución («citra titulum institutionis») «iniuria ei facere videtur perinde ac si extraneos instituir sed quare testamentum erit nullum quod institutionem et omnes filii aequaliter succedant». Explicando que, en este caso, no rige la citada Ley regia «quia solum loquitur in casu, in quo nullus haeres fuit institutus, aut cum instituti repudiaverunt haereditatem».

García Goyena (63), observó la modificación que introducía esta norma: «Por Derecho romano y Patrio, para que tuviere lugar la disposición de este artículo, era preciso que lo dejado fuera por título de heredero; faltando éste, el testamento era nulo, aunque se dejase íntegra la legítima, ley 30, título 28, libro 3 del Código, Novela CXV, capítulo 5.º, ley 5, título 8, Partida 6: *se atendía más al honor del título que a la realidad de la cosa o al valor de lo dejado*» (64).

El vigente Código civil, recoge la innovación del Proyecto de 1851. Sus términos son en sustancia coincidentes: *El heredero forzoso a quien el testador haya dejado por cualquier título menos de la legítima que le corresponda, podrá pedir el complemento de la misma*. Solamente cambia los términos *dejase* por *haya dejado* y *ésta* por *la misma*; se interpola, después de la palabra «legítima» el inciso *que le corresponda* y se suprime el adverbio *solo*, que el Proyecto colocaba delante de «podrá pedir». No varía, pues, el sentido del precepto, cuya significación nos explicó García Goyena en los términos antes transcritos. Creemos que éstos, por sí solos, bastarían para privar totalmente de base a la construcción defendida por Ortega Pardo (65).

Y tal como García Goyena explicó el art. 645 del Proyecto de 1851, la generalidad de nuestra doctrina, anterior a la actual polémica ha entendido el art. 815 del Código civil.

Así dice Manresa (66) que: «Podría discutirse en el art. 814 si era o no necesario que se reconociese el derecho del heredero como tal heredero, pero el art. 815 desvanece esta duda.»

Falcón (67) explica que: «Cabe un término medio entre la institución de los herederos legítimos y su preterición por el testador: cabe que el testador les deje por vía de legado, donación u otro título legal, una parte de la legítima sin completarla.»

Nicolás López R. Gómez (68), alguna de cuyas frases también

(63) *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, tomo II, Madrid, 1852, pág. 90.

(64) Nota a continuación GARCÍA GOYENA cómo se vuelve al pristino concepto de la preterición, oscurecida a partir de la Novela CXV, al explicar que: «en caso de preterición puede presumirse ignorancia o falta de memoria del testador; en este artículo, no; deben, pues, ser diversos los efectos y de mayor trascendencia en el primero que en el segundo caso».

(65) También GÓMEZ MORÁN (locs. cit., págs. 665 y 335, respectiv.) llama la atención sobre el hecho de que el art. 815 es «interpretado en la intención del legislador por GARCÍA GOYENA al discutirse el 645 del Código civil de 1851, del cual es el otro trasunto».

(66) *Comentarios al Código civil español*, t. VI (6.ª ed., Madrid, 1932), página 349. En la pág. 356 in fine, y principio de la 357, refiriéndose al criterio de las Partidas, Código de Justiniano y Novela CXV, recuerda que: «El artículo 645 del Proyecto de Código de 1851 innovó esta doctrina, que, como dice GARCÍA GOYENA, atendía más al honor del título que a la realidad de la cosa, y copia de ese artículo es el 815 que nos ocupa».

(67) *Exposición doctrinal del Derecho civil común y foral*, Barcelona, 1807, t. III, pág. 238.

(68) *Tratado teórico-legal del derecho de sucesión* (3.ª edic., Madrid, 1916), t. I, págs. 524 y 525.

podrían ser utilizadas en parte para defender la tesis contraria (69), concluye claramente que «el heredero al que por *cualquier título* (subraya él), como el de *legado* (subrayamos nosotros), se le deje menos de su legítima, podrá pedir el complemento de la misma...»

Sánchez Román (70), después de indicar que en el Derecho vigente antes del Código civil, sólo cuando el legitimario «era instituido heredero en parte o cantidad inferior a lo que le correspondiera por legítima, era cuando bastaba el ejercicio de la acción *ad supplementum* para completarla», observa que: «El art. 815 se aparta de este criterio estricto y se ajusta a la única necesidad que lo inspira, cual es el de que *se complete* la legítima del heredero forzoso, a quien *por cualquier título* se haya dejado *menos* de lo que le corresponda».

Mucius Scaevola (71) indica que, el Código civil «atento a lo principal, a que el heredero forzoso perciba a la muerte de su causante la porción que le corresponda por legítima, prescinde de la modalidad de la disposición y le computa a cuenta de la legítima lo que haya dejado el testador *por cualquier título*; esto es, lo mismo por herencia que por legado, manda o donación».

Clemente de Diego (72) señala que en el Código civil español, «mirando los arts. 806, 813 y 814 parece que la legítima es *pars hereditatis*», pero atendiendo a las legítimas del cónyuge viudo y de los hijos naturales, así como «lo dispuesto acerca del suplemento de legítima», «parece orientarse la legislación hacia la legítima *pars boncrum* o *simple derecho de crédito*».

Castán (73) se expresa de forma semejante y reconoce que «el criterio del Código civil no es absoluto», citando como prueba lo que disponen los arts. 838, 840 párrafo 2.º, 815, 1.062 y 1.056 párrafo segundo.

Y De Buen (74) explica que: «Al decir el art. 815 del Código

(69) Así, indica que esta disposición «modifica completamente el derecho romano consignado en las Partidas, que concedía al heredero el derecho de reclamar la nulidad de la institución y el testamento... que «iniciado por el Ordenamiento de Alcalá un cambio completo de toda esta materia, el Código ha tenido que seguir la misma corriente separándose de los formulismos que tan trascendentales consecuencias producen».

(70) *Estudios de Derecho civil*, t. VI, vol. 2.º (2.ª edic., Madrid, 1910), página 937. Refiriéndose al Derecho común anterior al Código civil indica que «se atendía no sólo a la diferencia de lo que se hubiere dejado por otro título que no fuera el de heredero, sino al honor de que se le privaba, no dándole este carácter».

(71) *Código civil, comentado y concordado extensamente*, t. XVI (6.ª edición, Madrid, 1944), pág. 430.

(72) *Instituciones de Derecho civil*, t. III (Madrid, 1932), págs. 225 in fine y 226.

(73) *Derecho civil español, común y foral*, Madrid, 1939. T. I, vol. 2.º, página 270.

(74) Notas al *Curso elemental de Derecho civil*, de A. COLÍN y H. CAPITANT, t. VIII (Madrid, 1928), pág. 342. «La acción complementaria—añade—procederá, por tanto, aunque al legitimario no se le instituya heredero y si sólo se le deja, a título de legado, una cosa o cantidad fija, cuyo valor sea inferior a lo que la Ley le concede».

civil *por cualquier título*, quiere, sin duda, decir *por título de herencia o por título de legado* (subraya De Buen) (75).

A nuestro juicio, todos estos datos confirman cuánta razón tiene Porpeta (76) al señalar el profundo contraste entre el sistema legitimario franco-italiano y el español, que «acusa en nuestro ordenamiento jurídico un elevado coeficiente de romanización que sus modelos no alcanzan. Amplitud romana (pretoriana) para modelar el título adquisitivo como herencia o como legado, eligiendo entre dos especies indistintamente viables; potestad, también muy romana, de excluir al legitimario por motivos graves, aunque no sean suficientes para declararle indigno (véase la ampliación que nuestro art. 756 experimenta en el 853 y siguientes); concepto rígido de la preterición como un eco de los antiguos requisitos sacramentales del testamento».

El Código civil, en su nuevo avance hacia la romanización del sistema sucesorio, ha ido, en su art. 815, más allá de la meta del Derecho justiniano, al no detenerse en el Corpus Iuris, sino en el Derecho romano clásico, en cuanto se refiere a la posibilidad del testador de modelar como legado la atribución legitimaria.

El centro de gravedad de la herencia ya no reside en la parte legítima, aunque tampoco haya pasado a la porción libre. O queda armónicamente situado entre las tres partes en que—hipotéticamente—se divide la herencia. O bien el testador, rompiendo ese equilibrio inicial, puede centrarlo a su elección en cualquiera de dichas porciones—sea en una, sea en dos, o también en una o dos y parte de otra u otras—. Incluso cuantitativamente se refleja esta equivalencia, puesta de relieve en la fórmula propuesta por la Comisión Codificadora: «El caudal del padre se considerará dividido en tres partes iguales, constituyendo una la legítima de los hijos, disponiendo aquél de otra a su albedrío, y destinando el tercio restante a la institución de las mejoras (77).

§ 3.º VALOR EN EL CÓDIGO CIVIL DE LA EXPRESIÓN «HEREDEROS FORZOSOS»

Dejamos expuestos los antecedentes históricos y legislativos del artículo 815, y su interpretación por la doctrina durante el medio siglo inmediato siguiente a la promulgación del Código civil. Y, especialmente, el criterio del forjador de esta norma, García Goyena, que parece confirmar la posibilidad de que la le-

(75) Ver también el trabajo de PÉREZ ARDA, *Preterición testamentaria parcial*, en *Rev. Gral. de Leg. y Jur.*, t. CXXII, 2.º semestre 1913, págs. 250 y siguientes.

(76) Loc. cit., pág. 198.

(77) Ver ALONSO MARTÍNEZ, *El Código civil en sus relaciones con las legislaciones forales* (2.ª edic., Madrid, Plus Ultra), pág. 146.

gítima pueda dejarse a título de legado. Ahora vamos a ensayar el modo de armonizar los discutidos artículos 806 y 815 del Código civil, examinando separadamente las principales cuestiones debatidas por los sustentadores de las teorías que nos hemos permitido clasificar al comienzo de este trabajo.

Empezaremos por examinar el valor que hay que darle a la expresión herederos forzosos, que reiteradamente utiliza el Código civil, entre otros, en los artículos 763, 806, 807, 813, 814, 815, 816, 817, 821, 825; 857, 863, 1.035 y 1.056. Sobre este tema, anteriormente, hemos expuesto el valor que según Roca Sastre, Virgili Sorribes, González Palomino y Puig Brutáu, tienen estas dos palabras enlazadas, cuando el Código civil las emplea referidas a los legitimarios.

Pero a Ortega Pardo (78) esas razones le parecen «tan cómodas de invocar como poco convincentes». Y aunque juzga que caben dentro de lo posible, le parece mucha imperfección terminológica, «dado el fin de casos en que en la ley se habla de herederos forzosos».

Nosotros insistimos en la inexactitud de dicha expresión, que pensamos se mantiene en el Código civil como una supervivencia histórica de un concepto superado. La demostración de esta afirmación nuestra, deberá brotar como una consecuencia de la tesis que trataremos de sostener en este estudio, si es que salimos airoso de nuestro empeño. De momento, sólo anticiparemos dos observaciones con el fin de tantear el valor que puede darse a la reiteración con que el Código civil usa esos indicados términos.

a) El Código civil, en el artículo 807, señala como herederos forzosos—enumerándolos a continuación de los hijos y descendientes legítimos y de los padres y ascendientes legítimos—«al viudo o viuda, a los hijos naturales legalmente reconocidos y al padre o madre de éstos» (79). Y no obstante cualquiera que sea la calificación que merezca la naturaleza de los derechos legitimarios de descendientes y de ascendientes, no cabe duda que la denominación de «herederos forzosos» no resulta siempre exacta, aplicada al cónyuge viudo o a los hijos naturales.

2) En efecto, el viudo no puede ser considerado heredero (80).

(78) *Heredero testamentario y heredero forzoso*, loc. cit., pág. 336.

(79) La Sentencia de 16 de noviembre de 1929 ha afirmado que el Código civil ha sido profundamente innovador en la materia sucesoria y muy especialmente en lo referente a los herederos forzosos en la testamentaria, y en prueba de ello en el art. 807 declara que tienen este carácter, también, el viudo y viuda y los hijos naturales legalmente reconocidos, y el padre y madre de éstos.

(80) Han sostenido que el cónyuge viudo tiene en nuestro Derecho cualidad legal de heredero y que con este título se le otorgan los derechos que le reconoce el Código civil, entre otros: JUAN ALVARADO (*Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, t. LXXVIII, primer semestre del año 1801, páginas 174 a 177); SÁNCHEZ ROMÁN (op. cit., t. VI, vol. 2.º, págs. 810 y 811); VALVERDE (*Tratado de Derecho civil español*, t. V, Valladolid, 1930, págs. 246 y 27), y BONET (*Derecho civil común y foral*, t. II, Madrid, 1940, pág. 514).
Los principales argumentos, en que se apoyan estos autores, podemos agru

Hasta para negarle tal cualidad el hecho de que el Código civil le atribuye en usufructo su cuota legitimaria.

Herencia y usufructo son términos incompatibles. El usufructuario o no es heredero, o, si lo es, no es un verdadero usufructuario, sino un fiduciario (81). Designado, por la ley o testamen-

parios en dos tipos: legales y jurisprudenciales. Los primeros se concretan: al artículo 807, que clasifica al cónyuge viudo entre los herederos forzosos; al 814, que señala los efectos de su preterición, y al 855, que establece las causas de desheredación del cónyuge, «cosa que—según SÁNCHEZ ROMÁN—no puede hacerse ni con el acreedor ni con el legatario, ni, en suma, con quien no sea heredero forzoso». Los argumentos jurisprudenciales se apoyan en las Sentencias de 8 de febrero de 1892 y 26 de marzo de 1940, que declaran que el cónyuge viudo es un coheredero como los otros, al que no puede negársele el derecho a intervenir en la partición de su prematuro cónyuge.

Contra el alegato de que al viudo puede satisfacerse su legítima en metálico ha opuesto ALVARADO, a quien en este punto sigue SÁNCHEZ ROMÁN, la declaración del párrafo segundo del art. 838 del Código civil, que, refiriéndose al pago en metálico de la legítima del viudo, autorizado en el primer párrafo del mismo precepto, dispone que, mientras no se realice, «estarán afectos todos los bienes de la herencia al pago de la parte de usufructo que corresponda al cónyuge viudo». También invoca el testimonio de CIMBALI—referido al art. 819 del Código civil italiano de 1865 y del cual es reproducción nuestro 838—cuando afirma que «esa facultad no cambia en lo más mínimo la naturaleza jurídica del derecho que compete al viudo; porque en ese caso sucede lo que en caso de que el heredero enajene a un extraño su partida de herencia después de abierta la sucesión; el extraño adquirirá los bienes que constituyan la porción hereditaria, pero el enajenante conservará la cualidad de heredero». Así como la opinión de PISANNELLI, expresiva de que la *facultas solutiois* concedida en él a los herederos «es una verdadera expropiación en interés de la familia».

Por el contrario, entre las que han negado que el viudo tenga por razón de su cuota legal la cualidad de heredero, cabe citar, comenzando por ALFONSO ZAVALA (*Boletín Jurídico Administrativo*), a TRAVIESAS (*Sobre el derecho hereditario; La cuota viudal y la sucesión moris causa*, en *Rev. Priv.*, vol. VIII, enero 1921, págs. 6 y sigs.); CLEMENTE DE DIEGO (op. y vol. cit., pág. 226); DE BUEN (Notas al citado *Curso elemental...*, de COLIN y CAPITANT, t. VIII, página 329); CASTÁN (op. y vol. cit., págs. 334 y 335), y PORPETA (loc. cit., páginas 193 y sigs.).

Los argumentos ofensivos de esta tesis son:

- a) La institución en el usufructo no es, dentro de la técnica de nuestra legislación civil, institución de heredero.
- b) El viudo no responde de las deudas hereditarias, aunque afecten a la cuantía de su cuota.
- c) Su preterición no anula la institución de herederos (art. 814, párr. 2.º, Código civil).
- d) De los términos del artículo 838 C. c. resulta la oposición entre los conceptos «heredero» y «cónyuge», y del mismo precepto dimana que el derecho del viudo, más que a una porción de bienes hereditarios, queda circunscrito a una cantidad de dinero que se determina en función del caudal reducido a una cantidad numérica.

Los argumentos defensivos se concretan a considerar que tanto el Código civil, en los artículos 807 y 855, entre otros, como el Tribunal Supremo en las sentencias que se citan, emplean la palabra heredero «en un sentido muy general y que la aplicación al viudo de algunos derechos y prohibiciones dispuestos para los herederos puede fundarse en razones distintas a su consideración como heredero».

(81) Ver las lecturas 4.ª, 5.ª y 6.ª de los *Principios del Dret Successori* de MARRÍ MIRALLES, Barcelona, 1925, págs. 145 a 247.

tariamente, como heredero en usufructo, es un *heres ex re certa* (82), al que debe aplicarse la doctrina característica de esta institución (83). En el Código civil, el art. 768 (84).

En su *concepción romana*, heredero es el que sucede, solo o conjuntamente con otros coherederos, *in locum* o *in ius*, es decir, en todas y cada una de las relaciones jurídicas activas y pasivas del causante (85). Mas esencialmente en todas y cada una de las relaciones pasivas—mancomunada o solidariamente, si son varios coherederos—que en las activas. Estas pueden ser concretamente atribuidas por prelegados o por distribución de los bienes en instituciones *ex re certa* (86), aun sin recurrir a la partición *inter liberos* o por el testador. Aquellos pueden concretarse *inter heredes*, pero no, en cambio, frente a los acreedores (87).

El usufructuario, por el contrario, sólo sucede en relaciones activas concretas (88), no en las relaciones pasivas. Las deudas:

(82) La institución en un usufructo, aunque fuera universal, fué considerada *ex re certa* en el Derecho romano. Así la Ley 74 del título *De haeredibus instituendis* (Título V, Libro XXVIII) del Digesto, catalogó como instituidos *excepta re certa* «quis heris institutus fuerit... excepto usufructu». Los autores del Derecho común, unánimemente consideraron del mismo modo al heredero usufructuario; v. gr.: MENOCHIVS (*Praesumptionibus...*, lib. IV, pr. 141), CÁN-CER (*Variarum resolutionum*, parte III, cap. XX, núm. 225) y los demás autores que cita MARTÍ MIRALLES.

(83) En Derecho romano, según la Ley «*Si ex fundo*» (Ley 74, Título V, Libro XXVIII, del Digesto), se considera como *heres ex re certa*, si no concurre con *heres ex asse*, el instituido en usufructo será heredero—gravado o no de restitución fideicomisaria—, pero no será usufructuario; o bien, conforme la Ley «*Quotiens certi quidem*» (Cód. VI-XXIV, 13), concurrendo con «*heres ex asse*», ciertamente será usufructuario, pero no a título de heredero, sino siempre como legatario.

TRAVIESAS (loc. cit., pág. 7), comentando el artículo 768 C. c., que aplica al usufructo viudal, observa: «Y aunque el precepto se refiera al caso de institución por testamento, es lo cierto que el precepto es expresión del principio de derecho consagrado en el indicado artículo 660, sólo se es heredero sucediendo a título universal».

(84) Que, a diferencia del Derecho romano, considera siempre como legatario al instituido en cosa cierta.

(85) Ver BONFANTE, *Scritti giuridici vari*, tomo I (Turín, 1926), *L'origine storica dell'eredità e della legata e il concetto dell'eredità nell'Diritto romano e moderno y Corso di Diritto romano*, vol. VI (Città di Castello, 1930), páginas 30 y sigs.

(86) Como ha dicho BONFANTE (*Corso...*, vol. cit., pág. 46), tanto pesa entre los romanos la idea de que en la sucesión tienen jurídicamente más importancia las cargas que los derechos, que el acto de heredar no lo califican nunca de *adquisitio*, sino de *aditio*, como a la aceptación de los cargos públicos, y para los juristas clásicos, aceptar la herencia era *obligare se hereditate*.

(87) Ver GONZÁLEZ PALOMINO, *La adjudicación para pago de deudas*, en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, tomo I, pág. 237.

(88) Como dice DE BUEN (op. y vol. cit., pág. 208), no recibe «sino determinados bienes o ventajas». «De ser la cuota usufructuaria—expone RUGGIERO (*Institución de Derecho civil*, traducción de la 4.ª edición italiana por SERRANO SUÑER y SANTA CRUZ TEJERO, Madrid, 1931, vol. II, pág. 1127)—, se deduce que el cónyuge reservatario es un legatario *ex lege*. Concluyendo TRAVIESAS (loc. cit. pág. 8): «El cónyuge supérstite no tiene la posición del que sucede a título universal. No es llamado a suceder más que en una relación».

hereditarias le afectarán, pero no le obligan (89). No es, pues, heredero, conforme a los cánones del art. 667 del Código civil (90).

En su *versión germánica*, el heredero es un adquirente—mortis causa—de la totalidad de un patrimonio o de una cuota o parte alicuota del mismo (91). Ni en las características derivadas de esta versión, ni conforme a la teoría del Derecho romano común (92)—que considera la sucesión como una *adquisitio per universitatem* de un patrimonio o de una cuota del mismo—encaja el usufructuario, que sólo adquiere determinadas ventajas de aquél (93).

concreta: en la relación de usufructo. No es llamado, pues, a la *hereditas* en sentido objetivo.»

(89) Así resulta del artículo 510 C. c.—al que aluden TRAVIESAS (loc. cit., página 7), DE BUEN (loc. últ. cit.), CASTÁN (nota d, en la pág. 232 del tomo I de su traducción de la obra de VENEZIAN, *Usufructo, uso y habitación*, Madrid, 1928) y PORPETA (loc. cit., pág. 193)—, que faculta, *pero no obliga* al usufructuario de la totalidad o de parte alicuota de una herencia, a anticipar las sumas que para el pago de las deudas hereditarias correspondan a los bienes usufructuados; autorizando, en cambio, al propietario para vender la parte de los bienes usufructuados que sean necesarios al efecto, disminuyendo así el objeto del usufructo. El usufructuario universal, según resulta del artículo 508 Código c., está obligado solamente al pago de los legados de renta vitalicia o pensiones de alimentos—y el que lo fuere de cuota, en proporción a la misma—.

Y el Tribunal Supremo, en Sentencias de 26 octubre 1904, 4 julio 1906, 25 enero 1911, 10 enero 1920, etc., ha declarado que el viudo no puede ser demandado por razón de las deudas hereditarias, «pues la obligación de pagar éstas incumbe sólo a los herederos universales que suceden en todos los derechos y obligaciones al causante».

(90) Puesto que dicho precepto determina que los herederos suceden al difunto «en todos sus derechos y obligaciones».

(91) Si bien, en la herencia germánica, el heredero no sucedía personalmente en las obligaciones del causante, recibía los bienes afectos inseparablemente a la responsabilidad dimanada de las obligaciones de la misma. (Ver PERCEROU, *La liquidation du passif héréditaire en Droit française*, en *Rev. Trimestrelle de Droit civil*, 1905, pág. 552.)

(92) Ver esta concepción en SAVIGNY, *Sistema del Derecho romano actual*, traducción de MESA y POLEY (Madrid, 1872) tomo II, pág. 155.

(93) VENEZIAN (op. y vol. cit., págs. 229 y 230), en este sentido, dice que el usufructo—aunque sea universal—no supone una adquisición *mortis causa* a título universal, pues el usufructo de todos o parte de los bienes no constituye una cuota-parte de aquélla; porque toda cuota debe ser numéricamente determinada de un modo cierto, con relación al todo, y la relación entre el usufructo y el conjunto de los bienes no puede ser representado por un número, «porque es fundamentalmente variable e incierta» que el usufructo y el patrimonio usufructuado están en relación «distinta de la en que está la cuota». Y que «la limitación a que está reducida su contribución (la del usufructuario) en las cargas—artículo 509 del Código civil italiano de 1865, equivalente a nuestros artículos 508 y 510—, es incompatible con el carácter de sucesor a título universal»; y, en cambio, esa limitada contribución—la correspondiente a lo señalado en nuestro artículo 508—, no es incompatible con la cualidad de legatario, porque, así como la Ley con carácter supletorio la impone al usufructuario de un patrimonio, así la voluntad privada puede también imponerla en mayor o menor grado a cualquier legatario.

También DE BUEN (op. cit., págs. 208 v 209) reconoce que el usufructuario *mortis causa*, al no responder de las obligaciones, no recibe la titularidad de un patrimonio o de una parte alicuota del mismo, sino determinados bienes o ventajas».

SÁNCHEZ ROMÁN (op. cit., tomo VI, vol. I, págs. 600 y sigs.) recoge el

Por lo tanto, tampoco es heredero conforme la norma del artículo 660 del Código civil, aunque a ésta quiera atribuírsele color germánico (94).

La circunstancia de que el usufructuario de cuota indivisa (95)

argumento de que «el usufructo es siempre un derecho real limitativo del dominio—una de las antiguas servidumbres personales—, concepto que excluye el de *universalidad*, que es un gravamen impuesto sobre una cosa, y que por consiguiente resulta incompatible con la consideración de heredero; tal carácter lo tendrá el que suceda en la nuda propiedad». Cree que «este es, sin duda, el criterio del Código al decir (art. 793, párr. 2.º): «Sin distinción alguna, podrán... *legarse* a cualquiera el usufructo, uso o habitación...» etc., enumerando los derechos *singulares* que permite condicionar en la forma ya expresada. Partiendo de esta singularidad de tales derechos, incluyendo el de usufructo, no considera, desde el momento que emplea el verbo *legar*, que pueda estimarse como heredero al que obenga su disfrute, sin que importe para el caso, ya que el artículo no establece distinciones, la mayor o menor extensión que al derecho se conceda, la que no alcanza a variar su condición jurídica. Y esta parece ser también la doctrina del Tribunal Supremo, que no ha declarado de un modo categórico la incompatibilidad de los términos *heredero* y *usufructuario*; pero ha dicho lo bastante en algunas de sus sentencias, recogidas en este mismo capítulo (singularmente las de 9 de marzo de 1886—aunque se refiere al Derecho foral, muestra el criterio del Supremo en esta materia— y 16 de enero de 1889), para comprender la diferencia que establece entre ambos conceptos».

Pero, a continuación, el propio autor señala que esta regla no es infalible, al afirmar que «la cualidad de heredero o legatario no depende del *derecho* que se adquiere, sino del *modo* como se adquiere, según que sea a título *universal* o *particular*».

Ciertamente, es posible que a un heredero se le individualice su cuota concretándola a un usufructo. Sea aceptándolo él en la partición o cuando ésta la haya verificado el testador, que unilateralmente puede disponerlo así siempre y cuando la adjudicación en usufructo no la atribuya a un ascendiente o descendiente, por cuenta de la legítima. Cuando así se haga, el usufructo *no estará en la disposición, sino en la partición*. Y el adjudicatario, como heredero, tendrá derecho a que se le abone la diferencia de valor, si la hubiere, entre el usufructo que se le adjudicó y su cuota; y responderá personal y solidariamente de las deudas hereditarias conforme determina el artículo 1.084 del Código civil. Pero para interpretar la voluntad del testador—ley de la sucesión—cuando instituya a una persona heredera en cosa cierta (como es el caso de institución en usufructo), el artículo 768 atiende más a la naturaleza del objeto dejado que a la denominación dada al titular de la atribución. Es decir, que para poder entender que el usufructo dejado, solamente ha sido concretado con el fin meramente particional de individualizar una atribución hereditaria, deberá necesariamente probarse que esa ha sido la voluntad del disponente. Prueba que requiere algún dato suficiente, que no sea la simple denominación de heredero o legatario con que se designó al usufructuario. Y aunque el llamamiento del viudo, en el artículo 834, lo verifique la Ley y no el causante, no hay que olvidar—aparte de que aquel criterio interpretativo ha sido señalado por la propia ley—el hecho, decisivo como veremos, de que el viudo no responde, por razón de su cuota legitimaria, del pago de las deudas de la herencia.

(94) Ya que determina que es *heredero* el que sucede a título universal y legatario el que sucede a título particular.

(95) Nótese que el usufructo del cónyuge viudo, aunque se limita a una cuota indivisa, afecta a toda la comunidad. No es un usufructo de la cuota de un comunero, sino un usufructo de cuota de la comunidad. Por lo tanto, afecta a todos los comuneros y no le es aplicable la doctrina del apartado 2.º del artículo 399 C. c., sino la del artículo 405. Si el viudo no interviene en la partición, su usufructo de cuota sigue difuminado sin concretarse en bienes de ter

tenga un poder de uso y disfrute difuminado en todos y cada uno de los bienes que constituyen el patrimonio al que se refiere esta cuota—mientras ésta no se concrete encarnando en bienes determinados—, explica perfectamente por qué no puede verificarse la completa partición de la herencia sin su concurso (96). Su interés en el caudal relicto, que puede contraponerse con los que tuvieren los herederos, justifica que no se le permita ser contador partidor (97). Y, asimismo, su cualidad de administrador nato de la herencia e, incluso, su título de usufructuario de una acción dirigida a reclamar el dominio de un bien o un derecho real, son suficientes para que se admita que representando a la herencia de su cónyuge difunto pueda reivindicar bienes de la misma (98).

No es, por consiguiente necesario, para explicar estos hechos, recurrir a considerarlo como heredero (99).

En conclusión, tanto el Código civil (en sus arts. 807 y 855) como la jurisprudencia, cuando llaman heredero forzoso al viudo no emplean la palabra heredero en su significación estricta, sino en un sentido muy general (100), lato e impropio.

minados. Los herederos podrán partir la herencia entre sí, pero esta partición no puede afectar al cónyuge viudo que no haya intervenido en la misma.

(96) El Tribunal Supremo, en Sentencias de 28 de marzo de 1924 y 26 de marzo de 1940, ha declarado que al cónyuge viudo no puede negársele su derecho y acción para intervenir en la partición, e igual criterio tiene la Dirección General de Registros, según Resoluciones de 6 junio 1896, 14 marzo 1903, 30 abril 1906 y 6 noviembre 1912.

(97) Las Sentencias de 8 febrero 1892, 13 junio 1898, y la Resolución de 12 noviembre 1895, niegan al cónyuge el derecho a ser contador partidor en la herencia de su consorte.

(98) La Sentencia de 16 noviembre 1929, que rotundamente afirmó el carácter de heredero forzoso del cónyuge viudo, resolvió un recurso en el que se planteaba si la viuda del causante podía reivindicar para la universalidad hereditaria en que era partícipe. Habiendo pedido en la súplica de la demanda la entrega de la finca en cuestión, como «representante de la herencia de su marido», y no en el suyo propio, debe reconocerse que si pueden hacerlo todos los partícipes en la sucesión, mucho más podrá hacerlo el cónyuge supérstite, a quien el artículo 796 y el número 3 del 1.069 de la Ley de Enjuiciamiento civil conceden preferencia para la administración. Además se hizo constar que cuando entre los valores activos de la sucesión se encuentre una acción para reivindicar alguna finca del causante dicha acción puede ejercitarla el usufructuario de una cuota conforme los artículos 486 y 490 C. c.

Recientemente, la Sentencia de 30 junio 1950 insiste en la cualidad de heredero forzoso del cónyuge viudo y en que, por lo tanto, puede ejercitar las acciones que correspondieran al causante mientras la herencia está indivisa, siempre que lo haga para la universalidad hereditaria, quedando sometido el ejercitarles a las reglas establecidas para la comunidad de bienes. Consecuencia justa que no necesita apoyarse en la premisa del título hereditario. Pues a ella lleva simplemente el carácter de usufructuario de una cuota del haber que, independientemente de su institución como heredero, corresponde legalmente al viudo en el caudal relicto por su cónyuge premuerto.

(99) DE BUEN (loc. cit., pág. 329) ha dicho que «estas sentencias y resoluciones (las citadas en las notas anteriores), que aplican al cónyuge viudo algunas prohibiciones que otros preceptos refieren a los herederos, pueden fundarse—y sin duda se fundan—más que en una identidad de situación jurídica, en una razón de analogía».

(100) Así opina DE BUEN (loc. cit., pág. 330).

β) Tampoco el hijo natural es necesariamente heredero (101).

Su cuota legitimaria es una parte alícuota de la herencia; pero puede ser sustituida por la entrega de su valor en dinero (102). Así lo determina el párrafo 2.º del artículo 840 del Código civil: «Los hijos legítimos podrán satisfacer la cuota que corresponda a los naturales en dinero o en otros bienes de la herencia, a justa reguación». Observando Castán (103) que este precepto «una vez

(101) Aun cuando la mayoría de los autores, en el periodo comprendido entre la promulgación del Código civil y nuestro Movimiento Nacional, no se ocuparon concretamente de la naturaleza de la legítima de los hijos naturales, presuponiendo su carácter de atribución a título de herencia, pueden citarse algunos tratadistas que llamaron la atención sobre su particular carácter. Así, CLEMENTE DE DIEGO (op. y vol. cit., pág. 226), precisamente atendiendo—además de a lo dispuesto en los artículos 834, 838, 815 y 1.062—a la forma de pago de la legítima de los hijos naturales—art. 840, párr. 2.º—, cree que la legítima en nuestra legislación se orienta hacia «un simple derecho de crédito». Y CASTÁN (op. y vol. cit., pág. 270) señala que, aunque el Código civil español parece considerar a los legitimarios como herederos, «en realidad el criterio de dicho cuerpo legal no es absoluto, y no siempre el derecho a la legítima se traduce en derecho a bienes determinados, pues, de una parte, en la legítima del cónyuge viudo, y en la de los hijos naturales, se admiten formas alternativas de pago en metálico» (arts. 838 y 840, párr. 2.º).

(102) Ver VALVERDE (op. y vol. cit., pág. 259). A primera vista cabrían dos interpretaciones de la facultad de pago en metálico que se concede a los legitimarios en el párrafo que comentamos. Por una parte, que el genitivo «de la herencia» está referido exclusivamente al ablativo «en otros bienes». Y, contrariamente, cabe sostener, que es aplicado conjuntamente a éste y al otro ablativo «en dinero». A la primera solución nos inclina decisivamente tanto la interpretación gramatical como la finalista.

En el primer aspecto, es de notar que la letra del precepto no reza «en dinero u otros bienes de la herencia», sino «en dinero o en otros bienes de la herencia». Es decir, que la conjunción copulativa «o» no une dos ablativos regidos por la misma preposición «en», sino que acumula dos ablativos independizados, cada uno con su respectiva preposición «en». Por eso creemos que el genitivo «de la herencia» se refiere sólo al inmediato ablativo «otros bienes», quedando aislado por la repetición ante este de la preposición «en», del otro ablativo «en dinero».

En su aspecto finalista, los comentaristas cronológicamente más próximos al Código civil explican el precepto por un deseo del legislador de evitar desavenencias y cuestiones entre los hijos legítimos y los hijos naturales, «con motivo de la proindivisión de los bienes, que en muchos casos se impondría entre unos y otros herederos». Así MANRESA (op. y vol. cit., pág. 536), SÁNCHEZ ROMÁN (op. cit., vol. VI-2, pág. 912), SCAEVOLA (op. y vol. cit., 887): que, en consecuencia, refieren la posibilidad de pago en dinero sin limitarlo a los casos en que existiere metálico en la herencia (ver línea 16 de la página citada de MANRESA, las líneas 20 y 21 de la cita de SÁNCHEZ ROMÁN, y las líneas 4.ª, 5.ª y 6.ª de la de SCAEVOLA). De no darse este significado al precepto, el problema que se quiso resolver sólo podría solucionarse conforme al fin perseguido cuando hubiese metálico en la herencia. Lo que supondría una limitación de ese remedio, que lo haría ineficaz en la mayoría de los casos. Limitación que, por opuesta al fin no es lícito presumir sin una sólida base gramatical o lógica—que aquí no existe—donde apoyarla. Por eso, no es de extrañar que a los autores citados—ni a ningún otro que nosotros sepamos—ni siquiera se les haya ocurrido esta duda. Hasta el punto que a MANRESA le parece «clara» la doctrina de este párrafo. SÁNCHEZ ROMÁN (pág. 911) dice con referencia al mismo «que basta leer para ser comprendido», y SCAEVOLA juzga que «el precepto es sencillísimo».

(103) Op. y vol. cit., págs. 364 y 365.

más demuestra el criterio restringido con que está organizada la legítima de los hijos naturales, pues mientras respecto a la del viudo la forma de pago se subordina en definitiva al mutuo acuerdo de los interesados (art. 838) tratándose de esta otra se da a los hijos legítimos libertad completa para elegir la forma de pago, claro es que con la condición de estimar o valorar los bienes justamente (104).

Claro que se ha opinado que esta norma no hace perder en ningún caso a los hijos naturales su cualidad de coherederos. Porque en ella, a los hijos legítimos sólo se les concede una *facultad de potestativo ejercicio*, posterior a la declaración hereditaria (105), por la que «pueden atraer a su dominio la totalidad de los bienes quedados al fallecimiento del padre abonando al hijo natural su cuota legitimaria» (106). Es decir, se les concede una opción de compra o expropiación, forzosa para los hijos naturales y potestativa a los legítimos.

Pero si esta facultad es concedida al heredero, parece fuera de duda que, con mayor motivo, el causante podrá ordenar directamente que sea precisamente abonado a sus hijos naturales en metálico, y no en bienes de la herencia, lo que por legítima les corresponda. Mandato que equivaldrá a disponer dicha legítima en forma de legado de una suma de dinero. Sin embargo, reconocer os que este argumento puede también ser replicado con la afirmación de que esa disposición del testador sólo significa una orden, imperativa para el heredero, por la cual se le impone, con carácter forzoso la realización en dicho sentido del ejercicio de la opción de pago en metálico que legalmente se le concede.

Lo que nosotros juzgamos decisivo para demostrar que la legítima del hijo natural no es necesariamente *pars hereditatis*—aunque la Ley le llame heredero forzoso (107)—, son precisa-

(104) SÁNCHEZ ROMÁN (op. cit., tomo VI, vol. II, pág. 912), señala que la garantía de la *justa regulación* de que habla el párrafo que comentamos significa que sólo después de estar formulada la partición con todas sus operaciones de inventario, avalúo, liquidación, división y formación de haberes y hasta proyecto, al menos, de adjudicación, con todas las intervenciones que de derecho correspondan en la práctica de las mismas a los hijos naturales, como herederos forzosos que son, es cuando habrá llegado el caso de proceder con base suficiente al ejercicio, por opción voluntaria de los hijos legítimos, de la facultad que la ley les concede para pagar a los naturales su legítima en dinero, salvo el supuesto de que en cualquier momento y por las transacciones entre unos y otros lo concertaran así, estipulando una suma determinada al efecto.

(105) SÁNCHEZ ROMÁN (loc. cit., pág. 912).

(106) Loc. cit., pág. 887.

