

Atribución, concreción del contenido y extinción de las legítimas

JUAN VALLET DE GOYTISOLO

SUMARIO: I. *Atribución de las legítimas*: 1.—Derecho a la legítima y derecho en o sobre su contenido material. I₁ *En el Código civil*. A) *La Legítima como derecho o como conjunto de derechos que aseguran la obtención de un contenido*. 2. ¿Es debida por derecho natural o por disposición de la ley positiva? B) *¿Hay delación legal forzosa del contenido de la legítima?* 3. No hay delación forzosa, ni vocación legal de la legítima en el Derecho que debió ser recogida en el Código civil. 4. No cabe en éste, como tercer género de la delación, la llamada forzosa. 5. Posiciones germanizantes de nuestra legítima. 6. Crítica de éstas. 7. Pretendidos supuestos específicos de delación legal del contenido de la legítima: a) de los hijos del indigno o desheredado; b) de la cuota legal usufructuaria del cónyuge viudo; c) del suplemento de legítima; d) en los supuestos de legados en bienes no aptos para satisfacer la legítima, o perdidos o vendidos antes de causarse la sucesión. 8. Configuración predominantemente negativa de la legítima del Código civil, como sistema de limitaciones o frenos a la libertad dispositiva: objeciones. 9. Planteamiento teleológico del tema. 10. *Quid* acerca del rodeo previo de invalidar en todo o en parte la institución en los casos de preterición y desheredación injusta. C) *Atribución por el causante del contenido de la legítima*. 11. ¿Por qué título se entiende deferida en caso de atribuirla con palabras comunes o si simplemente es por él reconocida. 12. Concurrencia en el legitimario de su derecho y de la atribución que le haya efectuado el causante. 13. Negación práctica de la teoría de la *absorción* de la legítima en la herencia. 14. *Idem* de la teoría de la *yuxtaposición*: ¿cabe renunciar la herencia o el legado y aceptar la legítima? 15. ¿Puede el causante cumplir su deber legitimario mediante dote o donación al legitimario? L) *En los Derechos forales o especiales*. Panorama general. 16. En Aragón. 17. En Baleares. 18. En Cataluña. 19. En Vizcaya.

II. *Concreción o determinación del contenido de las legítimas*. II₁) *En el Código civil*. A) *Determinación por el causante*. a) *Institución en cosa cierta*. 20. Antecedentes históricos. 21. Solución actual. b) *Legado determinativo* del contenido de la legítima. 22. Posición del legitimario en ese supuesto. c) *Donaciones en anticipo de legítima*. 23. Supuestos posibles. d) *Donaciones colacionables*. 24. Su aplicación. e) *Dote obligatoria*. 25. Las

antiguamente denominadas donaciones *ob causam*, 26. Antecedentes históricos de la dote obligatoria, 27. Régimen vigente, 28. Su carácter de anticipo forzoso de legítima, f) *La mera entrega de bienes* como anticipo de legítima, 29. ¿Qué entidad jurídica tienen? g) *Partición "parentem inter liberos"*, 30. Su utilización para determinar el contenido de las legítimas, 31. Posibilidad de rescisión por lesión y de saneamiento por evicción, 32. Posible disparidad entre la atribución de la legítima estricta y la asignación de su contenido en caso de pretenderse que objetivamente ésta es mayor, 33. Distinción entre disposición y partición: ¿es siempre posible?, 34. La posición tradicional y el tiempo moderno en supuesto de rescisión por lesión en más de una cuarta parte, 35. Vicisitudes posteriores de la partición en sus distintos elementos, 36. Conclusión respecto del supuesto de asignación posiblemente superior al contenido de la legítima hecha al legitimario a quien sólo se le atribuyó ésta, h) *Disposiciones testamentarias ordenando la asignación de determinados bienes a la legítima del asignatario*, 37. Supuestos posibles y posición de la jurisprudencia, i) *Disposiciones testamentarias relativas a la imputación a la legítima o fuera de ella de anteriores o ulteriores donaciones o anticipos*, 38. Diversas posibilidades, 39. Revocación del carácter de mejora atribuido a una donación o a un anticipo, 40. *Quid* de la dispensa de colación, B) *Determinación subsidiaria hecha por la ley. Normas de imputación*, 41. Planteamiento: ¿cuándo se entiende que no ha habido determinación "*expresa*" por el causante? a) *Imputación de legados*, 42. Supuestos generales, 43. Legados a favor del cónyuge viudo, b) *Imputación de donaciones a la legítima*, 44. Criterio del Derecho de Castilla y su revisión en la obra codificadora, 45. Reglas generales, 46. Supuestos especiales: Donaciones al cónyuge viudo, 47. A los hijos naturales, 48. A descendientes legítimos que no habrían sido legitimarios en el momento de la donación, pero lo fueron al fallecer el donante, 49. Donaciones a herederos forzosos que sean declarados indignos o justamente desheredados, 50. Donaciones a un legitimario que repudie la herencia, c) *Imputación de lo recibido por la renuncia o transacción de la legítima futura*, C) *Determinación verificada por el comisario o por contador partidor*, 51. Planteamiento de las cuestiones que suscita, 52. ¿Es posible conferirles el encargo de concretar las legítimas en bienes determinados? 53. Valor de la interpretación que efectúen de la voluntad del testador, 54. Límites y requisitos de esa función, 55. Valor de la determinación cuantitativa de las legítimas efectuadas por el contador partidor, D) *Determinación por los interesados o, a falta de acuerdo, por los Tribunales de justicia*, 56. Normas aplicables, II) *En los regímenes forales o especiales*, A) *En Aragón*, 57. Modos posibles y normas de concreción de la legítima por el causante, 58. Imputación de liberalidades, 59. Concreción de la legítima por el fiduciario, B) *En Baleares*, 60. Variedades en Mallorca, Menorca e Ibiza y Formentera, C) *En Cataluña*, 61. Concreción del contenido de la legítima, 62. Imputación a la legítima, D) *En Galicia*, 63. Particularidades respecto de la concreción de la legítima y de la imputación a ella, E) *En la tierra llana de Vizcaya*, 64. Modos de individualización del destinatario,

III. *Extinción de las legítimas*, 65. Causas, A) *Renuncia a la legí-*

tima: 66. Antecedentes históricos en el *ius communis*. 67. Renuncia a la legítima en el Código civil. 68. La “definición” en Mallorca, Ibiza y Formentera. 69. Renuncia en Cataluña a la legítima futura y a la legítima diferida. B) *Prescripción de la legítima*. 70. Precedentes del Derecho histórico. 71. En el Código civil. 72. En el Derecho especial de Cataluña.