(107) La Sentencia de 22 de mayo de 1850 ha declarado que «las figuras de hijo legítimo y de hijo natural reconocido, declarados ambos herederos forzosos por el art. 807 del Código civil, se hallan diferenciadas por acusados matices, tanto en la forma de ser admitidas en la herencia como en el «quantum» de su porción legítima y parte de aquella de donde ha de sacarse dicha porción, de manera que no pueden ser exactamente identificados en su situación jurídica. Pero añade que «como quiera que el art. 814 del Código civil no hace distinción alguna entre los demás herederos forzosos—exceptuando, claro es, el viudo o viuda—consignados como tales en el art. 807 del Código civil, es

mente las consecuencias que se derivan de una y otra posición. Si la facultad concedida al hijo legítimo ofreciese simplemente un derecho a adquirir—por un título análogo al de compra—la cuota del hijo natural, habría que aplicar, al lado activo de la enajenación, el art. 1.532 del Código civil, y en su aspecto pasivo, el artículo 1.205. Y, por consiguiente, relacionando este último precepto con el artículo 1.084 del mismo Código, tendríamos que el hijo natural expropiado de su cuota hereditaria, respondería solidariamente con los demás herederos de las deudas del caudal relicto. No creemos que esta sea la *mens legis* del párrafo de que nos ocupamos, y sólo nos parece posible la siguiente triple alternativa:

1) Mediante el pago de la justa estimación en metálico, se expropia no sólo la cuota del activo correspondiente al hijo natural, sino también su titularidad de heredero, es decir, que con dicho pago su legítima se transforma de *pars hereditatis* en *pars valoris*.

2) El hijo natural tiene un derecho con objeto alternativamente determinado entre una cuota de herencia (*pars hereditatis*) o una cuota de valor (*pars valoris*), y cuya elección corresponde a los descendientes legítimos del causante. Salvo si éste hubiere dispuesto otra cosa. Pero la concentración de la obligación no se verifica por dicha elección, y solamente llega a ser definitiva una vez que se haya verificado el pago, actuando de este modo implícitamente la *pars hereditatis* de garantía de la *pars valoris* (108).

3) O, finalmente—y esto es lo que creemos más exacto, en armonía con la naturaleza que como veremos tiene en el Código civil la sucesión forzosa—entender que la Ley, que no contiene vocación forzosa alguna a favor de ningún legitimario—excepto el cónyuge viudo—, se limita a reservar a favor del hijo natural una cuota de valor que puede serle atribuida por el causante por cualquier título, y que abintestato se le dispone, alternativamente a título de herencia o en valor, en la forma que acabamos de indicar.

b) No es el supuesto que examinamos el único en que el Código civil utiliza una terminología tildable de poco precisa. Notemos que ha habido autor, como García Valdecasas (109) que, en cierto caso en el cual la lexicología del Código civil favorecía la tesis por él defendida, usando concretamente la palabra here-

obligado que al aplicar el art. 814 del propio Código, anulando la institución de herederos universales consignada en el testamento del causante en razón de haberse preterido en el expresado testamento al hijo natural reconocido del testador, no comete infracción alguna de dicho precepto, sino que lo interpreta con exactitud».

(108) En este aspecto puede parangonarse la legítima que el Código civil concede a los hijos naturales y la legítima general catalana. Ver al efecto lo que apuntamos sobre esta última en nuestro trabajo citado «*Notas para la interpretación del párrafo 2.º del art. 1.056...*» (Loc. cit., pág. 674 del núm. 27, año III).

(109) *La adquisición de herencia en el Derecho español*, en *Revista de Derecho Privado*, tomo XXVIII (febrero 1944), pág. 116.

pero referida «a» que todavía no ha aceptado la herencia», no valió en observar que semejante terminología «podría ser debida a simple defecto de técnica», no atreviéndose a conceder a dicha denominación valor argumental alguno.

En otras denominaciones se observa ese mismo defecto en el Código civil. Sea por quedarse rezagado ante los progresos técnico-lingüísticos (110) o incluso con respecto al cambio normativo operado por la misma Ley. Tal vez porque, como ha dicho un autor (111): «El estudioso que observa un hecho nuevo, antes de darle una propia figura o crear una nueva doctrina, trata de referirlo a las figuras y a las doctrinas ya conocidas». Así resulta en el propio Código civil cuando se ocupa de la enfiteusis, de cuya superada teoría del dominio dividido, sólo conserva—aparte de algún vestigio atenuado—su terminología y la platónica definición del artículo 1.605 (112). Y aun más clara resulta la pervivencia histórica de esa terminología revisada en la Ley de Inscripción, División y Redención de Censos para Cataluña, de 31 de diciembre de 1945, que después de calificar, en su preámbulo, de evidente la naturaleza de simple «derecho real» de la titularidad del antiguo dueño directo, indicando que se ha producido «un desplazamiento de la naturaleza jurídica de la propia institución», desplazamiento que confirma la reglamentación que contiene su texto articulado, no obstante, en ese mismo texto, emplea en diversas ocasiones las designaciones, dominio directo y dominio mediano. Anomalía que Noguera (113) explica diciendo que la Ley «seguramente lo hizo para evitar circunloquios y seguir empleando palabras de todos entendidas, por ser tradicionalmente utilizadas».

También la denominación «herederos forzosos» es la tradicional en el Derecho de Castilla, antes de la promulgación del Código civil (114). Sin duda, entonces era totalmente exacto el primer

(110) VIRGILI SORRIBES (loc. últ. cit., pág. 485) dice al efecto que: «Hemos de superar la terminología de nuestro arcaico Código civil, y así como en el momento actual del desenvolvimiento jurídico nadie sostendrá la similitud entre las llamadas por él «servidumbres legales» (que, como ha demostrado la doctrina, no son servidumbres ni son legales) y las llamadas «servidumbres voluntarias», sino que, a pesar de la terminología legal, distinguen ambas instituciones, denominando a las primeras «limitaciones de dominio» y a las segundas «servidumbres»; así, debemos rechazar toda similitud entre heredero voluntario y heredero forzoso, denominando a aquél «heredero» y a éste «legitimario».

(111) BRUGI, *De la propiedad* (2.ª ed.), tomo I, pág. 415, citado por VIRGILI.

(112) Al efecto, ver NOGUERA DE GUZMÁN, *De la enfiteusis a la enfiteusis*, en *Anales*, tomo V, págs. 407 y sigs., y nuestro trabajo *Dimisión y comiso de finca hipotecada por el enfiteuta*, en *Revista Jurídica de Cataluña*, vol. LXVIII (enero-febrero de 1951), págs. 17 y sigs.

(113) *Exégesis parcial de la Ley de Censos*, en *La Notaría*, año LXXXII, segundo y tercer trimestres de 1947, págs. 123 y sigs.

(114) La medida de la justeza de esta denominación, antes del Código, nos la da esta definición de ESCRICHE (op. cit., II, pág. 15): «Heredero forzoso o necesario: el que no puede ser excluido de la herencia por el testador sin causa legal... Dicese forzoso y necesario, porque el testador no puede prescindir de nombrarle heredero y, en cierto aspecto, se llama también legítimo, porque la Ley prohíbe que se le prive de la herencia».

El art. 640 del Proyecto de 1851 (antecedente legislativo del vigente art. 608)

término de esa expresión. No eran legitimarios el cónyuge viudo ni los hijos naturales en la herencia paterna. Y la legítima, como antes expusimos, sólo podía dejarse a *título de herencia* y no «por cualquier título», como reza el vigente artículo 815 del Código civil. Nada tendrá, pues, de particular que aquella terminología, perfectamente correcta en el Derecho anterior, haya llegado a resultar imprecisa a consecuencia de la modificación del régimen legal. Ni tampoco nos parece extraño que continúe usándose, por una explicable inercia, a pesar de haber perdido su exactitud y justeza.

No consideramos las dos observaciones que acabamos de hacer suficientemente decisivas por sí solas para demostrar nuestra tesis. Pero sí creemos que inutilizan completamente el primer argumento de la posición contraria: la terminología del Código civil (115). Como ha dicho De Buen (116), tanto este cuerpo legal como la jurisprudencia usan la expresión «herederos forzosos en un sentido muy general». Esta denominación no puede, por tanto, constituir una muralla infranqueable que impida aceptar que el artículo 815, en su locución «por cualquier título» comprenda la atribución de un verdadero legado en pago de la legítima. Ni contradice el sentido que señaló García Goyena—como vimos—al precedente, en el proyecto de 1851, de este último precepto, ni a la significación que al vigente dieron los primeros comentarios del Código civil. El término «herederos forzosos» esgrimido como argumento no puede servir de parapeto, sino sólo de agujero donde esconder la cabeza para no ver más que su expresión literal (117).

§ 4.º INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 806 DEL CÓDIGO CIVIL

Si en la terminología del artículo 806 no existe obstáculo para nuestra tesis, tampoco lo encontramos en la definición que de la legítima ofrece este precepto. Ni el verbo «reservar» conjugado en el artículo, ni siquiera su declaración de que de esas legítimas «el

decía: «Llámanse herederos forzosos aquellos a quienes la Ley reserva en los bienes del difunto cierta porción de que no puede privarlos sin causa justa y probada de desheredación. La porción reservada se llama legítima.» Notemos también que GARCÍA GOYENA (*Concordancias...*, vol. cit., pág. 92), recoge una acepción de la expresión «herederos necesarios» que la hace equivalente «a personas que tienen derecho a la legítima».

(115) ORTEGA PARDO (*Hereditario y heredero forzoso*, lugar citado, pág. 336) dice que la consideración de los legitimarios como herederos «tiene por base un sólido argumento: la propia terminología de la Ley».

(116) Op. y vol. cit., pág. 330.

(117) No es ésta la posición de ORTEGA PARDO, que, a pesar de no aceptar que el Código incurra en imperfección terminológica al hablar de herederos forzosos, declara: «Pero pudiera ser que así fuese. Lo que no nos convence son los argumentos invocados para probarlo».

testador no puede disponer» (118), constituyen obstáculo a que se disponga de las mismas a título de legado.

Vamos a demostrarlo analizando cuidadosamente las dos enunciadas locuciones «el testador no puede disponer» y «por haberla reservado la Ley»:

a) ¿Qué alcance tiene la expresión de que «el testador no puede disponer»? ¿Implica una prohibición de carácter absoluto o solamente es relativa y limitada a su fin?

Desde luego no es total ni absoluta en su ámbito, puesto que no alcanza a los actos verificados a título oneroso. Tampoco es absoluta en sus efectos tratándose de donaciones *inter vivos*, ya que aun cuando resulten lesivas para las legítimas no por ello son nulas, total ni parcialmente, sino tan sólo reducibles—a solicitud de quienes determina el artículo 655—estrictamente en la medida necesaria para que dicha lesión desaparezca. Como dice el artículo 654 del Código civil: «Esta reducción no obstará para que tengan efecto durante la vida del causante y para que el donatario haga suyos los frutos». Falta de retroactividad que, por lo tanto, dejará a salvo a los adquirentes del donatario, restando solamente a los legitimarios la consiguiente acción personal y crediticia contra aquél, para reclamarle el valor, traducido en moneda, de la parte que debió reducirse (119).

Ni siquiera es absoluta, tratándose de disposiciones *mortis causa*.

Así el artículo 808, en su primer párrafo, nos dice que constituye la legítima—es decir, esa «porción de bienes de que el testador no puede disponer» según el artículo 806—de los hijos y descendientes legítimos, las dos terceras partes del haber hereditario del padre y de la madre. Y en su párrafo segundo añade que: «sin embargo podrán éstos disponer de una parte de las dos que forman la legítima para aplicarla como mejora a sus hijos y descendientes legítimos»

Es decir, esta expresión de que «el testador no puede disponer», no tiene un sentido absoluto, sino relativo. Tratándose del segundo tercio, evidentemente se puede disponer a favor de cualquiera de los descendientes—según el párrafo 2.º del artículo 808 (120)—. Queda reducida a no salirse del ámbito de esta limi-

(118) Comienza así el art. 806: «Legítima es la porción de bienes de que el testador no puede disponer.»

(119) Es también de esta opinión ROCA SASTRE (loc. cit., pág. 207, nota 73), que por razones de analogía se remite a lo dispuesto en el art. 645 del Código civil, y PORFETA (loc. cit., pág. 187), que abunda en la misma tesis.

(120) Ciertamente FERRARA (Sexta conferencia, según resumen de JERÓNIMO GONZÁLEZ, loc. cit., pág. 64 afirmó que al disponerse una mejora «el único efecto que el acto produce es el de *limitar el concurso de los legitimarios*, favoreciendo a unos en perjuicio de otros, y *regular con privilegio la concurrencia sucesoria* de los legitimarios entre sí...» «El testador consigue *indirectamente* modificar el condominio hereditario, en cuanto obtiene que ciertos herederos forzosos reserven en su cuota una cosa concreta y *determinada*, modificando el derecho de condominio abstracto de los otros legitimarios sobre la masa...» «Otra forma autónoma de injerencia es la *división inter vivos* (art. 1.056 del

tación, lo que el artículo 806 califica de no poder disponer. Y siendo así, parece lógico considerar paralelamente que dicha prohibición de disponer, referida al primer tercio, se concreta a impedir que el testador disponga de la cuota individual de cada legitimario a favor de persona distinta de aquél, a quien la Ley tiene reservada dicha porción.

Más preciso y expíicito resulta el párrafo segundo del artículo 763 del Código civil, cuando dice: «El que tuviere herederos forzosos sólo podrá disponer de sus bienes en la forma y con las limitaciones que se establecen en la Sección quinta de este Capítulo». Roca Sastre (121), comentando este precepto, observa que «ante el supuesto de que estos legitimarios existan, no establece que, en tal caso, el causante no podrá disponer de la parte de su patrimonio relicto... (técnica de la reserva germánica), sino que admite que el causante pueda disponer *de sus bienes*, o sea, de todos ellos, si bien debiéndolo efectuar *en la forma y con las limitaciones que el Código establece en materia de legítimas*». Y Manresa (122) señala la diferencia existente en este punto entre nuestro Código y el francés, que señala un tope cuantitativo como límite de las liberalidades entre vivos o testamentarias. Mientras en nuestro Derecho la limitación consiste en el deber de respetar las legítimas, en el francés se traduce en su absoluta indisponibilidad.

b) La otra expresión del artículo 806 que examinamos—«*por haberla reservado la Ley*»—confirma el sentido que con relación al tercio de legítima estricta acabamos de señalar a ese *no poder disponer el testador*.

El participio pasivo «*reservado*» aplicado a un grupo de bienes, puede significar técnicamente que aquéllos sean objeto de «*reserva*», en el sentido especial de esta palabra, como traducción germánica de legítima (*pars reservata*), que supone la plena indisponibilidad de la cuota legalmente atribuída por la Ley. Re-

Código civil), con la que nuestro instituto presenta infinidad de analogías, y en cuyo campo se desenvuelve estrechamente como una variedad.»

También en parecido sentido, FUENMAYOR (*La mejora en el sistema sucesorio español*, loc. y pág. cits.) ha opinado que «Cuando el ascendiente realiza una mejora en bienes determinados no hace en el fondo sino una partición anticipada de herencia.»

En otro lugar (especialmente en las notas 59 y 60 de nuestra citada conferencia *La mejora tácita*) hemos discutido estas opiniones. Ahora, por el momento, no nos interesa volver sobre el fondo de esta cuestión. Sólo queremos resaltar la terminología del Código civil contraponiendo las palabras «de que el testador *no puede disponer*» que emplea el art. 806, con la afirmación del art. 808, referida a los padres, de que «*podrán éstos disponer de una parte de las dos que forman la legítima*». Con ello creemos poder dar por inutilizado cualquier argumento que se apoye en las palabras «no puede disponer» del artículo 806, esgrimiéndolas en sentido riguroso. La indisponibilidad sólo es relativa. El testador puede disponer de la legítima respetando los derechos—colectivos o individuales—de los legitimarios.

(121) Loc. cit., pág. 194.

(122) Op. y vol. cits., pág. 89

cuerdo del viejo *Wartrecht* (123). Pero puede usarse simplemente como *participio pasivo de su verbo correspondiente en su normal acepción gramatical* castellana.

La primera acepción debemos rechazarla. El Código civil da un sentido técnico distinto al sustantivo "reserva" y al verbo "reservar" en sus artículos 811 y 968 y siguientes. No lo usa, en cambio, ningún artículo en sentido equivalente a la palabra legítima. Tampoco esa significación era ni siquiera señalada en las obras de Derecho más en uso en el período inmediato anterior al Código civil, ni en los diccionarios jurídicos de la época (124).

Por lo tanto, hay que considerar que el término «reservado» se usa en el artículo 806 del Código civil en su acepción gramatical. Y examinar, en consecuencia, el diccionario de la Real Academia de la Lengua. Entre las acepciones en él señaladas a la palabra «reservar», encontramos adecuadas al caso que examinamos las dos siguientes: «Destinar un lugar o una cosa, de un modo exclusivo, para uso o personas determinados», y «Separar o apartar uno algo de lo que se distribuya, reteniéndolo para sí o para entregarlo a otro».

Ni *destinar*, ni *separar*, ni *apartar*, equivale en nuestro idioma a *transmitir* ni a *disponer* en su sentido técnico. Según el propio diccionario, en las acepciones aplicables al caso: «Destinar» es «ordenar, señalar o determinar una cosa para algún fin o efecto»; «Separar», significa «poner una persona o cosa fuera del contacto o proximidad de otro» o «distinguir unas de otros, cosas o especies»; y «Apartar» equivale a «separar, dividir».

Esa acepción de la expresión «por haberla reservado la Ley», confirma que tiene sólo sentido relativo la afirmación de que «el testador no puede disponer de la legítima». El testador no puede disponer de aquella porción de su herencia fuera del destino que a la legítima tiene señalado la Ley. En parte individualmente destinada a personas determinadas por su posición familiar, y en otra parte indistintamente destinada a los descendientes colectivamente considerados. El testador puede disponer de la legítima, pero ha de hacerlo respetando ese su destino.

(123) De esta opinión fué FERRARA (6.^a conferencia; ver su resumen por JERÓNIMO GONZÁLEZ, loc. cit., pág. 57) que de las indicadas palabras del artículo 806 del Código civil deduce que «La legítima, pues, es una *reserva legal*, es la antigua reserva de los cuatro quintos que hoy se ha reducido a dos tercios, para los hijos y descendientes. Sólo que esta reserva no se refiere únicamente a los bienes familiares, al *quid relictaum*, sino a todos los bienes del testador, a su patrimonio en global, integrado en su consecuencia por todo aquello de que se ha dispuesto durante la vida, mediante actos a título gratuito.»

(124) Ni FERRERO, cuya obra hemos comprobado en las versiones de JOSÉ MARCOS GUTIÉRREZ y de GARCÍA GOYENA y AGUIRRE y MONTALVÁN, ni BENITO GUTIÉRREZ (op. cit., vol. III), ni GÓMEZ DE LA SERNA (*Derecho civil y penal...*), ni ESCRICHE (*Diccionario...* cit.), ni GONZALO DE LAS CASAS (*Diccionario General del Notariado de España y Ultramar*, tomo II, Madrid, 1853, núm. 4.442, página 101 y tomo IX, Madrid, 1857, núms. 26.671 y 26.672, págs. 170 y 171).

§ 5.ª NATURALEZA DE LA LEGÍTIMA

La tradición jurídica castellana confirma esta interpretación. A pesar de que en los primeros siglos de la Reconquista la legítima castellano-leonesa se identificase con la reserva germánica.

Anteriormente hemos llamado la atención respecto al influjo que, a través de autores y comentaristas, ejercieran sobre la legítima gótica las instituciones romanas de la preterición, desheredación, querrela de testamento inoficioso y acción de suplemento. Basta ojear al azar cualquiera de nuestros clásicos para ver todas las referencias a la legítima plagadas de citas de textos romanos y de autores de Derecho común. Vimos también cómo el más respetado de los juristas castellanos, Antonio Gómez, se ocupa de la legítima examinándola como una excepción que contra la *querrela* puede oponerse (125).

Examinando las opiniones de los autores anteriormente inmediatos o coetáneos a la etapa codificadora, como Jordán de Aso y Manuel (126), Febrero (127), Benito Gutiérrez (128), Escribche (129), Gómez de la Serna (130) y Navarro Amandi (131), ob-

(125) Op. cit., tomo I, cap. XI, págs. 133 y sigs.

(126) *Instituciones de Derecho civil de Castilla*, Madrid, 1775, libro 2.º, título III, cap. I, párr. 3.º, donde dice: «Sobre el modo en que el testador debe disponer de sus bienes, es principio incontestable en Castilla que si tuviere hijos, nietos o ascendientes, les debe instituir forzosamente herederos.»

(127) Ver parte 1.ª, cap. I, párr. 2.º, núm. 45, pág. 32, del tomo I, 3.ª ed., del *Febrero reformado y anotado* por JOSÉ MARCOS Y GUTIÉRREZ, Madrid, 1805, donde explica que el calificativo «forzosos» (aplicado a la palabra herederos), «porque sus ascendientes más cercanos deben instituirlos precisamente por sus herederos, y no habiendo causa legítima para desheredarlos y no instituyéndolos podrán romper y anular el testamento en cuanto a la institución».

(128) Op. y vol. cit., pág. 286, donde, ocupándose de la legítima de los ascendientes y con relación a la Ley VI de Toro, dice: «Su primera parte declara a los ascendientes herederos de los descendientes por testamento y *ab intestato* como lo son éstos de ellos.» Es decir, que no ve otra posibilidad de atribución legitimaria que la testamentaria o la abintestato (a falta de testamento o de testamento válido, sea por causa de preterición injusta o cualquiera otra).

(129) Op. cit., tomo II, págs. 488 y 489, define de esta forma la legítima: «La parte de herencia que se debe por disposición de la ley a los herederos forzosos; o bien una porción que la ley confiere a ciertos herederos presuntivos en los bienes que hubieren recogido en totalidad sin las disposiciones que el difunto ha hecho de ellos en perjuicio suyo. Es un remedio introducido contra las liberalidades indiscretas de los que naturalmente deben proveer a la subsistencia de sus sucesores *ab intestato*; un socorro mandado por la naturaleza y arreglado por la ley.» De esta definición, la segunda frase y la mitad de la primera, lo mismo que la transcrita afirmación de JORDÁN DE ASSO Y MANUEL, corresponden claramente al concepto romano de la legítima. La segunda del primer apartado, a simple vista, leyéndose tan sólo las palabras «una porción de bienes que la ley confiere a ciertos herederos presuntivos», asemejaría recoger la concepción germánica. Pero concluyendo la lectura («en los bienes que hubieren recogido en la totalidad sin las disposiciones que el difunto ha hecho de ellos en perjuicio suyo» y que es «un remedio establecido contra las liberalidades indiscretas»), parece más bien referir el juego de la legítima (cuando no se incurre en preterición, en cuyo caso no actúa la legítima, sino que simplemente se da lugar a la sucesión *ab intestato*) a una función de top.

servamos que también orientan este concepto en su sentido romano, como deber del testador (palabra equivalente a *causante que otorga testamento* de instituir herederos a los legitimarios o como simple limitación impuesta a la libre disposición del causante.

En la misma dirección, el Tribunal Supremo, en Sentencia de 21 de octubre de 1865, consideró la legítima como la parte de herencia que *se debe* por disposición de la Ley a los herederos forzosos, y que se funda principalmente en los recíprocos deberes que median entre ascendiente y descendiente, cuya violación en ningún caso puede autorizarse.

Y García Goyena (130) comentando el artículo 640 del Proyecto de 1851—antecedente del vigente artículo 806—también recuerda que la legítima es «*debedo natural*», «*debitum naturale*», según expresión de las Leyes 17, título I, y 7, título XI, Partida sexta; y la 36, párrafo 2.º, título XXVIII, libro III del Código (133).

a fin de asegurar a los herederos forzosos una parte de los bienes que les corresponderían *ab intestato*, en la proporción legalmente fijada como mínima, limitando así liberalidades indiscretas que no respetaren aquel topé mínimo prefijado. Es decir, al juego romano de la reducción de dichas liberalidades, que no supone delación legal, sino simplemente una limitación impuesta por la ley al disponente.

(130) *Curso histórico exegético de Derecho romano comparado* (Madrid, 1869, tomo I, págs. 478 y 501). Con relación a la legítima justinianea, afirma que «divide la herencia en dos partes: una que *sólo puede ser dada a personas determinadas por la ley*, y otra absolutamente libre y dependiente de la libertad del testador». Y, refiriéndose a la legítima castellana, explica que: «El testador que tiene hijos puede enviarles el quinto del modo que más cuadre a sus deseos; pero si bien el testador ha de dejar precisamente a sus descendientes legítimos cuatro quintas partes de sus bienes, esto no es obstáculo para que, atendiendo a los méritos, cuidados y necesidades de alguno o algunos, pueda dejarles especialmente la tercera parte de los bienes.» Es decir, que si bien distingue ambos regímenes legitimarios por la proporción de sus respectivas cuotas y por la facultad de mejorar, que se admite en el sistema castellano, en cambio identifica las dos legítimas: a) por la limitación de que «sólo puede ser dada a personas prefijadas»; y b) por el deber del testador, que «ha de dejar precisamente a sus descendientes la legítima». Aspectos negativo y positivo, respectivamente, de la actuación de la legítima en su acepción de *pars debita*.

(131) Op. cit., vol. I, art. 959, comenta: «Conócese bajo la denominación de legítima, la porción de bienes que *por virtud de la ley han de percibir forzosamente* los hijos legítimos no desheredados en la herencia de sus padres o ascendientes en su defecto, y lo que en iguales casos corresponde a los padres y ascendientes en la herencia de sus hijos y descendientes» (pág. 485). y «... se dice que las legítimas son un ataque a la libertad del padre. Negamos en absoluto que semejante afirmación sea cierta... Para el hombre honrado, para el padre cariñoso..., la ley no es una limitación: marchan tan acordes sus deseos y los deseos de la ley, que no halla jamás un punto donde sienta contrariada su voluntad libre; para el que cumpliría la ley, aunque la ley no estuviera escrita, ¿qué significa esa pretendida limitación? Solamente cuando al padre agnijnonean intereses bastardos contrarios a aquellos sagrados intereses, es cuando echa de ver que la ley está allí, eterno freno de las pasiones, para *recordarles sus deberes de paternidad*.» Hay un mandato legal, pero no una delación legitimaria legal. El incumplimiento de este deber por el testador anula la institución o, en su caso, da lugar a las acciones de complemento de legítima o de reducción de liberalidades inoficiosas o cargas que la lesionan.

(132) Op. y vol. cit., pág. 92.

(133) Es de notar, igualmente, que el propio GARCÍA GOYENA, al plantear

El Código civil nada pretendió cambiar respecto a la naturaleza de la legítima, sólo se ocupó de aumentar la libertad de testar, con la consiguiente modificación de topes, y de dar mayor amplitud a la actuación de la acción de suplemento.

Tuvo, pues, razón Jerónimo González (134) cuando observó a Ferrara que «por lo que toca a nuestra Patria, la palabra y el concepto de *reserva* se distanciaron en la técnica jurídica de la institución de la legítima», reconociendo que el espíritu del Derecho español se halla en estas palabras de Sánchez Román (135): «Las legítimas en el concepto de institución legal en España, y aun en Roma, no tuvieron un carácter sustantivo y esencial, como entidad jurídica de propia naturaleza, sino más bien negativo y de limitación mayor o menor de la libertad del *ius disponendi* por causa de muerte, y en relación con el primario fundamento de la facul-

la cuestión de las legítimas (vol. cit., págs. 88 a 92), centra la discusión en el problema de su cuantía—es decir, de su extensión, no de su intensidad—y, por otra parte, declara que: «Una de las bases preliminares adoptadas por la Comisión general, fué la de *no innovar lo existenté, sino en caso de necesidad o de evidente utilidad o equidad.*»

(134) *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, tomo V (enero 1929), páginas 66 y 68; y *Estudios...*, vol. III, págs. 241 y sigs.

(135) Op. cit., tomo VI, vol. III, pág. 764. Es cierto, no obstante, que pudieran citarse otros fragmentos de la obra de SÁNCHEZ ROMÁN, en los que parece inclinarse a la concepción contraria; así, comentando el artículo 806 (párrafo final, pág. 788), dice: «Es un derivado del precedente genérico del artículo 609, primero del libro tercero, cuyo epígrafe es *De los diferentes modos de adquirir la propiedad*, la cual y los demás derechos sobre los bienes, a tenor del párrafo segundo, «se adquieren y transmiten por la ley», como uno de los diferentes modos de adquirir que ese artículo enumera, así como las legítimas son manifiesta aplicación de este principio, que tiene también en cuenta el párrafo primero del artículo 348, al decir que «la propiedad es el derecho de gozar y disponer de una cosa, sin más limitaciones que las establecidas en las leyes», dentro de cuya fórmula general cae en perfecta concordancia la definición de legítima del artículo 806 respecto del propietario que, por tener herederos forzosos, siente como una de las limitaciones de su derecho la de no poder disponer por testamento de aquella porción de bienes que la ley ha reservado en favor de los mismos».

Más adelante vuelve a inclinarse, al parecer, en el sentido transcrito en el texto, afirmando (op. y vol. cit., pág. 792) que «el testador ha de respetar la porción legítima de heredero forzoso en cuanto la ley le priva de disponer de ella y ordene lo que quiera en el testamento, la sucesión de heredero forzoso ha de tener lugar por ministerio exclusivo de la ley, en cuanto a su legítima, *bien disponga conforme con ella en el testamento, bien la olvide, desconozca o contradiga; y en este sentido, cuando eso suceda, el derecho a la legítima de heredero forzoso se defiende siempre por sucesión intestada.*»

Y, anteriormente (loc. cit., págs. 759 y sigs.), distinguiendo las concepciones de la legítima como cuota de bienes (con la que, dice, es el legitimario más un acreedor que heredeto) o como cuota de herencia, explica en este sentido que «fué la primera consideración la que tuvo la legítima en Roma, reconociéndosela al hijo sólo por su condición de tal, y no por la de heredero, subsistiendo su derecho a la misma, aunque no fuera heredero por su condición de hijo, independientemente del hereditario. El propio criterio informa las leyes españolas, a diferencia de lo que sucede con otras legislaciones como la francesa y la italiana, la primera de las cuales, inspirada en su derecho consuetudinario, reputó siempre la legítima como una porción de la herencia, cuyo concepto legal es también el que ofrece el Código civil de Italia».

dad de testar, a título de necesidad de protección y defensa en favor de descendientes y ascendientes, y aun hermanos, y como medio de satisfacción o compensación a naturales deberes derivados del orden familiar y reclamados fuertemente por la equidad, cual frenos y restricciones a los casos en que aquéllos pudieran ser desconsiderados y olvidados por parte del testador, haciendo uso excesivo de su libertad en la disposición de sus bienes».

En nuestro Derecho, como en Roma, las legítimas condicionan la libre disposición del causante, con el deber de respetarlas y bajo la pena de inoficiosidad. Dicho deber no consiste en que necesariamente tenga que dejarse su porción a los legitimarios, pues a nadie se le obliga a testar. Precisamente sólo entra en juego aquel deber en caso de que el causante teste. Entonces es cuando debe dejar su legítima a los llamados herederos forzosos o respetar la asignación que, en dicho concepto, les haya hecho la Ley. Si el testador no lo cumple, la institución que, con tal defecto, haya hecho será nula total o parcialmente, según el vicio consista en una preterición o en una desheredación sin causa justa. O bien los instituidos deberán sufrir la acción que para el complemento de su legítima compete a los legitimarios, a los que, por cualquier título, se les deje menos de lo que legalmente les correspondía (136).

Ortega Pardo (137) juzga que toda nuestra argumentación «se basa en un preconcepto: que la sucesión forzosa sólo se da contra la voluntad del testador». «Si el causante—razona el propio Ortega—tuviese una amplia facultad modeladora y pudiese dejar a legítima por cualquier título, prevaleciendo su voluntad sobre la designación legal, la sucesión forzosa sólo entraría en juego cuando no fueren respetadas por el testador las cuotas legitimarias».

A la primera de estas afirmaciones contestamos negando protestar esta previa opinión que se nos imputa. Creemos que la voluntad de la ley, de que los legitimarios perciban sus legítimas, actúa siempre, tanto si el testador espontáneamente la cumple como cuando aquélla se sobrepone a la voluntad rebelde o equivocada del mismo. A la segunda, opondremos estas palabras de Pascual Lacal (138): «El precepto prohibitivo no cambia de naturaleza ni pierde su condición cuando es aceptado voluntariamente.»

Claro que Ortega nos alegrará que para él la legítima supone una sucesión forzosa directamente atribuida por la ley. Pero entonces seremos nosotros quienes le acusaremos a él de partir de un preconcepto (139), que además, como creemos haber demostrado,

(136) Ver nuestro citado trabajo *Imputación de legados...* (loc. cit., página 321).

(137) *Heredero testamentario y heredero forzoso*, loc. cit., pág. 348.

(138) *Heredero y legitimario*, en *Rev. Crít. Der. Imm.*, año 1948, pág. 458.

(139) Preconcepto paralelo al de FUENMAYOR respecto de la naturaleza de la facultad de mejorar (op. cit., págs. 13 y sigs.), cuyo germen puede encontrarse en las ideas expuestas por FERRARA en su reiteradamente citada conferencia. Ideas a las que objetó JERÓNIMO GONZÁLEZ (loc. cit., pág. 65 de la *Revista Crít. Der. Imm.* de 1931 y pág. 241 del vol. III de sus *Estudios de Derecho hipotecario y civil*) que nada tendría que oponer a tal desarrollo si

no resulta de una interpretación lógica del artículo 806 ni está de acuerdo con el momento histórico de las legítimas en el período de la codificación (140), y que, además, como veremos, no resiste una interpretación sistemática.

Roca Sastre (141) se fija en la letra del artículo 658 cuando expresa que «la sucesión se defiere *por voluntad* del hombre manifestada en testamento y, *a falta de ésta*, por disposición de la Ley»; y comenta: «La Ley únicamente actúa supletoriamente, o sea, en el caso de silencio del causante y no como norma de derecho coactivo que impone un heredero en contra de la voluntad de aquél. En el Código sólo hay dichos dos tipos o formas de sucesión universal o de llamamiento de herederos: la testada y la intestada. No existe un *tertium genus* consistente en la llamada sucesión forzosa» (142).

Estas frases hay que completarlas señalando que la disposición hereditaria de la ley—la *intestada*—tiene lugar no sólo en los casos en que el testador no dispuso de todos o de parte de sus bienes, sino igualmente en los demás supuestos en que dicha voluntad *falte*, por haber quedado anulada total o parcialmente. Esto sucede en los casos de preterición y de desheredación sin causa o injusta. Ahora bien, en los supuestos de preterición se anula totalmente la institución testamentaria de herederos, quedando así totalmente expedito el camino a la sucesión intestada, aunque sin perjuicio de los legados y mejoras dispuestos por el testador (art. 814). En cambio, en los supuestos citados en el artículo 851 (143), la sucesión intestada sólo se filtra parcialmente por el boquete de la nulidad parcial de la institución, hueco que exclusivamente deja paso

se tratase de exponer la materia en el Derecho francés o alemán; pero en el Derecho español los pronunciados matices de la legítima y de la reserva que el conferenciante ha puesto de relieve se funden desde hace muchos siglos en una concepción de líneas románicas que se impone a través de las variedades regionales».

(140) Momento histórico cuya fijación creemos de gran importancia, debido precisamente a que aparece clarísimo que la voluntad de nuestros codificadores fué la de mantener el régimen vigente y aumentar la libre disposición del causante para aproximar el régimen de Castilla al de los regímenes forales. Así resulta de las palabras de GARCÍA GOYENA (op. y vol. cit., pág. 90) antes transcritas en la nota 133 y de las manifestaciones de ALONSO MARTÍNEZ (*El Código civil en sus relaciones con las legislaciones forales*, 2.ª ed., Madrid, páginas 39 y sigs.).

(141) Loc. cit., pág. 196.

(142) SERGIO GONZÁLEZ COLLADO (*El legítimario no es sucesor*, en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, tomo III, pág. 534) también se apoya en el artículo 658, pero llega a una consecuencia totalmente distinta: «el legítimario es adquirente *ex lege*, pero no sucesor».

(143) Artículo 851 del C. c., que dice: «La desheredación hecha sin expresión de causa o por causa cuya certeza, si fuere contradicha, no se probare, o que no sea una de las señaladas en los cuatro siguientes artículos, anulará la institución de heredero en cuanto perjudique al desheredado; pero valdrán los legados, mejoras y demás disposiciones testamentarias en lo que no perjudiquen a dicha legítima.»

al llamamiento otorgado concretamente a favor del injustamente desheredado, y en la medida de su respectiva legítima (144).

Como ha dicho Sánchez Román «el testador ha de respetar la porción legítima del heredero forzoso en cuanto la Ley le priva de disponer de ella, y ordenar lo que quiere en el testamento; la sucesión de heredero forzoso ha de tener lugar por ministerio exclusivo de la ley, en cuanto a su *legítima*, bien disponga conforme con ella en el testamento, bien lo olvide, desconozca o contradiga: y en este sentido cuando esto suceda, el derecho a la legítima del heredero forzoso se defiende siempre por sucesión intestada» (145)... «La consecuencia de la anulación o nulidad de la institución de herederos por preterición de uno, varios o todos los herederos forzosos en línea recta, es la apertura de la sucesión intestada, total o parcial» (146). *Los preteridos «suceden» ab intestato en todo, en concurrencia con los demás herederos forzosos o llamados por la Ley abintestato; los desheredados, únicamente en dos tercios, o en uno tan sólo, en la hipótesis de haberse ordenado mejoras»* (147).

Esta anulación parcial y actuación de la sucesión intestada sólo en la parte del desheredado sin justa causa, no es una innovación del Código civil. Tiene precedentes del más rancio abolengo.

a) Se dice comúnmente que en Roma, apoyándose en la presuposición de que el testamento estaba hecho por un loco (148), *la querela* producía la invalidación del testamento—«testamentum ipso iure rescissum est» (149)—y la apertura de la sucesión «abintestato» (150). Pero es más exacto precisar que en los casos de

(144) Ver las notas 151 y sigs.

(145) Op. cit., tomo VI, vol. II, pág. 729.

(146) Loc. cit., pág. 140.

(147) Pág. 1141.

(148) No obstante, notan JÖRS y KÜNKEL (*Derecho privado romano*, traducción española de la 2.^a ed. alemana por L. PRIETO CASTRO, Barcelona 1937, página 465, nota 2), siguiendo la opinión de BESELER y LA PIRA, que: «Los juristas clásicos no es de creer que acudieran seriamente a tal razonamiento; todos los testimonios sobre el *color insaniae* que se hallan en el Digesto son de autenticidad muy problemática. Por ello hay que suponer que fueron los compiladores postclásicos quienes introdujeron en la literatura clásica la figura retórica tan familiar a ellos.»

(149) Dig., lib. V, tomo II, Ley 8, Ulpiano, párr. 16: «Si ex causa de inofficioso cognoverit iudex, et pronuntiaverit contra testamentum, nec fuerit provocatum, ipso iure rescissum est, et suus heres erit secundum quem iudicatum est, et bonorum possessor, si hoc se contendit; et libertates ipso iure non valent, nec legata debentur, sed soluta repetuntur aut ab eo, que obtinuit; et haes utili actione repetuntur. Fere autem, si ante controversiam motam soluta sunt, qui obtinuit, sepetit; et ita Divus Adrianus et Divus Pius rescripserunt.»