I. ATRIBUCION DE LAS LEGITIMAS

1. Hemos estudiado el contenido jurídico de la legítima (1) y observado que ese contenido puede recibirlo el legitimario por diversos títulos de su causante (2) o subsidiariamente por la ley, en todo o en parte, no sólo a falta de disposición testamentaria, sino también en los supuestos de preterición y de desheredación injusta (3).

Ello permite que nos percatemos de la distinción que media entre el derecho a la legítima y el derecho *en* o *sobre* el contenido material de la legítima.

El empleo indistinto de la misma palabra *legítima* para significar, a veces, *el contenido a que da derecho* y, otras, *el derecho a este contenido* ha contribuido a la confusión. Así, fácilmente se fusionan las dos significaciones, traducándose elementalmente su integración real o puramente mental—en el concepto de *derecho en o sobre ese contenido*. Fusión que equipara el *derecho a la legítima* a un *derecho en o sobre su contenido material*; y que da lugar a que la atribución de legítima se haga equivalente a una delación y su adquisición a la de su contenido material, como ocurre, de derecho y de hecho, en el sistema legitimario de Derecho germánico, pero no en todos los sistemas.

En el sistema legitimario, llamado romano, en cambio: la adquisición del derecho a la legítima o, mejor dicho, del conjunto de derechos que aseguran al legitimario la obtención de su contenido, de una parte, y la vocación, la delación y adquisición de este contenido, de otra parte, discurren por vías distintas, e incluso pueden proceder, y generalmente proceden, de fuentes distintas.

(1) “Contenido cualitativo de la legítima de los descendientes en el Código civil”, en *ADC*, XXIII-I, enero-marzo 1970, pp. 9 y ss.

(2) “El deber formal de instituir herederos a legitimarios y el actual régimen de la preterición en los derechos civiles españoles”, I, en *ADC*, XX-I, enero-marzo 1957, pp. 5 y ss.

(3) *Ibid*, III, *loc. cit.*, pp. 69 y ss., y “El apartamiento y la desheredación”, III, en *ADC*, XXI-I, enero-marzo 1958, pp. 75 y ss.

I. EN EL DERECHO HISTÓRICO Y EN EL CÓDIGO CIVIL.

A) La legítima como derecho o conjunto de derechos que aseguran la obtención de un contenido.

2. La legítima, como *derecho a obtener el contenido correspondiente* o, con más precisión, como *conjunto de derechos que aseguran al legitimario su adquisición*, por unas u otras vías, dimana ciertamente de la ley.

Es verdad que de algunas legítimas se ha dicho que son de derecho natural—“*E a esta parte legitima dizen en latin, parte debita jure naturae*” (4) y “*la su parte legitima, a que llaman en latin, de bitum jure naturae*”, dijeron las Partidas (6)—. Cuestión muy discutida por los autores de Derecho común (7), en la que tomó pos-

(4) Partida Sexta, Tít. I, ley 17.

(5) Partida Sexta, Tít. XI, ley 1.

(6) Esa referencia que hace las Partidas ha de entenderse concretamente a los capítulos del Tít. *De testamentis* de las Decretales, cap. *Raynutius*, vers. *Cum auten coram*, donde dice “*legítima iure natura debita*, y cap. *Si pater*, vers. *De testatores mortuo*, donde dice “*tertia iure naturae debita*”; al § 1, *in fine*, de la *Authentica De heredibus et falcidia*, cuando dice: “*quia testantibus alijs quidem necessitatem imponetur lex distribuere quandam partem personis quibusdam tanquam hoc secundum ipsam naturam eisdem debeatur, quale est filius, et in nepotibus, et patribus, atque matribus*”; y a la ley *Scripto*, Dig. XXXVIII-VII, 7, en su § 1, cuando explica que “una razón de conmiseración admite a los ascendientes a los bienes de los descendientes, y a los descendientes el voto común de la naturaleza y de los ascendientes”.

(7) Cfr. un resumen de las mismas, en *Mercurial Merlino*, “*De legítima Tractatus Absolutissimus*”, Lib. III, Tít. I, Quaest. I, nn. 1 a 10, y Lib. V, Tít. I, Quaest. VI, nn. 1 a 12; cfr. ed. Genevae 1652, pp. 209 y ss. y pp. 463 y ss.

En la Quaest. VI del Tít. I, Lib. V, clasifica las opiniones a este respecto en cuatro grupos, con algunas variantes y limitaciones.

1.º) Los autores que entendieron que la legítima era debida por derecho natural, en cuanto subrogada en la obligación alimenticia, como indicaron Bartolo, Socino, Fulgoso y otros. Si bien el Abad Panormitano objetó que, en ese caso, sólo debería la legítima el ascendiente al descendiente a quien en concreto le debiera alimentos y así no se deberían viviendo el padre en las herencias de la madre ni de la abuela, ni tendría derecho a ella el hijo industrial.

2.º) Quienes la estimaron debida sólo por mandato del Derecho civil, como Cino, Dino, Baldo en Conc. 465, el Abad Panormitano, etc., por entender “*quod nomine origine, quantitate, et entitate legitima est dicenda de iure civile*”, por lo cual tanto la ley como los estatutos podían desconocer la legítima.

3.º) Aquellos que consideraron que se debía por Derecho civil, pero por dictado del Derecho natural, como sostuvo Socino iunior.

4.º) Y quienes entendieron que era debida por Derecho natural *quod in materia* y por Derecho civil *quod ad quantitatem*, opinión de Picus, Berengario, Mantica, entre otros, y que Merlino considera como la más probable.

Las limitaciones se refirieron a considerar sólo debidas *iure positivo, ac civile* las legítimas de los ascendientes—cuestión también muy controvertida—la del patrono, las de los hijos adoptivos y arrogados y las de los colaterales.

tura radicalmente negativa Vázquez de Menhaca (8), mientras la mayoría de los autores españoles consideraron que si bien del Derecho natural resultaba el derecho a la legítima, el Derecho positivo podía reducirla (9) incluso a un mero derecho a recibir alimentos en caso de precisarlos (10), con lo que de hecho coincidieron

(8) FERNANDO VÁZQUEZ DE MENCHACA, "De successionum creatione, progressu, resolutione effectuque, et resolutione tractatus", Pars I, Lib. II, § XX, nn. 296 a 323; cfr. ed. Salmanticae 1559, ff. 232 y ss.