(150) Notemos que entre la preterición de un *suus* y su *exheredatio non rite facta*, existió la diferencia que media entre un supuesto de nulidad absoluta (caso de la preterición mediante el «*ius dicendi nullum*», en virtud del Derecho civil, si el preterido era *suus*, y por derecho pretorio, a través de la *bonorum possessio contra tabulas*, si era un emancipado) y la rescisión de algo civilmente válido (resultado del ejercicio de la *querela*). Distinción que destaca la Ley 1.^a del Tit. VIII, Partida sexta, cuando galanamente contrapone la posi-

pluralidad de instituidos o de legitimarios, se llegó a admitir que el testamento pudiese invalidarse sólo en parte (151). Al parecer, así ocurría:

1.º En supuestos de pluralidad de herederos instituidos en perjuicio de un hermano cuando sólo uno de aquellos fuera «*urpis persona*» (152), o siempre que, por otra cualquiera razón, la *querela* de un legitimario prosperase contra algún heredero y fracasase con el otro u otros (153).

ción del legitimario, a quien «oviessen desheredado a tuerto, e sin razón, que «pueda facer querella delante el Juez, para quebrantar el testamento en que lo oviessen desheredado»; del caso en que el testador «non fiziese enmiende en el testamento de aquél que avia derecho de heredar, heredándolo nin desheredándolo». En cuyo último supuesto observa que «tal testamento como éste non se quebrantaria pero non vale, nin es nada. E por ende, pues que non deve valer non se puede quebrantar». Nulidad inicial absoluta que se percibe en el fragmento de Papiniano, Ley 1.ª, Tit. III, Lib. XXVIII, del Digesto, y que GREGORIO LÓPEZ (glosa 10 a las palabras «non se puede quebrantar» de la Ley citada) comenta en estos términos: «Nam evacuar. et rescindi non potest id. quod nullum est, ut hic in l. non est si subconditioe vers post defectum, D. de injust. rupt.» (Dig. XXVIII-III, l. 5, donde Ulpiano afirma «non rumpit, quia nullus est»).

No obstante, en Derecho clásico—según JÖRS-KÜNKEL (op. cit., pág. 463)—la preterición de los *sui* que no fueren hijos de familia del testador ni póstumos de cualquier grado o sexo no anulaba el testamento, pero los preteridos concurrían a heredar con los instituidos (adscreecer?), recibiendo (¿cada uno?) la misma porción que el instituido, si era un *suis heres*, o todos la mitad de la herencia (Gayo 2, 124).

(151) Según GIRARD (*Manuel elementaire de Droit romain*, 8.ª ed., Paris, 1929, lib. III-V, tit. I, cap. III-II, nota 6, pág. 918), la nulidad absoluta se alcanzaba plenamente en los primeros tiempos, llegándose a admitir en el período clásico que el testamento afectado por la *querella* pudiese invalidarse sólo en parte en los supuestos que en el texto vamos a indicar. LA PIRA (*La successione ereditaria*, nota 1, págs. 437 y sigs. y 462 y sigs., según cita de JÖRS-KÜNKEL) conjetura que la rescisión parcial del testamento es principio clásico, y la total postclásico (pero prejustiniano), derivado de la idea de *color insaniae*. SIBER (*Röm. R.* II, págs. 373, núm. 23, y 378, citado igualmente en el JÖRS-KÜNKEL) atribuye respectivamente la rescisión total y parcial a dos acciones diferentes, una «*hereditatis petitio*» frente al testamento del demente y una acción impugnatoria por inoficiosidad del testamento. JÖRS-KÜNKEL (op. cit., págs. 465, nota 2, 466, núm. 4, y 467, nota 6) entienden inadmisibles en sus tonos tan absolutos el punto de vista de LA PIRA e insostenible de todo punto la explicación de SIBER, inclinándose a entender que la medida de la invalidez del testamento declarado inoficioso, era cuestión a determinar a su libre arbitrio por el Tribunal, que podía conservar en todo o en parte las instituciones y la vigencia de otras disposiciones. BOYÉ (*Essai critique sur une erreur juris.* La loi mater (Dig. V, 2, 19) et le Papirus de Heidelberg 1272, en *Revue d'Histoire du Droit*, tomo V, 1924, pág. 471, nota 4) se inclina a pensar, siguiendo a EISELE, que el sistema de la rescisión parcial se forja en la *querella* extraordinaria, más flexible que la *querella* cecumvital, sobre la que se impuso prontamente.

(152) Ulpiano, Dig. V, II, 24: «En la querella de inoficioso suele suceder las más de las veces, que en una y la misma causa se profieran diversas sentencias; pero ¿qué acontecerá si, querellándose un hermano, los herederos instituidos fueren de diversa condición legal? Lo que si sucediere, se entenderá que uno fallece en parte testado y en parte intestado.»

(153) Dig. V-II, 15, párr. 2.º (Ulpiano) y 25, párr. 1.º (del mismo). y Cod. III-XXVIII, 13, constitución de Gordiano.

2.º En caso de pluralidad de legitimarios injustamente desheredados de los que sólo alguno ejercite victoriosamente la *querela*, es decir, en la hipótesis antípoda de la anterior.

En este caso, la *querela* sólo llevaba a la sucesión intestada en cuanto a la cuota correspondiente al querellante (154).

3.º En la hipótesis de que entre los instituidos sujetos a la actuación de la *querela* exista un legitimario que no reciba mayor porción de lo que le correspondería "ab-intestato" (155).

(154) Así lo sostuvo WINSCHIED (*Dritto delle Pandette*, traducción del italiano, con notas de FADDA y BENZA, Torino, 1930, vol. III, párr. 584, pág. 265, nota 24). En contra, HUSKE, WITTE, VERING y SINTENIS, habían afirmado que en virtud de la sentencia obtenida por un legitimario, se abría totalmente la sucesión *ab intestato* incluso en beneficio de los legitimarios válidamente excluidos o debidamente silenciados y a favor de los herederos *ab intestato* no legitimarios (verbi gracia, antes de Justiniano, los hijos emancipados). WINSCHIED consideró que esta última solución supondría una grave infracción de la limitación subjetiva de la cosa juzgada, tanto más sorprendente cuanto que en el supuesto de pluralidad de herederos, siendo vencido con la querella sólo alguno de ellos, se respeta totalmente aquella regla limitativa. Más concretamente, se apoya en la Ley 16, pr. (Dig. V-II), que dice: «Con el hijo, que por su parte se querelló antes por el testamento inoficioso de su madre contra su hermano instituido y ganó el pleito, no concurre en la herencia legítima la hija, de quien aquél es hermano, que no se querelló o no ganó el litigio.» Fragmento que interpreta entendiendo que la afirmación de que la hermana, «que no se querelló o no ganó el litigio»—equiparación que debe tenerse muy presente—«in legitima hereditate non concurrat» con el hermano que esgrimió victoriosamente la acción, «no existe razón para entenderla en el sentido de que no concorra con él en la cuota hereditaria suya (de él); más bien de una sencilla argumentación en contrario se desprende (ya que si aquélla hubiese accionado victoriosamente, sería con él heredera *ab intestato* por la propia cuota hereditaria) que esa (la hermana) debe venir excluida de la herencia *ab intestato* en general».

(155) WINSCHIED va más allá (op. y vol. cit., pág. 267), afirmando que si el heredero testamentario que se halla frente al legitimario preterido, es a su vez heredero *ab intestato*, lo mismo si fué instituido solo o con otros herederos, no puede lograrse la invalidación del testamento en perjuicio suyo, sino en cuanto hubiese sido instituido en mayor porción de la que le correspondería *ab intestato*.

Textos legales que cita: los frags 6 y 7 del Tit. VII. *De dotis collatione*. Lib. XXVIII del Dig., y el discutidísimo texto de Paulo (Dig. V-II, 19) catalogado por los glosadores entre sus *leges damnatae*.

En el frag. 6 del Título *De dotis collatione*, Papiniano plantea y resuelve: «Pater filium emancipatum heredem instituit et filiam exheredavit, *quae inofficiosi lite per lata parte dimidium hereditatis abstulit*; non esse fratrem bona propria conferre cogendum respondi, nam et libertates competere placuit.» Y, en el siguiente, Paulo añade: «Nec ipsa dotem fratribus suis conferre, *quum diverso iure fratres sunt heredes.*»

El fragmento 19, antes citado, ha sido objeto de un detenido estudio por A. J. BOYÉ (*Essai critique sur une «crux iuris». La loi mat. (Dig. V, 2, 10) et le papirus de Heidelberg 1272*, en *Revue d'Histoire du Droit*, tomo V, 1924, páginas 464 y sigs.).

Este texto de Paulo, en su versión justiniana, dice así: «Mater decedens extraneum ex dotante heredem instituit, filiam unam ex quadrante, alteram praeteritit; haec de inofficioso egit, et obtinuit; quaero, scriptae filiae quomodo succurrendum sit? (BOYÉ—págs. 465 y sigs.—observa que no debe perderse de vista que esa hipótesis es planteada por Paulo en sus *Quaestiones*, obra de enseñanza, a diferencia de los *Responsae*, recopilación de dictámenes sobre ma-

terias concretas. Y que debe entenderse como puramente teórica la cuestión planteada, hipótesis de escuela con sus términos libremente elegidos, que no constituyen los elementos de proceso alguno efectivamente coronado por el triunfo total de la hija omitida). *Respondi: filia praeterita id vindicare debet, quod intestata matre habitura esset.* (Observa BOYÉ—pág. 466—que Paulo, a esta cuestión doctrinal, imprecisa o mal planteada, contesta netamente recordando la regla: La hija omitida debe reclamar necesariamente la parte que ella tendría *ab intestato*. No puede reclamar más. La solución es clara. Parece que no falta más que deducir las consecuencias. Pero...). *Itaque dici potest, eam, quae ommissa est, etiamsi totam hereditatem ab intestato petat, et obtineat, solum habituram unversam successionem, quamadmodum si altera omisisset legitimam hereditatem.* (Si Paulo, en el ver. ant., acaba de decir que la omitida no puede reclamar más que su parte *ab intestato*, ¿cómo puede seguidamente introducir por una conjunción de coordinación (*itaque*) una proposición contraria a la que acaba de admitir? WINSCHIED, pág. 267, nota 27, opinó que las dificultades de todo el fragmento se desvanecerían: 1.º Admitiendo que con las palabras «*itaque dici potest*» solamente se insinúa un motivo de duda, no una decisión. 2.º Eliminando como glosema en la proposición que comienza con la indicada expresión las palabras «*et obtineat*», de modo que esta proposición viniese a decir «que es lícito en todo caso afirmar que el vencedor pudiese, a base de la sentencia obtenida, conseguir con la «*hereditatis petitio*» la totalidad de la herencia. En lugar de «*quae ommissa est etiam si*», dice que propondría leer «*quae ommissa est testamento, si*». ¿Actuó Paulo a manera de abogado del diablo argumentando contra su misma opinión? No lo cree así BOYÉ—págs. 467 y sigs.—, que encontrando sospechoso este inciso, tanto en la forma como en el fondo, lo estima interpolado por los bizantinos, debiendo por tanto ser eliminado del texto clásico. *Sed non est admittendum, ut adversus sororem audiat agendo de inofficioso.* (También considera BOYÉ—págs. 468 y sigs.—interpolada esta frase.) *Praeterea dicendum est, non esse similem omitendi eam, quae ex testamento adiit.* (No es dudoso para BOYÉ—pág. 469—que ahí no hay sino una inoportuna anticipación sobre la continuación del fragmento); *et ideo ab extraneo semissem vindicandum, et defendendum, totum semissem esse auferendum, quasi semis totus ad hanc pertineat.* (Según BOYÉ—págs. 469 y sigs.—desde el punto de vista de fondo», si se hace abstracción de todo el pasaje *itaque adiit*, la proposición *et ideo pertinet* armoniza perfectamente con la primera proposición de PAULO *respondi habitura esse*. La solución de PAULO comprende así dos términos bien claros y armonizados: la excluida no deberá reclamar más que su parte *ab intestato*, ni podrá reclamarla más que al extraño. Interpretación que es confirmada en el Papiro de HEIDELBERG I.272, gl. III, donde se dice que «cuando un extraño es escrito heredero por seis onzas o más, quien intenta la acción de inoficiosidad no toma lo que le es debido de los dos herederos, sino sólo del extraño». Pero—pregunta BOYÉ—. ¿conservará el extraño alguna cosa? A entenderlo así inclina la letra de este inciso). *Secundum quod non in totum testamentum infirmatur, sed pro parte intestata efficitur, licet qua si furiosae iudicium ultimum eius damnatur* (Si no en la forma, en la sustancia, este pasaje—según BOYÉ, página 472—pudo proceder del mismo PAULO, en cuanto la cuestión puesta tendía a saber si la hija escrita no estaba expuesta a ver caer por entero el testamento). *Ceterum si quis putaverit, filio optinente totum testamentum infirmari, dicendum est, etiam institutum ab intestato posse adire hereditatem; nec enim quae ex testamento adiit, quod putat valere, repudiare legitimam hereditatem videtur, quam quidem nescit sibi d'ferri.* (Acceptando la sucesión testamentaria, no debe entenderse eventualmente repudiada la sucesión legítima. Según BOYÉ—pág. 473—, el razonamiento no es de una gran firmeza jurídica. Del hecho que la instituida pueda aún aceptar la sucesión abintestato no dimana para nada la necesidad lógica de considerarla como «*heres scripta*», sino al contrario debería recibírsela como heredera abintestato. En cuyo caso—en la hipótesis estudiada—la situación sería bien distinta, tanto para ella como para el extraño. Así, la instituida en una cuarta parte, de suceder abintestato recibiría la mitad y sin tener que pechar con carga testamentaria alguna, y

Concretando, como explica Bonfante (156), en Roma la *querela* «tiene un carácter prejudicial; con ella se obtiene la rescisión del testamento, después de lo cual, el legitimario podrá pedir su cuota con la *hereditatis petitio ab intestato*»; y el testamento «puede ser rescindido tanto total como parcialmente; en esta segunda hipótesis se tiene una nueva excepción al principio *nemo pro parte testatus pro parte intestatus*, etc».

En todos esos casos, los romanos nos ofrecen un ejemplo de cómo deben adecuarse el medio con el fin perseguido, aun cuando se sacrifique la lógica dogmática y los principios preconstituídos. En efecto, llegan al resultado más justo y más proporcionado a su causa, sin perjuicio de tener que pasar por encima del principio «*nemo pro parte testatus pro parte intestatus descendere potest*» (157) y de contrariar la lógica dogmática, admitiendo que un

nada recibiría el extraño. Por otra parte, si la hija instituida no puede entenderse renunciante de su herencia intestada, no será porque ignore que la sucesión legítima le es asignada, sino porque esta sucesión no se abrirá sino después del triunfo de la querellante, y porque no puede renunciarse a una sucesión no abierta. La forma del pasaje confirma también la sospecha de que debieron interpolarlo los bizantinos), *cum et hi, qui sciunt, ius suum, eligentes id, quod putant sibi competere, non amittant* (Los términos excesivamente generales de este argumento a fortiori agravan la sospecha de interpolación a juicio del propio BOYÉ—pág. 474—). *Quod evenit in patrono, qui iudicium defuncti falso opinione motus amplexus est; is enim non videtur honorum possessionem contra tabulas repudiasse* (Ejemplo puesto para ilustrar la anterior consideración general). *Ex quibus apparet, non recte totam hereditatem praeteritam vindicare, quum rescisso testamento etiam institutae saltem ius sit adeundae hereditatis* (Tampoco cree BOYÉ—pág. 475—que este resumen final sea de PAULO. Principalmente, porque se insiste sobre la rescisión total desarrollada en los pasajes sospechosos de interpolación, y deja en silencio la idea, capital para el jurista clásico, a saber que la hermana omitida no puede reclamar más que la mitad de la sucesión).

En conclusión, BOYÉ cree discernir el fondo clásico del texto, a través de sus complicaciones, oscuridades y contradicciones, concretados en estos o parecidos términos. «La hija omitida no podrá intentar la *querela inofficiosi* más que por su parte *ab intestato*. Esta parte no podrá reclamarla más que al *extraneus* instituido, el testamento no será rescindido sino en partes». Las dificultades del texto no le parecen resueltas por las conciliaciones, las combinaciones, las distinciones sutiles o arbitrarias propuestas por glosadores, postglosadores y pandectistas. Vanamente se ha intentado explicarlo como texto homogéneo. El presidente FABRO había ya comprendido perfectamente que los pasajes que implicaban la posibilidad de una rescisión total del testamento no pueden expresar la opinión de PAULO. Tampoco la forma como están insertos permite pensar en qué expusiese y discutiese una opinión clásica contraria a la suya. Los incidentes y las contradicciones que sobrecargan la solución provienen en realidad de los bizantinos, posiblemente a través de la adición de glosas anteriores a la obra de TRIBONIANO (págs. 475 al fin).

(156) *Instituciones de Derecho romano*, traducido al castellano de la octava edición italiana por L. BACCI y A. LARROSA, revisada por CAMPUZANO, Madrid, 1929, págs. 627 y sigs.

(157) Así concluye el párr. 2.º del frag. 15 h. t. «*quia credimus cum legitimum heredem pro parte esse factum; et ideo pars hereditatis in testamento remansit. Nec absurdum videtur, pro parte intestatum videri*». El frag. 24 también observa: «*Quodsi fuerit, pro parte testatus, pro parte intestatus decessisse videbitur*». El párr. 1.º del frag. 25 afirma, «*quia testamentum pro parte valet*».

misimo testamento pueda en parte ser deferido por un hombre capaz y en parte ser obra de un loco.

A este respecto, entre nuestros clásicos, Gregorio López (158) determinó: «et natura querelae est, quod non detur contra illum, qui erat successurus ab intestato et non habet ultra quam sibi tangat ab intestato». Y Antonio Gómez (159), estudiando contra quién se da y compete la *querela*, afirmó: «Si vero fiat restitutio pro parte hæreditatis, et non in totum: pro ea tantum potest intentari: et pro ea rescindetur testamentum.»

En estos supuestos de rescisión «pro parte» de un testamento, en Derecho romano antejustiniano, según una constitución de Gordiano (160), no se debían los legados ni los fideicomisos, en cuanto a la parte en que se anuló el testamento, por más que competiesen las libertades directas y debiesen darse los fideicomisos.

El Cap. III de la Novela CXV de Justiniano, introdujo una profunda innovación, ordenando que de los testamentos rescindidos, en virtud del ejercicio de la *querela*, se cumpliesen, no obstante, en los legados, fideicomisos, libertades, nombramientos de tutores, y demás disposiciones legalmente permitidas ordenadas en los mismos (161).

La Ley 7 del Tit. VIII, Partida sexta, recoge esta doctrina afirmando «que como quier que el fijo, o el nieto, que fuesse desheredado en el testamento lo quebrantasse por alguna de las razones sobredichas, con todo esso las mandas que fueron y escritas, e las libertades, que fuessen y mandas, e otorgadas a los siervos non se embargan nin se desatan por esta razón». Y la Ley 24 de Toro (162) para las mejoras de tercio y quinto, aclarando anteriores dudas (163), extendió definitivamente esta doctrina a su-

(158) Gl. 7 a la Ley I, tit. VIII, Partida sexta.

(159) *Variae Resolutiones Iuris Civilis Communis et Regii* (Lugduni, 1701). Libro I, cap. XI, núm. 15 (pág. 142).

(160) Cod. III-XXVIII, 13: «Quum duobus heredibus institutus, uno ex quinque, alterum ex septem unciis adversum eum, qui ex septem unciis heris scriptus fuerat, iusta querela contendisse ab altero autem victum se fuisse alleges, pro ea parte, qua resolutum est testamentum, quum iure intestati qui obtinuit, succedat, neque legata, neque fideicommissa es debentur, quamvis libertates ex directe competant, et fideicommissariae prestandi debent».

(161) «Si tamen contigerit in quibusdam talibus testamentis quaedam legata vel fideicommissa, aut libertates, aut tutorum dationes relinqui, vel quaelibet alia capitula concessa legatibus nominari, ea omnia iubemus adimpleri, et dari illis, quibus fuerint derelicta, et tanquam in hoc non rescissum obtiniant testamentum».

(162) «Cuando el testamento se rompiere, o anulare por causa de preterición, o exheredación, en el qual oviere mejoría de tercio o quinto, no por eso se rompa, ni menos deje de valer el dicho tercio e quinto, como si el dicho testamento no se rompiese».

(163) Con posterioridad a la Novela CXV de Justiniano, no siempre habiendo exactamente precisados por la doctrina los linderos entre la preterición y la desheredación injusta.

a) Por de pronto, en Derecho romano, la preterición verificada por la madre o por los ascendientes maternos se consideraba como una desheredación (Codex, III-XXVIII, 15: «Filiam preteritam a matre ad successionem eius ultra inofficiosi querelam adspirare non posse, explorati iuris est»). Esta dis-

tinción, según la línea ascendente causante de la preterición, la vemos rechazada por ANTONIO GÓMEZ («*Ad Legem Tauri...*», XXIV, núms. 1-2, vers. 10.º, página 167). Por el contrario, LLAMAS y MOLINA (*Comentario crítico jurídico y literal a las ochenta y tres Leyes de Toro*, 3.ª edic., Madrid, 1853, Tomo I, Ley 24, núms. 11, 26, 27, 29; págs. 434-5 y 438-9), la sostienen todavía. Opinión que es criticada duramente, en su versión del *Febrero*, por GARCÍA GOYENA (tomo I, tit. XI, núm. 1.234, pág. 414), con estas palabras: «La suidada de los herederos fué el primer origen de los efectos que dieron a la preterición y de él se resintió, a pesar de las modificaciones hechas por Justiniano: de aquí viene también que no siendo los hijos herederos suyos de la madre, el silencio o preterición de aquéllos en el testamento de ésta equivalía a la desheredación hecha por el padre; pero ¿qué tenemos que ver nosotros con estas injustificables distinciones y sutilezas?»

b) En segundo lugar se discute a qué lado de la línea fronteriza se encuentra la preterición hecha expresamente y con indicación de causa. Verbi gracia, la verificada con estas palabras: «*talem filium meum ideo non institui, quia me vulnerabit*» o «*ideo eum pretereo, vel non instituo, neque exheredo quia me verberabit*». E igualmente cuando, sin determinar su causa, se formuló expresamente la voluntad de preterir nominativamente concretada.

Por una parte, BAROLO, BALDO, FABRO y muchos otros autores (citados por GÓMEZ) opinaron que al hijo de quien se dijere que «se le pretería», no se le instuyó ni desheredó, requisito alternativamente necesario para que el testamento del padre de familia no fuese inicialmente nulo.

De otra, GREGORIO LÓPEZ (Glosa 7 a la Ley 11, Tit. VII, Partida sexta) afirmó: «*si enim opponeret verba privativa, tunc esset exhaereditatio, et non preteritio*»; y ANTONIO GÓMEZ (*Varias Resoluciones...*, tomos primos, cap. XI, número 3, págs. 134 y sigs.) distinguió según se hubiese indicado o no la causa de dicha expresa preterición, aceptando que en el primer caso valiese como desheredación, si el heredero instituido probase su certeza, y que diese lugar a la *querela* de *inofficiosi testamenti*, si no lograba probarla, y no a la acción de nulidad. De no expresarse la causa, la consideró como verdadera preterición (núm. 11, págs. 139 y sigs.).

COVARRUBIAS (*Opera Omnia*, Antuerpiae, 1614, tomo I, *De testamentis*, capítulo Raynutius XVI, *De exhaereditationis et praeteritionis*, núm. 3, pág. 63), a quien sigue LLAMAS y MOLINA (op., vol. y cap. cit., núm. 17, pág. 437), después de observar que la institución de heredero se puede hacer con palabras equivalentes (v. gr., Ticio sea señor de mi herencia), concluyó que lo mismo podía suceder en la desheredación, por no ser necesario que se exprese con palabras precisas y determinadas.

Esta última opinión, en cuanto es menos formulista, nos parece la más racional y lógica.

c) El supuesto de disposición de la legítima a título de legado—a lo que equivaldría su asignación en cosa cierta, salvo si se atribuyese a título de herencia—, instituyéndose a algún extraño, fué considerado por GREGORIO LÓPEZ (Glosa 6 a la Ley 5. Tit. VIII, Sexta Partida) y MATIENZO (op. y glos. cit., número 57, fol. 81) como supuesto de nulidad por preterición. Contra el parecer de FERNANDO VÁZQUEZ DE MENCHACA (*De successionum creatione, progressum effectum et resolutione tractatus*, Salmanticae, 1559, lib. II, núm. 245, folio 224), que lo consideró como supuesto de desheredación injusta, que por tanto no daba lugar al ejercicio del «*ius dicendi nullum*», sino de la «*querela de inofficioso*».

Hoy esta cuestión ha perdido todo interés, pues en virtud del artículo 815 del Código civil puede el testador dejar la legítima por cualquier título—aunque no sea el de herencia—sin incurrir en vicio de preterición ni en desheredación injusta; no dando lugar sino a la acción *ad supplementum* cuando lo dejado «por cualquier título» al legitimario no alcanzare el valor de lo que según ley debía corresponderle.

d) En terreno igualmente discutido se halla la desheredación hecha sin expresión de causa.

GREGORIO LÓPEZ (Glosa 7 a la Ley 7.ª, Tit. VIII, Sexta Partida), reco-

giendo la opinión de BARTOLO, aceptó «quod exhaereditio facta sine causa, tamquam non solemn. hab. re debet pro praeteritione paterna».

DUARENO (cit. por LLAMAS Y MOLINA, págs. 435 y sigs.) fué de la misma opinión, en cuyo apoyo citó el fragmento 12 del título I, libro III, de la Instituta, que hablando de los hijos preteridos dice textualmente: «id est neque hereditatibus institutis, neque ut oportet exhereditatis». Pero este inciso «oportet exhereditatis» no es probable que se refiriese a la expresión de la causa, ya que no se exigía en el Derecho pretorio, al que alude el texto, ni posteriormente con anterioridad a la Novela CXV. Seguramente se refirió a que la desheredación se hubiere hecho «nominatim» y no simplemente «inter coeteros».

ANTONIO GÓMEZ (op. últ. cit., núm. II, pág. 139) fundamentó la misma afirmación en la Ley 30 pr., lib. III, tit. XXVIII, del Codex, y seguramente en las palabras: «Nam si nullam eorum quasi ingratorum fecerit mentionem, non licebit eius heredibus ingratos eos nominare et huiusmodi questionem introducere.» Pero, en realidad, de este inciso sólo puede deducirse que si el testador no señaló la causa de desheredación, no puede el heredero probar su certeza y, por lo tanto, queda indefenso ante la demanda del desheredado, sin que se presuponga que con ésta se ejercite precisamente la acción de nulidad y no la *querela*.

Contrariamente, COVARRUBIAS (op. y vol. cit., cap. Raynutius XVI, *De exha. red. et praeterit.*, núm. 7, pág. 63) y VINNIO (*Institutionum imperialium commentarius academicus et forensis*, El. Novma, Lugduni, 1755, tomo I, páginas 448 y sigs., lib. II, tit. XVIII, ley 2, num. 3), entre otros, opinaron que la desheredación sin expresión de causa no daba lugar a la nulidad del testamento, sino a su rescisión por el ejercicio de la *querela*. Es decir, que encababa en los supuestos de desheredación injusta y no en los de preterición.

Razones: Antes de la Novela CXV de Justiniano, sólo se entendía preterido al hijo omitido en el testamento y la desheredación podía verificarse válidamente sin necesidad de precisar su causa. Más tarde se introdujo la *querela* para remediar los casos en que esa desheredación, sin expresión de causa, se hubiese verificado contra el officio impietatis. Justiniano no modificó este Derecho antiguo más que en dos extremos: Exigiendo, para que prosperase la *querela*, no sólo la prueba de la justa causa de desheredación, sino que precisamente la hubiese expresado en su testamento el desheredante. Y, en segundo lugar, disponiendo que, rescindiendo el testamento, por no ser cierta la causa alegada, permaneciesen válidos y subsistentes los legados, aunque se invalidase la institución de heredero. Pero no modificó el concepto de la institución ni los demás términos de la misma.

Por lo tanto, si según el Derecho antiguo, al hijo desheredado sin expresión de causa, le competía la *querela* y no la acción de nulidad—«iure antiquo exhaereditatis, etiam suis, non competebeat ius dicendi nullum, sed querela»—, del mismo modo debe entenderse que le siguió correspondiendo después de la Novela CXV—«et id ius non corrigitur, in Justinianeae Novella, igitur querela etiam odio locum habet, non ius dicendi nullum»—. Con la diferencia, respecto al anterior régimen, de que, en el nuevo, el heredero no podía probar que el desheredado hubiese incurrido en una causa legal de desheredación que no hubiere sido expresada en el testamento.

Esta opinión, a pesar de las vacilaciones de SALA (*Ilustración del Derecho real de España*, 2.ª ed., Madrid, 1820, tomo I, pág. 174, lib. II, tit. V, número 27, donde, después de algún titubeo, concluye que «la cuestión de si eran nulos o necesitaban rescindir tales testamentos, tan reñida, atendido al Derecho real entre sus intérpretes, queda, a nuestro entender, también dudosa en las Leyes de Partida e inclinamos más a que necesitan rescisión»), y excepto el voto en contra de BENITO GUTIÉRREZ (op. cit., tomo III, pág. 427), es la que parece imponerse entre nuestros autores inmediatamente anteriores y contemporáneos al período precodificador. Así LLAMAS Y MOLINA (op. y vol. cit., Ley XIV, núm. 20, pág. 437), ESCRICHE (*Diccionario...*, cit., tomo I, pág. 633) y GARCÍA GOYENA (*Concordancias...*, tomo II, art. 669, pág. 112).

También el artículo 669 del Proyecto de 1851 equiparó los casos de desheredación «sin expresión de causa, por una que no sea de las legales o cuya cer-

puesto de preterición, aun cuando cierto limitado sector de la doctrina mantuvo la opuesta opinión (164).

teza no haya sido probada». Criterio que, en cuanto a este trato igualitario, ha seguido nuestro vigente artículo 851 C. c. Resolviéndose así el viejo y discutido problema.

Queda sólo ya como discutible el supuesto de que se nombre a un hijo en el testamento, sin que luego se le instituya, ni deje cosa alguna en el mismo, no sólo sin expresar la causa, sino ni siquiera desheredándole de modo concreto. CLEMENTE DE DIEGO (*Instituciones...* vol. cit., pág. 231) afirma que, a pesar de haber sido nombrado, habría preterición. Desde luego optamos por esta solución en el supuesto de que se nombrasen a todos los hijos al hacer el testador su referencia familiar y se omitiese alguno al relacionarlos de nuevo en la cláusula de institución. V. gr.: «Tengo cinco hijos llamados A, B, C, D y E»; y luego: «Instituyo herederos a mis hijos A, C, D y E», sin indicar nada respecto de B, en favor ni en contra. Pues puede presumirse hubo omisión involuntaria del nombre de éste, de no deducirse cosa distinta de las restantes cláusulas del testamento.

(164) Entre glosadores y comentaristas del Derecho romano se suscitaron serias dudas acerca de la interpretación de la Novela CXV y de la *Authentica ex causa*. Dudas que nuestros autores extendieron a la exégesis de las Leyes de Partida. Incluso alguno hubo que pretendió prolongarlas después de la disposición de la Ley 24 de Toro.

a) La *Authentica ex causa*, extracto—tal vez debido a Irnerio—de los últimos versículos del párrafo 14, cap. III, Novela CXV, dice así: «Ex causa exheredationis vel preteritionis irritum est testamentum quantum ab institutionis: caetera namque firme permanent.» Mientras los indicados versículos de la Novela expresan más detalladamente esta idea de la nulidad de la institución, y validez de los legados, fideicomisos, libertades, nombramientos de tutores y demás cosas permitidas por la Ley contenidas en el mismo testamento, y la refieren al incumplimiento de las disposiciones contenidas en el mismo capítulo: «Si autem haec observata non fuerint, nullum exheredatis—obsérvese que sólo dice *exheredatis*, no hablando de los *preteritis*—liberis praeiudicium generari...»

Esta disparidad en la terminología de la Novela y su *Authentica* se ha querido explicar desde opuestos ángulos visuales.

De una parte, algunos autores afirmaron que el indicado capítulo III de la Novela CXV nada innovó respecto a la antigua doctrina romana de la preterición, que arrastraba la nulidad total del testamento en que se cometieran dichas faltas. Esta opinión tiene a su favor la letra del versículo «sive igitur» de la Novela, que hablando de la conservación de los legados y demás, no nombra a los «preteridos», sino sólo a los «desheredados». Explicándose que la *Authentica ex causa*, al hablar de la preterición, se refería exclusivamente a la verificada por la madre o ascendientes maternos, que, como expresamos, estaba equiparada a la desheredación, ya que sólo producía la ruptura del testamento mediante el ejercicio de la *querela* (Cod. III, XVIII, 15).

La opinión contraria entendía que la palabra «exheredatio», en el versículo «Sive igitur», fué empleada en sentido lato, comprensivo de toda acción de exclusión a un legítimo de la herencia, tanto verificada de forma expresa como tácita.

DONELO (cit. por LLAMAS, pág. 433) hizo notar, al efecto, que el versículo «Si tamen» usa la expresión «in quibusdam talibus testamentis»—y no «in eadem testamentis»—, de cuya expresión, con sutileza tal vez excesiva, pretendió deducir que no se limita a comprender solamente a los hijos que fueren desheredados. Y BARTOLO (cit. por GREGORIO LÓPEZ), así como los demás autores que consideraron la desheredación hecha sin expresión de causa como supuesto de preterición, se fijaron en que el versículo «Sive igitur»—al que alude el versículo «Si autem haec observata», al prevenir «mas si no se hubiesen observado estas disposiciones»—comprende conjuntamente los requisitos de

Como consecuencia de la innovación de la Novela CXV, de admitir la validez de los legados dispuestos en testamento inoficioso,

expresión de causa por el testador y de prueba de su certeza por los herederos instituidos.

b) En el Derecho Histórico-Castellano, la Ley 7, tit. 8.º, Sexta Partida, en su apartado 4.º dispuso: «Otro sí dezimos, que como quier que el fijo, o el nieto, que fuesse desheredado en el testamento, lo quebrantasse por alguna de las razones sobredichas, con todo esso las mandas que fueron y escritas e las libertades, que fuessen y mandadas, e otorgadas a los siervos, non se embarcan, nin se desatan por esta razón.»

La interpretación de este fragmento también suscitó notables dudas.

Por un lado, es de observar que la Ley 1.ª del mismo título distingue los casos de desheredación injusta y de preterición, señalando que sólo en los primeros supuestos el testamento se puede quebrantar, pues en el caso de que «non fiziesse enmiene en el testamento, de aquel que avia derecho de heredar, heredándolo, nin desheredándolo, tal testamento como este non se quebrantaria; pero non vale nin es nada». Deduciendo, «pues que non deve valer non se puede quebrantar». Razonamiento, que relacionado con las expresiones «fuesse desheredado» y «lo quebrantasse», impuestas en la Ley 7, parece demostrar que la citada disposición adoptó una postura análoga a la de quienes entendían la Novela CXV, cap. III, en el sentido de que la preterición anulaba totalmente el testamento y la desheredación solamente rescindía la institución, pero no invalidaba las demás disposiciones en el mismo contenidas.

En cambio, GREGORIO LÓPEZ, glosando las palabras de este título «quebrantado» («Quebrantado seyendo el testamento por alguna de las razones sobredichas en las leyes de este título») y «lo quebrantasse» («Lo quebrantasse por alguna de las razones sobredichas»), opinó que debía entenderse «sive ex causa exhaeredationes, sive ex causa praeteritionis...», «et quod hic dicit *quebrantando*, intellige largo modo, et procedat etiam evacuat, seu, annullato testamento ex causa praeteritionis» (glosa 1.ª). Y «Sive per *querelam* sive per jus dicendi nullum, vel per bonorum possessionem contra tabulas» (glosa 7.ª). Fundando su opinión en que la Ley 1.ª del mismo título antes citada, «aequiparat exheredationem perperam factum, et praeteritionem, et ita est, quod exheredatio facta sine causa, tamquam non solemnis, habere debet pro praeteritione paterna». Así como también en la Ley II del título VII de la misma Partida, puesto que señala que si el hijo que desheredare al padre sin expresar que lo hace por alguna de las causas legalmente fijadas (lo mismo que si luego no probare su certeza), «non valdrá el testamento quanto en el desheredamiento del, mas las mandas, e las otras cosas que el testador estableciesse en el testamento, son valederas». Disposición que para quienes, como él, consideran que es lo mismo «filius non fuit exheredatus vel praeteritus», tiene decisivo valor al aplicarlo analógicamente de la desheredación de los ascendientes a la de los descendientes.

c) La Ley 24 de Toro de que nos ocupamos habló en paridad de desheredación y preterición.

No obstante lo cual, LLAMAS Y MOLINA (op. y cap. cit., núm. 27, pág. 439) todavía pretendió sostener que esta Ley, al hablar de la *preterición*, no hizo sino copiar a la *Authentica ex causa*, y que a dicha palabra debía dársele en la Ley 24 igual sentido que en aquella, según la interpretación por el mismo aceptada, es decir, limitándolo a comprender la preterición hecha por la madre o ascendientes maternos. Pero esta opinión es justamente criticada por GARCÍA GOMENA (*Febrero...* vol. cit., pág. 414), que se extraña de verla afirmada «con tanta seguridad y magisterio», encontrando injustificables estas distinciones y sutilezas.