Partió este autor de plantear si por ley o por estatuto o por costumbre, la legítima de los hijos podía disminuirse totalmente y si incluso era posible que se prohibiera.

Para resolverlo examinó las principales razones aducidas para negar esa posibilidad, que se basaban en estimar las legítimas derivadas del Derecho natural.

La primera razón invocada para considerarlas de ese modo se fundaba en el instinto natural y afecto que regularmente tienen los padres de dejar los bienes a sus hijos para después de su muerte (n. 297). Sin embargo, observó que en algunos pueblos la costumbre establecía que sólo el hijo mayor sucediera al padre en todos sus bienes, por lo que era deducible: "Quin immo per legem poterit efficacius induci, cum lex ni tantum expresso populi consensu, consuetudo autem tacito tantum". Era el caso de los pueblos en que por ley o costumbre regía el sistema de mayorazgo (n. 307), o el de Aragón, donde la ley permitía apartar de la herencia a los hijos dejándoles cinco sueldos (n. 309).

La segunda razón aducida fundaba la legítima en el derecho a alimentos de los hijos. Pero ese deber de alimentar corresponde a los padres respecto de los hijos menores de cierta edad o que por otras razones los necesiten. Así, resultaría que el derecho de alimentos después de muerto el padre daría lugar al nacimiento de otro derecho más general y mayor (n. 311). También observó el caso de que algunos hijos, a quienes se deben alimentos, como a los nacidos *ex damnato coitu*, no tenían derecho a legítima alguna (n. 313).

Por otra parte, fundamentó que la legítima sólo dimanaba del Derecho civil o positivo, en que la propiedad no derivaba del Derecho natural, sino del del Derecho de gentes, y los modos de adquirirle sólo del Derecho positivo (n. 298).

Llegó a afirmar que la ley, e incluso la costumbre (n. 322), no sólo puede excluir totalmente el deber de dejar legítima a los hijos, sino que también podía prohibir que se dejara (nn. 321 y ss.), como ocurría en los mayorazgos establecidos.

(9) GASPAR BAEZA, "De non meliorandis filiabus dotis ratione", ed. Granada 1566, cap. 1, n. 1, fol. 2; "Aducunt etiam, quod legitima iure naturae debetur, l. *scripto*, ff. *unde liberi*, et quod legitima censetur minuscula portio l. *si quis in suo*, C. *de inoff. testamen*, unde durum non est patrem minusculam portionem cogi filiae in dotem dare"; y cap. 2, n. 15, fol. 15: "Praeterea legitima quae censetur debita iurae naturae, ut in l. *scripto*, ff. *unde liberi*, si non potest in totum tolli (...) certe potest limitari". ANDREA ANGULO, "Comentaria ad leges Regias Meliorationum", ley I, gloss. I, n. 8: "cum autem legitimae quantitatis a legis taxatione pendet"; "legitima minui potest per legem cum eius quantitas sit de iure civile".

(10) Cfr. JUAN LÓPEZ DE BIVERO O DE PALACIOS RUVIOS, "Repetitio rubricae et capituli Per vestras, de donationibus inter virum et uxorem", cfr. ed. Lugduni 1538, Repet. in capitulum, § 21, princ., fol. 149: "legitima succedit loco alimentorum"... "et propterea aliqui doctores dixerunt legitimam in totum per legem vel statutum tolli non posse: minuere tunc sic quasi illud quod filio dimitur deferevit pro alimentis..."; *ibid*, § 23, n. 7, fol 157, donde recoge de Baldo, "quod licet statutum posset tollere legitimam filii legitimi nihilominus filius potest alimenta petere"; RODRIGO SUÁREZ, "Repe-

con aquella opinión de Menchaca, quien no discutió que los descendientes tuvieran este derecho cuando los necesitaban.

En definitiva, lo cierto es que la legítima resulta de una deter-

tionis legis Quoniam in prioribus C. de inoffic. testamento". Declaratio Legis Regni, Limitat. secunda, n. 6 (cfr. "Opera omnia", ed. postrina Douaci 1614, p. 490), que recoge la opinión del Abad Panormitano, "distinguendo, scilicet, quod ubi filius non habet unde vivat, non valere statutum in totus absorvens legitimam, alias secus quia tunc cessat aequitas naturalis, et succedit alia regula, scilicet quod in re sua qualibet est moderator, et arbiter (...) etiam in statuto teneo communem scilicet quod posses minui non in totum tolli, cum simpliciter sit de iure naturali non quota"; GREGORIO LÓPEZ, glosa a la palabra "Librementé", de la ley 11, tít. IV, 6.^a Partida, 60 de dicho tít. IV, cfr. vers de Samponte y Barba, Martí de Eixalá y Ferre y Subirana, vol. III, Barcelona 1943, p. 173, donde sigue a Baldo en su opinión favorable a que el Derecho municipal favorecedor del primogénito puede autorizar la cuasi desheredación de los otros hijos, pero pudiendo el juez enmendar la disposición cuando alguno de los hijos quedare perjudicado en los alimentos, que deberá graduarlos por la calidad de las personas, el valor del patrimonio y demás circunstancias; y glos. a las palabras "non valdrá", de la ley 32, tít. IX de la misma 6.^a Partida, o glosa 171 al cit. Tít. IX, cfr. ed. y vol. cit., p. 612, donde acepta que por licencia Regia puede autorizarse, sin la nota de iniquidad, la total exclusión de la legítima en la fundación de un mayorazgo, siempre que se salven los alimentos, como es costumbre; ANTONIO GÓMEZ, "Opus praeclarum et utilissimum super legibus Tauri", lex XL, n. 57, cfr. ed. Salmanticae 1575, fol. 127 vto., que aceptó la constitución del mayorazgo con licencia del príncipe, privando de la legítima a los hijos, con tal de que se les dejen los alimentos necesarios; "quia licet legitima quam succedit loco alimentorum sit inducta de iure naturali",... "per consequens inmutabile"... "tamen eius quotaet quantitatus non est inventa nec inducta de iure naturali, sed tantum de iure mere positivo"... "unde sicut princeps vel taxare, augere, et diminuere ita potest per rescriptum vel privilegium concessione maioratus illan restringere, modificare aut loco eius tantum praestentum alimentam necessaria, quia per hoc nec tollitur nec inmutatur per principem ius naturale sed reducimur ad illud"; DIDACUS COVARRUVIAS A LEIVA, "Ex epitome in librum quartum Decretalium", II Pars. Cap. VIII, § 6, n. 5, cfr. "Omnium Operum", ed. Lugduni 1584, vol. II, pp. 216 y s., que formuló, entre otras, las siguientes conclusiones: "infertur primo, legitimam lege, vel statuto tolli prorsus posse eo casu, quo filius habeat bona: unde possit optima se ipsum alere ac sibi alimenta exhibere, vel ex artificio sibi ipsi valeat necessaria acquirere..." "Quarto deducitur ex his licite, posse quem ex Regia tamen permissione, et licentia, primogenium bonorum suorum constituere in liberis masculis, maioribus, modo coeteris indigentibus liberis, alimenta praestentur"; Dtor. LUIS DE MOLINA MORALES, "De Primogeniorum Hispanorum origine ac naturae", Lib. II, cap. I, n. 10, cfr. ed. novae ed. Lugduni 1749, p. 228, que niega la validez de la facultad real de autorizar la constitución de mayorazgo "non relinquendo caeteris filiis legitimam, nec alimenta", pero admitiendo la validez de su institución cuando "relictis eisdem filiis alimentis competentibus"; JUAN MATIENZO, "Comentaria in librum quintum recollectionis legum Hispaniae", Tít. VII, Lex II, Gloss. I, nn. 4 y 5, cfr. ed. Mantuae Carpetanae 1580, fol. 168 vto., quien admitió que, no por ley general pero sí por licencia especial del rey, pudiera constituirse mayorazgo por más legítima, tercio y quinto, si a los demás hijos se dejaren los alimentos debidos al hijo que no pudiera proporcionárselos; LUIS DE MOLINA, S. I., "De Iustitia et Iure", Trac. II, Disp. DCXVI, cfr. ed. noviss. Coloniae Allobrogum 1733, vol. III, pp. 106 y ss., que trata ampliamente la cuestión, y señala (n. 6) que la cláusula de concesión: "con tanto que ayays de dexar, y deseys, a los nuestros hijos, hijas, que agora teneys, y tuvieredes de aquí adelante, en quien no succedere el

minación (11) que hace la norma positiva, no sólo en lo referente a su cuantía, sino también a su contenido (12).

En este sentido dimana de ella, y no de la voluntad del causante, cualquiera que sea el sistema legitimario de que se trate.

Por eso, refiriéndose a la legítima de Derecho común, pudo decirse: que “*filius eam non consequitur ex iudicio ipsius testatoris, sed ex providentia legis*” (13), que “*habet enim filius legitimam ex providentia legis, non iudicio patris*” (14), independientemente de que estas afirmaciones, sin duda exactas, fuesen bien o mal traídas como argumento en la cuestión en que se aducían (15).

El mismo significado tiene el inciso de la ley 17, tít. 1 de la 6.^a Partida, cuando dice: “*e por esso es llamada esta parte legitima, porque la otorga la ley a los hijos; e deuenles auer libre, e quita;*

dicho mayorazgo, alimentos”, tiene el carácter de modo de dicha obligación “*quae inest ex natura rei, eo ipse*”, aun cuanto la cláusula no fuere puesta.

Entre los juristas catalanes, JUAN PEDRO FONTANELLA, “*Tractatus de pactis nuptialibus sive de capitulis matrimonialibus*”, Pars II, Cláusula V, Gloss I, n. 116, cfr. últ. edit. Lugduni 1667, vol. II, p. 32, admite el mayorazgo, aunque a los otros hijos “*enim non datur eis legitima, dantur tamen alimenta, quae succedunt loco legitimae*”.

(11) ARISTÓTELES, “*Ética*” (Lib. V, cap. VII), había observado que de lo justo civil o positivo, uno es natural (*dikaion physicon*) y otro procede de la decisión del Estado (*dikaion nomikon*), y explica que aquello que “al principio no había diferencia en hacerlo de esta manera o de la otra, pero después de ordenada por la ley ya la hay”. Santo Tomás de Aquino Suma Teológica I-II, 9, 95, art. 2) explicó: “*Quod a lege naturali dupliciter potests aliquid derivari uno modo, sicut conclusiones ex principis: alio modo sicut determinationes quaedam aliquorum communes*”. Fray Domingo de Soto (“*Tratado de la Justicia y el Derecho*”, Lib. I, Quaest. IV, art. 2.^o), declaró que la *conclusión* es deducida de los principios y la *determinación* específica algún género común que el Derecho natural no determina por sí mismo, como cuando concluye que la virtud es digna de premio y el vicio de castigo pero sin determinar cuáles han de ser uno y otro. El jesuita Luis de Molina (op. cit., tract. I, disput. IV, n. 10) distingue, de una parte, la determinación de lo general a casos particulares y, de otra, los preceptos absolutamente nuevos.

(12) Es decir, si ha de ser *pars hereditatis, pars bonorum, pars valoris, pars valoris bonorum*, bienes concretos, usufructo, alimentos civiles o naturales, etc. FONTANELLA (“*Decisiones Sacri Regit Senatus Cathaloniae*”, Dec. DLXXIV, n. 2; cfr. ed. noviss. Lugduni 1668, vol. II, p. 569) razonó: “*si enim statuto permittitur legitiman minuere multo magis solvendam illan in pecunia statuere*”.

(13) Cardenal FRANCESCO DE MANTICA, “*Tractatus de Connienturis Ultimatum Voluntatum*”, Lib. VII, Tít. VIII, n. 2, cfr. ed. Novissimae Colloniae Allobrogum 1631, p. 324.

(14) VICENTIUS FUSARIO, “*Tractatus de Substitutionibus*”, Quaest. CCXCVI, n. 29, cfr. ed. Venecia 1644, p. 224.