ANTONIO GÓMEZ (*Ad Legem Tauri...* Ley XXIV, núm. 3, vers. «*Sed his non obstantibus*», ap. 2.º, pág. 160), comentando la citada Ley de Toro, planteó la siguiente distinción: «Ut intelligatur, et procedat (la validez de las mejoras aunque se anule la institución) quando filius est praeteritus scienter, secus vero si ignoranter, quia non conferuabitur, sed erit nullius momenti.» Pero

debió entenderse modificado el criterio de la antes citada constitución de Gordiano. Así, Salgado de Somoza (165) resuelve que «si filios agat de inofficioso contra duos haeredes et unum vincat, et ab alio vincantur, pro parte in ea que vincit tenentur creditoribus et legatariis, et alii fere infiniti».

b) Interpretando esta Ley 24 de Toro, se planteó la duda de si solamente era aplicable al supuesto de que las mejoras de tercio y quinto se otorgasen por vía de legado o si igualmente debía ex-

esta salvedad, hecha para el caso de que la preterición se hubiera verificado «ignoranter», no satisfizo a los autores del periodo preparatorio de nuestra codificación. Así por GARCÍA GOYENA (*Febrero...*, vol. cit., núm. 1.324, pág. 415) y por BENITO GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ (*Códigos...*, vol. cit., pág. 426) se alegó lo dispuesto en la Ley 20, título III, libro IV, del Fuero Juzgo tratándose de un póstumo: «E si el marido muriese, e deja la mujer preñada, el fijo que nasciere después, sea heredero igualmente en la buena del padre con los otros fijos. E si non dejare nengun filo, e diere su buena a quien quisiera mandamos que puede dar la quarta parte (luego sería la quinta) e las tres partes debe aver aquel que nasció después de la muerte del padre.» Es decir, que, en este caso, el póstumo recibiría su parte de legítima, pero sin perjuicio de que la porción de libre disposición quedase para el extraño instituido.

d) El proyecto de Código civil de 1851 señaló idénticos efectos a la preterición y a la desheredación injusta en lo relativo a la ineficacia de la institución de herederos y validez de las demás disposiciones contenidas en el testamento. Así el artículo 644, párr. 1.º, decía: «La preterición de alguno o de todos los herederos forzosos en línea recta, sea que vivan al otorgarse el testamento o nazcan después, aun muerto el testador, *anula la institución de herederos, pero valdrán las mandas y mejoras en cuanto no sean inoficiosas.*» Y el 669 que: «La desheredación hecha sin expresión de causa o por alguna que no sea de las legales o cuya certeza no haya sido probada, *anula la institución de herederos; pero valdrán las mandas y mejoras en cuanto no perjudiquen a la legítima.*»

GARCÍA GOYENA (*Concordancias...*, vol. cit., pág. 95), comentando el primero de estos dos artículos, afirmó: «El artículo hace sencillo lo que hasta ahora había sido embrollado y dudoso. Su justicia resalta por lo exorbitante de la legítima actual comparada con la de los Códigos antiguos y modernos; por esto deberá regir, aun cuando el testador ignore la existencia del heredero forzoso, contra lo que opina Gómez.»

e) Nuestro Código civil, en su artículo 814, por lo que se refiere a los efectos de la preterición de herederos forzosos en la línea recta, recoge la doctrina del artículo 644 del Proyecto de 1851, disponiendo que «anulará la institución de herederos, pero valdrán las mandas y mejoras en cuanto no sean inoficiosas».

En los supuestos de desheredación injusta, el artículo 851 llega directamente a la solución que, como veremos, trataban de alcanzar indirectamente algunos clásicos castellanos. Ya que no sólo dispone que «valdrán los legados, mejoras y demás disposiciones testamentarias en lo que no perjudiquen a dicha legítima», sino que, igualmente, limita la anulación de la institución de herederos «en cuanto perjudique al desheredado».

(165) *Labrynthus creditorum corrurentium*, Lugduni, 1757. párr. II. capítulo XI. núms. 38 y 39. págs. 403-4. Explicando en el número 30: «Ex quibus juribus constat, quod licet a principio legatariis, et creditoribus integra fuerit quaesita obligatio adversus scriptos haeredes, et omnia bona simul hipotecata legatariis quaesita; tamen, post factam haereditatis divisionem pars hereditatis relicta per filiam libera remansit, et alia pars quae penes haerodem vicentem remanet, pro parte dumtaxat creditoribus tenetur: attenda diversum sententiarum divisione, et separatione, et hoc fundamentum ex sequentibus valoratur.»

tenderse a los casos en que se defiriesen a título de herencia (166). Palacios Rubio sostuvo la primera interpretación si el hijo instituido en tercio y quinto no lo hubiese sido en el remanente juntamente con sus hermanos no preteridos (167), y la contraria opinión para el caso de que el mejorado hubiese sido también instituido en el remanente (168). Es decir, que de no instituirse en dicho remanente al mejorado, éste, anulada la institución, sólo salvaba la mejora si se le defirió como legado o como prelegado (169) y si la nulidad del testamento no fué por él invocada, sino por otro preterido (170). Pero también entendió que de instituirse al mejorado en el remanente con sus hermanos no preteridos debía mantenerse la mejora como prelegado, aunque ésta se le hubiere dejado a título de herencia o con palabras vulgares equivalentes a la institución según la doctrina.

(166) Así plantea el problema ANTONIO GÓMEZ (*Ad Legem Tauri...*, Ley 24, número 3.º, vers tertio, pág 170): «*si pater vel mater instituit aliquos filios heredes, et unum praeterivit vel exhaeredavit, et alterum et diversum in tertio et quinto melioravit per viam institutionem, dicendo talem filium meum instituo in tertio et quinto bonorum: vel per alia verba directae institutionis, et postea filius praeteritus vel exhaeredatus annullet vel rumpat testamentum*».

(167) Ocupándose de este supuesto, en el núm. XI, aps. 2 y 3, en estos términos: «*Cum autem testamentum ex causa praeteritionis vel exheredationis rumpatur, quod ad institutionem et infirmetur, videtur quod etiam debeat rumpi quoad tertiam bonorum filiae relictam, in qua videtur filia instituta. Et sic nullo pacto poterit illam titulo praelegati retinere: quamvis ea contenta, velit a patris successione recedere: quia ut paulo ante dicebamus, illud, quo fit ad diminutionem, non debet operare augmentum.*»

(168) Loc. cit., núm. XII: «*Teneas ergo secundam casus positionem. nam si testator relinquit filio tertiam, et eum simul cum alio instituit heredem: quamvis testamentum rumpetur ex alterius praeteritione nimirum si consecutur tertiam iure praelegati, quia non videtur in eo institutus, eo quod ultra tertiam fuit simul cum fratre institutos, nec fuit ei relictam ad diminutionem: sicut in alia casus positione, ubi filiae reliquit tertiam, et in residuo alios instituit heredes*». XIII. «*Per ista patet quando relictum tertiae fit institutio vel legatum*».

(169) XIV. «*Vel pone casum aliter et quarto. Testator filiae legavit tertiam bonorum, alios duos fratres heredes instituit et quartum praeterit, rumpitur testamentum ex causa praeteritionis, quaeritur an filia retinebit tertiam iure praelegati, et videtur quod sic per istam legem... Et sic non obstant eaque superior dicta sunt in tertia casus positione (se refiere al supuesto en que a la hija se le instituyó en tercio y quinto—o si estas porciones se le dejaron con palabras comunes—instituyéndose a los otros dos hermanos y pretiriéndose al cuarto), quia ubi testatur usus fuit verbo *relinquo* simpliciter sine legati adiectione (lo que entendía equivalente a la institución). Habebit ergo (en el caso cuarto) tertiam iure praelegati, et in super habebit legitimam ab intestato ad quam vocantur simul cum fratribus.*»

(170) XV, aps. 2.º y sigs. «*In hoc autem casus positione, loquimur ubi alter praeteritus impurgnavit, non ille cui fuerat tertia relictam. Hoc est capitale fundamentum, quare ibi non sustinetur legatum, secundum Iasonem post. Bal. et alios in dict. autem. ex causa quia ille praeteritus vel exheredatur cui erat legatum relictum, infringit testamentum. Ergo secus erit, ubi non ille, sed alius infringit. Et ideo hanc positionem credo esse veram, quae potest iurari ac auctoritate glossarum. Cyni. Pauli. et aliorum, quos in prima casus positione memoravimus, qui in fortioribus terminis tenuerunt hanc conclusionem, ubi indenmet melioratus infringebat testamentum.*»

En cambio, Antonio Gómez (171) fué de la opinión de que rescindiendo el testamento por preterición o desheredación de un hijo, no se invalida nunca la mejora deferida a otro a título de institución, considerando que «iste filius melioratus succedat ab intestato in sua legitima et in super per viam praelegati et fideicommissi sibi restitutio residui usque ad valorem tertii et quinti; quia dispositio patris vel matris erga filios etiam respectu solemnitatis inválida, debet ab intestato servari». Fundando su opinión en el valor codicilar (172) que atribuye a todo testamento dispuesto a favor de los hijos (173). Cuyo dictamen vemos compartido, en su resultado, sino en su explicación, por Covarrubias (174) y

(171) «Ad Legem Tauri...» loc cit.

(172) Ley XXIV, núm. 3, párr. final (pág. 170). «Item etiam, quia semper in testamento condito inter liberos censetur tacite apposite clausula condicillaris, quae facit actum valere omni meliori modo quo possit, et per consequens operatur ut maior pars et portio quam legitima filio relicta vel assignata in testamento restituatur sibi ab intestato per cohaeredes, per viam praelegati et fideicommissi.»

Y Ley III, núm. 86, párr. 1.º (pág. 82) «Quartus effectus est, quia si pater fecit testamentum inter liberos aliquem universaliter instituendo, alios vero praetereundo vel iniuste exhaereditando vel quosdam inaequaliter instituendo, et postea annulletur vel rumpatur testamentum, talis filius universaliter institutus vel filij inaequaliter instituti, qui maiorem partem receperunt, censetur meliorari in eo quod sit ultra legitimam, et sic omnes succedent ab intestato, sed filius vel filij instituti percipiant iure praelegati vel meliorationis partes sibi assignatas in institutione ultra legitimas eorum.»

(173) Ver «Ad Legem Tauri...» Ley III, núms. 62, 64, 65 y 75 (págs. 24 a 26). Se apoya en la glosa a la Ley *Cohaeredis* (Dig. XXVIII-VI, 41), párr. *cum filiae* (2.º) palabra *non valit*, según la opinión de JUAN DE IMOLA, ARETINO, JASÓN en la glosa a la Ley *Filii patri* (Cod. III-XXXVI-16), según notó y comentó FUGOSIO, glosas de ALEJANDRO a la Ley 3 Cod. VI-XXIII, y del mismo y de JASÓN a la Ley 8 del tit. XXVI del mismo libro VI, comentarios de FULGOSIO, BARTOLO, ALBERICO y BALDO a la Ley 3, Dig. XXIX-I, y de BALDO a la Ley 1 del Dig. XXXIX-VII.

La citada Ley *Filii patri*, en su segundo apartado, parece expresivamente admitir que pese a ser deficiente de forma, la voluntad del padre en su testamento, aunque lleve a la sucesión intestada, el juez debe atenerse a dicha voluntad en el juicio de partición de herencia: «Sed et si tam circa testamentum, quam etiam codicillos iudicium eius deficiat, verum quibus cunque verbis voluntas eius declarata sit, licet ab intestato ei fuerit successum, ex senatusconsulto retentionis modo servato, familiae eriscundae iudicio aditum iudicem sequi voluntatem patris oportere, iuris autoritate significatur.»

(174) Este autor (op. y lib. cit., cap. Raynutius, 1.º de haeredibus, institutio, núms. 4 y 8, pág. 67) afirma que en los testamentos inter liberos, no sólo se sobrentiende puesta la cláusula codicilar, sino también la cláusula «omni meliori modo, quod possit» (núm. 4). Y distingue ambas cláusulas por sus efectos y por su eficacia. Respecto a la codicilar, afirma: «Non congruit maiorem effectum habere ipsam clausulam condicillarem, quam si in condicillis facte esset dispositio, de qua tractatur»: que «in testamento liberorum gratia facto intelligi hanc codicillarem clausulam in eo, quod ipsis liberis utile sit, non tamen in damnum esset, quenquam eorum institui exprese, alium vero tacite, sit etenim quedammodo iniuria ei, qui nominatem non instituit, aut qui aequali honore simul cum fratribus ad patris bona non vocantur» (núm. 8). En cambio, la cláusula «omni meliori modo, quod possit», produce como efecto que se entiendan instituidos herederos los hijos en todo aquello que se les dejó en el testa-

aceptado por el jesuita Luis de Molina (175), entre otros autores.

Pues bien, el artículo 851 del Código civil nada innova. No hace más que seguir prácticamente en todos los supuestos de desheredación injusta—no en cambio en casos de preterición—la expresada opinión de Antonio Gómez, con algunas variantes, extendiéndola incluso al supuesto de institución de extraños (176). Esto

mento—«operatur ut filius, cui aliquid relictum fuerit testamento videatur haeres institutus» (núm. 4)—. Por esas razones entiende—citando en su apoyo la opinión de BALDO—que en los supuestos de testamento *inter liberos*, en el cual alguno de los hijos no fué instituido heredero, sino que se le dejó la legítima a título distinto, sólo cobraría valor: «cum testamento opponitur ille clausula, valeat meliori modo, quod possit, non autem quando simplex codicillaris clausula adjiicitur» (núm. 8). Porque «primo siquidem casu (es decir, con la cláusula, aquí sobrentendida, «omni meliori modo...»), legatum filii relictum ad institutionis titulum refertur, non sic in secunda specie» (es decir, con la cláusula codicilar expresa o tácita, que no borra lo que él considera como injuria, subsanando el efecto, pero no la causa, al entender como herederos aquellos a quienes correspondiera serlo ab intestato, con la carga de cumplir todo lo dispuesto en el testamento, reducido a codicilo, transformándose en fideicomiso) lo que en él se dispuso como herencia).

MATIENZO op. cit., Ley 1.ª, tit. IV, lib. V, gl. 10, núm. 59, f.º 81 vt.º) asimila ambas cláusulas diciendo: «clausula codicillaris scilicet ut valeat testamentum omni meliori modo». Afirma asimismo que: «haec clausula apposita consequitur in testamento inter liberos.» Y resuelve (núm. 63, f.º 82) que cuando en el testamento se disponga la cláusula «ut valeat meliori modo, quo valere possit, tunc enim quicquid filio relinquatur, vel legatur, ut illud habeat pro legitima censebitur relicto titulo institutionis ut actus sustineat». Advirtiendo que «haec clausula hoc in Regno semper apponi solet in testamentis quae et si in aliquo apposita non fuerit, per legem suppletur, et censebitur apposita».

(175) *Los Seis libros de la Justicia y el Derecho* (traducción, estudio preliminar y notas de MANUEL FRAGA IRIBARNE, Madrid, 1943), tomo I, vol. III. Disputación CXXXII, núm. 4. Si bien observa que, «como el testamento, tanto cerrado como abierto, requiere en dicho Reino (se refiere a Castilla) la misma solemnidad, lo mismo si se hace a favor de los hijos como de los extraños, dudo mucho que tenga lugar esta cláusula codicilar tácita, que, por Derecho común, depende del privilegio de testar a favor de los hijos, con menor solemnidad que cuando se trata de extraños». Y en el núm. 8.º añade que: «si el padre hace testamento solemne a favor de sus hijos, y alguno de ellos es injustamente preterido o desheredado si se pone la cláusula codicilar, los demás hijos se consideran mejorados en los bienes de que el padre pudiera disponer libremente, o sea en este reino de Portugal, el tercio, y en el reino de Castilla, el tercio y el quinto; y el hijo preterido o desheredado quedará obligado, por vía de fideicomiso, a entregarles lo que quedare, además de la legítima y los legados; lo mismo que dijimos al tratar del efecto anterior en relación a los extraños. Aunque no cita (habla de A. GÓMEZ) ningún texto legal para demostrarlo, se halla este efecto ligado con el anterior, y aun con los anteriores, pudiendo deducirse de las mismas leyes un argumento a *paritate*. Y este efecto tendrá, sobre todo, lugar por Derecho común y de Portugal, aunque no figure expresamente la cláusula codicilar, pues, como vimos antes, en el testamento a favor de los hijos, siempre se considera puesta, como dice el mismo Antonio Gómez».

(176) Este supuesto fué ya examinado por GREGORIO LÓPEZ en su glosa 7.ª (*lo quebrantasse*; de la Ley 7.ª del Título VIII, de la Sexta Partida, plantando si rescindido el testamento por causa de preterición o desheredación subsistiría a lo menos la institución de herederos en cuanto al quinto, en cuya parte podía instituirse a un extraño. Dicho autor consideró como un argumento favorable a la solución afirmativa lo dispuesto en el párrafo 6.º de la Ley 5.ª del Digesto XXVIII-V (*De legat. prest. contra tabulas*). Fragmento de Urbano

es lo esencial. Pues lo de menos es la forma en que dicho resultado se obtenga. Sea entendiéndose deferida la herencia totalmente «ab

que dice: «Sed et si portio hereditatis fuerit adscripta ei, qui ex liberis partibusve est, an ei conservanda sit, ut solent legata? Et Iulianus seapissime scripsit, in portione quoque hereditates idem, quod in legato, probandum, cuius sententia Rescripto Divi Pii comprobata est, quum hereditates non modo honesto titulo, sed et pleniore honore tribuantur.» Mas, a pesar de ello, GREGORIO LÓPEZ concluyó: quod in nullo conservabitur quod institutionem, quando exhaereditatio non fuit rite facta, vel filius praeteritus, qui erat in potestate; vel si erat emancipatus, fuit praeteritus sine causa, qui cum istis casibus testamentum sit nullum, et notat Gloss *in authent. de haered. et Falcid.*, párr. *ex haereditas*, in nullo tenebit quoad institutionem, et haereditas aequis portionibus veniet ad liberos et successores ab intestato». Más difícil le pareció la solución si el hijo fuese desheredado (injusta aunque ritamente) o bien un emancipado preterido, con expresión de causa, «cum tali casu tenebat testamentum, et opus erat remedio rescisorio». No obstante, opinó que sucedería lo mismo en este caso, ya que según el versículo *Sive igitur* y el capítulo IV, párrafo *si tales*, de la Novela CXV «nam rupto testamento, quae causa non est probata, testamentum redditur nullum quoad institutionem, et haereditas aequis portionibus deveniet ad liberos, ut ibi habetur», de conformidad a lo que habían opinado Alejandro y Baldo en los textos que cita.

En cambio, parece indudable que si el testamento era mantenido como codicilo, la institución del extraño en cuanto al quinto se convertía en fideicomiso, que, por tanto, debía ser restituído al extraño por los herederos legítimos. Así lo entendió ANTONIO GÓMEZ (*Ad Legem Tauri...*, Ley 3.ª, núm. 78, en rel. 75, págs. 26 y 27), que entre los efectos de la cláusula codicilar, «sit apposita expresse vel tacite», señala: «Tertius effectus est, quia si testamentum deficit ratione praeteritionis vel exheredationis, quia pater praeterit vel exhereditat filiam vel descendentem iniuste et extraneum instituit haereditem et tale testamentum postea annulletur vel irritetur virtute iuris dicendi nullum vel quaerelae: talis institutio extranei directa convertitur in fideicommissum, ut filius vel descendens praeteritus vel exhaereditatus succedens ab intestato teneatur restituere haereditatem haeredi extraneo, instituto, detracta sua legitima, et hodie in nostro regno tenebitur restituere solum quantum bonorum cum omnia alia bona sint legitima filii vel filiorum».

El jesuita LUIS DE MOLINA (op. y vol. cit., disputación 132, núm. 7, página 338) nos explica que: «La razón es que, respecto a la parte de los bienes de que el testador podía disponer libremente, el testamento aquel tiene fuerza de codicilo válido, si se pone la cláusula codicilar, y por esta causa el heredero *ab intestato* se considera, en virtud de aquel codicilo, obligado, por vía de fideicomiso, a entregar al heredero extraño aquella porción.» Pero así GÓMEZ (número 79 del mismo comentario a la Ley 3.ª, pág. 27) como MOLINA (párrafo 2.º del núm. 7 citado, págs. 338 y 339) observaron, no obstante, que esto sólo habría de entenderse cuando el testador hubiese preterido o desheredado a aquel a quien estaba obligado a instituir, haciéndolo conscientemente y sin causa legítima. «Pues si lo hizo por ignorancia, por creerle muerto o por haber nacido después de otorgado el testamento o por cualquier otra causa—dice MOLINA—, será absolutamente nulo el testamento.» «La razón es—explica—que no ha de presumirse que el testador ha preferido los extraños a su propio hijo o a otro a quien debiera instituir necesariamente, incluso por lo que se refiere a los legados.»

Más recientemente, JUAN ALVAREZ POSADILLA (*Comentarios a las Leyes de Toro, según su espíritu y el de la legislación de España*, Madrid, 1796), comentando la misma Ley 3.ª (págs. 50 y sigs.), afirmó, sin señalar excepción alguna, que «lo mismo si el testamento se rompiese por exheredación o preterición de algún hijo, o si los hijos fuesen instituidos en partes desiguales con perjuicio de la legítima de alguno, en cuyos casos, quejándose el ofendido del testamento, se declara insubsistente, pero sucederán los hijos *ab intestato* con obligación de restituir por vía de mejora todo lo que excede de sus legítimas,

intestato» y dando valor de prelegado a las mejoras «usando este término en su sentido más lato», aunque no hubiesen sido deferidas

sin sacar más cuartas que la legítima». Aceptando como cierto que «el hijo o hijos que tengan que restituir al fideicomisario tácito o expreso la herencia, deberán hacerlo del quinto integro, porque no debe sacar trevelánica, y sólo del quinto, porque todo lo demás es legítima suya».

Ahora bien, enlazando con los supuestos en que debía entenderse tácitamente dispuesta la cláusula codicilar, encontramos la trascendente modificación que significó la famosa Ley 1.^a del Título XIX, del Ordenamiento de Alcalá, que después fué Ley 1.^a del Título IV del Libro V de la Nueva Recopilación y más tarde del Título XVIII del Libro X de la Novísima.

Por dicha Ley, el testamento en que el testador no hubiere designado heredero alguno o en que el instituido no quisiera heredar, se admitió que valiese en cuanto a las mandas y demás disposiciones singulares en él contenidas. Y fué explicada por FEBRERO (*Febrero reformado*, por JOSÉ MARCOS GUTIÉRREZ, tomo I, pág. 26, cap. I, párr. 2.^o, núm. 35) diciendo que «aunque el testamento carezca del nombramiento de herederos, si consta de la solemnidad legal, valdrán las mandas, mejoras y todo lo demás que disponga, siendo conformes a derecho, y se estimará como codicilo o última voluntad. (Constatemos, no obstante, que en nota al pie de la página, su reformador José Marcos Gutiérrez observa que «en vista de lo que previene la ley de la recopilación citada, es una sutileza vana y ridícula decir que en el presente caso no vale el testamento como tal, sino como codicilo o última voluntad. El testamento sin institución de herederos es un verdadero y válido testamento, una vez que esta formalidad no la exige la Ley».)

Aquí nos interesa examinar si, en virtud de esta ley, podía extenderse en Derecho castellano el valor de codicilo tácito, a los testamentos, en los demás supuestos de nulidad de los mismos como tales testamentos, cuando ésta no fuese debida a falta de institución de heredero o repudiación del instituido.

Desde luego, conforme al últimamente citado LUIS DE MOLINA, no adquiría valor de codicilo el testamento nulo por defecto de forma aunque reuniese los requisitos codicilares. Aun después de igualarse en Derecho real, en virtud de la Ley 3.^a de Toro, la mayor parte de los requisitos de testamentos y codicilos persistió alguna diferencia formal. En éstos, los testigos podían ser mujeres, cosa no permitida en el testamento. Además, el número de testigos no coincidía en relación con el testamento cerrado, salvo si se añadía expresamente la cláusula codicilar. Así dice este autor (disputación 132, núm. 1, página 334): «conviene saber que si el testador, queriendo otorgar testamento no pone toda la solemnidad necesaria, pero sí la suficiente en los codicilos, su disposición no valdrá como testamento ni como codicilo». Lo que coincide con lo dispuesto en Digesto (XXIX-VII-1) y Cod. (VI-XXIV-8).

Más discutible fué la cuestión en el supuesto de incapacidad del instituido.

ANTONIO GÓMEZ (*Ad Legem Tauri*... Ley 24, núm. 1, vers. 5.^o, pág. 166) y LUIS DE MOLINA (op. y vol. cit., disputación 154, núm. II, pág. 583) deducen que la citada Ley 1.^a del Ordenamiento de Alcalá, corrigiendo el Derecho común, admite la validez de los legados y demás disposiciones del testamento tanto si el defecto de heredero se debe a no haber sido instituido, o a que éste no quiera suceder, como si no pudiese suceder por causa de incapacidad. GÓMEZ explica la razón de su interpretación diciendo: «cuius ratio est, quia quando duo casus aequiparantur a iure dispositum in uno censetur etiam dispositum in alio, etiam in materia odiosa et correctoria... Sed in iure nostro caput impotentiae et caput voluntatis aequiparantur et tacite ex iuris dispositionem unum comprehendit alium».

Pero la cuestión que aquí concretamente perseguimos es relativa a si, en caso de nulidad o rescisión de la institución por preterición o desheredación injusta, en virtud de la Ley 1.^a que comentamos, tiene valor codicilar el testamento que la sufre. Y si, por consiguiente, además de valer los legados, fideicomisos y demás, conforme al Derecho común, se mantiene la institución del

como legados, sino embebidas en la institución—tesis de Antonio Gómez—. O bien, estimando que la institución sólo se rescinde parcialmente en cuanto perjudique a la legítima del injustamente desheredado, quien recibirá dicha porción *ab intestato*: tesis paralela a la seguida en el Derecho romano según la antes citada opinión de Winscheid, pero de más restringidos efectos en favor del desheredado.

En conclusión, la actuación de las normas protectoras de los legitimarios no es positiva, sino negativa, tal como expresaba Sánchez Román en su antes transcrita frase, ratificada por Jerónimo González, y como han sostenido mi maestro Alguer (177)

extraño en cuanto al quinto, aunque no se hubiese expresado su valor codicilar. Por entenderse que lo tiene tácitamente reconocido en virtud de la Ley que comentamos.

Esta duda se le plantea a ALFONSO DE AZEVEDO (*Comentarii iuris civiles in Hispaniæ Regiæ Constitutiones*, Lugduni, 1737, tomo III, págs. 112 y 181), glosando las Leyes 1.ª, Título IV (gls. 152 y 153) y 8.ª, Título VI (gl. 4), del Libro V de la Nueva Recopilación. En la segunda de estas glosas, aun reconoció que, por Derecho antiguo, en el caso que estudiamos, en virtud de la *Authentica ex causa*, se viciaba el testamento en cuanto a la institución de herederos, aunque lo demás permaneciese firme, «et sic quod extraneus hic nihil sic percepturus ex dicta institutione sed quod quintum istud sicut alia bona inter filios suos praeteritos vel exhaereditos aequaliter sit dividendum». Mas, no obstante, observó que «in contrarium tamen videtur, quoniam etiamsi extraneus ille quintum percipiat nihil de legitimis filiorum capit...», «nec d'cta lex 1, título 4, supra eod. (es decir, la que comentamos) loquitur in hoc casu cum haeres instituitur ille qui esse non potest sed quoties nullus instituitur haeres, vel si instituitur, ille qui institui potest non vult adire, quod differens est». Reconociendo «et hoc clarius procedet si in tali testamento in quo filius praeteritur continetur clausula codicillorum nam tunc in vim codicilli sustinentur *ibidem* contenta in eo quod testator disponere potuit».

A la mayor parte de los autores no llega a ofrecersele esta duda. Así, JUAN YÁÑEZ PARLADORIO (*Opera Juridica. Quotidianorum differentiarum*, dif. 148, número 8, ed. Coloniae Allobrogum, 1761, pág. 389) acepta la validez de la institución del extraño en cuanto al quinto, si fué preterido el hijo, solamente cuando se haya insertado la cláusula codicilar en el testamento destituido. Expresa previsión que también exige para la validez de la mejora dejada a título de herencia en el supuesto que hemos estudiado en nuestra nota 166.

También con absoluta claridad, el jesuita LUIS DE MOLINA (op. y vol. citados, disputation 132, núm. 7) declara: «si el testador injustamente posterga o deshereda a un hijo o a cualquier otro ascendiente o descendiente a quien debiera instituir necesariamente heredero, instituyendo a un extraño cualquiera en un testamento con la debida solemnidad, y añade la cláusula codicilar, entonces el heredero que debía ser instituido necesariamente se considera obligado a entregar al extraño el resto de la herencia, excepto su legítima... Mas si no se incluye la cláusula codicilar, el testamento es absolutamente nulo y sólo valdrá por un privilegio del Derecho en cuanto a los legados, según vimos al tratar del primer efecto, basándonos en la *Authentica ex causa* y en las Ordenanzas de este reino. De modo que el resto de los bienes del difunto pertenecerá a los herederos *ab intestato* que debieran haber sido instituidos en el testamento».

(177) *Ensayos varios sobre varios temas fundamentales de Derecho civil*, en *Revista Jurídica de Cataluña*, págs. 132. *in fine*. y 133, donde dice: «La delación puede tener tres causas diferentes: la testamentaria, la contractual, allí donde se admitta, y la legítima. El llamamiento forzoso no es más que un límite puesto al llamamiento voluntario.»

y más recientemente Pascual Lacal (178). No se da en nuestro Código un llamamiento legitimario, sino sólo una reserva—en el sentido gramatical de la palabra—a favor de determinados parientes del causante, y una limitación—o prohibición relativa—de disponer impuesta, en el indicado sentido, al *de cuius*. Hay sólo dos formas de vocación sucesoria, la voluntaria (testamentaria o contractual) y la ab intestato (que en los supuestos indicados se impone *contra tabulas*). No existe, como «*tertius genus*», vocación legitimaria (179). Únicamente, tratándose del cónyuge viudo, resulta del artículo 814, párrafo 2.º del Código civil, la existencia de una asignación legal usufructuaria, no sólo de carácter forzoso, sino además directamente atribuida por la Ley (180).

Ahora bien, esa actuación negativa de la protección legitimaria, por lo que se refiere a la institución de herederos, tiene hoy una acción más limitada que antes del Código civil. Entonces—como hemos visto—el presunto causante, si testaba debía instituir heredero al legitimario, cuando menos, en la cuota legalmente fijada. Por eso, los legitimarios eran *herederos forzosos* impuestos por el testador «*ministerio legis*». No había otra alternativa sino que el causante, obedeciendo a la ley, les instituyese *testamentariamente* herederos, o bien, que lo fuesen *ab intestato*. A esta delación desembocaba total o parcialmente la no institución del legitimario como heredero (preterición en sentido impropio o lato, derivada de la Novela CXV) o su desheredación injusta. El dilema sólo tenía una atenuación en el caso de institución de herederos en menos de la cuantía fijada. Gracias al juego de la acción de suplemento, que tendía a evitar que por una diferencia de cantidad,

(178) *Heredero y legitimario* (loc. cit., pág. 457), en cuyo trabajo infiere que la legítima «es en nuestro Derecho positivo una prohibición de disponer, dirigida a cualquier posible testador que se aventure a desconocer con sus disposiciones los derechos de los legitimarios, creando así el conflicto que se examina».

(179) En cambio defienden la existencia de este tercer género GONZÁLEZ PALOMPO (loc. cit., pág. 538) y ORTEGA PARDO (*Naturaleza jurídica del llamado legado...*, págs. 138 y 139). Este afirma que la vocación legal «se divide en dos especies: intestada o supletoria, y forzosa. El que estas dos tengan la misma fuente no autoriza a afirmar que sean iguales; según ese criterio, todos los contratos serían idénticos, pues todos tienen como fuente la voluntad individual».

Pero, en contra de esta opinión, ni los antecedentes históricos inmediatos a la época de la codificación, ni ningún artículo del Código civil, justifican la existencia de esa vocación. Precisamente lo contrario resulta del artículo 658, sin que el artículo 608—natural, lógica, histórica y sistemáticamente interpretado—suponga vocación, sino sólo reserva—en su aspecto positivo—y limitación de disponer—en su aspecto negativo—, usando en su sentido gramatical aquella palabra.

(180) Ver lo que decíamos en nuestro trabajo *Imputación de legados...* loc. cit., pág. 328, nota 68, y obsérvese que el Código civil (art. 942) llama *ab intestato* a los hijos naturales *en el quantum* que se les fija como legítima. Es decir, los artículos 840 y siguientes—en relación con los 808 y 807—*reservan* (en sentido gramatical), y el 942 *adipone*.

tal vez debida a error, se invalidase totalmente la institución de herederos (181).

Hoy no se obliga al testador a instituir herederos a sus legitimarios. Así resulta de la *mens legis*, según los autores de la norma actualmente contenida en el artículo 815. Sólo se ordena a aquél que les respete el *quantum* de bienes hereditarios que la Ley les reserva. Cosa que el testador puede cumplir atribuyéndola bien a título de herencia, por legados o por donaciones (en este último caso con tal de que en su testamento no incurra en preterición) o bien dejando paso franco a la vocación hereditaria *ab intestato* a favor del mismo legitimario por lo menos en cuanto a aquel mínimo cuantitativo que la Ley le reserva (182). Por eso, Porpetta (183) defiende con razón, para el Derecho castellano, el criterio —que califica de juicioso dictamen— de Borrell Soler (184), respecto al Derecho catalán, de que «el titular de la legítima será un heredero, un legatario o un acreedor, según la forma en que se

(181) Observemos cuánta diferencia media en este aspecto entre ese sistema inmediatamente anterior al Código civil—de líneas románicas aunque de proporciones germánicas—y el sistema germánico.

En éste la legítima, vista por su lado positivo, era atribuida mediante delación legal de la herencia, sólo susceptible de limitación a través de legados y mandas de quinto o tercio en su caso. Y, en su aspecto negativo, significaba una absoluta prohibición de disponer de esta parte reservada.

En cambio, en el sistema anterior al Código civil no estaba prohibida la disposición de esa parte. Sino que se imponía al causante, en caso de testar, la obligación de instituir heredero al legitimario en la porción legalmente fijada, *portio debita*. Nos lo prueba, además de la terminología de los autores anteriormente citados, el hecho de que la no institución de un legitimario anulaba totalmente la institución de heredero por efecto de la preterición o de la desheredación injusta. Debía instituirse herederos a los legitimarios o la institución era nula y entraba en juego la sucesión *ab intestato*.

(182) Por otra parte, la abolición por los artículos 668 y 764 del Código civil del principio romano «*nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest*» ha influido igualmente en este cambio. Influencia que también se habría hecho sentir aunque el artículo 815 no hubiese modificado el principio justiniano determinante de que el legitimario debía ser siempre heredero.

Antes del Código civil no cabía ser heredero en parte de la herencia, definiéndose el resto por vocación legal. El Ordenamiento de Alcalá sólo modificó el Derecho romano en el sentido de dar como válidos los testamentos que no contuviesen institución de herederos, en cuanto a las mandas, y otras disposiciones del testador, como ya sucedía en los testamentos otorgados con cláusula codicilar, aun cuando no faltaron autores que sostuvieron lo contrario, cosa que después examinaremos, en la segunda parte de este trabajo.

En consecuencia, el que testaba de verdad, es decir, el que hacía un testamento que lo era en realidad y no sólo un codicilo, debía necesariamente instituir herederos a todos sus legitimarios a los que no desheredase justamente. De lo contrario, la institución era totalmente ineficaz, dándose lugar a la sucesión intestada. En cambio, en el Código civil cabe instituir heredero a un extraño en el tercio libre sin disponer del resto de los bienes, que se deferirán *ab intestato* a los herederos legítimos sin anularse la institución testamentaria si no hubo preterición.

(183) Loc. cit., pág. 182.

(184) *Dret civil vigent a Catalunya* (Barcelona, 1923), vol. V. 2.ª parte, párrafo 502, pág. 406.

le instituya, pero sin que tenga que ostentar por fuerza y en todos supuestos una u otra de estas tres cualidades».

§ 6.º ACTUACIÓN DE LAS NORMAS PROTECTORAS DE LOS LEGITIMARIOS

Pero esta actuación negativa—limitativa de las normas legales protectoras de los legitimarios, no se reduce a lo expuesto. Recorriendo los preceptos del Código civil reguladores de los derechos legitimarios, podemos distinguir:

a) Disposiciones que anulan total o parcialmente la institución de herederos, dando lugar a que juegue la sucesión intestada total o parcialmente, respecto a la parte reservada al legitimario injustamente desheredado: artículos 814 y 851.

b) Preceptos que anulan o que reducen las disposiciones a título singular otorgadas *inter vivos* o *mortis causa* por el causante, así como las condiciones, sustituciones y limitaciones que perjudiquen al legitimario instituido por el propio causante o que sea heredero *ab intestato* (185) o legatario al que especialmente se le grave con otro legado (186). Tales son los artículos 636, 654, 656, 782, 813 párrafo 2.º, 819 párrafo 3.º, 820 (187) y 863 párrafo 2.º

c) Norma que impide al legitimario, en vida del causante, toda renuncia o transacción sobre la legítima futura (art. 816) (188).

d) Disposición que, para cuando por cualquier título el testador atribuya a un legitimario menos de lo que legalmente le corresponda, concede a éste el derecho a reclamar el suplemento. Es la contenida en el artículo 815. Y que, en contraposición con las reglas anteriormente mencionadas, parece ser de carácter positivo y no meramente negativo. En lugar de *anular* instituciones—para dejar paso, total o parcialmente, a la deferida «*ab intestato*»—o *reducir* gravámenes y limitaciones, concede un *d. derecho a reclamar*. Pero examinando su génesis, y su *ratio*, observamos que su resultado positivo es sólo consecuencia de aquel principio—exacto no sólo en matemáticas y en física—que declara que del choque

(185) Bien a falta de testamento (art. 912, núm. 1), por no contener institución de herederos (arts. 912, núm. 2, 668 y 764) o por ser ésta totalmente (art. 814) o parcialmente nula (art. 857)

(186) El antecedente más remoto de estas disposiciones está en la Constitución de Justiniano del año 529, recogida en el Código, lib. III, tit. XXVIII, Ley 32, cuando dice: «hoc in praesenti addendum esse censemus, ut, si conditionibus quibusdam vel delationibus aut aliqua dispositione, moram vel modum vel aliud gravamen introducente, eorum iura, qui ad memoratam actionem vocabantur, imminuta esse videantur, ipsa conditio vel dilatio vel alia dispositio, moram vel quodunque onus introducens, tollatur, et ita res procedat, quasi nihil eorum testamento additum esset».

(187) Este con las limitaciones de los artículos 821 y 820.

(188) Ver sobre la interpretación de este precepto el magnífico estudio que le dedicó FUENMAYOR en su citado trabajo *La intangibilidad de la legítima* (loc. cit., págs. 63 y sigs.).

que un negativo con otro negativo el resultado producido es positivo. La «*actio ad supplementum*» supone una limitación (un negativo) de los efectos de la preterición o de la desheredación—expresa o tácita—hecha sin causa o injustamente. Es decir, que limitan a su vez la limitación que estos efectos—consecuente nulidad de la institución producida—(otro negativo), suponen a la libertad de testar, con el único fin de evitar estos resultados excesivamente radicales.

La cuota de bienes *destinada* por la ley al legitimario, en aquella parte que no hubiere sido *dispuesta* a su favor por el causante, y que reclame con la *actio ad supplementum*, no se le otorga *ab intestato*. No se anula la institución testamentaria en todo ni en la parte que resultare inoficiosa. Simplemente se concede un derecho a reclamar aquel suplemento. Pero ¿con qué carácter?. ¿por qué título?

He aquí el problema que a continuación examinamos.

§ 7.º EL SUPLEMENTO DE LEGÍTIMA. DISTINTAS POSICIONES

El problema de la naturaleza del suplemento ha dado lugar a las siguientes interpretaciones:

a) El derecho al suplemento de la legítima no es más que un *crédito dirigido a obtener en bienes de la herencia el complemento* de lo que el testador dejó al actor, hasta dejar totalmente cubierta la participación que a éste legalmente le corresponda. En este sentido se manifiesta Clemente de Diego (189) al decir que lo dispuesto en el Código civil (art 815) acerca del suplemento de legítima «aproxima ésta a un derecho de crédito», pareciendo orientarse «hacia la legítima *pars bonorum* o simple derecho de crédito». Dávila García (190), considera a la legítima como derecho a obtener una *pars bonorum* (salvo en los casos excepcionales en que puede pagársele en metálico) dirigida contra el heredero. Virgili Sorribes (191), para quien el legitimario es «un acreedor de la herencia líquida, que tiene un derecho intangible por ministerio de la Ley a una porción de los bienes que la integran». Y Roca Sastre (192), que si bien considera la legítima como *pars valoris bonorum*, literalmente dice que el complemento de legítima «deberán percibirlo los legitimarios en bienes hereditarios *in natura*, según las reglas antes indicadas de la división de herencia» (193).