(15) Así, si se trataba de saber si el padre había querido condicionar la atribución de una porción mayor a la debida, a que el legitimario aceptase un gravamen fideicomisario de su legítima, cuando había sido referido a la herencia en general, parece que era poco oportuno aducir que la legítima era debida *ex providentia legis*, pues la cuestión se centraba en saber si en su referencia general había querido el padre incluir o no en ella la legítima (cfr. nuestro trabajo “*Cautelas de opción compensatoria de la legítima*”, III, B, en “*Estudios Jurídicos Varios*”, conmemorativos del Centenario de la Ley del Notariado, vol. I, Madrid 1964, pp. 467 y ss.).

sin embargo, e sin agravamiento, e sin ninguna condición". Notemos que esa misma ley, dos apartados antes, es una de las que califica la legítima de "*parte debita*", y que en el apartado inmediato anterior comienza así: "*E la legítima parte que deuen auer los hijos...*". Y al glosar esas palabras "*deuen auer*", Gregorio López (16) plantea una pregunta que partiendo de una situación inicial que da por indiscutida, comienza con estas palabras: "*si pater reliquit filius titulo institutionis legitiman eis debitam*". Es decir, la ley atribuye directamente el derecho "*a*" esa porción, o legítima y determina el contenido que, en virtud de ese derecho, les es debido a los hijos por su padre o madre.

Cuando Febrero (17) dice: "Sin embargo, de corresponder a los hijos por todos derechos (18) su legítima, como es de derecho positivo o cierto la asignación de la cuota, o cantidad que con este título, o nombre, deben percibir (por lo que le puede aumentar o disminuir) y se llama *legítima*, porque le concede, y señala la ley...", citando por nota, tras esta última palabra, la ley 17, tít. I, 6.^a Part., que recoge el indicado sentido de este texto.

En síntesis, en este sistema de legítima, la ley atribuye directamente a los legitimarios un *haz de derechos* de distinta naturaleza, contenido y actuación (*legítima en sentido puramente jurídico*), para salvaguardar y asegurarles la obtención del *contenido material* que les reserva (*legítima en sentido material*) y que puede llegarles por diversas vías, según se cumpla voluntariamente por el causante su deber de transmitírselo o se incumpla de un modo u otro.

Así, panorámicamente, vemos la actuación del *ius dicendi nullum*, de la *querella inofficiosi testamenti*, de la *querela inofficiosae donationis vel dotis*, de la *actio ad supplendam legitimam*, etc., y una serie de prohibiciones que invalidan *ex lege* las disposiciones en contrario, así como las condiciones, fideicomisos, gravámenes y prohibiciones impuestos a la legítima, o la renuncia anticipada a la legítima, etc.

Ese haz de disposiciones normativas y, consecuentemente, de derechos subjetivos dimanantes, que en conjunto integran el *derecho a la legítima* o *legítima como derecho*, se obtiene *ipso iure* o *ex lege* de modo inmediato.

Es indudable que el *ius dicendi nullum* deriva directamente de

(16) GREGORIO LÓPEZ, gl. a las palabras "*deuen auer*" de la ley 17. tít. I, Part. 6.^a, o gl. 92 del Tít. cit.; cfr. en castellano en la ed. y vol. cits. p. 417.

(17) JOSEF FEBRERO, "Librería de escribanos e instrucción jurídica teórico práctica de principiantes", Part. II, Lib. II, cap. II, § I, n. 1.^o; cfr. ed. Madrid 1781, vol. II-II, p. 77.

(18) Se refiere a los derechos natural, de gentes y civil o positivo o escrito, como lo muestra la contraposición que hace entre "corresponder a los hijos" y "la asignación de la cuota, o cantidad", que dice "es de derecho positivo", corroborándolo la cita que hace de Angulo, "De meliorat", ley 1, gl. 1, n. 8, que precisa esto último (cfr. *supra* en nuestra nota 9, la referida cita de Angulo).

la ley, y la *querella inofficiosi testamenti*, primero del derecho pretorio y luego de las constituciones imperiales. De la ley *Omnimodo* (Cod. III-XXVIII, 30, pr.) derivaba el derecho "*ad implendam eam* [portionem legitimam] *sine ullo gravamine vel mora exigere*"; de la ley *Quoniam in prioribus* (Cod. h. t. 32), que "*ut si condicionibus quibusdam vel dilationibus aut aliqua dispositione, moram vel modum vel aliud gravamen introducente, eorum iura, qui ad memoratam actionem vocabantur, inminuta esse videantur, ipsa conditio, vel dilatio vel alia dispositio, moram vel quodnonquaque onus introducens, tollatur...*"; y de la ley *Scimus*, vers *Sancimus* (Cod. h. t. 36, pr. ap. 2.^o), que "*hoc modis omnibus repleti, et nostrum iuvamem purum filius inferri*".

De ahí que se dijera que "ex die mortis filii statim absque dilatione, debetur legitima parentibus"... "et suppletio fit eis ipso iure prout filii absque inofficiosi querela", aduciéndose, para la primera afirmación, la citada l. *Quoniam*, y para la segunda, las también citadas leyes *Omnimodo* y *Scimus* (19).

La identificación de los significados de legítima, como derecho a reclamar el contenido y como el propio contenido, dio lugar a notables confusiones (20); y, tratándose del suplemento, la posibilidad de reclamarlo sin ejercitar previamente el *ius descendii nullum* ni la *querella*, justificó que se dijese "quod legitima petatur ex voluntate patris, licet aliud sit in supplementum" (21), afirmación que hubiese requerido, sin embargo, la aclaración de que, en caso de no reconocer el padre la legítima incidiendo en preterición o desheredación injusta, también la legítima era debida "ex voluntate legis" previa la invalidación del testamento o de la institución, precisamente para protegerla "ex voluntate legis". Por ello, en este caso pudo decirse que la legítima *como contenido* no podía pedirse si no se ejercitaba la *querella* (22), y que se sostenía el testamento si ésta se renunciaba sin que pudiera considerarse la legítima, en cuanto contenido, como derecho adquirido y renunciado (23).

(19) ANTONIUS PEREGRINUS, "De fideicommissis", art. XLIX, n. 49, cfr. ed. Lugduni 1670, p. 689; FONTANELLA, "De pactis nuptialibus...", Cl. IV, gloss. IX, pars V, n. 122, cfr. ed. cit. vol. I, p. 191.

(20) Cfr. J. P. FONTANELLA, "Decisiones Sacri Senatus Cathaloniae", Dec. DLXXIII, nn. 6 y ss.; cfr. ed. novissima Lugduni 1668, vol. II, p. 564, y FRANCISCO SALGADO DE SOMOZA, "Laberyntius creditorem concurrentium ad litem per debitorem communem inter illos causatam", pars. II, cap. XVI, cfr. ed. Lugduni 1672, vol. II, pp. 436 y ss.

(21) JOANNE PETRO SURDO, "Decisionis Sacri Mantuani Senatus", Decis. CXIX, n. 19; cfr. ed. Mediolani 1603, p. 589.

(22) Cod. III-XXVIII, 2: "*Quamvis de inofficioso testamento acturum tebonorum possessionem accepisse proponas, tamen scriptis heredibus auferrí possessionem, incivile est*".

(23) Cfr. JUAN GUTIÉRREZ, "Repetitio Capitu. Quamvis pactum, de Pactis, lib. 6", n. 25, en *Repetitiones sex*, cfr. ed. secundan Antuerpie 1618, página 146.

B) ¿Hay delación legal forzosa del contenido de la legítima?

3. En cuanto a la legítima *como contenido*, no puede decirse de modo general que sea atribuida directamente por la ley al legitimario; éste no recibe *ipso iure* un derecho *en o sobre* ese contenido. En otras palabras, en muchos sistemas legitimarios, *no hay delación forzosa, ni vocación legal de la legítima* (24).

Pero no es así en todos los sistemas, y aun en aquellos en los cuales lo es nunca faltan autores que lo discutan.

Conocemos la contraposición, luminosamente planteada por ambos extremos en sus líneas generales más puras, entre la reserva germánica o *pars reservata* y la legítima romana o *portio debita* (25). Figuras características de dos sistemas que parten, respectivamente, de la sucesión legal forzosa (26) y de la libertad de testar (27); pero que, moviéndose en sentidos contrarios, la primera va abriendo salida a la voluntad del causante (28), mientras la segunda establece límites a su voluntad, inicialmente sin barreras materiales (29).

(24) Aclaremos que, en esta terminología conceptual, aceptamos las precisiones de LUIGI CARIOTA FERRARA ("Le successione per causa di morte", I-I, número 20, ed. Nápoles 1959, pp. 76 y ss.) acerca de la significación de *designación, vocación y delación*. La primera no es sino un *elemento* de la segunda, en virtud del cual se determina directa o indirectamente (por sus circunstancias) la persona o personas llamadas y el contenido objetivo al que se llama. *Vocación* es el *llamamiento* concreto que *fundamenta* la atribución del derecho a suceder, es como su título; *delación* o *devolución* es el *hecho* en virtud del cual se produce la vocación y se *atribuye* el derecho a suceder: es decir, se trata de unos aspectos distintos del mismo fenómeno, que se concreta simultáneamente, fundamentándose y realizándose.

(25) Cfr. RAMÓN MARÍA ROCA SASTRE, "Naturaleza jurídica de la legítima", en RDP XXVIII, marzo 1944, pp. 187 y s.

(26) Derivada de la primitiva comunidad de derechos entre padres e hijos sobre el patrimonio doméstico de la que dimanó el *Wartrecht* o antiguo derecho de expectativa. Cfr. HEINRICH BRUNNER y CLAUDIUS VON SWERIN, "Historia del Derecho germánico", § 5, traducción al castellano y notas de José Luis Alvarez López, Barcelona 1956, pp. 244 y ss.

(27) La *successio in ius* primitiva estuvo siempre íntimamente unida de hecho con la elección del *heres* que, a través de la *exheredatio*, en la ley de las XII Tablas, rompía el *consortium* con los demás *sui*. Cfr. PIETRO BONFANTE, "Corso di Diritto Romano", vol. VI, cap. IV, n. 1 y 2, Roma 1930, pp. 60 y ss. Véanse también las observaciones de nuestro querido maestro ROCA SASTRE, en "La necesidad de diferenciar lo rural y lo urbano en Derecho sucesorio", en *Anales de Ac. Mtr. del Not.*, vol. I, Madrid 1943, pp. 341 y ss.

(28) El paso del *Tonteil*, o parte del muerto, convertida en *Seelgerät*, o *donatio pro anima*, al *Freiteil*, o cuota de libre disposición fue aclarada por A. SCHULTZE ("Agustin und der Salteil des germanischem Erbrechts. Studien zur Geschichte des Freiteilrechtes", Leipzig 1928), como refieren JOSÉ ANTONIO RUBIO, "Donaciones "post obitum" y "donaciones reservato usufructo" en la Alta Edad Media en León y Castilla", nota 6, en *Anuario de Historia del Derecho Español*, vol. IX, Madrid 1932, pp. 5 y s., y nuestro maestro LUIS G. DE VALDEAVELLANO, "La cuota de libre disposición en el Derecho hereditario de León y Castilla en la Alta Edad Media", n. IV, en el mismo *Anuario* y volumen, pp. 133 y ss.

(29) Cfr. la evolución que comienza en Derecho pretorio con la *querella inofficiosi testamenti* y prosigue con la *querella inofficiosae donationis vel dote* y la *bonorum possessionem contra tabulas*, en FRITZ SCHULTZ, "De-

En cuanto al Derecho español, dijo Jerónimo González (30) que “los pronunciados matices de las legítimas y de la reserva”, “se funden desde hace muchos siglos en una concepción de líneas románicas que se impone a través de variaciones regionales”. Nosotros nos ocupamos detenidamente hace años (31) de señalar su trayectoria (32). La conclusión a que entonces llegamos—que nadie nos ha hecho rectificar hasta ahora—se concreta a que, cuando el Derecho de Castilla alcanzó a tener carácter territorial, sus juristas explicaron los textos de Derecho real relativos a las legítimas sobre la base de los textos del *Corpus Iuris*, del título *De testamentis*, de las Decretales y de las Partidas, como lo demuestran las numerosas

recho romano clásico”, nn. 476 y ss., trad. al castellano de J. Santa Cruz Teijeiro, Barcelona 1960, pp. 262 y ss. Justiniano continuó la evolución, en especial con las leyes *Omnimodo*, *Quoniam in prioribus* y *Scimus* (Cod. III-XXVIII, 30, 32 y 36) y en su *Novela CXII*.

(30) JERÓNIMO GONZÁLEZ MARTÍNEZ, “Observaciones a las Conferencias del Doctor Ferrara”, 6, cfr. en *RCDI* V, enero 1929, p. 65, y en *Estudios de Derecho hipotecario y civil*, Madrid 1948, vol. III, p. 241.