(189) Op. y vol. cit., pág. 226.

(190) *Herederos y legitimarios*, en *Rev. Crit. Der. Inm.*, año 1943, páginas 666 y 670.

(191) Loc. cit., pág. 485.

(192) Loc. cit., págs. 202 y sigs., y concretamente en la 206.

(193) Dejando aparte la propiedad o impropiiedad con que usa la expresión «*pars valoris bonorum*», lo cierto es que ROCA SASTRE no ha sido bien interpretado por algunos de los autores que han combatido su posición. Para él, lo asegurado por esa «*tacitam hypothecam*» que cree garantiza a los legitimarios, es la entrega «*in natura*» y en *sustancia*, de bienes hereditarios (ver páginas 206 y 207, núm. 3, apartados B), núms. 1 y 2, y C), núm. 2), salvo

b) Para otros autores dicho suplemento, además de deber ser pagado con bienes de la herencia—*pars bonorum*—, *no se limita a constituir un crédito del legitimario contra la herencia, sino que es una cuota de la misma*. Su satisfacción no es un pago, sino resultado particional. El artículo 815 sólo ofrece garantías *complementarias* de los derechos de los legitimarios, pero que no altera la naturaleza, esencia y existencia de estos derechos. Esta es la tesis de González Palomino (194), para quien la legítima es una atribución legal de cuotas de la herencia a título singular (*pars bonorum*).

c) Otra posición estima que *la actio ad supplementum*—aunque lo atribuido al legitimario por el causante se le haya asignado a título singular—tiene que ir indefectiblemente orientado hacia la *pars hereditatis*. Es la tesis de Porpeta (195), que la fundamenta: «primero, porque nadie más que el difunto testador puede decidir la creación de nuevos legados, ya que el único margen posible de éstos está en las cláusulas testamentarias, y segundo, por la fuerza atractiva del concepto de *pars hereditatis*». Por eso cree que el heredero extraño o los demás legitimarios instituidos «no tienen que indemnizar al titular de la acción ni satisfacerle crédito alguno, sino que están obligados a recibirlo a la comunidad hereditaria con derechos exactamente iguales a los suyos».

En suma, deduciendo corolarios de la opinión de Porpeta, puede decirse que, para él, si el legado otorgado por el causante a un legitimario en lugar de su *pars hereditatis* no llega a cubrirla totalmente, tendrá el carácter y naturaleza de un prelegado. Con todas las consecuencias que de dicha calificación se derivan según nuestro Código civil y los principios generales de nuestro Derecho sucesorio.

d) En fin, hay quienes entienden que el suplemento de la legítima no es en realidad el complemento de una disposición del causante, sino *la parte de la herencia atribuida directamente por la ley al heredero forzoso y que el testador no ha dejado individualizada al asignar para su pago bienes determinados insuficientes*.

Esta última es, en definitiva, la tesis de Ortega Pardo (196).

Junto a este autor puede colocarse a Fuenmayor, teniendo en cuenta su posición respecto a la facultad de mejorar (197), a la que considera (198), nada más, como una orden de imputación y adju- en los casos extraordinarios del artículo 1.056, y legítimas del cónyuge viudo e hijos naturales.

(194) Loc. cit., págs. 546 y 547, en la nota.

(195) Loc. cit., págs. 198, *in fine*, y 199.

(196) Locs. cit.; especialmente las págs. 344 y sigs. de su citado artículo en este *Anuario*, III-II.

(197) En este punto sigue las mismas ideas que ya había defendido FERRARA (Conferencia VI. *El sistema de la legítima y de la mejora en el Derecho español*), que JERÓNIMO GONZÁLEZ resumió y criticó en el tomo V de la *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* (págs. 63 y sigs.).

(198) *La mejora en el sistema sucesorio español*. Coimbra, 1946, págs. 33 y siguientes.

dicación. Juzgando que el causante «no puede configurar la condición jurídica del legitimario, que en todo caso es un heredero, porque así lo quiere la ley; y lo que sí puede es asignar, en pago de su legítima, determinados bienes, usando de la facultad que le reconoce el artículo 1.056, párrafo 1.º Respecto al artículo 815, en concreto (199), afirma que: «El causante tiene libertad para atribuir al heredero forzoso, en pago de su derecho, cualquiera de los bienes del caudal relicto, pero es preciso en todo caso que estos bienes se encuentren ya integrando la herencia. Puede incluso ordenar que se le pague en metálico cuando éste sea suficiente; pero ello no por la regla del artículo 815, sino en virtud de lo contenido en el apartado 1.º del 1.056...» «El causante no puede ordenar el pago de la legítima en metálico, porque así resulta de la prohibición que de antiguo se establece en lo que mira a la enajenación de los bienes de la herencia en el caso concreto de que existan herederos forzosos, cuando el metálico existente en la herencia no baste para el pago.» «Así—afirma—resulta del artículo 20 de la antigua Ley Hipotecaria, en el que no se permitía la enajenación de ningún elemento patrimonial sin la precisa intervención y consentimiento de los herederos forzosos...» (200). Y en la actualidad «sigue contando con un sólido punto de apoyo en el artículo 1.056 del Código civil, cuyo párrafo 2.º no tendría ninguna razón de ser si el pago de la legítima en dinero fuese admitido y permitido como regla general».

Hasta aquí, en síntesis, las distintas posiciones adoptadas por la doctrina en torno a este tema. Vamos ahora a exponer nuestra opinión, no sin antes examinar la génesis de la acción que nos ocupa, en cuanto pueda resultar útil para explicar su naturaleza.

§ 8.º EXPLICACIÓN HISTÓRICA DE LA "ACTIO AD SUPPLEMENTUM"

La acción completoria, supletoria o expletoria nació para mitigar los radicales efectos de la *querela inofficiiosi testamenti*. La *querela*, como observa Maynz (201), se salía de los límites del Derecho común, puesto que podía dar lugar a la anulación de un testamento perfectamente regular y válido, y, además, tenía un carácter de gravedad particular, puesto que los jueces para motivar la rescisión del testamento debían recurrir a una ficción tan atrevida como la de suponer demente al testador. «Hoc colore... quasi non sanae mentis ferunt ut testamentum ordinaret. Et hoc

(199) *Intangibilidad de la legítima*, en ANUARIO DE DERECHO CIVIL, I-I, páginas 63, *in fine*, y 64.

(200) En contra de la doctrina del antiguo párrafo 7.º del artículo 20 Ley Hipotecaria, se ha manifestado GONZÁLEZ PALOMINO (*Enajenación de bienes pseudo-usufructuados*, conferencia desarrollada en la II Semana Notarial de Santander—verano 1948—, publicada en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, tomo V, págs. 942 y sigs.).

(201) *Curso de Derecho romano*, traducción de Pou y Ordinas, Barcelona, 1888, tomo III, párr. 390, pág. 407.

dicitur, non quasi vere furiosus vel demens testatur sit: sed recte quidem fecit testamentum, sed non ex officio pietatis. Nam si vere furiosus esset vel demens, nullum est testamentum» (202). Ficción de *color insaniae*, a la que probablemente se llegó, según Schulín (203), por influencia griega, ya que encontramos la misma forma de impugnación de testamentos inoficiosos en el antiguo Derecho ático. Además, la *querela* implicaba inevitablemente una lesión al honor de una u otra de las partes interesadas, según cual fuere el resultado del juicio: incluso los herederos instituidos podían ser tachados de infamia en ciertas circunstancias. No es, pues, de extrañar, dada su gravedad, que la *querela* sólo se admitiese subsidiariamente cuando se carecía de otros medios y que se limitase su ámbito, estableciendo restricciones a su ejercicio.

Inicialmente, cuando un descendiente legítimo era llamado a la sucesión de sus ascendientes en una parte menor de lo que le hubiera tocado de fallecer el causante sin testamento, los centumviro debían apreciar si había lugar a considerar inícuo el testamento. Pero un pasaje de Plinio (204) ya explica cómo esa cuota legítima fué fijada en la cuarta parte. «¿Tendrías tú derecho a quejarte si tu madre te hubiera instituido en una cuarta parte? ¿O bien si te hubiese instituido por el todo, encargándote de tantos legados que no te hubiera quedado más que una cuarta parte? Pues has de estar contento si, desheredado por tu madre, consigues de los herederos instituidos una cuarta parte.»

La concreción de este mínimo, exactamente la cuarta parte de la herencia y las graves consecuencias que podían producirse, si lo dejado por el causante a un legítimo no llegase a cubrirlo, suscitó palpitantes problemas. El testador podía calcular equivocadamente el montante de su caudal, o su fortuna podía aumentar después de otorgado el testamento, de modo que la porción dejada al legítimo no llegase a cubrir el mínimo que legalmente le correspondía. Implacable la *querela* jugaba en todo caso. Tanto si al hijo no se le hubiese dejado absolutamente nada, como si lo dispuesto a su favor no alcanzase el valor de su legítima, por la más insignificante diferencia.

Una Constitución de Constancio y Juliano (205) excluyó la *querela*, permitiendo únicamente que el legítimo pudiese complementar su porción cuando el testador lo hubiese previsto así, dejando dicho complemento *boni viri arbitratu*.

Esta acción de suplemento, dice Girard (206), tendía a hacer ejecutar la voluntad del testador, a lograr la rectificación de su error, y por ello no sufría ninguna de las restricciones a que estaba sometida la *querela*. De ésta difería también en cuanto a su

(202) Frag. 2, Dig. V-II (Marciano, lib. IV de sus Instituciones).

(203) *Das griechische testament verglichen mit dem römischen* (disc. rect., Basilea, 1882), págs. 13 y 21, cita de SOHN, *Institutiones...* pág. 361, nota 1.

(204) Epistolae, V, 1, cita de MAYNZ, párr. 390, nota 15 (vol. cit., pág. 406).

(205) Recopilado en el Código Teodosiano 2, 10 de noff. test. 4.

(206) *Loc. cit.*, pág. 910.

naturaleza, pues mientras la *querela* permitía perseguir los bienes aunque se encontrasen en manos de tercera persona, la *actio ad supplementum* era una acción personal contra el heredero instituido. Justiniano (207), «velando siempre por la voluntad de los testadores»—según expresa en una Constitución (208)—, determinó «quitar la fácil y frecuente ocasión de destruir las disposiciones de los mismos» (testadores), a cuyo fin dió por implícita aquella cláusula de suerte que, «ora diga el testamento que se complete la porción legítima, ora no, sea ciertamente firme el testamento, pero sea lícito a las personas que podían querellarse contra el testamento como inoficioso, o para destruirlo de otro modo, exigir lo que se les deje de menos en su porción legítima (*quod minus portione legitima sibi relicta est*) para completarla sin ningún gravamen ni demora» (*ad implendam eam sine nullo gravamine vel mora exigere*) (209).

En la citada Constitución 30, h. t., según el inciso final de su proemio, se excluía la *querela* y había lugar al ejercicio de la *actio impletoria*, tratándose de aquellas personas «quarum mentionem testantes facerint, et aliquam eis quantitatem in hereditate vel legato vel fideicommisso licet minorem legitima portionem, relinquerint». Pero la Novela CXV en su capítulo III modifica este régimen, al declarar ilícitas la preterición y la desheredación injusta «nec si per quamlibet donationem, vel legatum, vel fideicommissum, vel alium quemcunque modum eis dederint legibus debitam portionem». Sólo en caso de institución en cuota menor a la legítima o en bienes que no cubriesen su valor—según el inciso 2.º del Cap. V de dicha Novela—se excluía la actuación de la *querela* y se daba lugar al juego de la *actio ad supplementum*.

No por eso varió el carácter meramente personal, carente de reipersecutoriedad de la acción de suplemento (210). Pero indirectamente

(207) Del frag. 25 (Dig. V-II) pr. podría desprenderse que en tiempos de Ulpiano ya se daba la acción supletoria siempre que al legitimario se le hubiese dejado por cualquier título menos de la legítima. En efecto, tal como lo recoge el Digesto, el proemio de este texto de Ulpiano (Disputationum I. 2) dice: «Si non mortis causa fuerit donatum, sed inter vivos, hac tamen contemplatione, ut in quartam habeatur potest dici, inofficiosi querelam cessare, si quartam in donatione habet, aut si minus habeat, quod deest, viri boni arbitrato repletur, aut certi conferri oportere id, quod donatum est».

Pero, como observa GIRARD (op. y loc. cit., pág. 912, nota 2), está claro que el referido texto de Ulpiano fué interpolado por los compiladores, para dejarlo de acuerdo con las innovaciones establecidas por Justiniano, probándolo el hecho de que, según la Constitución de Constancio y Juliano, recogida en el Código Teodosiano, ant. cit., en tiempo del Emperador Juliano era necesaria una cláusula expresa para que, en su caso, el legitimario sólo pudiese reclamar el complemento de su cuota, excluyéndosele el ejercicio de la *querela*.

(208) Codex, Lib. III, Tit. XXVIII, Ley 30 pr.

(209) El apartado 2.º del párrafo 3.º del título 18, libro II de la Instituta, en el mismo sentido dice: «Si vero quantacunque pars hereditatis vel res iis fuerit relicta, de inofficioso querela quiescente, id, quod iis deest, usque ad quartam legitimae partis repletur, licet non fuerit adiectum, boni viri arbitrato debere eam compleri.»

(210) GIRARD, loc. cit., pág. 920, nota 1.

tamente, mientras no estuviese hecha la partición y gracias a su cualidad de coheredero, el legitimario tenía su suplemento plenamente asegurado, por la indisponibilidad sin su concurso de cualquier bien hereditario (211). Pero después de hecha la partición en la que se le adjudicasen los bienes al mismo asignados, si éstos resultasen inferiores a su legítima y no hubiese renunciado a reclamar su suplemento, quedaba en idéntica situación meramente crediticia que en el Derecho anterior. Igual sucedía, como veremos en la segunda parte de este trabajo, si el legitimario fué instituido *ex re certa* concurriendo con instituidos *ex asse*.

Otra modificación entrañó la Novela CXV en su Cap. V. El testamento no se invalidaba y los legitimarios mantenían su derecho al suplemento, aunque el testador les hubiese ordenado contentarse con ciertos bienes («etiam si certis rebus iussi fuerint esse contenti»). Por tanto, el suplemento dejó de apoyarse en un error de cálculo del testador. Esta disposición confirmó el derecho a reclamarlo sin otra consideración que la insuficiencia de la atribución. Mas no llegó a deferirse este suplemento ni a hacerse cancelación del mismo. Simplemente se siguió otorgando para reclamarlo una acción de naturaleza meramente personal, como dejamos expuesto más arriba.

La Partida sexta, en el apartado final de la Ley quinta de su título VIII, recoge la acción de complemento regulándola en los siguientes términos: «Otrosi dezimos, que dexado el padre al fijo alguna cosa en su testamento como a heredero, magüer no le dexase toda su parte legítima que deve aver según derecho, por todo esso dezimos que non podría quebrantar el testamento; más podría demandar que aquello que le menguara de la parte que devia aver que gelo cumpliessen e los otros, que son escritos por herederos en el testamento son tenudos de lo fazer.»

Por Parladorio (212) fué definido el *supplementum legitimae* diciendo que: «est remedium quod loco querelae inofficiosi tes-

(211) Tal vez esto explique por qué PASTOR Y ALVIRA (*Manual de Derecho romano*, 4.ª ed., Madrid, 1914, pág. 375), entre las diferencias que separaban en Derecho romano la expletoria y la querrela, señaló «su fin y resultado, que no era la rescisión total del testamento y apertura de la sucesión intestada, sino únicamente en la parte indispensable para completar a los legitimarios...».

(212) *Opera Iuridica*, Coloniae Allobrogum, 1761, *Quotidianorum Differentiarum Iesquiescenturia*, Diff. 148, núm. 23, pág. 390. No obstante, en contra de esta definición y de la opinión de GÓMEZ (*Variae Resolutiones...*, cit. lib. I, capítulo XI, núm. 23, pág. 146) que: «talis filius («institutus in minus quam legitima») debet agere ad supplementum ut ex bonis patris suppleatur sibi integra legitima, non vero potest agere querela ad rumpendum testamentum». AZEVEDO (op. y vol. cit., Ley 1.ª Tauri V, lib. V, tit. VIII, núm. 14, página 234) excepcionó «nisi pater talis instituisset turpem personam, quia tunc posset filius in totum testamentum illiud querelare». Siguiendo en esto la opinión de RODRIGO SUÁREZ (op. cit., Repetitio I, Quoniam C. de inoff. testam. Evidentialia, núm. 15, vers. «non est omitendum», pág. 508), que también acepta JUAN AYLLÓN LAINEZ (op. cit., tomo I, cap. XI, núm. 23, párr. 2.º, página 70) diciendo que «tunc non solum ad supplementum posset agere filius, sed in totum posset querelare».

tamenti datur filio, qui in minus legitima fuit institutus, ut quod deest, ei suppleatur, ut testamentum non rescindatur».

Gregorio López, glosando las palabras *gelo cumpliessen* (213) observó que esta acción tenía lugar aunque el padre que instituyó al hijo en menor parte de la legítima hubiese prohibido que éste percibiera más, y aun cuando el hijo hubiese aceptado lo que le dejó su padre. Opinión en la que abunda Antonio Gómez (214), diciendo que procede «etiam si pater adjiciat in testamento, quod nullo modo filius possit plus petere, vel habere»..., «ut procedat, et habeat locum, etiam si filius simpliciter acceptet rem vel quantitatem, sibi relictam a patre. Imo etiam si fecit aliis fratribus vel haeredibus vel quietationem, vel liberationem generalem de eo quod recepit, quia sibi non nocet, nisi expresse et specialiter dicat, et promittat, supplementum legitimae, non petere».

La cuestión de mayor interés, relativa a la naturaleza de esta acción, la resuelve Gregorio López, en opuesto sentido que Bartolo, opinando que si bien la acción de suplemento de la legítima ocupa el lugar de la querrela de inoficioso, no desaparece como ella con el transcurso de cinco años. A su juicio, la acción debía durar treinta años, conforme al dictamen de Baldo, y no obstante lo dispuesto en la Ley 63 de Toro, que consideraba prescrita a los veinte años toda acción personal. Pues entendía que dicha Ley no debía aplicarse al suplemento ni a la legítima, para cuya persecución se disponía de la *actio petitio hereditatis*.

En cambio, contra el dictamen de Saliceto, opinó que el suplemento no tenía lugar *ipso iure*. Sino que siguió la común opinión de la doctrina, representada por Bartolo, Baldo, Alberico y Pablo de Castro, advirtiendo como Rodrigo Suárez (215), «quoad inmutabilem acquisitionem, quae non fit nisi per agnitionem». Hecho que, a su juicio, no impedía que pudiese transmitirse a los herederos del titular de la acción aunque éste hubiese fallecido sin reclamarlo.

• Ocupándose del término de prescripción de la acción dirigida a reclamar el suplemento, determinación íntimamente relacionada con el problema de su naturaleza, opinaron también como la mayor parte de la doctrina, Rodrigo Suárez (216) y Antonio Gómez (217), que dicho plazo es de treinta años, «ex eo quia jus agendi ad supplementum petitur per conditionem ex lege... sed cum conditio sit actio personalis, durat tempore statuto actionibus personalibus, scilicet 30 annis»—explica Suárez—; «quia pro eo competit actio personalis, vel in rem scripta quae de sui natura est perpetua: et durat per 30 annis»—expresa Gómez—. «Secundo—prosigue este último—quia repletio legitimae sit ipso jure per legem et sic praesupponit jus nam in esse productum, et quaesitum, et

(213) Gl. 9 a la Ley 5, tit. VIII, 6.ª Partida.

(214) *Variae Resolutiones...* cit., tomo I, cap. XI, núm. 23, pág. 146.

(215) Op. y loc. cit., *Declaratio legis Regni*, II aditio a/, pág. 498.

(216) Op. y pág. cit., núm. 1.

(217) Loc. ult. cit.

tantum requiritur declaratio. Nec obstat, quod subrogatur loco querelae: imo est introductum odio ejus ad eam submovendam, et merito non sapit ejus naturam, Nec obstat etiam quod tale gravamen ipso jure tollitur, et rejicitur, et repletio sit ipso iure per legem, et sic videbatur durare perpetuo sine temporis praescriptione, quia respectu realis et actualis effectus acquisitionis non potest quari sine partis petitione: ideo praescribitur praedicto tempore 30 annis.»

De lo cual infiere que este «jus agendi ad supplementum» y la acción a este fin correspondiente es transmisible a los herederos. Opinión esta última en la que abunda la común doctrina. Así, Azevedo (218)—«in jure agendi ad supplementum legitimae jus filios transmittit ad haeredes suos etiam extraneos»—y Ayllón Lainez (219)—«quod hoc jus transmittatur ad quosunque haeres, etiam si filius moriatur, antequam perierit cum sic actio personalis...»

En el siglo pasado, Pedro Gómez de la Serna (220), resumiendo la doctrina justiniana, tal como fué entendida a través de los comentaristas, señaló las diferencias entre la acción *ad supplementum* y la *querela*, por razón de su duración, transmisibilidad y renuncia:

a) «Por su duración, porque la acción *ad supplementum* subsiste hasta treinta años, término ordinario de las acciones personales (221)...; y la querella se extingue por el silencio de cinco años, contados desde la adición de la herencia.»

b) «Por su transmisión, por cuanto la acción *ad supplementum* pasa a los herederos aunque no esté preparada, lo que no se verifica con la querella, que como acción de injurias no se transmite sino preparada por regla general.»

c) Finalmente por su renuncia, porque se entiende que el que recibe algo de lo que se le ha dejado en el testamento renuncia tácitamente a la querella» (222)..., «y no se reputa, por el contra-

(218) Loc. ult. cit. núm. 19.

(219) Loc. ult. cit., párr. penúltimo.

(220) *Curso histórico exegetico del Derecho romano comparado con el español*, 4.ª ed. Madrid, 1869, tomo I, pág. 476.

(221) En Derecho de Castilla, después de la Ley 63 de Toro, que pasó a ser la Ley 6 del título XV, libro IV de la Nueva Recopilación y la 5.ª del título VIII, libro XI de la Novísima, los autores siguieron defendiendo que debía aplicarse el mismo plazo de prescripción de treinta años, tanto a la *ac. haereditatis* como a la *ac. espletoria*. Así, AZEVEDO (op. cit., tomo II, pág. 370, núms. 48 y 49 de la citada Ley 6, tit. XV, lib. IV de la Nueva Recopilación) comenta: «petendum supplementum legitimae, sive petatur petitione haereditatis, non praescribetur minori tempore triginta annorum, secundum, gl. penúlt. in 1. 5 tit. VIII P. 6 (glosa de GREGORIO LÓPEZ, de la que antes hemos transcrito lo pertinente), sive conditione ex lege, tempus idem erit necessarium, sicut etsi pereretur per petitionem haereditatis triginta annis duraret, ut communem inquit Suarez... et petitionem haereditatis triginta annis durare... et per consequens legitimae totius, sicut neque partis jus minori tempore triginta annorum praescribetur.»

(222) Párrafos 2.º, 3.º y 4.º de la Ley 31 y párr. 1.º de la Ley 10.ª, Dig. V.

rio, que renuncie a la acción *ad supplementum* más que el que expresamente así lo manifiesta en escritura.»

Es de observar que la acción de suplemento, en el período que media entre la Novela CXV de Justiniano y el artículo 915 del Código civil correspondía a persona testamentariamente instituída heredero—pues de no haberlo sido dispondría de la *querela*—(in minus quam legitima). Por esto era un coheredero quien la ejercitaba contra otro u otros coherederos. Cuya circunstancia arrastraba la consecuencia de que, antes de la división del caudal¹, el titular se hallaba totalente garantizado, aun atribuyendo a la acción expletoria naturaleza meramente personal. Y efectivamente era así dada la imposibilidad para cualquier coheredero de disponer de bienes de la herencia sin el concurso de los demás. En esta situación, dicha acción de suplemento se enlazaría con la «*petitio hereditatis*» y con la «*familiae erciscundae*», junto a las cuales podría actuar recubriéndose de su naturaleza respectiva. Su efectividad directa y aislada sólo podía ser puesta a prueba en los supuestos en que la partición hubiese tenido lugar o no fuese necesaria. Es decir, en los casos de institución «*ex re certa*» del legitimario perjudicado, o de partición ya realizada, por el testador, por comisario o por los propios herederos, si el legitimario instituído en porción menor a su legítima no hubiese renunciado expresamente al suplemento.

En estos últimos supuestos, ¿qué eficacia podía surtir la acción expletoria respecto a terceros adquirentes del heredero? Habría resultado muy interesante encontrar este problema planteado y resuelto por nuestros clásicos. Pues de su solución, tal vez, podría inducirse si se operó alguna posible evolución en el carácter y naturaleza del derecho al suplemento. Nosotros no hemos sabido encontrar texto alguno que se ocupe concretamente de ello.

Intentando plantearlo en los términos que serían básicos para aquellos autores, sólo encontramos estos dos datos previos: Por un lado, la citada asimilación que establece Gregorio López, mejor expresada por Azevedo (223), entre la ac. «*petitio hereditatis*» y la ac. «*ad supplementum*», comparando al derecho a toda la herencia el derecho a una parte de ella. Por otro vemos que tanto Rodrigo Suárez como Gregorio López y Antonio Gómez (224) catalogan la ac. expletoria como *actio personalis*. Aunque también según el tercero de ellos, «*vel in rem scripta*». Expresión que cuadra perfectamente con su afirmación de que el suplemento «*sit ipso jure in bonis et substantia defunctis*».

Entre los autores próximamente anteriores y coetáneos al período codificador, no hemos encontrado ninguno que se haya ocupado de la naturaleza jurídica de la acción de suplemento.

Ni Febrero, Llamas y Molina, José Marcos Gutiérrez, ni Gar-

II-, Doctrina recogida por las Partidas en la Ley 5.^a, tit. VIII, Partida sexta, aps. 3.^o y 4.^o

(223) Ver nota 218.

(224) Locs. cit.

cia Goyena, Navarro Amandi ni Benito Gutiérrez, en sus obras reiteradamente citadas, plantean esta cuestión. Sólo incidentalmente alude García Goyena (225) a su prescribibilidad trentenaria en contraposición con la quinquenal de la querella.

En cambio, después de la publicación del Código civil, Manresa (226), Valverde (227) y Castán (228) han afirmado que esta acción, «según la mayoría de los intérpretes» es de carácter real. Pero, en realidad, en nuestra Patria, esa mayoría de intérpretes se reduce casi exclusivamente a los tres prestigiosos maestros citados. La verdadera mayoría de los autores posteriores al Código civil no se ocupan ni siquiera plantean esta cuestión. Anotemos que, muy prudentemente, López R. Gómez (229), señaló que «el heredero al que *por cualquier título* (subraya él), como el de legado se le deje menos de su legítima, podrá pedir el complemento de la misma *por cualquiera de las acciones ordinarias que la Ley le concede*» (subrayamos nosotros) (230).

Pero ¿qué innovación ha traído el Código civil, respecto al derecho anterior al mismo, en relación a la acción de suplemento?

A juzgar por lo que dispone, sólo una. Que pueda reclamarse el suplemento y no quepa la querella, cuando lo dejado al legitimario sin alcanzar el valor de la legítima le hubiere sido atribuido a título distinto del de heredero.

¿Por qué, pues, si la doctrina anterior nos dice que la acción para reclamar el suplemento es personal, o, a lo más, «*in rem scripta*», se asegura hoy por prestigiosos autores que es una acción real? ¿Será tal vez por el plazo de treinta años que claramente se señalaba para su prescripción? ¿O quizá por su pretendido paralelismo con la *petitio hereditatis*?

Este parangón no deja de ser interesante en el supuesto de que el legitimario haya sido instituido heredero en porción menor a su legítima. ¿Supone entonces la *ac. expletoria* una *petitio hereditatis* parcial dirigida contra un «*possessor prohaeredem*» o «*pro possessore*» que le perjudique en su derecho?

No vamos a olvidar que la más reciente doctrina acerca de la naturaleza de la *petitio hereditatis* (231) considera a ésta de carác-

(225) *Febrero reformado*, vol. cit., pág. 413, nota de GOYENA al núm. 1.321.

(226) Op. y vol. cit., pág. 361.

(227) Op. y vol. cit., pág. 268, nota 1.

(228) Op. y vol. cit., pág. 303.

(229) Op. y vol. cit., pág. 524, in fine y s.

(230) ¿Pero, a qué acciones se refiere? ¿A las correspondientes al título —herencia o legado de una u otra especie—, en virtud del cual le dejó el causante la legítima incompleta que se pretende completar?

(231) Ver al respecto, por lo que se refiere a nuestra doctrina: TRAVIESAS, *Sobre el derecho hereditario*: «12. Efectos de la adquisición de herencia. La *hereditatis petitio*» (en *Rev. Dr. Priv.*, Tomo VIII, enero 1921, pág. 16) y TRULLENQUE SANJUÁN, *La actio petitio hereditatis* (en *Rev. Gral. de Dr.*, tomo IV, núms. 46, 47, págs. 395 y ss., y núm. 48, págs. 466 y ss.). Este autor clasifica en la siguiente forma las posiciones adoptadas en torno a la naturaleza de esa acción:

ter complejo, integrada por dos acciones distintas: una declarativa del estado de heredero y otra, que tiene a esta primera como presupuesto, dirigida a la «*vindicatio hereditatis*» contra quienes posean «*pro herede*» o «*pro possessore*» (232) bienes de la herencia. Pues bien, la *actio ad supplementum*, ostentada por quien fué instituido heredero en parte menor de su legítima, podría, a primera vista parificarse con la segunda fase de una *petitio hereditatis* limitada a reclamar el complemento por cubrir (233) al heredero o legatario que de más lo disfrutaren—luego veremos cuánto podrá dirigirse contra los legatarios.

Pero esta semejanza, ¿es debida a mera coincidencia más o menos total en el fin perseguido?, o ¿se debe, por el contrario, a identidad de naturaleza?

Sinceramente creemos que los antecedentes históricos de la acción que estudiamos, no desmentidos por el Código civil, demuestran que no existe esa identidad de naturaleza a pesar de que se hiciese aplicación analógica a la acción expletoria del plazo asignado a la «*petitio hereditatis*». La acción «*ad supplementum*» no suponía una delación legal complementaria (234) para el instituido «*in minus quam legitima*» sino la atribución a este «*ipso iure*» de una acción personal—o «*in rem scriptam*», según Gómez—para re-

a) Doctrina que considera la *petitio hereditatis* como acción real (PACIFICI-MANZONI, AUBRY ET RAY, PLANIOL, RICCI, CROME, ARANGIO RUIZ, RUGGIERO).

b) Teoría que le asigna naturaleza personal (ALGER, ROUSSEAU, LAISNEY).

c) Tesis que ve en ella una acción mixta (BAUDRY-LACANTINERIE y ROSSEL MENTHA).

d) Posición que le atribuye carácter real, personal o mixto, según la índole del derecho que proteja en cada caso. (MOURLON, NACQUET GARSONET).

e) Postura que afirma se trata de una acción compleja, bajo cuya denominación se integran y encubren dos acciones autónomas, pero de las que la primera es presupuesto necesario de la segunda (postura del Código germánico, que es señalada como la más exacta por el propio TRULLENQUE). La primera de estas dos acciones *declarativa del estado de heredero*, es universal, absoluta (es decir, oponible erga omnes) e imprescriptible. La segunda, dirigida contra el poseedor que se crea a sí mismo sucesor, al efecto de restituir los bienes hereditarios, es *acción universal fundada en un derecho absoluto no real*, una *vindicanditio hereditatis, absoluta* o *erga omnes*, y, según algunos autores, imprescriptible, aunque indirectamente pueda perder su eficacia en virtud de usucapiones de bienes y derechos protegidos.

(232) También se entiende puede ser dirigida útilmente contra el que de buena o mala fe comprase la herencia, o porción de ella en bloque como universalidad, *al falsus heres*.

Llámase *possessor pro possessore* al que posee de mala fe sin derecho ni título, es decir, que sólo puede alegar «*possideo quia possideo*».

Al que posea, de buena o mala fe, en virtud de título singular, sea o no derivado del causante, no se le puede demandar por la acción «*petitio hereditatis*», sino por la reivindicatoria o singular respectiva que en su caso pudiere corresponder.

Véase al efecto VINNIO, *Selenium Iuris Quaestionum*, Libro I, cap. XXIII, pág. 42 vers. «*Executiamus jam*» (obra inserta al final del tomo II de sus Instituciones en la edición citada)

(233) Como observa BORRELL SOLER (op. y vol. cit., párr. 539, núm. 23, pág. 589), la *petitio hereditatis* puede dejarse contra el coheredero que retenga más de lo debido (Dig. V-III, 10, pr. 25, párr. 19, y XLIV-II, 15).

(234) En contra, PASTOR y ALVIRA (loc. cit. en la nota 208).

clamarlo. Aunque fuese una acción personal dirigida a completar una cuota parte hereditaria con bienes igualmente hereditarios, y ejercitable no sólo contra los herederos que gozasen de aquella porción, sino también, en su caso, contra los legatarios, según luego veremos.

¿Quiere esto significar que el titular de esta acción ha de quedar desamparado ante las enajenaciones dispuestas por los herederos que gocen de la porción que dejó de asignársele a aquél? Para contestar a esta pregunta, fundamentando de paso la exactitud de nuestra respuesta, vamos a distinguir los dos siguientes supuestos:

A) *El actor fué instituido heredero en porción menor a su legítima:*

a) *Si el testador realizó personalmente la partición de su herencia conforme al párrafo 1.º del artículo 1.056 del Código civil.*

En este supuesto, en cuanto a los inmuebles, la partición es directamente inscribible en el Registro de la Propiedad. Produciendo esa inscripción la legitimación sustantiva (art. 38 L. H.) suficiente para provocar el juego de la fe pública (artículo 34 L. H.) (235) sin la limitación del artículo 28 de la Ley Hipotecaria, dada la excepción que su último apartado establece tratándose de «inscripciones por título de herencia testada o intestada, mejora o legado a favor de herederos forzosos». Legitimación que debe entenderse que la operan con relación a los bienes muebles, las adquisiciones derivadas de actos dispositivos del heredero adjudicatario, que serán protegidas, en sus respectivos ámbitos y medidas de eficacia, por los artículos 464 C. c. (236), 85 y 545 C. de c., según la naturaleza jurídica del bien mueble de que se trate.

Estas enajenaciones onerosas, siendo el adquirente de buena fe, pueden reducir el objeto contra el que pudiera dirigirse la acción en caso de agotarse los bienes hereditarios, transformando en un crédito dinerario, por el «*id quod interest*», dirigido contra el heredero disponente.

Sólo cabe un recurso al instituido en porción menor de su legítima para evitar este perjudicial resultado. Interponer la corres-

(235) Sea ésta una adquisición «*non domino*» resultante del poder dispositivo del titular inscrito y de la fuerza convalidante de la inscripción derivada de quien según el Registro podía disponer (vid. ANGEL SANZ FERNÁNDEZ, *Instituciones de Derecho Hipotecario*, Madrid, 1947, I, págs. 265 y sigs. y 318), o bien producida por la fuerza de la buena fe apoyada en la apariencia legitimadora de la inscripción del transferente y seguida del cumplimiento del requisito posterior de inscribir la adquisición (tesis nuestra, en «La buena fe, la inscripción y la posesión en el juego de la fe pública», en *Rev. Dr. Priv.*, tomo XXXI diciembre 1947, págs. 947 y sigs.), o simplemente una consecuencia, o rebote, de la «*negatio actionis*» que produce la irreivindicabilidad a favor de quien en el Registro aparece como tercer adquirente (vid. NÚÑEZ LAGOS: *El Registro de la Propiedad español*, *Rev. Cri. Dr. Inm.*, 1949, páginas 248 y 249, y *Perfiles de la fe pública*, en *Anuario*, II, núm. 1, págs. 43 y sigs.).

(236) Respecto a la actuación del art. 464 del Código civil, ver la Sentencia de 11 junio 1945.

pondiente demanda (237), solicitando a la par las consiguientes medidas de seguridad. Tratándose de inmuebles, la anotación preventiva de dicha demanda (238).

Pero notemos que estos resultados, con todos los peligros que entrañan para el legitimario perjudicado, brotan de nuestro sistema hipotecario, independientemente de la naturaleza real o personal de la acción *expletoria*. O de si el actor reclama el complemento de la participación en una cotitularidad que la ley le defirió directamente, o bien ejercita un crédito para que le entregue la participación en los bienes hereditarios que el causante le restó, debiendo dejársela conforme a ley.

La partición hecha por el testador es inscribible, sin necesidad de que la aprueben previamente los legitimarios (239) y dicha inscripción, siendo a favor de heredero forzoso, no está limitada por el artículo 28 de la Ley Hipotecaria. Permitiendo, sin lapso interruptivo alguno, el posterior ingreso en el Registro de un título que haga entrar en juego al artículo 34 de la propia Ley.

b) *El testador designó comisario contador-partidor para que la verificase, conforme autoriza el artículo 1.057 C. c.*

En este segundo supuesto, la solución es la misma que la anterior (240). Con la sola diferencia, en favor del legitimario, de que

(237) La sentencia de 28 de noviembre 1896 dice que, en estos casos, los legitimarios no pueden interponer juicio de testamentaria, sino la correspondiente acción de impugnación.

(238) Al amparo del núm. 1.º del art. 42 L. H. No puede afectar a su anotabilidad la consideración de la *ac. expletoria* como personal. En efecto, como dice ROCA SASTRE (*Derecho Hipotecario*, Barcelona, 1948, tomo III, pág. 425), la anotación preventiva que establece dicho núm. 1.º del artículo 42 de la Ley, «tiene mayor amplitud de la que logra desprenderse de la simple lectura del precepto. A primera impresión parece que sólo permite la anotación de las demandas en que se ejercite alguna acción real (reivindicatoria, declaratoria de propiedad, confesoria o negatoria); pero, como reconoce la jurisprudencia hipotecaria, entran también dentro de su ámbito las demandas en que se ejercite una pretensión o acción personal dirigida o encaminada a lograr una modificación jurídica real inmobiliaria (una acción rescisoria, por ejemplo), y asimismo deben incluirse todas las demandas en que se pretenda la rectificación de alguna inexactitud registral, aunque ello no implique ejercicio de una acción verdaderamente real».