(31) “Apuntes de Derecho Sucesorio”, 1, § 2, cfr. ed. sep., Madrid 1955, páginas 13 y ss., o en *ADC* IV-II, abril-junio 1951, pp. 429 y ss.

(32) Las líneas generales que observamos son las siguientes:

1.º La ley *Dum inlicita* de Chindasvinto no rectificó el Derecho romano, sino la libertad de testar a la que se había llegado por la ley en ella abrogada. “Sin embargo, 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 alude, más que simplemente por poner un freno a dicha libertad, al modo romano, lo que hizo fue volver al régimen germano de las reservas, aún vivido en las costumbres, mitigándolo como transacción con la plena libertad de disponer del quinto y con la creación de la facultad de mejorar”.

2.º No obstante, el Derecho realmente vivido en la Alta Edad Media, como ha mostrado VALDEAVELLANO (loc. cit., pp. 129 y ss.), muestra una “germanización de la legítima, visible en los diplomas astur leoneses, en el carácter de cuota *pro anima* a que estrictamente quedó reducido el quinto, que había sido totalmente de libre disposición en las leyes *Si mulier a marito* de Leovigildo y *Dum inlicita* de Chindasvinto, y en la existencia, —que algún diploma trasluce claramente—, del *Wartrecht*, que también se observa —como mostraron LACOSTE, “La mejora”, Madrid 1913, y MARÍN MONROY, “La colación: historia y crítica de los problemas de valoración”, en *Anales de la Ac. Matr. del Notariado*, IV, pp. 169 a 173— en la colación impuesta por el Fuero de Cuenca (rubr. 225) y en su complemento, explícito en el Fuero de Zamora, de no poder los hijos vender en vida de sus padres los bienes adquiridos por donación de éstos. Durante este período, imperaba para los bienes patrimoniales el principio germánico que, traducido al latín, expresaba que “*solus Deus potest facere heres, non homo*”. El legitimario era necesariamente heredero legal y la legítima abarcaba la totalidad de la herencia, de la que sólo podían deducirse como mandas el quinto —primero sólo como *pars Christi* y luego otra vez libremente— y, una vez reaparecida, la mejora.

3.º Pero a partir de la publicación de las Partidas, estos principios germánicos sufren el influjo del Derecho romano y del canónico, a consecuencia de que los comentaristas de aquéllas estudiaban conjuntamente el Derecho real y el Derecho común, así se reciben las instituciones romanas de la preterición, con su *ius discendi nullum*, de la *querella inofficiosi testamenti* y la *actio ad supplementum*, que romanizan las legítimas, y también las mejoras, que son explicadas con las figuras del legado de parte alcuo-

citas continuamente referidas a estos cuerpos legales (33). “La construcción de nuestros clásicos —concluíamos (34)— es de proporciones góticas, pero se realizó con materiales romanos. El derecho germánico, evolutivamente atenuado, fue el regulador de la *medida*. El derecho romano, en su fase justiniana, explicó *su naturaleza*. Baste recordar al efecto cómo Antonio Gómez, en su *Varias* (35), se ocupó 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 *querella inofficiosi testamenti*, la legítima como excepción oponible a esta última, y de la *actio ad supplementum*”.

Los autores castellanos más próximos al Código civil, e igualmente los inmediatamente anteriores, seguían orientando el concepto de la legítima como deber del testador impuesto por la ley, o explicaban su regulación conforme las normas romanas (36). Igual cri-

ta y del prelegado, e, incluso, los autores llegan a la convicción de que se puede mejorar a título de herencia embebiendo la mejora en la institución, en contradicción del principio germánico que imponía la distribución igualitaria de la herencia por estirpes entre los descendientes sólo atenuable con mandas y legados, y llegándose a admitir la institución de un extraño como heredero en la parte libre si los hijos eran instituidos en su legítima (Cfr. nuestros “Apuntes...”, loc. cit., pp. 16 a 21 y ADC, cit, pp. 433 a 437, y en especial las notas 51 y 53).

(33) Sirvan de ejemplo la “Repetitio Legis “Quoniam in prioribus”, Cod., Tít. “De inoffic. testamentis”, de Rodrigo Suárez y los comentarios de Diego Covarrubias al tít. *De testamentis* de las Decretales, a los que repetidamente venimos haciendo referencia, que sitúan las *leges regni*, como variantes, en el fondo romano y canónico de las legítimas.

(34) “Apuntes...”, loc. últ. cit., p. 19 y ADC IV-II, p. 435.

(35) ANTONIO GÓMEZ, “*Variae resolutiones Iuris Civiles Communis et Regii*”, Lib. I, cap. XI; cfr. ed. Lugduni 1701, pp. 133 y ss.

(36) Véase las siguientes expresiones de FEBRERO, op. cit., Parte I, Lib. I, Cap. I, § VII, nn. 99 y ss., cfr. ed. Madrid 1783, vol. I, pp. 94 y ss.: “Llámase y es heredero el que después de la muerte *ex testamento* o *abintestato* de alguno, ha de suceder en sus bienes” (n. 100, p. 95); a los herederos forzosos “deben sus padres instituir por sus herederos”... “no concurriendo en ellos causa legal para ser exheredados” (n. 109, pp. 100 y s.); la institución “que los padres han de hacer en sus hijos, debe ser...” (n. 110, p. 101). JOSEF GUTIÉRREZ, en su versión “Febrero reformado y anotado”, Madrid 1805, Parte I, Cap. I, § 2.º, n. 45, p. 32, expone aún más claramente el significado del calificativo “forzosos”: “porque sus ascendientes más cercanos deben instituirlos precisamente por sus herederos, y no habiendo causa legítima para desheredarlos y no instituyéndolos podrá romper y anular el testamento en cuanto a la institución”; IGNACIO JORDÁN DE ASO y MIGUEL DE MANUEL, “*Instituciones de Derecho Civil de Castilla*”, Lib. 2.º, tít. III, capítulo I, § 3.º, Madrid 1775, p. 198, dice que, el *testador*, “es principio incontestable en Castilla que si tuviere hijos y nietos, les debe instituir forzosamente herederos”, JUAN SALAS, “*Ilustración del Derecho real de España*”, Lib. I, Tít. V, nn. 21 a 27, cfr. 2.ª ed. Madrid 1820, pp. 168 y ss., expone la doctrina romanista de la desheredación, preterición, *querella inofficiosi testamenti*, acción de suplemento. Cfr. también JOAQUÍN ESCRICHE, “*Diccionario razonado de Legislación y Jurisprudencia*, voz “Legítima”, cfr. 2.ª edición, Madrid 1847, vol. II, pp. 488 y ss.—véase nuestro análisis de este-

terio se observa en la Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de octubre 1865.