Así, ha admitido la Dirección General de Registros la anotación de demanda en que se reclame la legítima foral catalana (Resoluciones de 19 enero 1897 y 23 septiembre 1912), las de nulidad de testamento (Resoluciones 1 mayo 1901, 14 febrero 1917), de rescisión de contratos que afecten al contenido de algún asiento registral (Resolución 13 febrero 1929), la que pida la elevación a escritura pública de un contrato privado de compraventa (Resolución de 9 junio 1922), la que ejercite la acción pauliana (Resolución 13 febrero 1929), etc.

(239) La Sentencia de 6 marzo 1945 ha afirmado que en estas particiones la expresión de la voluntad del padre es la única que juega papel decisivo y genera materia jurídica de obligada observancia.

Y la Resolución de 16 noviembre 1922 declara que «el artículo 1.056 y menos el 1.075 del Código civil, no exigen una demostración a priori de que la partición hecha no perjudique a los herederos legitimarios, sino que en primer lugar ordenan se pase por ella reservando las acciones de impugnación a los lesionados».

(240) Según la jurisprudencia, en principio, las particiones hechas por

norma.mente éste dispondrá un margen mayor de tiempo para salvaguardar eficazmente sus derechos. Si es diligente, casi siempre llegará a tiempo para interponer su acción de suplemento y pedir las consecuentes medidas precautorias antes de verificarse la partición.

Tomemos nota de una anomalía que se da en nuestra Ley Hipotecaria, tanto en este como en el anterior supuesto (241). Los legitimarios sometidos al Derecho foral catalán, cuando se les deja porción menor que su legítima, están más fuertemente protegidos que los de Derecho común, si ha sido inscrita la herencia ya adjudicada e individualizados sus derechos a través de partición o asignación de bienes hecha por el testador o persona a quien éste confirió facultades para hacerlo. Se da la paradoja, en estos supuestos, que la legítima débil, que el testador o el heredero pueden reducir a *pars valoris*, está más asegurada y vincula más fuertemente todos y cada uno de los inmuebles de la herencia, que la legítima fuerte del Código civil, que es *pars bonorum* y, a veces, se atribuye como *pars hereditatis*. Ello es consecuencia del artículo 15 de la Ley Hipotecaria, que en su párrafo 5.º letra a) declara que durante los cinco primeros años de la fecha de la mención legitimaria «quedarán solidariamente afectos al pago de la legítima todos los bienes de la herencia en la cuantía y forma que las Leyes determinen, cualesquiera que sean las disposiciones del causante o los acuerdos del comisario contador-partidor o albacea con facultad de partir, heredero distributivo, heredero de confianza, usufructuario con facultad de señalar y pagar legítimas u otras personas con análogas facultades, nombrados por el causante en acto de última voluntad, contractual o testamentaria» (242).

Limitación no establecida a favor del legitimario de régimen común.

c) *El testador no ha hecho la partición ni ha designado comisario contador-partidor a dicho fin.*

comisario deben considerarse como si las hubiese otorgado el mismo causante (Sentencia de 17 abril 1943, y Resoluciones 12 noviembre 1895, 22 enero 1896, 22 enero 1898, 25 noviembre 1899, 18 mayo 1890, 11 noviembre 1907, 30 abril 1917, 1 julio 1920, 6 marzo 1923, 9 marzo y 12 diciembre 1927 y otras), y por eso son inscribibles sin necesidad de aprobación por los herederos (Sentencias 17 mayo 1910, 7 enero 1942 y 17 abril 1943). Resultando de la doctrina de la Resolución de 22 enero 1898 que los terceros adquirentes, de los bienes adjudicados por el comisario a herederos no legitimarios o en exceso a los que no lo fuesen, no pueden ser perseguidos por los legitimarios que impugnaron estas adjudicaciones hechas en principio de sus derechos.

(241) ROCA SASTRE (op. ult. cit. vol. II, pág. 265, nota 2), lo subraya diciendo que «resalta la particularidad de que frente a la legítima objeto del artículo 15, el alcance de la función de los contadores partidores es mucho menor que tratándose de la legítima del Código civil, o sea de la no comprendida en dicho artículo 15, lo cual no deja de ser chocante, pues está en razón inversa a la diferente consistencia de los tipos legitimarios respectivos».

(242) Excepto si el legitimario hubiese aceptado bienes determinados o cantidad cierta para pago de dicha legítima o concretado su garantía sobre uno o más inmuebles de la herencia, conforme determina el ap. 2.º de dicha letra a).

Gracias al llamado principio de unanimidad en la partición (243) el legitimario al que se le instituyó en menor porción que su legítima, está totalmente garantizado. Sin su aquiescencia no se podrán individualizar los derechos de otros herederos, ni traducirse en propiedad exclusiva sobre bienes o participación de bienes concretos.

De común acuerdo, sin necesidad de que se ejercite judicialmente la acción expletoria, los herederos podrán subsanar el déficit que respecto a su legítima hubiese sufrido cualquiera de ellos en las disposiciones del testador: Si tal acuerdo no se lograre, el legitimario perjudicado, mientras judicialmente se ventila la partición y consiguiente acción de suplemento, estará totalmente garantizado en cualquier caso por la indisponibilidad por cualquiera de los herederos, que no representen la totalidad de la herencia en su conjunto, de bienes, derechos y participaciones de unos y otros.

B) *Al actor se le ha deferido a título de legado, bienes de valor inferior a su legítima.*

En los supuestos de partición hecha por el testador o de designación por éste de comisario u otra persona con facultades para verificarla, no difiere la situación del legitimario legatario de la que hemos indicado en los casos A) a) y A) b), para el legitimario heredero. En cambio, si la partición deben verificarla los herederos, la cuestión, a primera vista, parece diferente.

No obstante, creemos que no es así. En el régimen del Código civil es necesario que el legitimario, aunque no sea heredero, intervenga en la partición (244). Esta no puede válidamente efectuarse sin su concurso, a no ser que previamente se hubiese dado por satisfecho.

(243) Como expresa ROCA SASTRE (op. y vol. últ. cit. pág. 643), «El principio de unanimidad en la partición por los herederos es básico en nuestro sistema positivo. En cuanto falte la voluntad de uno solo de ellos deberá acudir a la partición judicial, ejercitando la correspondiente *actio familiae erciscundae*, de acuerdo con las normas del juicio de testamentaria, en el cual, bajo el «control» judicial, actuará incluso la teoría del silencio. El llamado principio de unanimidad está consagrado en nuestro Derecho por dichos artículos 1.058 y 1.059 y otros del Código civil, así como por la Ley de Enjuiciamiento civil y por reiterada jurisprudencia (Sentencia de 25 de octubre de 1898, entre otras, y Resoluciones de 5 de septiembre de 1896, 14 de marzo de 1901, 6 de noviembre de 1912, 30 de junio de 1915, 27 de febrero de 1922, etcétera). Sólo existe en nuestro Derecho una excepción a dicho principio; es el caso, previsto en el art. 1.080 del Código, de preterición de buena fe de un coheredero».

No obstante, como expone el mismo autor, el Registrador «no puede exigir que se justifique que no existen otros herederos de los que intervienen en la partición, como tampoco que, siendo los herederos voluntarios, no han quedado legitimarios (Resoluciones de 2 de diciembre de 1897, 23 de abril y 11 de mayo de 1900, 26 de junio de 1901, 3 de marzo de 1912, etc.)».

(244) También es de este criterio ROCA SASTRE (loc. últ. cit., pág. 645: «Los legitimarios o herederos forzosos del Código civil, o mejor dicho, los derechohabientes de legítima del tipo no contemplado en el art. 15 de la Ley Hipotecaria han de intervenir necesariamente en la partición». Opinión de tanto mayor interés cuanto que este prestigioso autor ha considerado la legítima del régimen común como *pars valoris bonorum*).

Razones: El legitimario, aunque no haya sido nombrado heredero, está directamente interesado en la partición. Esta, antes de la adjudicación de los bienes a partir entre los herederos, requiere una serie de operaciones previas de valoración, computación e imputación y, en su caso, reducción de donaciones, legados y mejoras. Dichas operaciones, no es aceptable que se puedan verificar unilateralmente, sin el concurso de una parte interesada, como es el legitimario, aun cuando no sea heredero. Las reducciones previstas en los artículos 818 y siguientes y 829 del Código civil, indirectamente presuponen el concurso de todos los legitimarios en las operaciones indicadas.

No hay que olvidar que la legítima, en el Código civil, se concreta en una *pars honorum*. No es un simple símbolo ni es potestativamente transformable por el heredero ni por el testador en un mero crédito con o sin garantía *ex re*. Por el contrario, debe concretarse en bienes hereditarios cuyo valor alcance la participación legalmente fijada.

Esta concreción pudo haberla hecho por sí anticipadamente el testador, o dejado encomendada a tercera persona que no sea uno de los herederos. Pero los herederos no pueden, por sí solos, sin intervención de los legitimarios legatarios, adjudicarse las demás bienes sin comprobar, de acuerdo con dichos legitimarios, que no invaden alguna parte de la cuota que íntegramente debió disponerse a favor de cada uno de éstos.

De no admitirse esa posición sería, no obstante, de notar que el legitimario legatario no quedaría en peor posición que el legitimario heredero, a quien se le hubiere instituido en porción menor a su legítima, cuando hubiese hecho la partición el propio testador o el contador partidario designado al efecto.

En definitiva, con relación a terceros de buena fe, la posición del legitimario en nada varía, según sea heredero o legatario, tanto si recibe el suplemento en uno o en otro carácter, considerada real o personal la acción que le corresponde para reclamarlo, tratándose de bienes muebles o del dominio y demás derechos inmobiliarios inscritos. Es decir, en los casos de mayor trascendencia. Hecho que resta el principal interés teleológico y práctico al intento de revisar nuestra tradicional construcción de la acción expletoría.

§ 9.º SUJETO PASIVO Y LÍMITE CUANTITATIVO DE LA "ACTIO AD SUPPLEMENTUM"

Dos cuestiones hace falta examinar para concluir de perfilar ese ligero bosquejo que estamos intentando trazar de la acción de suplemento. Trátase del examen de cuál es su sujeto pasivo y de concretar el límite cuantitativo a que dicho complemento se dirige.

A ellas vamos a dedicar las breves líneas que a continuación siguen:

A) *Contra quién debe dirigirse la acción expletoría.*

La Ley 5.^a del título VIII de la sexta Partida, hablando de que el instituido en menos de la legítima «non podría quebrantar el testamento», precisa que, en cambio, le competería «demandar, que aquello que le menguaba de la su parte que devía aver, que gela cumpliessen; e los otros, que son escritos por herederos en el testamento, son tenudos de lo fazer».

Gregorio López, al glosar la palabra «herederos» del fragmento transcrito, expone concretamente la que fué común opinión de los romanistas clásicos: «De esto parece inferirse que el gravamen del suplemento pesara únicamente sobre los herederos, cual lo dispone también la *nov. 115, cap. 5, vers. cæterum*: empero Bartolo en la *Ley 8, § 9 de inoff. testam.* asienta que a los herederos y a los legatarios juntamente incumbirá suplir lo que falte a la legítima; y contesta a la *cit. nov.* que ella no dice simplemente *ad hæredibus*, sino que añade, *secundum nostras alias leges*, según las que los legatarios deben también soportar a prorrata dicho gravamen, como lo dispone respecto de la legítima del patrono la *L. 20, § 2, D. de bon. libert.* Nuestra 1. habla simplemente de los herederos. Podríamos decir con Saliceto y otros que siendo la legítima una especie de deuda, según dicha ley 8, § 9, se deducirá, de la misma suerte que las demás, del cuerpo hereditario; pagándose del residuo los legados, traída la falcidia por el heredero y de esta suerte pesará en cierta manera el gravamen del suplemento sobre los herederos y legatarios: ahora, si la porción que debiese quedar al heredero después de satisfechos los legados y la legítima, equivaliese a la cuarta parte del total de la herencia, no sufrirán dichos legados disminución alguna. En estos términos parece que deberá entenderse nuestra ley» (245).

Antonio Gómez (246) en el mismo sentido expresa que «tale supplementum legitimæ potest peti contra hæredem et legatarios prorrata, quia, sit ipso jure in bonis et substantia defunctis».

En otra glosa, Gregorio López (247), cita la opinión de Paulo de Castro, que limita a los legatarios que lo fueren en especie, más sin alcanzar a los que lo fuesen en cantidad, el deber de suplir a prorrata con los herederos el complemento de legítima por cubrir.

Precisando Ayllón Lainez (248) que dicha acción en lugar de afectar a los legatarios a prorrata con los herederos, se reducía a afectarles con carácter subsidiario respecto a la responsabilidad correspondiente a los herederos y exclusivamente con cargo a los

(245) Según la traducción de SAPONS Y BARBA, MARTÍ DE ELXALÁ Y FERRER Y SUBIRANA (*Las Siete Partidas*, Barcelona, 1843), TOMO III, pág. 568; gl. 33 del cit. tit. VIII, 6.^a Partida, 10.^a de su Ley 5.^a

(246) *Variae Resolutiones...*, núm. 23 cit. (pág. 146).

(247) Vers. fin de la glos. penúlt. de la Ley 17, TOMO I, 6.^a Partida (a las palabras «deven aver»), en la que cita la opinión de PAULO DE CASTRO (1. 91, D. ad leg. falcid).

(248) Op. cit. vers. final. cit. núm. 23 (pág. 70): «Quatenus autem nost. GÓMEZ, in præsentis asserit, hoc jus ad supplementum etiam contra legatarios competere, intelligendus est, quando hæres ex hæreditate supplere non potest».

bienes asignados. Diciendo conformarse, en este punto, con la doctrina de Merlino, Barbosa y Cancr.

Antes de intentar resolver conforme a los preceptos de nuestro Código civil la cuestión que estudiamos, conviene comenzar por separar las hipótesis de asignación insuficiente propiamente dicha y de asignación suficiente, pero disminuída por gravámenes que, por sustracción, la dejen reducida por debajo de la cuota legalmente fijada.

a) *Asignación suficiente cuyos gravámenes la dejan reducida a menor medida de la que debió dejarse al legatimario libre de toda carga o limitación* (249).

Se dará este supuesto cuando el testador imponga, conforme al artículo 858 y párrafo 1.º del artículo 859, algún legado que no deba ser satisfecho a prorrata por todos los herederos, sino que pese especialmente sobre el legatimario reclamante. Quien, de ese modo, vería su atribución mermada a menos de lo que por legítima le correspondería. O bien, si se le impusiesen alguna condición, plazo, sustitución o cualquier otra limitación que igualmente redujese por debajo del nivel de dicho tope la parte que quedare libremente asignada.

En este caso, se incumpliría el párr. 2.º del artículo 813 C. c.: «Tampoco podrá imponerse sobre ella (la legítima) gravamen, ni condición, ni sustitución de ninguna especie, salvo lo dispuesto en cuanto al usufructo del viudo.» Y debe resolverse conforme expresa el artículo 817: «Las disposiciones testamentarias que mengüen la legítima de los herederos forzosos se reducirán, a petición de éstos, en lo que fueren inoficiosas o excesivas.» Consecuentemente, *esta reducción exclusivamente repercutirá en contra del presunto beneficiario del legado, sustitución o condición* que mengüasen alguna legítima.

b) *Asignación insuficiente*. Es decir, el verdadero supuesto, estrictamente hablando, de la *actio ad supplementum*.

La solución, en este caso, debe partir de las siguientes premisas:

1.º La legítima debe ser satisfecha con bienes de la herencia. Así resulta de su propio concepto, dado en el artículo 806 C. c.,

(249) Originariamente ese supuesto, a pesar de ser distinto del que propiamente da lugar a la reclamación del complemento, fué recibido por el Derecho romano asimilándolo a éste. Así vemos que la Ley 32, libro III, título XXVIII del Codex, que recoge una Constitución dada por JUSTINIANO en Constantinopla el año 529, expresa que «Habiendo dispuesto en leyes anteriores, que, si se hubiera dejado menos de la porción legítima a quienes por las antiguas leyes podían promover la acción de inoficioso testamento, se les completase, a fin de que no se rescinda el testamento con ocasión de la menor cantidad dejada, al presente hemos creído deber añadir que, si por algunas condiciones o plazos u otra disposición, que produjese demora, modo u otro gravamen, se considerasen que estaban menoscabados los derechos de los llamados a la referida acción, se suprima dicha condición, plazo o disposición que causa la demora o cualquier gravamen, y el asunto marche como si nada de esto se hubiese añadido en el testamento». (Traducción de GARCÍA DEL CORRAL).

que resalta su naturaleza de «pars bonorum» (250). Sólo es exceptuado este principio, de modo total, en el supuesto del párr. 2.º del artículo 1.056 C. c. y, parcialmente, en los regulados por los artículos 821, 822 y 829 C. c.

2.º Los herederos que a su vez sean legitimarios, cuando otro legitimario ejercite la acción expletoria, no deben sufrir en el ámbito de su propia legítima los efectos de dicha acción. La razón de ello estriba en que la cualidad de heredero y la de legitimario no son incompatibles (251). El heredero legitimario tiene derecho a recibir íntegra y sin gravamen su cuota legal (arts. 813, párr. 2.º, 817 y 863, párr. 2.º).

3.º Los legatarios tienen derecho a percibir íntegros sus legados en tanto no deban ser objeto de reducción por razón de lo dispuesto en alguno de los arts. 820, 887 y 891 (252).

(250) Como hemos visto anteriormente—en el § 7 al principio—, todos los autores españoles están de acuerdo, incluso ROCA SASTRE, en que el suplemento debe satisfacerse con bienes hereditarios *in natura*, según las reglas de la división de herencia.

(251) El principio «donde hay herencia no hay legítima» (teoría de la absorción), defendido por DÁVILA GARCÍA (op. cit., *Rev. Crít. Der. Inn.*, 1943, página 670) y ROCA SASTRE (trab. cit., *Rev. Der. Priv.*, tomo XXVIII, página 204), lo derivan sus mantenedores, aplicando la doctrina del prelegado a la concurrencia en una persona de ambos conceptos de heredero y de legitimario. Su fallo dogmático está en que la legítima no es una atribución que la ley haga a título de legado que pueda concurrir con el llamamiento testamentario a título de herencia a favor de la misma persona. Pues ya hemos dicho que la legítima, en su aspecto contable, es un tope mínimo que la ley garantiza a ciertas personas, y que jurídicamente se traduce en una serie de medidas, casi totalmente de signo negativo, dirigidas a asegurar y defender la percepción de aquella participación. Sin que la ley disponga delación a título de legítima. No hay, pues, concurrencia de causas lucrativas, sino garantías legales que tienden a liberar cargas o a ampliar en cuanto fuera necesario la delación testamentaria hecha a título de herencia. Además, en nuestro Derecho positivo, esa tesis es desmentida en los artículos 782, 813, 817, 819 núm. 3.º, 820 y 863, párrafo 2.º

(252) No existe antinomia entre estos tres artículos, pues los supuestos que regulan son distintos. En cambio, ofrecen disparidad de criterios para solucionar problemas análogos.

Tampoco ninguno de los tres indicados artículos prejuzga la discutida cuestión de la responsabilidad «*ultra vires*» o «*intra vires*», del heredero que no sea legitimario ni haya aceptado a beneficio de inventario, por razón de los legados con que el causante le hubiere gravado. Para el estudio de este interesantísimo problema, ver SÁNCHEZ ROMÁN (op. cit., VI-II, pág. 1333), MANRESA (op. cit., vol. VII, 6.ª ed., Madrid, 1943, pág. 427), CLEMENTE DE DIEGO (op. y volumen cit., pág. 368), VALVERDE (op. y vol. cit., pág. 518), PÉREZ SAQUILLO (*Responsabilidad del heredero respecto a los legados*, conferencia, aún inédita, pronunciada en la Academia Matritense del Notariado el año 1948), ROCA SASTRE (*Derecho hipotecario*, vol. III, pág. 512), LUIS CÁRDENAS HERNÁNDEZ (*Responsabilidad ultra vires por legados*, en *Revista de Derecho Privado*, tomo XXXIV, febrero 1950, págs. 151 y sigs.) y GINOT y LLOBATERAS (*La responsabilidad del heredero simple por deudas y legados en el Derecho común y en el foral*, en ANUARIO DERECHO CIVIL, tomo III, fas. 4.º, págs. 1057 y sigs.); especialmente estos dos últimos trabajos, en los que sus autores defienden, respectivamente, las opuestas soluciones de responsabilidad «*intra vires*» y «*ultra vires*».

a) El artículo 820 tiene como presupuesto que las legítimas deben satisfacerse con bienes de la herencia. Luego es lógico que si los bienes que quedan

4.º Se han de respetar las donaciones «mientras pueda cubrirse la legítima, reduciendo o anulando, si necesario fuere, las mandas hechas en testamento» (art. 820, núm. 1).

Relacionando estas cuatro premisas podemos sacar las siguientes conclusiones:

1.ª En principio sólo los herederos (253) deben sufrir la *actio ad supplementum* con cargo a los bienes que se les hubiesen deferido. De ser legitimarios a su vez, ninguno de estos herederos, contra los que se dirigiese la acción, deberá responder del complemento reclamado por el otro legitimario mientras la parte por él recibida no exceda de su legítima estricta.

2.ª Sólo deberán ser objeto de reducción los legados cuando los bienes de la herencia que, a título de heredero, reciban quienes no sean legitimarios, o por encima del mínimo legalmente fijado

a los herederos no son bastantes para cubrirlas, deben reducirse los legados cuyo objeto lo constituyan bienes de la herencia.

Por otra parte, si—como es frecuente—todos los herederos fueran legitimarios y lo que a ellos les restaría después de satisfacerse cuanto se haya legado a extraños, no llegase a cubrir los dos tercios, es indudable que, conforme a los artículos 817 y 863, párrafo 2.º, deberían ser reducidos los legados. Ello, aunque nada añadesen los artículos 818 y 820, impone o no el principio de la responsabilidad «*ultra vires*» tratándose del heredero simple.

b) El artículo 887 puede jugar, aunque rijan dicho principio de la responsabilidad «*ultra vires*», en los siguientes casos: 1) si toda la herencia fué distribuida en legados y no hay activo bruto suficiente para cubrirlos totalmente; 2) si el heredero aceptó la herencia a beneficio de inventario; y 3) si éste fuese insolvente o no la tuviese bastante para cumplir los legados que excedieren del valor líquido del caudal relicto. Sin perjuicio de que, en este último caso, continúe el débito del heredero frente al legatario no satisfecho, que deberá saldar, de llegar a mejor fortuna, conforme al principio de la responsabilidad patrimonial universal del artículo 1.971.

c) Finalmente, el artículo 891 parte del doble supuesto de que toda la herencia se haya distribuido en legados y de que, habiendo suficiente activo bruto para satisfacerlos, existan deudas y gravámenes por satisfacer.

d) Puede darse un supuesto por el que deban jugar combinadamente los artículos 887 y 891, cuando no hubiere activo líquido suficiente para satisfacer todos los legados y además existieren deudas. En este caso deberá distribuirse el activo conforme al artículo 887, y luego prorratearse las cargas conforme determina el artículo 891, pero solamente—es claro—entre quienes hubiesen percibido sus legados—por lo menos en parte—y distribuyéndolas en proporción a lo que efectivamente hubiesen recibido.

Pero ¿quid en el caso de haberse instituido heredero y de aceptación por éste a beneficio de inventario? ¿Debe aplicarse sólo el artículo 887? Así parece ser, poniéndolo en relación con el supuesto de los artículos 1.028 y 1.030. Y salvo, en el caso del artículo 1.029, de aparecer otras deudas después de pagados los legados y no quedando en la herencia bienes suficientes para satisfacerlas, en cuyo caso debería aplicarse analógicamente el artículo 891.

Claro que, con esto, llegamos a resultados distintos según se hayan liquidado las deudas previamente o no hubiese sido necesario hacerlo así. En el primer caso resultarían privilegiados, por el orden que el artículo 887 señala, los legados que se determinan en los cinco primeros números de este precepto. En el segundo, dicho privilegio desaparece y las deudas se prorratean.

Francamente, no alcanzamos a ver qué razón puede justificar que exista esa diferencia de criterios respecto de uno y otro caso.

(253) ¿Y los legatarios de parte alicuota? De esta cuestión pensamos ocuparnos en la segunda parte de este trabajo.

los que lo fueren, no alcancen para satisfacer los complementos de legítima por cubrir.

3.ª La reducción de legados «se hará a prorrata sin distinción alguna». Salvo si el testador hubiese dispuesto que se pague cierto legado con preferencia a otros. En cuyo caso no sufrirá el indicado reducción, sino después de haberse aplicado los demás por entero al pago de la legítima (art. 820 núm. 2) (254).

4.ª Si hubieren de reducirse dos o más donaciones (255), «se suprimirán o reducirán en cuanto al exceso las de fecha más reciente» (256).

En consecuencia, el hecho de que la *actio ad supplementum* pueda dirigirse directamente no sólo contra los herederos, sino incluso, en su caso, contra los legatarios, hace que esta acción, aunque se acepte como personal, tenga detalles que la asemejan y acercan a las acciones reales y que—conforme a las indicadas afirmaciones de Gómez—«sit ipso iuris in bonis et substantia defunctis». Resultando «in rem scripta», por lo menos mientras los bienes hereditarios no hayan salido de manos de los herederos y legatarios o de quienes les sucedan a ellos en la causa (257).

Finalmente, en caso de venta o cesión por cualquier otro título de la participación que en el caudal corresponda a algún heredero, debe entenderse que la *ac. ad supplementum* que contra él competía, podrá igualmente ejercitarse contra el adquirente (258), sin que el vendedor, salvo pacto en contrario, venga en este caso obligado a responder al comprador, ya que, conforme al artículo 1.351 C. c., aquél sólo será responsable de su cualidad de heredero

B) *Cuál es el límite del suplemento de legítima.*

La cuestión del límite del suplemento de la legítima está íntimamente ligado con el problema de la naturaleza jurídica de la llamada legítima lata y con la pretendida exclusión de las mejoras tácitas (259).

Manresa (260) y Sánchez Román (261) la fijaron en la parte viril correspondiente al legitimario en los dos tercios (legítima

(254) El supuesto de concurrencia de mejoras que excedieren del segundo tercio y de legados que no tuvieran aquel carácter, y que, sumados al excedente de aquéllas, no cupieren en el tercio libre, lo estudiamos en nuestra citada conferencia *La mejora tácita...*, IX-5.

(255) Tratándose de donaciones *mortis causa*, ver lo que expusimos en nuestro trabajo *La donación «mortis causa» en el Código civil*. X-II, a) (*Annals* cits., págs. 742 y sigs.).

(256) Sobre la imputación de donaciones no colacionables y la cuestión de la penetrabilidad o impenetrabilidad entre el segundo y tercer tercio de la herencia, ver nuestra referida conferencia *La mejora tácita...*, VIII-7.

(257) Sucesores propiamente dichos. Es decir, sucesores en la relación jurídica, no meros adquirentes de bienes o derechos.

(258) Ver JORDANO VAREA, *La teoría del heredero aparente y la protección de los terceros*, en ANUARIO DERECHO CIVIL, tomo III, fasc. 3.º, págs. 695, *in fine*, y 696.

(259) Ver nuestra conferencia citada, *La mejora tácita...*, V-5 y VI-I.

(260) Op. y vol. cits., pág. 361.

(261) Op. y vol. cits., págs. 937 y sigs.

larga), salvo si el causante hubiere dispuesto mejoras, en cuya hipótesis la porción viril la calculaban sobre «el resto que quede de estas dos terceras partes, después de deducido el importe de la mejora».

En otra ocasión (262) manifestamos nuestro criterio sobre este punto. Consideramos que la «*actio ad supplendam legitimam*» va encaminada a asegurar su mínimo legal a cada legitimario. Deduciendo de ello que si fuera ejercitada frente a un heredero no forzoso por un legitimario, o por todos ellos en bloque, debe referirse a los dos tercios; pero que, usado por uno solo de los legitimarios—siempre que lo atribuido a todos ellos en su conjunto alcance globalmente los dos tercios—se limita la acción a referirse a lo correspondiente a aquél exclusivamente por legítima estricta.

Nuestra opinión en este segundo supuesto indicado la apoyamos en el siguiente silogismo:

Premisa mayor: voluntad del testador, que es ley de la sucesión (art. 675 C. c.). La palabra heredero supone un llamamiento general y absorbente a toda la herencia, o bien a coparticipar de ella con los demás instituidos (Sentencia 16 abril 1947); mientras que el llamamiento concreto a una cosa determinada es siempre un legado (art. 678 C. c.). Por tanto, el testador que designa un heredero y un legatario expresa claramente su voluntad de que aquél reciba todo el haber, excepto la cosa o porción expresamente legada.

Premisa menor: el límite legal de dicha voluntad, habiendo varios descendientes legitimarios, para cada uno de ellos con respecto a los demás, lo constituye su respectiva legítima estricta (art. 808). La naturaleza del tercio de mejora explica esta realidad. Como dijo Alfonso de Azevedo (263) «*nam tertium honorum secundum supra dictos (se refiere a Suárez y Segura) inter filios et descendentes non dicitur, nec reputatur legitima, secundum Castillo et melius Baeza, et Suárez, et Tellius, et ita debet intellegi, id quod ipse Tellius dicit, dicentes esse tertium legitimam nam debet intellegi respectu extraneorum non vero descendentium*». O, como razonó Sancho Llamas y Molina (264), recogiendo la opinión de Covarrubias y Matienzo, «aunque el tercio de mejora sea legítima de los hijos respecto a extraños... el tercio no es legítima de los hijos respecto de los nietos y descendientes, y, por tanto, se puede dejar a cualquiera de ellos sin injuria de su padre».

Conclusión: Si la voluntad del testador es dejar tan sólo la cosa legada a uno de sus legitimarios; y si, habiendo varios descendientes legitimarios, aquella voluntad no tiene más límite que

(262) *Imputación de legados...* loc. cit., pág. 331.

(263) *Comentarii juris civilis in Hispaniae Regiae Constitutiones*, tomo III (libro V de la Novísima Recopilación). Lugduni, 1737, comentando la Ley 3.^a del Título VI del indicado libro, en la que se recoge la Ley 19 de Toro (página 160, núm. 8).

(264) *Comentario crítico-jurídico literal de las ochenta y tres Leyes de Toro* (3.^a ed., Madrid, 1853), tomo I, págs. 344 y sigs.

el respetar la legítima estricta de aquél, es claro que dicho legítimo sólo podrá pedir el complemento de su legado hasta cubrir su cuota mínima legalmente fijada.

§ 10. POR QUÉ TÍTULO SE ENTIENDE ATRIBUÍDA LA LEGÍTIMA CUANDO FUÉ DISPUESTA POR PALABRAS COMUNES

Como escribió el jesuíta Luis de Molina (265), «hemos de observar aún que dentro de la institución directa de heredero existen los términos llamados comunes, y aquellos otros que los jurisperitos llaman términos propios o civiles. Son éstos los que, empleándose según el debido sentido, no pueden confundirse ni acomodarse al legado ni a la substitución fideicomisaria; por ejemplo: sea Pedro mi heredero; o sea Pedro heredero; o instituyo heredero a Pedro. Y aunque no se añada la palabra heredero bastará decir: instituyo a Pedro en la cuarta parte, o en la quinta parte de mis bienes, o en tal fundo o tal otra cosa determinada, pues estas son palabras propias y civiles, que denotan y significan institución de heredero».

«Son palabras comunes—prosigue el citado texto—las que sirven indistintamente para la institución directa de heredero, para el legado o para la institución fideicomisaria de heredero, como, por ejemplo: dejo (*relinquo*), suceda y otras semejantes».

Nuestros clásicos se plantearon el problema del valor de estos términos comunes (especialmente la palabra *relinquo*) referidos a la universalidad de la herencia, a una cuota, a una cosa: cierta o a especie y cantidad determinadas.

a) Nadie dudó de que aplicadas a la universalidad del caudal, significaban institución de herederos.

La Ley 6, tit. III, sexta Partida, en su último versículo, así lo reconoció: «sobre todo dezimos que el establecimiento del heredero se puede aún fazer por otras palabras; así como si dixesse aquel que lo fazia: Fulano sea mió heredero; o: Quiero; o: Mando que lo sea; o si dixese: Fulano sea señor de todas mis heredades; o: Haya todos mis bienes; o: Dexo todo lo que he; o otras palabras cualesquiera, semejantes destas, porque se pudiesse mostrar su voluntad en esta razón».

Gregorio López (266) corrobora dicha afirmación, entendiendo que la palabra *habeat* y la palabra *relinqui* «adjectis universitati honorum, inducit institutionem, ut hic, et in cap. Raynulfus, de testam. et ibi notat Abb., Bartol. in l. centurio (ley 45), final col., D. de vulgar et pupillar».

Opinión que sustentaron Palacios Rubios (267), Antonio Gó-

(265) Op. y vol. cit., Disp. CLV, núm. 8, pág. 591.

(266) Gl. última de esta Ley a las palabras «todo lo que he».

(267) Op. cit., Lex 24 Tauri, núm. IX (pág. 596), apelando a la autoridad de Bartolo y Saliceto.

ñez (268), el jesuíta Luis de Molina (269), así como los demás autores, sin que sepamos de excepción alguna.

b) Menos unánime, aunque en general orientada a solución puesta a la anterior, fué la opinión sustentada por los autores en los supuestos en que las palabras comunes se aplicasen a cosa cierta, especie o cantidad determinadas: Haciéndolas significar atribución de legado o prelegado.

Así, Díaz de Montalvo (270), Palacios Rubios (271), Matienzo (272), Covarrubias (273), Antonio Gómez (274), el citado Molina (275), etc.

Sólo el Abad Panormitano y Dumoulin, según cita de Covarrubias (276), pretendieron que la palabra «*relinquo*» aplicada a cosa singular significaba institución, cuando se dejaba dicha cosa a quien debía ser instituido heredero.

No obstante, si el testador, además de decir «dejo tal cosa a mi hijo», añadiera ser su voluntad que valga el testamento del mejor modo y forma que valer pueda (ut valeat omni meliori modo, quo valere possit) fué común doctrina, iniciada por Baldo, que cita y aprueba Gregorio López (277), que el llamamiento debe entenderse a título de institución—que en dicho caso sería *ex re certa*—«dado que las palabras deben tomarse atendidas las circunstancias y calidad de la persona que habla» y «que sería muy duro y contra la equidad natural el que a una palabra genérica no se le diera el sentido, según el cual puede sostenerse la disposición». Opinión que vemos admitida por Matienzo (278) y Covarrubias (279).

c) Más discutida fué la cuestión cuando dichos términos vulgares eran referidos a cuota o parte proporcional de la herencia.

(268) *Variae...*, cap. X, núm. 12, vers. «ex quo infertur» (pág. 117).

(269) Op. y vol. cits., Disp. CLV, núm. 9 (pág. 592).

(270) Glosas al Fuero Real de España, ed. Salamanca, 1569, lib. III, tit. V, ley 9.ª, gl. a las palabras «mejorar a algunos».

(271) Loc. últ. cit., donde cita en su apoyo a Bartolo, Angeli y Saliceto.

(272) Op. cit., lib. V, tit. IV, Ley 1.ª, gl. I, núm. 62 (fol. 81 vto.): Ni aun cuando la asignación de cosa cierta con palabras comunes se hiciese a favor de un hijo no instituido en la universalidad ni en cuota alguna de la misma. Afirmando que «*Verbum enim, relinquo, addiectum certae rei, non refertur ad haereditatem, nec videbitur hoc casu filius institutus*».

(273) Op. cit., cap. Raynutius, § 1.º *De haered, instit.*, núm. 9, págs. 67: «*verbo, relinquo addiectum rei alicui in specie non inducit haereditatem*».

(274) Loc. últ. cit., núm. 12, verss. «*Nunc vero*» y «*Ex quo infertur*».

(275) Loc. últ. cit., núm. 1, pág. 593.

(276) Ver esta referencia en COVARRUBIAS, loc. cit., núm. 9 (pág. 68), que explica cómo, según Juan de Imola y Alejandro, fué asimismo de esta opinión Baldo, en determinado texto, demostrando la inexactitud de esa referencia y la opinión contraria de este autor.

(277) Gl. 8 a la Ley 5.ª del Tit. VIII, 6.ª Partida, a las palabras «como a heredero».

(278) Op. y gls. cits., núm. 82, pág. 63.

(279) Op., vol. y cap. cits., § 1.º, núm. 4, pág. 67.

Por una parte, Díaz de Montalvo (280), Palacios Rubios (281) y otros muchos admitieron que significaba institución de heredero.

Antonio Gómez (282) y Covarrubias (283), en sentido opuesto, entendieron que los llamados a una cuota en términos comunes debían tenerse por meros legatarios. A esta afirmación de Gómez, el jesuita Molina (284) objetó que aquél la fundamentaba tomando un argumento indirecto de la *l. Cogi. párr. et generaliter ff. ad Trevell*, pero que en dicho párrafo solamente se habla del instituido en cosa cierta y en cuota de herencia *por palabras indirectas* sin referirse a las comunes.

Covarrubias (285) entendió que esa palabra aplicada a cuota hereditaria no implicaba institución ni siquiera refiriéndola a los hijos, que formalmente debían instituirse.

Notemos, por otra parte, que algún autor de los que inferían institución del llamamiento de cuota hecho en términos vulgares —como los citados Montalvo (286) y Palacios Rubios (287)—, al referir éstos a la mejora, consideraron que no inducían institución, sino prelegado, cuando el mejorado también hubiese sido instituido en el remanente sólo o juntamente con sus coherederos.

De no ser así, es decir, en el supuesto de decir el testador «dejo (reliquo) a la hija el tercio», sin hacer más mención de ella, opinó Palacios Rubios (288) que debía entenderse atribuido dicho tercio a título de institución: «porque a la palabra *relinquo* está añadido cuota de bienes. Por esta razón no se dice preterida, *porque la voluntad del testador debe sanarse, donde la significación de las palabras no repugne*».

En cambio, en general, el llamamiento con palabras comunes a la legítima, fué reputado como institución. Así lo dicen Angulo, Paulo de Castro y Gregorio López. También Matienzo (289) afirmó «quoties testador in testamento dixit, relinquo filio meo legitimam aut partem legitimam, tunc enim titulus institutiones relinquisse videtur».

No obstante, como siguiendo la exposición de Pablo de Cas-

(280) Loc. últ. cit., vers. «An autem» (referido a «certae rei»), y vers. fin. («hic. verbum relinquo adiicit certae speciei seu quantitati non traitur ad titulum institutionis»).

(281) Loc. cit., núms. IX, X, XI y XIII (págs. 596 y sigs.).

(282) Loc. últ. cit. Diciendo que los llamados «in re certa, *vel quotas*, cuando lo fueran «per verbum obliquum, *vel comune*», «tunc censetur mere legatarius».

(283) Loc. últ. cit.

(284) Núm. 10, cit.

(285) Núm. 9, cit., vers. final: «Imo verbum, relinquo, addiecto quotae haereditatis, non inducit institutionem in filius, que formaliter sunt instituendi.»

(286) Gl. cit.

(287) Loc. cit., núm. XVIII (pág. 597): «Secus quando filius consequitur tertiam iure praelegati, tunc enim non dicitur legitima. Sed praelegatum...», «et in omnibus naturam legati vel praelegati sortitur.»

(288) Loc. cit., núm. XIII, pág. 596.

(289) Loc. últ. cit., núm. 61, fol. 81 vot.

tro indicó Gregorio López (290), no faltó quien defendiese la posición contraria, fundándose en que la legítima es parte de los bienes, más no de herencia; pues aquélla se debe del líquido resultado de la segunda, esto es, deducidas las deudas (ley 8, § 8, Dig. de inoff. testam.); y, además, porque la institución en una parte de los bienes no se considera disposición universal, si se hubiese nombrado otra persona con el título de heredero (l. 66, § 2 D. ad Trebell.).

Gregorio López (291) distinguió del anterior supuesto el caso en que el padre deje *algo* al hijo por su legítima. Reconoció que la mayoría de los doctores parecen estar por la afirmativa, como Bartolo, Baldo y Fugosio. Pero más bien se inclina por la opinión contraria, sostenida por Saliceto, Juan de Imola, Alejandro, Jason, Guillén Beneded, juzgando que parece estar más de acuerdo con aquellas palabras de la ley 5, Tit. VIII, Part. 6.ª: «más si aquella parte le dejasse en el testamento *non como e heredero...*»

No hemos expuesto esta cuestión por mero entretenimiento ni como curiosidad puramente histórica. Contrariamente, nos sirve para centrar el problema que pretendemos resolver de acuerdo con nuestro Derecho positivo vigente.

Tratamos de indagar a qué título se entenderá deferida la legítima cuando el testador se limite a decir, con términos vulgares, «dejo a mi hijo X, lo que por legítima le corresponda», o «cuando por legítima estricta deba haber». O bien, si previamente o después de otorgar la institución de herederos, declare dejar el tercio de legítima estricta a todos los hijos por iguales partes.

Indudablemente, el problema consiste en determinar cuál ha sido la verdadera voluntad del testador. Es cuestión interpretativa, para cuya solución es imprescindible atenerse a las pertinentes normas del Código civil, artículos 675, 668, párrafo 2.º, y 660.

El primero de dichos artículos, en su § 1.º, expresa que: «Toda disposición testamentaria deberá entenderse en el sentido literal de sus palabras, a no ser que aparezca claramente que fué 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 párrafo segundo del artículo 668 aclara: «En la duda, aunque el testador no haya usado materialmente la palabra heredero, si su voluntad está clara acerca de este concepto, valdrá la disposición como hecha a título universal o de herencia.»

Y el artículo 660 dice: «Llámase heredero al que sucede a título universal, y legatario, al que sucede a título particular.»

De la conjugación de esos tres preceptos, inferimos que si el testador al dejar a un hijo su legítima pretendió llamarle a título universal, indudablemente debe considerarse como heredero a

(290) Gl. 1 de la Ley 5.ª, Tit. VIII, 6.ª Partida, a las palabras «dexa a su fijo su parte legítima».

(291) Gl. 2. id. lev.

dicho hijo, aunque no se hubiere usado esa palabra al hacerse el llamamiento. Pero la cuestión no queda, con esto, resuelta. El padre al disponer a favor de un hijo lo que por legítima le corresponda, ¿le llamó, realmente, para que le sucediese a título universal?, ¿fué esa su intención?

Aclaremos, ante todo, que para resolverlo, hoy no se padece la coacción que suponía antaño la ineludible alternativa que se planteaba entre entender instituido heredero al legítimo llamado en términos comunes a su legítima, o bien considerarlo como legatario incurriendo en este caso en el consiguiente vicio de desheredación no ritamente verificada. Según hemos visto, no es ya necesario instituir heredero al legítimario, con lo cual desaparece esa presión que sin duda supone para el intérprete el hecho de tener que optar entre una interpretación que permita la validez de la institución y otra que produzca su ineficacia.

Seguidamente conviene rememorar en qué consiste la sucesión a título universal. Diferenciándola de la impropia llamada sucesión a título singular, que no es sucesión «*stricto sensu*», sino simplemente una adquisición. En efecto, se puede adquirir a título singular una universalidad de bienes, así como adquirir una sola cosa en virtud de una sucesión a título universal. Lo primero ocurre cuando se compra en bloque un conjunto de bienes o se adquiere a título de legado una cuota de bienes hereditarios. Lo segundo, cuando se hereda un caudal que de hecho se halla reducido a un solo fundo o a un único bien de cualquier clase (292).

Anteriormente hemos indicado (293) que lo característico de la sucesión a título universal es, o bien el hecho de colgarse el heredero, solo o juntamente con otros coherederos, en lugar del causante en todas y cada una de sus relaciones jurídicas activas y pasivas—*versión romana*—, o bien en la adquisición de la totalidad, o de una cuota o parte alicuota de un patrimonio, con todas sus cargas afectando inseparablemente a los bienes del mismo—*versión germánica*—. Es decir, que el dato más destacado de la sucesión a título universal consiste en la transmisión al heredero de las deudas del causante, sea por asumirlas personalmente, en virtud de la indivisibilidad de la aceptación de la herencia, o bien grabando inseparablemente los bienes de la universalidad adquirida, de forma que en esta segunda hipótesis el heredero—liquidador antes que adquirente—deba satisfacerlas con cargo al activo por él adquirido.

Ahora bien, ¿reúne esas características al hacerse efectiva a

(292) VIÑIGO (*Select. Iuris Quaest.*, cap. XXIII, cit., págs. 40 y sigs., distingue con toda lucidez ambos supuestos. Así le vemos aludir a la adquisición a título singular de una universalidad, cuando expone: «*aut allegat titulum sed universalem, scilicet pro haerede...; aut allegat titulum singularem, et hunc vel in universitate sive haereditate aut parte hereditatis... vel in re singulare*». También observa: «*ne confundamus possessore rei singulare cum possessore titulo singulare*».

(293) Ver. § 7, pág. 481.

favor del legitimario la transmisión que el causante le dispuso al asignarle con palabras comunes su legítima?

La respuesta va ligada al problema de cuál es la naturaleza de legítima cuando se atribuya en su forma pristina. Es decir, no embebida en una institución de heredero ni especificada mediante la asignación de un legado, sino como atribución genérica de la mínima participación que la ley impone.

Varias teorías han pretendido explicarla:

a) *Tesis de la legítima como «pars valoris».*

Según ella el legitimario no adquiere sino un crédito contra el heredero, ya sea de carácter puramente personal (294) o bien con afección real sobre todos y cada uno de los bienes de la herencia (295). Esta teoría resulta incompatible con la normal naturaleza que el Código civil atribuye a nuestra legítima, según resulta de los artículos 806, 808, 809 y «sensu contrario» de los artículos 821, 829 y 1.056, párr. 2.º, dado el carácter excepcional de sus supuestos.

b) *Teoría de la legítima «pars valoris bonorum quam in specie heres solvere debet».*

Entiende que la legítima supone una titularidad sobre el valor pecuniario de los bienes que integran el patrimonio hereditario con la «naturaleza propia de derecho real de realización de valor que afecte a modo de carga o gravamen a todo el patrimonio hereditario, y por consiguiente a todos los bienes relictos, en su consideración de elementos del valor mismo», y que debe traducirse en la percepción de este valor, no en dinero, sino en «bienes hereditarios *in natura* según las reglas de la división de herencia».

Esta es la opinión defendida por Roca Sastre (296)

La legítima, según ese sistema, se diferencia de la subespecie de legítima *pars valoris*, con afección real sobre los bienes hereditarios, en cuanto debe ser satisfecha precisamente en bienes de la herencia y no en dinero. En ambos sistemas puede decirse que la legítima es *pars valoris bonorum*. Pero así como en el primero es

(294) Legítima simple crédito personal como en el parágrafo 2.303 del B. G. D.

(295) Naturaleza atribuida a la legítima catalana, conforme admiten la mayoría de los autores del Principado, reconocida y regulada en el artículo 15 de la Ley Hipotecaria.

VIVES Y CEBRIÁ. *Usatjes y demás derechos de Cataluña* (2.ª ed., Barcelona, 1861), tomo II, pág. 25 (lib. VI, tit. V), apoyándose en CÀXER (Pars. I, capítulo III, núm. 16), nos expone la génesis de esta *tacitam hypotecam*, fundada en que los legitimarios, cuando son legatarios, no deben ser de peor condición que los demás legatarios, que—hasta la Ley Hipotecaria de 1861—gozaban de hipoteca legal tácita y general sobre los bienes de la herencia, en garantía del pago de sus respectivos legados.

(296) *Naturaleza jurídica de la legítima*, loc. cit.; ver especialmente las páginas 202, 203 y 206, núm. 3.

traducible y pagable en dinero, en el segundo debe concretarse normalmente «*in natura*» en bienes del caudal relicto (297).

Asimismo se distingue de la legítima *pars bonorum*, en la ecuación que media entre la sincrónica a actuación de *periculum* y *comodum* en todas y cada una de las cuotas de cualquier cotitularidad (298) y la fijeza e inmutabilidad de valor de una participación previamente tasada, de una cosa o un patrimonio, a pesar de las oscilaciones de valor que éste sufra.

Para Roca Sastre (299), en el Código civil, «la legítima tiene un valor económico *fijo, tasado, inmutable*, no susceptible de aumento o disminución, a consecuencia de las variaciones de valor que, con posterioridad al fallecimiento del causante, se produzcan en los elementos hereditarios. El aumento o depreciación de estos elementos lo recibe o soporta exclusivamente el heredero o herederos, pero no los legitimarios». Así resulta—según dice—del artículo 818 al disponer que «para *fijar* la legítima se atenderá al valor de los bienes que quedaren a la muerte del testador». Lo mismo dispone el artículo 654 al hablar de la imputación del valor líquido de los bienes del donante «al tiempo de su muerte».

Es decir, que para Roca Sastre, «*die mortis*, los legitimarios sólo tienen asignado un valor dinerario tasado, y esta situación de titularidad subsiste hasta que en satisfacción de la legítima se distraen bienes de la masa relicta» (300). Parece, pues, que según esta tesis no es necesario que el legitimario reciba en su día una

(297) PORPETA (conf. y loc. cits., págs. 178 y sigs). usa la expresión «*pars valoris bonorum*» en distinto sentido que ROCA SASTRE. Así como este último la asimila a lo que nosotros denominamos, traduciendo su pensamiento, «*pars valoris bonorum quam in specie heres solvere debet*», PORPETA le da el significado equivalente de una «*pars valoris*» garantizada con los bienes de la propia herencia, a modo de hipoteca. Así dice que: «si se enlazan los dos conceptos de *pars valoris* y *pars bonorum* en un complejo de *pars valoris bonorum*, tendremos que ir a parar como consecuencia ineludible a que de unos determinados bienes se extraiga su propio valor». Deduciendo que: «esto exigiría, o que la forma normal de pago de la legítima consistiera en una forzosa enajenación de los bienes hereditarios, o que el derecho de legítima, por su propia naturaleza, estuviese asegurado con una afección real, por ministerio de la ley. Lo primero no ocurre nunca. Lo segundo supondría una anotación preventiva (incompatible con el derecho que al legitimario otorgan las leyes para promover el juicio de testamentaria) o una hipoteca. Y en ambos supuestos quedaría desvanecido el pretendido carácter autónomo de la titularidad sobre el valor y convertida ésta, como no puede ser menos, en simple derecho accesorio».

Como palpablemente queda comprobado, ambos prestigiosos autores usan esa expresión dándole un sentido completamente distinto.

(298) Así ROCA SASTRE (loc. últ. cit., pág. 199) explica que las mismas fluctuaciones del mercado, acrecimiento y aminoración que recibe o sufre el elemento objetivo de un condominio, lo reciben o sufren cada una de las participaciones ideales en que se entiende dividido. Así: «las cuotas podrán ser, por su módulo, constitutivamente distintas, pero sustancialmente todas están sometidas sincrónicamente al mismo fenómeno de aumento o disminución en su objetividad económica».

(299) Loc. últ. cit., págs. 199, *in fin.*, y 200, *in princip.*

(300) Pág. 200.

ava parte de los bienes del caudal líquido, sino que sólo tiene derecho a percibir una cantidad de bienes, del mismo caudal, suficiente para cubrir el valor que tuviera aquella ava parte precisamente en el momento del fallecimiento del causante. Es decir, que no es el derecho a una parte alícuota de bienes, sino el derecho a la cantidad de bienes equivalentes al valor que en aquel momento dado tenía aquella ava parte. Se fija así el valor, aunque posteriormente se desdibuje la proporción originaria.

c) *Teoría de la «pars bonorum».*

El legitimario es considerado como cotitular de los bienes del activo hereditario. Con la particularidad de que así como la proporción que respecto al todo representa su cuota está previamente fijada, en cambio el conjunto de bienes a que aquélla se refiere sólo resulta concretado definitivamente después de la liquidación del pasivo que dejó el causante. Y aun, en ese momento, si bien se concreta la masa, idealmente dividida por el denominador representativo, en cambio no se individualizan—a no ser que lo hubiere hecho previamente el testador—los bienes sobre los que ha de traducirse en el momento de la partición (301).

d) *Sistema de la legítima «pars hereditatis» (302).*

El legitimario es coheredero. Como tal, sucede al causante en todas sus relaciones jurídicas; en la totalidad de sus derechos y obligaciones. Concretamente es un cotitular del activo y pasivo hereditario, que, en cuanto a los derechos se traduce en una serie de cotitularidades especiales cuyos sujetos definitivos están transitoriamente indeterminados (303). Y en cuanto a las obligaciones,

(301) PORPETA (loc. cit., págs. 171, *in fine*, y 172) dice que la expresión *pars bonorum*, en su sentido más estricto, «representa una cuota de haberes determinada en función de la cuantía del caudal y libre del pasivo hereditario».

(302) Hace notar PORPETA (loc. cit., pág. 172) que «es de sumo interés conjugar los dos conceptos de «cuota de herencia» y «cuota de bienes» a la luz de los principios rectores de cada ordenamiento según sus raíces históricas, pues si concebimos la herencia *more germanico*, como una resultante de las operaciones practicadas en busca del haber líquido, o lo que es lo mismo, *deducto aere alieno*, nos veríamos seriamente comprometidos para trazar una divisoria firme entre *pars hereditatis* y *pars bonorum*, siendo por el contrario más difícil la discriminación respecto del *hereditas romana*».

(303) Muy discutida ha sido en nuestro Derecho la naturaleza de la cotitularidad hereditaria.

Para CAMPUZANO (*Elementos de Derecho Hipotecario* [Notarías], Madrid, 1931, vol. I, págs. 370 y sigs.), y según la Resolución de 29 agosto 1925, se trata de una comunidad *zur gesammte Hand*.

FERNANDO DE LA CÁMARA (*El derecho hereditario sin abstracto*, en *Revista Crítica Der. Inm.*, año 1926, pág. 182) y ROC SASTRE (*Derecho Hipotecario*, tomo II, pág. 541) la han conceptualizado como propiedad romana por cuotas, pero referida al patrimonio hereditario considerado como *universum ius*.

JERÓNIMO GONZÁLEZ (*Estudios de Derecho Hipotecario y Civil*, tomo III, página 368) la juzgó intermedia entre la comunidad y la persona jurídica, y GARCÍA GRANERO (*Cotitularidad y comunidad*, en *Rev. Crít. Der. Inm.*, año 1946, pág. 624) entre la *gesammte Hand* y el *Mitteigentum*.

Según CHAMORRO (*Los derechos hereditarios*, en *Rev. Gral. de Leg. y Jur.*, tomo 160, abril 1941, pág. 331) da lugar a una copropiedad romana sobre cada

al contrario que en el Derecho romano, produce una relación de solidaridad pasiva (304).

¿Cuál es el sistema adoptado por nuestro Código civil?

Excluyendo los supuestos especiales—legítimas del viudo y del hijo natural, de que antes nos hemos ocupado, y actuación de los preceptos contenidos en los arts. 821 y 829 y párrafo 2.º del 1.056, de que trataremos en la segunda parte de este trabajo—, es indiscutible que por las razones apuntadas, en nuestro Código la legítima no puede considerarse como «*pars valoris*».

Desechada esa posibilidad, vamos a discutir la tesis que conceptúa la legítima como «*pars valoris bonorum quam in specie heres solvere debet*», que más exactamente podríamos calificar como una «*pars bonorum*» no concretada en una cuota alícuota, sino fijada en el valor nominal—en moneda en curso— que aquella cuota tuvo en la fecha del fallecimiento del causante.

Su característica, se ha expresado que reside en la fijación de su valor, que queda inamovible en su equivalencia dineraria una vez haya muerto el causante. Según esta teoría, en el momento del pago de la legítima, bastará satisfacer una porción del activo hereditario equivalente al valor, que en el instante del fallecimiento del causante había tenido la avá parte del activo que al legítimario proporcionalmente le correspondía.

Sin duda, Roca Sastre, al pretender la vigencia de esa construc-

uno de los bienes del caudal y tantos créditos y obligaciones mancomunadas como derechos u obligaciones existen, pero sin poder de disposición sobre los respectivos derechos en cada comunidad. Esta construcción parece conjugarse mejor con la «reserva de bienes de todas clases» de los *pays de coutumes* del antiguo Derecho francés—ver la obra de Mme. WEIL FREIBOURG, que cita PORPETA [loc. cit., pág. 184]—que significaba «que el reservatario tenía derecho a recibir, no ya una fracción indeterminada de la universalidad patrimonial relicta, sino una parte de todos y cada uno de los bienes inmuebles que la componen»: pero con el aditamento, que esta reserva suponía, en vida del causante, una indisponibilidad a título de donación de las participaciones a ella sujetas.

Para COSSIO (*Lecciones de Derecho Hipotecario*, Barcelona, 1945, pág. 188) supone una comunidad romana sobre el patrimonio y una serie de comunidades germánicas concretadas en cada uno de los bienes singulares que del mismo formen parte.

Y, finalmente, FEDERICO DE CASTRO (*Derecho civil de España*, Parte General, tomo II, Madrid, 1949, págs. 584 y sigs.)—a nuestro modesto parecer certeramente—ha precisado que solamente el título o la cualidad de heredero está en comunidad, mientras que respecto de cada bien o derecho existe de modo transitorio una indeterminación de sujetos interina, entre los coherederos. El módulo de esta especial cotitularidad lo indicz la respectiva cuota: pero ésta no se concreta en bienes determinados y sólo contablemente puede decirse que se refiere al patrimonio en su conjunto.

(304) En Derecho romano todo acreedor podía exigir a cada coheredero, a prorrata de su participación hereditaria, la satisfacción de la parte correspondiente de sus créditos contra el causante. Es decir, que los herederos respondían en forma simplemente mancomunada de todas y cada una de las deudas hereditarias (fragmento 2, § 5. y fragmento 3, Dig., X-II). En cambio, según el artículo 1.084 C. c., en nuestro Derecho vigente dicha responsabilidad de los coherederos ha pasado a tener carácter solidario.

ción, se fijó en los supuestos de previa concreción de la legítima en bienes determinados por disposición del testador. Es claro que en estos casos no se da la comunidad de *periculum* y *comodum* características de la comunidad propiamente dicha. Pero entendemos que ello no se debe a la naturaleza de la legítima, sino a la circunstancia de haberse individualizado los bienes con los que debe satisfacerse. El supuesto es análogo al que se daría en caso de hacerse la partición en la misma fecha del fallecimiento del causante.

Los supuestos en los que se pone a prueba el carácter y naturaleza del mínimo legalmente asegurado, son precisamente aquellos en que el testador deja a un legitimario—expresándolo así, en líneas generales—lo que por legítima le corresponda sin instituirle heredero. Y en este caso, nos consta que Roca Sastre se inclina por la partición—hágase cuando sea—del activo líquido en la proporción que indica el quebrado representativo de la cuota legitimaria según la ley (305).

Pero si en lugar de detenernos aquí agotásemos las posibilidades de la tesis, llegando donde nunca pretendió llegar su ilustre sostenedor, llegaríamos a consecuencias totalmente injustas.

Así, los bienes se valorarían con relación a dos momentos distintos, a saber: a la fecha del fallecimiento del causante a efectos del cálculo de la legítima, y con relación al tiempo actual a efectos de la suficiencia del pago que con ellos se hiciera.

Con un ejemplo aclararemos la cuestión:

En el momento de fallecer el causante X, su haber se componía exclusivamente de una finca rústica de veinte hectáreas de cabida, de un valor uniforme cada una, de cuarenta mil pesetas, lo que en total suma ochocientas mil pesetas; y teniendo un pasivo de noventa mil pesetas.

Para fijar la legítima de uno de los tres hijos del causante—los demás fueron instituidos herederos, mientras a aquél se le dejó lo que por legítima le correspondiese—debería procederse en esta forma:

$$800.000 - 90.000 = 710.000 : 710.000 : 3 = 270.000.$$

$$270.000 : 3 = 90.000; \text{ igual a la legítima estricta del hijo Z.}$$

Valorada de nuevo la finca en el momento de tenerse que pagar la legítima, resultó haber alcanzado aquélla—al vez más por depreciación de la moneda que por verdadero plus valor de la finca (306)—un valor de noventa mil pesetas por hectárea, y, por tanto, en conjunto, de un millón ochocientas mil pesetas.

(305) No obstante habla (lc. últ. cit., pág. 206) «de la percepción de *este valor*» refiriéndose a «la *pars valoris bonorum* que en principio atribuye la ley», que dice «tendrá lugar en bienes hereditarios *in natura*, según las reglas de la división de herencia».

(306) NÚÑEZ LAGOS (comentando la conferencia de MARÍN MONROY, *La colación. Historia crítica de los problemas de valoración*, en *Rev. Gral. de Leg. y Jur.*, tomo 180, 2.º semestre 1946, págs. 722 y sigs.) se ha ocupado de un problema semejante. El relativo a la colación de los bienes donados por el padre a sus hijos, que valorados con relación a la fecha de la donación se colacionan a un caudal que en cambio se valora con referencia a la fecha del falleci-

En definitiva, aplicando hasta sus últimas consecuencias la teoría que examinamos, resultaría que al legitimario podría pagársele su legítima entregándole una sola de las veinte hectáreas que componían el único bien hereditario. Siendo así que de haberse efectuado el pago al tiempo de fallecer el causante, hubiese habido que entregar a Z, para dejar totalmente saldados sus derechos, una parcela del fundo no menor de dos hectáreas y veinticinco centiáreas.

¿Es eso lo que se ha querido disponer en el artículo 818 del Código civil, al decir que para *fixar* la legítima se atenderá al valor de los bienes que quedaren a la muerte del testador? (307).

Notemos, ante todo, que el artículo 818 indica que «se atenderá al *valor de los bienes que quedaren a la muerte del testador*». Pero lo que no se dice es que deba atenderse «al *valor que tuviesen a la muerte del testador los bienes que entonces quedaren*» (308)

miento del causante. Su intento se dirigió a resolver las injusticias provocadas por la desvalorización de la moneda, a base de distinguir cifra de valor y cifra de dinero. Para él, es cifra de valor, pero no cifra de dinero, la que debe considerarse a efectos de las indicadas valoraciones. Y, por lo tanto, la pretérita valoración debe hacerse traduciendo al cambio de la moneda actual el que tuviese la misma moneda en la fecha de la donación que se colacione.

(307) En este sentido es entendido por PELLA Y FORGAS (*Código civil de Cataluña*, tomo III, Barcelona, 1918, pág. 278).

(308) Los autores clásicos catalanes evitaban ese aleatorio resultado—indudablemente injusto cuando lo provocaba un ficticio cambio de valor de las cosas, producido por una disminución del valor de la moneda—a través de distinguir dos momentos distintos para determinar la cuantía de la legítima: el instante de la muerte del causante para fijar la composición y contenido del caudal relicto; y el momento del pago de la legítima para determinar el valor de la misma, traducido en dinero. De esta forma la legítima se valoraba en el mismo momento del pago y, por tanto, se pagaba no sólo con la misma unidad monetaria, sino con idéntico valor real al que sirvió de base a la valoración de la legítima.

VIVES Y CEBRIÁ (op., vol. y loc. cits., pág. 258) expone así el problema: «Por supuesto, para fijar la cuarta legítima es necesario ante toda cosa saber la consistencia de los bienes del padre o de la madre en el día de su muerte. Pero no basta esto, si que también es necesario que dichos bienes se valoren. Antiguamente en Cataluña, según Derecho común, la legítima debía pagarse precisamente en cuerpos hereditarios y por lo mismo rara vez podía ocurrir dificultad sobre la época que debía atenderse para la valoración de los cuerpos hereditarios, pues que aunque éstos hubiesen por el decurso del tiempo aumentado o disminuido de valor, entregándose los mismos cuerpos, participaba así el heredero como el legitimario de este aumento o disminución. Sólo podía venir el caso de distinguir las épocas cuando las fincas hubiesen desmerecido de valor por culpa del heredero, o bien hubiesen aumentado por industria del heredero, en cuyos casos era claro que este aumento o disminución perjudicaba o favorecía sólo al heredero. Pero como según la ley 2 de este título puede el heredero pagar la legítima en dinero y muchas veces la legítima se pide años después de la muerte del padre, y en este intermedio las fincas por sólo el transcurso del tiempo y por causas extraordinarias pueden haber aumentado o disminuido, se ha discutido muchas veces si la valoración debe hacerse con referencia al tiempo de la muerte del padre, o con referencia al tiempo en que se puso la demanda. Pero Fontanella, en la decisión 574 sostiene certeramente que debe atenderse al valor de los bienes al tiempo del pago o a lo menos de la reclamación del crédito, y de ningún modo al tiempo de la muerte del padre:

En perfecta equidad, si la legítima se calculó según el valor que los bienes de la herencia tenían al fallecer el causante, igualmente conforme a dicho valor debieran tasarse los bienes que posteriormente sirviesen para su pago al legitimario—salvo la cuestión de las mejoras y deterioros correspondientes o imputables al heredero—. Y así se hacía en el Derecho común, como indica Vies y Cebriá (309), «rara vez podía ocurrir dificultad sobre la época en que debía atenderse para la valoración de los cuerpos hereditarios, pues que aunque éstos hubiesen por el decurso del tiempo aumentado o disminuído de valor, entregándose los mismos cuerpos, participaban así el heredero como el legitimario de ese aumento o disminución».

Tan imbuído estaba el Derecho castellano de estas ideas, que Angulo (310), ocupándose de los supuestos en que un legado de cuota, como lo era la mejora de tercio o quinto, podía pagarse con su estimación en dinero, dictaminó que «hoc casu quando aestimatio quotae bonorum solvi potest, valor bonorum attendi debet nom secundum tempus mortis, sed secundum tempus solutionis». Por otra parte, una cosa es la fijación de la legítima para congelarla concretándola en un valor nominal dado, que supone una

lo mismo sostiene CÁNCER en la parte 1.ª, capítulo 3, número 28. Algunos, en corroboración de esto mismo, pretenden que así lo exige la razón natural, porque a no ser así, como el heredero tiene la elección de pagar en dinero o en cuerpos hereditarios, resultaría una desigualdad en perjuicio de los legitimarios, porque si los cuerpos hereditarios hubiesen disminuído de valor elegiría el heredero pagar en cuerpos hereditarios, lo que no podrían rehusar los legitimarios, pues que, por fin, él los entregaría según la valoración dada; y al contrario, si los bienes hubiesen aumentado de valor, elegiría pagar en numerario. Observan que de esto reportaría el heredero un beneficio en daño de tercero, porque si las fincas, v. gr., valían 12.000 al tiempo de la muerte del padre y después, al tiempo del pago, valían 18.000, destinando para el pago de la legítima 3.000, que es la cuarta parte de las 12.000, habría cumplido; no obstante que la cuarta parte de las 18.000 serían 4.500, librando así un beneficio de 1.500.»

Igualmente GIBERT (*Teórica del arte de Notaría*, traducido al castellano por TAPIA y anotada por FALGUERA, Barcelona, 1875, págs. 266 y sígs.) afirma que «si se aumentaren o disminuyeren los bienes del padre antes de pagarse dicha legítima, se ha de observar la regla siguiente: En cuanto a la cantidad se atiende al tiempo de la muerte; por lo que hace a la calidad o valor, al tiempo del pago; v. gr.: Cuando murió el padre había en la herencia una finca cuyo valor se aumentó después, de tal suerte que valiendo 100 al tiempo de la muerte, llegó después a valer 200. Se pagará de éstos la legítima, que siendo la cuarta parte importará 50, la cual se dividirá igualmente entre todos los hijos».

No obstante, el Tribunal Supremo, en Sentencias de 20 junio 1886, 15 junio 1869, 19 octubre 1870 y 11 junio 1873, impuso la injusta solución de fijar en el momento de la muerte del causante en cifra de dinero la cuantía de la legítima catalana, prescindiendo de que en el momento del pago hubiere desaparecido la proporcionalidad originaria entre el valor de los bienes y el valor efectivo de la moneda con que se pagase. Afirmando la Sentencia de 19 octubre 1870 que la doctrina de los autores antes referida «no estando admitida por la jurisprudencia de los Tribunales no puede servir de fundamento para un recurso de casación».

(309) *Usatjes y demás derechos de Cataluña*, 2.ª ed., Barcelona, 1861, tomo II, pág. 258.

(310) *Comentarium ad leges Regios meliorationum*, Matriti, 1592, Lex Quarta (20 de Toro), glosa V, pág. 363.

fijación ficticia, precisamente por ser meramente nominal y tomada con una unidad de medida cuyo valor a su vez fluctúa (311). Y otra distinta es determinar o fijar su valor con referencia a aquel momento dado, simplemente para ver qué legados o donaciones resultan ser inoficiosos en aquel instante, precisamente decisivo para determinar la inoficiosidad.

Esa segunda finalidad, creemos que es la única que persigue el artículo 818 C. c. Parece indicarlo así su colocación entre el artículo 817, que dispone la reducción de las disposiciones testamentarias que mengüen la legítima, y los artículos 819 y ss., que se ocupan del modo y forma cómo debe llevarse a cabo dicha reducción.

Los artículos 808 y 809 C. c., a juicio nuestro, confirman esta apreciación. Pues determinan que constituyen la legítima ciertas avas partes del haber. Naturalmente, en tanto que no se haya separado de éste. Su fijación, hecha antes de su separación e individualización, daría lugar a que dos valoraciones interdependientes entre sí se tomaran con raseros distintos (312).

Además, aceptando la teoría que discutimos, se contradeciría el concepto que de la legítima ofrece el artículo 806 C. c. Si, de acuerdo con ésa, la legítima es *porción de bienes*, deberá sufrir todas las alteraciones de valor que éstos sufran. Por eso *no puede fijarse su valor en el sentido de dejarlo «fijo» e «inamovible»*. Es el *contenido* del caudal y de su activo libre—del que ha de sacarse aquella cuota—lo que debe *fijarse* en este sentido. Pero *no su*

(311) Cuestión que nada tiene que ver con el problema del abono de las mejoras realmente hechas por los herederos después del fallecimiento del causante y antes de entregar su parte al legitimario. Esta debe regirse por las normas generales que el mismo Código civil determina al ocuparse de la posesión (artículos 453 y sigs. del Código civil).

Así aclaró FALGUERA comentando el párrafo de GIBERT transcrito en la nota que antecede: «Esto se entiende si el aumento o disminución del valor fué obra del tiempo o de la naturaleza; pero si provino de hechos del heredero, por ejemplo, si el heredero derribó un piso de la casa o edificó otro nuevo, este aumento o disminución no se toma en cuenta para el pago de la legítima, y se atiende para el valor de los bienes al tiempo de la muerte del testador» (página 267 ii).

Distinción que nos parece más clara que la que establece PELLA Y FORGAS, «como hace TRISTANY (*Sacri Supremi regis Castelloniae Senatus decisiones*, desc. 71, núm. 17) entre aumentos *intrinsecos* y *extrinsecos*, es decir, aquellos aumentos procedentes o no de la cosa, según observa VOET (*Commento alle Pandette*, vol. 1, pág. 1112). Pues esa última distinción deja en la penumbra los supuestos de cambio de valor por circunstancias de mercado y de falso plus valor por desvalorización de la moneda, aparte de interferirse en la cuestión de los frutos, en contra del criterio de la ley 73 D. XXXV-II y de la ley 3, título XI, 6.ª Partida.

(312) Cosa distinta sucede si el testador concreta la legítima en un legado de cosa específica de la herencia; lo que supone una individualización de riesgos con separación de la masa común, en cuyo caso bastará, por consiguiente, que el legado cubra la cuota legitimaria, según la valoración de aquél y ésta con relación a la fecha del fallecimiento del causante. Pero esto ocurre a consecuencia de la individualización de la cosa con que se ha de satisfacer la legítima, no de que ésta tenga en este caso carácter distinto.

valor, que sólo puede fijarse en el sentido de «calcularlo», de «determinar» su montante, con relación a un momento dado, pero sin implicar su petrificación (313). Cálculo que puede ser conveniente a otros fines y que es imprescindible para averiguar si resultan o no inoficiosos los legados y donaciones que el causante hubiere otorgado.

Claramente indica esa finalidad la ley 3.^a del Tit. XI, Partida sexta (314) en el título de su rúbrica que reza: «Que tiempo deve ser catado, para poder menguar las mandas, en razón de poder sacar el heredero la su parte legítima» (315).

Esa es la única finalidad del precepto. Y asimismo lo entiende Manresa (316), al deducir que «el verdadero objeto del artículo 818 es llegar a conocer exactamente el total importe de la herencia de una persona para poder deducir la porción de que podrá disponer, y aquella otra que, por ser indisponible, constituye la legítima. Fijada en efecto la legítima, queda fijada la porción libre». Y sólo—añadimos nosotros—conociendo éstas y el valor de lo legado y donado por el causante, puede comprobarse si existen disposiciones inoficiosas y proceder a su reducción, si debiere acudirse a ella.

Queda, pues, la incógnita reducida a una alternativa entre las concepciones que respectivamente juzgan a la legítima como *pars bonorum* y como *pars hereditatis*. Es decir, la vieja cuestión que ya fué planteada y discutida durante varios siglos por los autores de Derecho común, entre los que predominó su consideración como *pars bonorum* (317)

(313) Según el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, el verbo *fijar* puede significar «hacer fija o estable alguna cosa», pero igualmente también cabe que exprese «Determinar, limitar, precisar, designar de un modo cierto».

El artículo 818 da reglas para fijar, en el sentido de *determinar*, el valor de la legítima con relación a un momento dado, el de la muerte del causante, con el fin de poder precisar qué legados y donaciones resultan inoficiosas y en qué medida. Podría, pues, decirse que *fija* su valor (en el sentido de determinarlo aunque sólo sea con relación a un momento dado), y *fija* (en el sentido de hacerla estable) la masa líquida de la que ha de deducirse proporcional y materialmente su contenido.

(314) Además, como observa VIVES Y CEBRIÁ (loc. y págs. cit.), refiriéndose a esta Ley de las Partidas y a la Ley 73 Dig. XXXV-II, «estas leyes no hablan del aumento o disminución de cada una de las cosas de la herencia, sino del aumento o disminución de los frutos de los cuerpos hereditarios, pues hablan de los hijos de los siervos o de los ganados que han nacido, de la lana que se ha trasquilado, de los quesos que se han hecho, cuáles cosas son un fruto de los cuerpos hereditarios que pertenece al heredero».

(315) Aunque se considere al legitimario como legatario de parte alicuota, se hallará en la misma posición, a este respecto, que el heredero legitimario, como comprobaremos en la segunda parte de este trabajo.

(316) Op. cit., vol. VI, pág. 370

(317) Así lo recoge GREGORIO LÓPEZ en el vers. final de su glosa a la Ley 5, título VIII, Partida Sexta, referida a las palabras «dexa a su fijo su parte legítima».

Vinnio (318) ha sido, a nuestro parecer, uno de los autores que mejor lograron captar y resolver, en el ámbito del Derecho romano común, ese arduo problema. Para ello, partió de la siguiente distinción:

a) La legítima justinianea era *pars bonorum*: 1.º, «si ponamus filio juste exhaeredito legitimam esse relictam titulo singulari, tunc utique legitima non hereditatis, cujus nullam partem exhaereditatus obtinet, sed bonorum quota est»; y 2.º, si el hijo fué instituido «in re certa», concurriendo con él «coherede simpliciter scripto vel ex parte assis», ya que en ese caso aquel legionario «legatarii loco habetur, ut neque actiones haereditarias exercere, neque a creditoribus haereditariis conveniri nequeat».

b) En cambio, era *pars hereditatis*, «si filius haeres institutus sit vel in ipsa legitima... vel ex parte aliqua haereditatis». Juzgando indudable, «quin ea pars, quam tamquam haeres jure haereditario habeo et titulo institutionis, sit pars haereditatis».

En este último supuesto, estimó compatible la circunstancia de que para calcular la legítima—conforme determinaba la Ley 8.ª, § 9, Digesto V-II—hubiese que deducir las deudas del causante y el hecho de que el instituido en dicha cuota respondiese a prorrata (hoy será solidariamente) como tal heredero de las deudas hereditarias. Igual sucedía—y así lo hizo patente—con la cuarta *Trebellianica*, que se calculaba sobre el importe del caudal líquido, no obstante lo cual, por recibirse a título de herencia, significaba para el fiduciario la obligación de responder a todos los acreedores de la herencia que no hubieren sido satisfechos, en una cuarta parte (cuota de la *Trebellianica*) de sus créditos respectivos.

No resultaba, pues, incompatible el previo cálculo del activo líquido que debía percibirse con la circunstancia de ostentar su percipiente la cualidad de heredero. La diferencia entre recibir esa porción como *pars hereditatis* o como *pars bonorum*, radicaba en la existencia o inexistencia de esa responsabilidad mancomunada. Y se percibía en los supuestos de aparecer nuevas deudas después de hecha la liquidación de las conocidas y una vez satisfecha la legítima. Entonces quien la hubiese recibido como *pars hereditatis* debía responder de aquéllas personalmente y a prorrata, mientras que quien la obtuvo como *pars bonorum* sólo debía sufrir el reajuste de su cuota con los herederos, pero sin tener responsabilidad inmediata frente a los acreedores.

Hoy, a nuestro juicio, sigue siendo posible atribuir la legítima como *pars hereditatis* o como *pars bonorum* indistintamente. *Pars hereditatis*, cuando se atribuya a título de herencia. *Pars bonorum*, no ya solamente otorgándola a través de una institución «in re certa», sino también, sin necesidad de desheredar al legionario, cuando se le deje su parte a título singular.

Y, ahí situados, volvemos a enlazar con la cuestión que pre-

(318) *Select. Juris Quaest.*, lib. I, cap. XXII, vol. cit., págs. 38 y sigs.

tendemos resolver: ¿es «*pars hereditatis*» o «*pars bonorum*» la legítima dejada con palabras comunes?

En ocasiones, examinando la disposición testamentaria, se observan determinadas circunstancias que aclaran la intención del testador. Así sucede cuando se contienen en cláusulas distintas la institución universal de heredero o herederos y el otorgamiento con palabras vulgares de la legítima. O cuando en la misma cláusula de institución se hace la salvedad de la legítima o legítimas de los no instituidos; v. gr., expresando que: «*Instituye heredero a X, sin perjuicio de las legítimas de Y y Z.*»

Pero otras veces, la expresión, tal vez inoportuna e incorrecta, de instituir en el remanente puede rodear de sombras a la intención expresada en la disposición, contenida en una cláusula anterior, en la que se dejó—así con este verbo vulgar—su legítima a alguno o todos los descendientes o ascendientes del propio testador.

Esto nos obliga a volver a ocuparnos del artículo 818 C. c. y a fijarnos de nuevo en su afirmación de que para fijar la legítima «se atenderá al valor de los bienes que quedaren a la muerte del testador, con deducción de las deudas y cargas...» y, naturalmente, a examinar sus antecedentes.

Precedente legislativo: El artículo 648 del Proyecto de Código civil de 1851, que contiene un inciso igual al transcrito del vigente artículo 818, con la sola sustitución del pretérito perfecto de subjuntivo «que hayan quedado», por el pretérito imperfecto del mismo modo «que quedaren». Siendo de notar que García Goyena (319), comentando este proyectado precepto, no se preocupa de explicar el inciso «con deducción de las deudas y cargas»; pasando de largo al saltar de la glosa de las palabras «a la muerte del testador» al comentario de la coletilla «sin comprender, etc.», con la cual concluye el primer párrafo de dicho artículo.

Antecedente histórico remoto: El citado § 9.º de la Ley 8.ª del título II (*de inoff. testam.*) libro V, Digesto, texto de Ulpiano, que en su primer inciso observa: «*Quarta autem accipietur scilicet deducto aere alieno (las deudas) et funeris impensa (los gastos de funeral)*». Sirviendo de enlace entre ambos textos—el romano y el nuestro vigente—las glosas de los comentaristas del Derecho común. Véase, v. gr., esa afirmación que, siguiendo a Saliceto, hace de pasada Gregorio López (320): «*omne aes alienum primo ab hereditate deductum; secundo vero ad aeris alieni similitudinem legitima filii deducetur ex residuo vero solventur legata, detracta falcidia jure institutionis haeredi debita*».

El legitimario a quien el testador «deje» su legítima y que, una vez totalmente saldadas las deudas conocidas, hubiese recibido su cuota líquida, ¿deberá responder con los herederos en forma per-

(319) *Concordancias...*, vol. cit., pág. 97.

(320) Glosa final a la ley 5.ª, tit. VII. Partida Sexta.

scnal directa y solidaria de las deudas de la herencia que aparecieren posteriormente? O bien, ¿únicamente deberá sufrir la correspondiente reducción de su cuota, que directamente sólo podrá exigírsele por el heredero o los herederos que hubieren pagado aquellas deudas e indirectamente, mediante el ejercicio en su caso, de la acción subrogatoria, por los acreedores hasta entonces ignorados?

He aquí la prueba del fuego de la cualidad del heredero, de sucesor *in loco ius* en la hereditas, con su activo y su pasivo, derechos y obligaciones.

Se ha dicho que las palabras del artículo 818 que antes hemos transcrito tienen la clave de la cuestión. Y, naturalmente, como sucede con casi todas las claves no sabidas de antemano, se ha pretendido interpretarla de distintas maneras:

a) Por una parte, Manresa y Porpeta han entendido el artículo 818 dándole un sentido puramente contable. «El verdadero objeto de éste—dice el primero (321)—es llegar a conocer exactamente el total importe de la herencia de una persona para deducir la porción de que podría disponer, y aquella otra que, por ser indisponible, constituye la legítima.» Añadiendo Porpeta (322), «que lo único que aquí se busca es acotar la zona en que pueden moverse los actos de disposición a favor de personas extrañas y mediante el cálculo, que por fuerza tiene que recaer sobre el valor líquido de la herencia y no sobre su valor bruto.» Por eso niega rotundamente Porpeta que la legítima sea normalmente nada más que una parte de activo líquido y que, por ende, el legitimario nunca responda directamente del pago de las deudas hereditarias. Para él, la legítima puede presentarse bajo la forma de cuota de herencia o como legado, y de ello depende, y no de otra cosa, esta regla concreta de la responsabilidad. Pero estima que lo normal es que el legitimario sea heredero—y así debe darse por supuesto cuando el testador no le nombre legitimario—, entendiéndose que entonces «tendrá que concurrir como todos a la extinción del pasivo proporcionalmente a la cifra de sus bienes» (323).

(321) Loc. últ. cit.

(322) Loc. cit., pág. 191.

(323) Pag. 189. En la siguiente página comenta la doctrina de nuestro más Alto Tribunal, diciendo ser cierto «que nuestro Tribunal Supremo ha llegado a decir cosas como ésta en la Sentencia de 10 de enero de 1920: «Distribuida la herencia en un tercio de mejora para los nietos, otro de legítima estricta para los hijos y un tercio libre para el cónyuge viudo (no obstante haberse designado a éste con el calificativo de legatario), es improcedente que los acreedores demanden a los titulares de la legítima estricta, cuyos haberes no se pueden mermar en ninguna forma con arreglo a Derecho y, en cambio, se han de dirigir contra el cónyuge como tenedor de la parte libre, única que legalmente puede ser afectada por el pasivo.» Se olvidan tantas cosas en esta sentencia, que lo verdaderamente interesante sería averiguar cuáles son las que se recuerdan. Nos maravilla, por ejemplo, que se confunda la cuestión del pago de las deudas con la aptitud del tercio libre para soportar legados y cargas, etc., etc. Bien es verdad que la de 2 de mayo de 1896 había sentado la opuesta doctrina, completamente ortodoxa, de que no cabe excluir del pago de las deudas a los he-

También discrepa de quienes pretenden inferir del artículo 818 que si la cuenta de la legítima ha de determinarse a base de tal detracción previa, es que el legitimario se encuentra exento de pasivo. Oponiendo a quienes así opinan este razonamiento «*ab absurdum*»: «Aplicando este argumento hasta el fin, tampoco el titular del tercio libre sería responsable de las deudas ni, por lo tanto, heredero en sentido estricto, por más que el testador se obstinara en instituirlo con este carácter, ya que la porción libre, exacta y absolutamente igual que los dos tercios de legítima y mejora, ha de cuantificarse también, sin que quepa ningún otro procedimiento, partiendo de las deudas existentes; por lo tanto, respecto de ella habría que deducir también, lógicamente, la misma consecuencia que para los otros dos tercios» (324).

Sacando la conclusión de que: «El acreedor que se retrasa y concurre luego de terminada la partición, no por ello pierde su derecho a que se le pague. Y si tal eventualidad se produjera podría obligar a una serie de sucesivas rectificaciones, con la consiguiente reducción en cada caso del activo líquido de la herencia, repercutiendo por igual sobre los legatarios (a pesar de ser éstos ajenos por definición a todo compromiso con los acreedores) y sobre los herederos forzosos o voluntarios, porque el derecho de los acreedores es el que goza de mejor rango, y el artículo 1.029 les permite repetir, incluso, contra el titular de un legado ya satisfecho, dado caso de no quedar en la herencia bienes bastantes para el pago de sus créditos» (325).

b) El opuesto punto de vista lo vemos defendido por Roca Sastre, Virgili Sorribes y Puig Brutau. El primero (326) afirma que el legitimario adquiere bienes o valores económicos, pero no sucede al difunto, y por ello no asume la responsabilidad de las deudas del mismo ni tiene por qué aceptar a beneficio de inventario. Las obligaciones hereditarias *le afectan* en el sentido de reducir su percepción legitimaria, pero él no es *titular pasivo* de las mismas». «En materia de legítima, como ésta es una fracción de valor de la herencia *liquida* o haber hereditario *nato*, para calcularla hay que deducir previamente el pasivo del activo y, por ello, es evidente que las deudas u obligaciones del causante minoraran el valor base sobre el cual se computa la *partio debita*. Así lo dispone el artículo 818 del Código. Los derechos de los acreedores hereditarios son preferentes a los de los legitimarios, y por ello

rederos forzosos en tanto no hayan renunciado o aceptado la herencia con alguna limitación; que la de 4 de julio de 1906 continuó considerando a todos los herederos, incluidos los forzosos, como sucesores del causante en todas sus obligaciones, a diferencia de los llamados por título singular, y que la de 24 de junio de 1927 enseña que la calidad de heredero es la que conviene al legitimario y que para el cálculo de las legítimas debe aplicarse con todo rigor el artículo 818».

(324) Págs. 190 *in fins* y 191.

(325) Pág. 192.

(326) *Naturaleza jurídica de la legítima*, loc. cit., pág. 196.

las deudas de la herencia *afectan* a éstos por repercusión.» No obstante, si el legitimario fuese instituido heredero, le considera (327), como tal, «*sucesor* en todo el *ius* del causante», y por lo tanto titular pasivo de sus deudas.

Virgili (328) cree que el legitimario no sucede en todos los derechos y obligaciones del *auctor*... que «la legítima es siempre un activo hereditario»... que—el legitimario—no responde de las deudas del causante porque sólo recibe una porción alicuota, no de la herencia, «sino del superávit entre el activo y pasivo (artículo 818 del Código civil)». Pero admite que si, además, fuese designado heredero, «si acepta la herencia pura y simplemente, responde de todas las deudas del causante *ultra vires hereditatis*» (329).

Puig Brutau (330) entiende que del artículo 818 C. c. resulta que la ley atribuye a los legitimarios una fracción del activo que pueda quedar después de pagados los acreedores de la herencia. Y que cada uno de los legitimarios «tiene derecho a una *pars bonorum* (art. 806), que no se le podrá atribuir hasta que se hayan deducido las deudas (art. 818)». Pero también excluye de esta regla—además del supuesto de legado de bienes concretos en pago de la legítima—el caso de haberse instituido heredero al legitimario (331).

Desde su punto de vista, pero con irreprochable lógica y preciso dominio de los conceptos y terminología jurídica, va sentando Puig Brutau estas afirmaciones:

«Si este saldo activo o «valor de los bienes que quedaren», como dice el artículo 818, no existe en definitiva, tampoco existirá, naturalmente, legítima, aunque antes se hubiese creído erróneamente lo contrario a causa de haberse omitido por inadvertencia, póngase por caso, alguna de las deudas de la herencia. Procederá entonces rectificar las operaciones de liquidación, división y adjudicación, sin que las consecuencias que ello implique, aunque obliguen al legitimario a devolver lo recibido, deban entenderse en el sentido de que el mismo responde personalmente del pasivo de la herencia» (332).

En cambio, «la condición de heredero, es anterior y previa a todo cálculo o liquidación hereditaria, al revés de lo que sucede con el legitimario, al que la Ley coloca en una situación jurídica, que sólo quedará concretada en un derecho subjetivo perfecto cuando exista activo hereditario, porque precisamente lo que la Ley le atribuye es una parte del activo, y no otra cosa» (333).

(327) Pág. 204.

(328) Loc. cit., pág. 482 y sigs.

(329) Pág. 487.

(330) Capítulo IV de *Estudios de Derecho Privado*, de ROCA SASTRE (capítulo debido a la pluma del citado colaborador JOSÉ PUIG BRUTAU), págs. 138 y sigs.

(331) Ver pág. 142, segundo párrafo.

(332) Págs. 139 *in fine* y 140.

(333) Pág. 140.

Para él (334) «la confusión que existe ante esos problemas es consecuencia, en gran parte, de no distinguir entre el hecho de que un pasivo afecte económicamente a alguien (legitimario, legatario de parte alícuota, etc.) y el de que le obligue personalmente, esto es, que le convierta jurídicamente en deudor (como le sucede al heredero)». Distinguiéndose al legitimario del heredero que acepta a beneficio de inventario—fórmula adecuada para salvaguardar sus bienes propios, sin dejar por ello de ser heredero—, en que, éste, al seguir siendo heredero, continúa siendo «deudor personal» aunque con responsabilidad entonces limitada del pasivo hereditario.

A su juicio (335) «el legitimario a quien el testador se limita a mencionar en su testamento o a expresar en el mismo que le deja lo que por legítima le corresponda, tiene una posición jurídica equivalente a la del legatario de parte alícuota...» «Consiste (la legítima) en una parte alícuota del saldo activo de los bienes relictos. Por ello, el legitimario a quien no se haya instituido heredero y a quien el testador no haya legado bienes concretos y determinados en pago de su derecho, tendrá un derecho cualitativamente igual al de un legatario de parte alícuota (336).

c) Una tercera posición es la representada por Ortega Parado (337).

Este autor, en ciertos aspectos, parece aceptar la posición de Pompetá, y así dice: «El artículo 818 no tiene por fin exonerar de responsabilidad al legitimario, sino que viene a acotar la zona

(334) Págs. 140 *in fine* y 141.

(335) Pág. 141, párrafo último.

(336) Aparte de los citados autores, también DÁVILA GARCÍA (loc. cit., página 668), GONZÁLEZ PALOMINO (loc. cit., notas de las págs. 540, 541 y 543) y GONZÁLEZ COLLADO (loc. cit., págs. 535 y 540) consideran igualmente que el legitimario no sucede en las obligaciones del causante, llegando incluso más allá en el sentido de entender que la legítima nunca se atribuye a título de herencia (bien por dejar de ser legitimario el designado heredero, según creen ROCA SASTRE y DÁVILA GARCÍA—teoría de la *absorción*—o por tratarse de llamamientos independientes, según GONZÁLEZ PALOMINO y GONZÁLEZ COLLADO—teoría de la *yuxtaposición*—). Pero esa irresponsabilidad por las deudas del causante la fundamentan en forma distinta. Reduciendo el artículo 818 a ser consecuencia y no causa.

Así DÁVILA dice que «la legítima es siempre un activo hereditario». Fundamentándolo en los términos del artículo 806, cuando dice «Legítima es *porción de bienes...*» GONZÁLEZ COLLADO se apoya en estas mismas palabras, indicando que, con ellas, el artículo 806 «quiere decir que la legítima es *sólo activo*, que el legitimario no sucede en las deudas, ni las soporta siquiera (las soporta la herencia y, en consecuencia, resulta afectado por ellas)», y que «el legitimario es *adquirente ex lege è ipso iure de activo puro*».

GONZÁLEZ PALOMINO, fundándose en que el legitimario es sucesor a título singular, deduce que «como tal legitimario no responde *ultra vires* de las deudas hereditarias, porque de esta manera no responden nunca los sucesores a título singular». Están las legítimas en su cuantía afectas a la liquidación de la herencia; y de la existencia o no existencia de deudas y del hecho de que éstas sean mayores o menores dependerá la extensión de su derecho (art. 818). Incluso la inexistencia de contenido económico de las mismas.

(337) *Heredero test. y heredero forzoso*, loc. cit., págs. 352 y 356.

en que el testador puede realizar actos de libre disposición a favor de personas que no son herederos forzosos; por ello impone ese cálculo sobre el valor líquido de la herencia, porque es éste el único procedimiento para poder determinar matemáticamente aquella zona y poder así precisar cuándo el testador excedió ese límite» (338).

Pero por otra parte llega a ciertas conclusiones que creemos contradictorias con la indicada posición de Porpeta. A saber:

α) «Es cierto que para que exista heredero forzoso se precisa que el investido de esa cualidad obtenga su cuota. El artículo 818 viene a condicionar la aparición del legitimario a la percepción de la cuota legal, que se detraerá del superávit entre el activo y el pasivo hereditarios. Si no hay superávit no puede haber cuota, ni, por tanto, heredero forzoso que venga a reclamarla» (339).

β) «El primer párrafo del artículo 818 no debe intepretarse en el sentido de que los legitimarios están exentos de las deudas, sino en el de que los intereses de los acreedores hereditarios están por encima de los del heredero forzoso; por ello *sólo permite formar las cuotas después de deducir el pasivo*» (340). Con lo cual viene a aceptar que el artículo 818, párrafo 1.º dispone algo más que una simple operación contable, que una resta hecha para conocer la porción disponible, ya que impone—a juicio del propio Ortega—una previa detracción efectiva para la liquidación material del pasivo.

γ) «Guarda cierta semejanza la posición del heredero forzoso con la del instituido en testamento que acepta a beneficio de inventario. Este último deja de responder frente a los acreedores del causante cuando el pago de las deudas hereditarias haya agotado lo que recibió por testamento; supedita la adquisición de su título de heredero a las deudas de la herencia, de modo de no convertirse en responsable *ultra vires* de las deudas del difunto, sino a limitar su responsabilidad al montante de lo que por testamento recibe. El legitimario tiene también supeditada la adquisición de su cuota al hecho de que sobren en la herencia bienes después de deducir el pasivo de la misma; sólo cuando el pasivo está salvaguardado puede pretender que se le atribuya la legítima. En todo caso, hay entre ambos una diferencia que no puede desconocerse: El heredero a beneficio recibe la herencia de la que hace un inventario y va pagando a los acreedores hasta donde llega el caudal inventariado; el legitimario sólo recibe su cuota cuando se demuestra que existen bienes para pagar el pasivo de la herencia y aun sobran los suficientes para componer su legítima; esa demostración previa exime de la necesidad de hacer inventario» (341).

Igual comparación del legitimario con el heredero o beneficio

(338) Pág. 354.

(339) Pág. últ. cit.

(340) Pág. 375.

(341) Pág. 356.

de inventario, sugiere Sols García (342) al afirmar que el heredero no continúa nunca la persona del causante y que en cuanto a sus derechos y obligaciones, no siempre, pues—pese al artículo 661 C. c.—cabe la aceptación de la herencia a beneficio de inventario.

Y Gómez Morán (343), para quien la legítima es «cuota activa de haber puro», también cree «que tampoco la circunstancia de que el instituido aleje la responsabilidad *ultra vires* y recoja en la sucesión una parte líquida, excluye su carácter de heredero, porque si así fuera al que usa el derecho de deliberar o el beneficio de inventario no podía designársele con ese título, ya que a priori sabe, y a ello subordina la aceptación, que en la herencia habrá de corresponderle una porción líquida».

d) Nuestra opinión está de acuerdo, aunque a primera vista parezca paradójico, con la mayor parte de las afirmaciones, así de Porpeta como de Roca Sastre y de Puig Brutáu, que acabamos de transcribir.

Del primero nos separamos en un único extremo y en sus consiguientes corolarios. A su juicio, lo normal es que el *legitimario* sea heredero y que así debe suponerse cuando el testador no lo nombre legatario. En cambio nosotros aceptamos la opinión de Puig Brutáu, según el cual *el legitimario a quien el testador no haya instituido heredero (ni lo sea abintestato, conviene añadir), debe entenderse como legatario*, y precisamente como legatario de parte alícuota cuando no se le hubieren asignado bienes determinados. Nosotros, que por los motivos que luego veremos, optamos por esta última opinión, tampoco podremos aceptar que el legitimario en los casos en que no haya sido expresamente instituido heredero, deba responder directamente a los acreedores por las deudas hereditarias.

En cambio, totalmente de acuerdo con Porpeta—y así lo expresamos en otra ocasión (344)—, estimamos que el artículo 818, § 1.º, no contiene más que una disposición de carácter puramente contable. Es un precepto que señala una criterio de computación, pero no impone un orden riguroso de liquidación.

Pero esto no es obstáculo para que el artículo 818, § 1.º, completando el criterio de los artículos 806, 808 y 809, vengan indirectamente a precisar el contenido mínimo de la legítima debida. Es decir, nos indica exactamente, a través de explicarnos la forma de calcularla, cuál es ese contenido del que no puede privarse a ningún legitimario. Por lo cual, dándole a conocer, sirve a su vez este artículo para que conozcamos lo que significa el llamamiento hecho *directamente* a un legitimario, sin designarle heredero ni otorgarle legados de cosas concretas, sino señalándole con palabras vulgares ese mínimo de que estamos tratando.

(342) Loc. cit., págs. 572 y sig.

(343) *Tratado...* cit., pág. 349.

(344) *Imputación de legados...*, loc. cit., pág. 323.

Si, en esos términos, yo deajo a alguien a su legítima, le asigno ese contenido de que hablamos. Siendo así, el llamamiento no es a título universal, sino singular. Pues no le atribuyo una parte alícuota de la universalidad, con su activo y su pasivo, ni le invito a sucederme en mis relaciones jurídicas, *in loco ius*. Me limito a *dejarle* una cuota de activo líquido. Por lo tanto, le otorgo un legado de cuota.

También, pues, tiene razón Puig Brutáu. Ya que, aunque expresamente no se diga en el artículo 818, puede deducirse de él que aquel a quien se le *deje*—con palabras vulgares—lo que por legítima le corresponda, no es más que un simple legatario de cuota.

Pero, así como nos parecen casi totalmente exactos los criterios de Porpeta y de Puig Brutáu—opuestos tal vez exclusivamente por estar tomados desde ángulos visuales distintos—, por el contrario, estimamos insostenibles, contradictorias y basadas en confusiones y errores de perspectivas y conceptos, las opiniones de Ortega Pardo, Sols García y Gómez Morán.

«Los herederos—conforme al artículo 661 C. c.—suceden al difunto por el hecho sólo de la muerte, en todos sus derechos y obligaciones.» E incluso después de hecha la partición—según el § 1.º del artículo 1.084—«los acreedores podrán exigir el pago de sus deudas por entero a cualquiera de los herederos que no hubiere aceptado la herencia a beneficio de inventario, o hasta donde alcance su porción hereditaria en el caso de haberla admitido con dicho beneficio».

Como venimos repitiendo, en eso consiste el suceder a título universal. Fenómeno en el cual es más consubstancial la sucesión en las deudas en general que la continuación de la totalidad de los derechos. Estos pueden ser individualizados por el causante sin perder por ello el asignatario su cualidad de heredero (artículo 1.056, párrafo 1.º). Mientras que la distribución de las deudas sólo puede tener eficacia en el ámbito de las relaciones internas entre los coherederos, sin afectar a los acreedores (artículo 1.083, párrafos 2.º y 1.º). Lo que demuestra que la voluntad del causante no alcanza a individualizar las relaciones de deuda que pesan conjunta y solidariamente sobre todos y cada uno de los herederos.

Ahora bien, esa característica de la sucesión a título universal no sólo obedece a un concepto puramente histórico y dogmático del heredero, sino también a los principios positivos básicos de nuestro Código civil, que los autores últimamente citados quieren desvirtuarlos a base de confundir ciertos estados resultantes de una situación de hecho con situaciones jurídicas perfectamente definidas. Así le ocurre a Ortega Pardo (345), cuando dice: «El heredero forzoso para serlo tiene que recibir una cuota legitimaria. Pero cuando la recibe será heredero porque para tener esa cualidad no es obstáculo que se obtenga una cuota del activo». Con lo que

(345) Loc. últ. cit., pág. 355.

confunde, Ortega, el *resultado de hecho*, que un heredero—aun que hubiere sucedido en todos los derechos del causante—obtena una cuota del activo, adjudicándosele una porción líquida, con la *posición jurídica del legitimario* que, cuando no es heredero, adquiere sin asumir participación alguna del pasivo, es decir, solamente en una cuota del activo.

Tampoco es exacta aquella afirmación de Sols García de que hoy el heredero no siempre sucede en los derechos y obligaciones del causante, porque le cabe aceptar a beneficio de inventario. Más cierto es que aun cuando el heredero acepte la herencia con dicha limitación, no deja de suceder en las obligaciones del causante. Lo único que ocurre, según indica el número 1 del artículo 1.023, es que aquél quedará exonerado de la obligación de pagarlas desde el momento en que se haya agotado el caudal hereditario. Es decir, el heredero que acepta a beneficio de inventario, sucede en las deudas, conforme al artículo 661 C. c., pero no responde de ellas más que hasta donde alcancen los bienes de la herencia, según el artículo 1.023 número 1.

En la herencia aceptada a beneficio de inventario debemos distinguir dos momentos distintos: el período de liquidación y el período posterior a ella. Durante el primero de ellos la herencia se halla en situación de administración (art. 1.026). No pueden ser enajenados los bienes que la componen, sino para el pago de los créditos y legados, y «en la forma establecida en la Ley de Enjuiciamiento civil respecto a los abintestatos y testamentarias, salvo si todos los herederos, acreedores y legatarios, acordaren otra cosa» (art. 1.030 C. c.). Si en esta fase se van pagando las deudas exclusivamente con los bienes de la herencia, es a consecuencia del estado de liquidación establecido por la ley como garantía de que a los acreedores no les será escamoteado el patrimonio relicto por su finado deudor. Terminada esta fase y obtenida por el heredero la plena libre disposición del líquido sobrante, conforme al artículo 1.032 C. c., es cuando podremos captar, en caso de aparecer nuevas deudas del causante antes ignoradas, la verdadera posición del heredero a beneficio de inventario. Entonces aparecerá en toda su pureza, no oscurecida por circunstancias de hecho resultantes de la situación liquidatoria. Y es cuando comprobaremos que dicho heredero responde personalmente hasta el valor del líquido sobrante, según se fijó en el inventario, aun cuando hubiese perdido, consumido o donado los bienes que lo componían. Aquella responsabilidad, que en el artículo 1.123 número 1 parece ser «*cum viribus*», aparece en esa segunda fase «*pro viribus*», directa y personal, pero limitada a un valor dado que corresponde al heredero que aceptó a beneficio de inventario. Sólo esta solución nos parece correcta, relacionando cuidadosamente los artículos 661, 1.023 y 1.022 del Código civil y teniendo en cuenta la tradición romana que informa nuestro beneficio de inventario.

En cambio, tratándose del legitimario que no sea heredero,

no hay razón alguna para entender que deba responder personalmente, frente a los acreedores, por las deudas que aparecieren «a posteriori» de la liquidación de su cuota. Si como legatario no sucede en las deudas del causante, no tiene por qué responder directamente a los acreedores.

El heredero será quien tenga que entenderse con ellos. Sin perjuicio de que el mismo heredero actúe luego contra el legitimario, por razón de la repercusión que la deuda recién descubierta pueda representar en la determinación de la parte de activo líquido correspondiente a la legítima, que con ello quedará reducida. Pudiendo así ejercitar aquél la consiguiente acción para recuperar el exceso que, según el resultado de esa corrección contable, llevare de más el legitimario.

Por el contrario, si el legitimario fué instituido heredero, entendemos—contra la opinión de Ortega y otros—que responderá «*ultra vires*» y solidariamente con los demás coherederos de las deudas del causante. Ningún precepto lo exonera de esa responsabilidad, que como heredero le corresponde. El artículo 817 no reza para las cargas consistentes en derechos reales que gravitaran en bienes concretos del caudal, ni con las deudas que el causante dejare. Sólo alude a las constituidas en testamento, así como el artículo 654 únicamente se refiere a las donaciones inoficiosas que hubiere otorgado el causante. El artículo 818—aparte de no contener, como hemos dicho, sino una disposición de orden contable—no prevé el supuesto de aparecer nuevas deudas después de hecha la liquidación.

Por tanto, es necesario, como hizo Vinnio (346) «*primum discernenda onera, quae ex dispositione testatoris proficiscuntur, ab his, quae exurgunt ex ipso jure haereditario. Non recipit legitima ullum onus aut gravamen, quod ex testamento vel ex ulla alia dispositione testatoris oriatur... Caeterum quod attinet ad ea onera, quae ex ipso jure haereditariae portionis emergunt, ea haud dubie etiam ad portionem legitimam pertinent quando ea obtinetur titulo institutionis; et jure haereditario veluti cum filius ex ea aut parte aliqua assis institutus est: quamvis secus sit, cum et obvenit ut pars bonorum; quod evenit: cum filio juste exhaeredito reiecta est, aut si institutus quidem sit filius, sed in re certa adjecto cohaerede indefinite, aut ex parte haereditatis scripto, ut supra diximus. Sed utique, quando filius, ut haeres legitimam obtinet, consequens omnino est, ut ad eum quoque onus aeris alieni pro reiecta haereditatis parte pertineat.*»

Concretando, podemos distinguir claramente estos supuestos:

1.º El legitimario que sea heredero: responde personal y solidariamente de las deudas del causante. Sin perjuicio de que, conforme al párrafo segundo del artículo 1.084, tenga «derecho a hacer citar y emplazar a sus coherederos» y de que, a tenor del párrafo segundo del artículo 1.145, pueda «reclamar a sus

(346) *Select. Juris Quaest.*, vol. cit., cap. XXII, pág. 39.

codeudores la parte que a cada uno corresponda, con los intereses del anticipo».

2.º El *legitimario que fuere heredero a beneficio de inventario*, cuando aparecieren deudas antes ignoradas, una vez concluida la fase de liquidación y repartida la herencia *responderá también solidariamente con los demás coherederos frente a los acreedores, pero limitadamente en la medida del valor de los bienes que se le hubieren adjudicado*. Y sin perjuicio de que en consonancia, con la reducción del caudal, que esas nuevas deudas supongan, pueda luego, en su caso, reclamar a los legatarios aquella parte de sus respectivos legados que hubiere resultado inoficiosa. Igualmente podrá ejercitar los derechos derivados de los párrafos segundos de los artículos 1.084 y 1.145, con el límite que pueda suponer la aceptación que a beneficio de inventario hubieren verificado los demás coherederos.

3.º El *legitimario que no sea heredero: nunca responderá personal ni directamente frente a los acreedores de las deudas del causante*, aunque aparecieren después de percibida su cuota. Dichos acreedores, sólo contra los herederos podrán ejercitar directamente su acción. Sin perjuicio de que, a consecuencia de la aminoración de valor, que esas deudas signifiquen para la herencia líquida y por tanto para las legítimas, el heredero o herederos, que las hubieren pagado, puedan reclamar a los legitimarios, como a cualquier otro legatario de parte alicuota, la cantidad correspondiente al valor en que hubieren quedado reducidas sus respectivas legítimas. Aparte de que a los acreedores no pagados les quepa actuar a su favor ese derecho de reducción, mediante el ejercicio de la llamada acción subrogatoria, que concede el artículo 1.111 C. c. siempre que se dé la circunstancia de previa excusión de los bienes del heredero, exigida en la indicada norma.

Ninguna de esas tres posiciones puede confundirse.

En cambio, como comprobaremos en la segunda parte de este trabajo, idéntica posición ante las deudas de la herencia, corresponde tanto al legatario de parte alicuota como al legitimario a quien su porción se le hubiere dejado sin concretarla en bienes determinados y a título que no fuere el de heredero (347).

RESULTADOS QUE DIMANAN DE ESTA PRIMERA PARTE

Para resumir y concretar las conclusiones a que hemos llegado en esta primera parte del presente estudio, conviene que indi-

(347) La distinción que establece ORTEGA PARDO (loc. últ. cit., pág. 356) entre el legitimario y el legatario de parte alicuota, está viciada de petición de principio, ya que se apoya en el presupuesto de que el legitimario siempre es heredero y en que el legatario de parte alicuota, naturalmente, no es heredero. La premisa mayor es la que se trata de demostrar. Y nosotros la estimamos inexacta, pues el legitimario, si bien puede ser heredero igualmente puede válidamente no serlo.

quemos, con breves trazos, las orientaciones más fundamentales que ha ofrecido en la historia y en el Derecho comparado la reglamentación de las legítimas. Estas se concretan en los tres siguientes sistemas:

A) *Sistema legitimario de reglamentación negativa (freno).*

Significa un *límite a la libertad de disponer por testamento o donación*. Limitación no absoluta, sino relativa, tanto en cuanto al título y a la porción, como en cuanto a quienes pueden ser beneficiarios. El incumplimiento de este deber, legalmente impuesto, lleva aparejado la nulidad de la institución sea total o parcialmente y la apertura de la sucesión abintestato, en todo o en la parte que corresponda al perjudicado, o bien la nulidad o reducción de las disposiciones que mengüen los derechos de éste. Sólo aparece con ciertos contornos positivos el ejercicio de la *actio ad supplendam legitimam*, con la que el legitimario puede reclamar el complemento de lo que hubiere recibido del causante. Pero, precisamente, se le concede para evitar los efectos excesivamente duros de la querrela de inoficiosidad.

En este sistema, la legítima ofrece dos aspectos. Uno *constante*: la legítima es una cifra de valor que señala el mínimo que, sea por título («inter vivos») o («mortis causa»), universal o particular, testado o intestado, debe recibir el legitimario. Y otro aspecto *normativo*, que se concreta en esa serie de normas protectoras a que antes hemos hecho mérito.

Este sistema ofrece diversas variantes, a saber: a) Si el deber del testador sólo puede cumplirse instituyendo heredero al legitimario (sistema justiniano, seguido en las Partidas, y que adoptado a las proporciones visigóticas conformó la legítima castellana gracias a la labor de los juristas); b) Si basta que, sin necesidad de instituirle heredero se le deje al legitimario una porción de bienes, precisamente del caudal hereditario, que alcancen un activo líquido predeterminado: debiendo satisfacerse igualmente el complemento con bienes de la herencia (sistema del Código civil para la legítima de descendientes y ascendientes a excepción de los supuestos de los artículos 822, 829, 1.056, párrafo 2.º, y 1.061 C. c.); c) Si puede el testador asignar la legítima en metálico (supuesto del párrafo 2.º del artículo 1.056 C. c.), o si incluso se concede al heredero—aun cuando no se la otorgue expresamente el testador—la facultad de pagar la legítima con los bienes hereditarios que prefiera o en metálico, a su elección (sistema legitimario catalán a partir de la Constitución dada por Felipe II en las Cortes de Monzón del año 1595, y señalado para los hijos naturales en el Código civil según su artículo 840. párrafo 2.º).

En este régimen, de concurrir en una misma persona las cualidades de legitimario y de heredero voluntario, no cabe que se produzca ni una *yuxtaposición* de llamamientos ni siquiera su *superposición* como equivocadamente defendimos en un anterior

trabajo, que en este punto rectificamos. Pero tampoco hay *ab-sorción* del carácter de legitimario por la cualidad de heredero, cosa que creemos tener demostrada. Como ha dicho Lacal (348), el concurso de ambas cualidades no produce «pugna de intereses ni choque dramático». El heredero testamentario o abintestato que sea legitimario, sucede al causante en todos sus derechos y obligaciones; pero no viene obligado a soportar las cargas impuestas en testamento que perjudiquen a su legítima ni las donaciones que sean inoficiosas o los actos simulados que le produjera igual lesión. Es un heredero como cualquier otro, pero que goza de una especial protección contra los actos gratuitos de su causante que pudieran mermar en aquel mínimo asegurado por la ley.

B) *Sistema que considera la legítima como una porción forzosa de la sucesión abintestato.*

Su contenido es positivo. Se apoya en una *delación* legal. Los herederos legales pueden ser privados por el causante de una parte del haber que abintestato les correspondería. Pero únicamente de una parte. El resto es indisponible para el causante (*pars reservata*). Por *delación* legal pasa *ipso iure*, por el solo hecho del fallecimiento del causante, a los herederos forzosos.

Este sistema es el característico del primitivo Derecho germánico. Hoy rige en Francia.

Ha ofrecido, en su evolución histórica, distintas variedades; según se pueda disponer de la porción libre a título de herencia o bien solamente por legados (principio *solus Deus potest facere heres*); por razón de la cuantía de la parte reservada, y según alcance o no la indisponibilidad a las donaciones entre vivos, a toda clase de bienes o a los inmuebles únicamente, y según se concrete en todos y cada uno de los bienes de la herencia individualmente considerados (reserva de bienes de todas clases), o simplemente de modo general en el patrimonio hereditario (reserva de cuerpos hereditarios).

La concurrencia en una misma persona de las cualidades de heredero legal y testamentario, en este sistema, da lugar normalmente a una *yuxtaposición* de llamamientos. Aunque tampoco resultaría incompatible, en régimen influenciado por ideas de Derecho común, con una *superposición* o *sustitución relativa*, de la *delación* legal en su parte forzosa por la testamentaria más favorable al heredero.

C) *Sistema que conceptúa la legítima como «tertius genus» de delación distinto de la testada y de la abintestato, y de carácter totalmente forzoso.*

Es la posición predominante en la doctrina italiana. Aquí la

(348) *Herederos legitimarios*, «Rev. Crít. Dr. Inm.», noviembre 1945, página 723.

han recogido Valverde, Fuenmayor, Ortega Pardo, González Palomino y González Collado, entre otros.

Ofrece dos variantes, según se entienda que este llamamiento forzoso es deferido a título de herencia (opinión de los tres primeros autores) o a título singular (tesis de los dos últimos).

En este sistema, la concurrencia de las cualidades de heredero voluntario y forzoso en una misma persona, sólo puede dar lugar a una *yuxtaposición* de ambas delaciones respectivamente concretadas a sus correspondientes porciones.

Pues bien, el régimen del Código civil corresponde al primero de los tres grupos señalados. Así debía catalogarse el sistema castellano, del período anterior a la Codificación, que el Código civil no pretendió modificar ni de hecho varió. Este—como hemos visto—sólo quiso alterar, y así lo verificó, ciertos extremos concretos, como el referente a la reducción cuantitativa de la legítima (artículos 808 y 809), a la validez de su otorgamiento por cualquier título (art. 815), a la posibilidad de que cristalice total o parcialmente en *pars valoris* (arts. 821, 822, 829, 840, párrafo 2.º, y 1.056, párrafo 2.º). Aparte de las variaciones establecidas en los elementos personales de la relación legitimaria.

No hay, pues, delación legitimaria en el Código civil. Salvo la dispuesta, a título singular, a favor del cónyuge viudo (artículo 814, párrafo 2.º). Ni porción forzosa en la delación abintestato. Luego falta el presupuesto básico de la tesis de Ortega Pardo. Si no hay delación legal no puede haber mera concreción e individualización de la misma en bienes determinados. Esa pretendida individualización ha de ser forzosamente, por tanto, un verdadero llamamiento a título singular, cuando el testador no instituyó heredero al asignatario ni hizo dicha asignación en acto particional.

Pero no nos contentamos con la creencia de haber demostrado la inexistencia de ese pilar fundamental de la tesis que discutimos. En la segunda parte de este trabajo estudiaremos su construcción técnica. Si entonces podemos demostrar que no es lo mismo recibir un legado en lugar de la legítima, que ser instituido heredero en dicha porción con asignación de bienes concretos, hecha en acto particional por el propio testador, se habrá derrumbado la explicación técnica que esa teoría ofrece.

Igualmente pensamos estudiar en la segunda parte las ventajas y desventajas que la posición de heredero y de legatario pueden suponer respectivamente al legitimario. Al efecto analizaremos la fuerza expansiva del título de heredero, la transmisión inmediata de la posesión, la responsabilidad por deudas, etc. Y para su análisis tendremos que examinar la evolución de los principios de la universalidad de la institución, el «*nemo pro parte testatus et pro parte intestatus decedere potest*», los distintos medios de que dispone el testador para individualizar en bienes concretos el derecho de los legitimarios, y las consecuencias

de la utilización de una y otra forma, y las diferencias que median entre recibir la cuota legitimaria a título de institución u obtenerla como legado de parte alicuota.

Es decir, una vez hecha la crítica del *presupuesto* y de la *explicación*, nos ocuparemos de analizar el *fin*. Es decir, las posibles ventajas—que no creemos que hoy persistan—y las desventajas—indudablemente reales—que puede reportar al legitimario recibir su legítima precisamente a título de herencia.