El Código civil (37) dio un paso más al equilibrar en tres tercios las desiguales proporciones góticas (38) y al aproximar, en cuanto al título formal de su atribución, su legítima a la teodosiana más que a la justiniana (39) y posibilitar su pago en metálico en determinados supuestos (40).

Es decir, que, aparte de aumentar la libertad de testar modificando los topes y de dar más extensión a la actuación de la acción de suplemento, nada pretendió cambiar respecto de la naturaleza de la legítima. Recordemos, para reafirmarlo, las Bases 1.^a, 15 y 16 de la Ley de 11 mayo 1888. Es éste un dato capital que debemos tener en cuenta al tratar de estudiar esta naturaleza.

4. Varios artículos del Código civil, que podemos dividir en dos grupos, son, fundamentalmente, los aducidos en el tema que aquí nos ocupa.

En el primer grupo tenemos los artículos 609, 658 y 1.009, que dicen:

Artículo 609, § 2.º: *“La propiedad y los demás derechos sobre los bienes se adquieren y transmiten por la Ley, por donaciones, por sucesión testada e intestada, y por consecuencia de ciertos contratos mediante la tradición”.*

Artículo 658: *“La sucesión se defiere por la voluntad del hombre, manifestada en testamento y, a falta de éste, por disposición de la Ley.”*

texto en la nota 129 de nuestros “Apuntes...”, pp. 40 y s, o ADC IV-II, páginas 456 y s.; BENITO GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, “Códigos o Estudios fundamentales sobre el Derecho Civil Español”, Lib. III, Cap. IV, § V, Sec. II, artículo 2.º; cfr. ed. Madrid 1863, vol III, p. 286 —donde refiriéndose a la primera parte de la ley VI De Toro dice que “declara a los ascendientes herederos de los descendientes por testamento y abintestato como lo son éstos de aquéllos”—; FLORENCIO GARCÍA GOYENA, “Concordancias, Motivos y comentarios del Código civil español”, Madrid 1952, vol. II, art. 640, p. 92, gl. a las palabras *“sin justa causa”* —“porque la legítima es debido natural, *de bitum naturale*”, por eso sin ella no puede desheredárseles—; PEDRO GÓMEZ DE LA SERNA, “Curso histórico-exegético de Derecho romano comparado”, Madrid 1869, vol. I, pp. 478 y 501 —refiriéndose a la legítima castellana explica que el testador: “ha de dejar precisamente a sus descendientes legítimos cuatro quintas partes de sus bienes”, aunque entre ellos, “a alguno o algunos, pueda dejarles especialmente la tercera parte de los bienes”—; MARIO NAVARRO AMANDI, “Código Civil de España”, Madrid 1880, vol. I, artículo 967, p. 492 —“El heredero forzoso no solamente tiene derecho a su legítima, sino que tiene derecho a obtenerla a título universal o de heredero; de otro modo puede pedir la nulidad de la institución”.

(37) Cfr. “Apuntes...”, loc. cit., p. 25 y ADC IV-II, p. 441.

(38) Cfr. nuestro trabajo “Aspecto cuantitativo de las legítimas”, II, A, A, n. 39 a nota 279, en ADC XXIV-I, enero-marzo 1971, p. 86.

(39) Cfr. lo que dijimos en “El deber formal de instituir herederos y la preterición”, I, 3, en ADC XX-I, pp. 10 y ss.

(40) Cfr. nuestro estudio “Contenido cualitativo de las legítimas de los descendientes en el Código civil”, IV, nn. 20 y ss., en ADC XXIII-I, enero-marzo 1970, pp. 87 y ss.

"La primera se llama testamentaria, y la segunda, legítima.

"Podrá también deferirse en una parte por voluntad del hombre, y en otra por disposición de la Ley".

Artículo 1.009: "El que es llamado a una misma herencia por testamento y "ab intestato", y la repudia por el primer título, se entiende haberla repudiado por los dos.

"Repudiándola como heredero "ab intestato", y sin noticia de su título testamentario, podrá todavía aceptarla por éste".

En el otro grupo, se sitúan los artículos 763 y 806:

Artículo 763: "El que no tuviere herederos forzosos puede disponer por testamento de todos sus bienes o de parte de ellos en favor de cualquiera persona que tenga capacidad para adquirirlos.

"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".

Artículo 806: "La 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".

La doctrina, al efectuar la interpretación de los artículos 609, § 2, 658 y 1.009, generalmente ha deducido de ellos:

1.º Que el Código civil sólo admite dos modos de deferirse la sucesión: la testada y la intestada, sin perjuicio de los supuestos singulares en los cuales es admitida la sucesión contractual, pero sin que nada justifique que exista un tercer tipo de delación hereditaria para la legítima (41).

(41) MUCIUS SCAEVOVA, "Código civil comentado y concordado extensamente", vol. XII, art. 658; cfr. ed. Madrid 1896, p. 99—"la existencia de herederos forzosos da a entender que un propietario al disponer *mortis causa*, no hace lo que su voluntad quizá resolviera"; es decir, no hay delación forzosa, sino sólo limitación forzosa de la voluntad del testador en la sucesión testamentaria—; MODESTO FALCÓN, "Exposición doctrinal del Derecho Civil Español, común y foral", Lib. III, Tít. Preliminar, Disps. gales., n. 4, en rel. con Cap. III, Sec. II, § II, n. 1; cfr. 5.ª ed., Barcelona 1897, pp. 44 y s. y 185—La sucesión puede verificarse "o por la voluntad expresa del hombre o por ministerio de la ley" "en defecto de voluntad expresa"; pero: "El testador que tiene herederos forzosos, debe respetar en sus disposiciones las legítimas de estos herederos"—; FELIPE SÁNCHEZ ROMÁN, "Estudios de Derecho Civil", vol. VI-I, cap. II, n. 41; Cfr. 2.ª ed., Madrid 1910, pp. 102 y s.—observa que el art. 658 señala tres formas de sucesión *mortis causa*: *testada*, *intestada* y *mixta* (parte testada y parte intestada), pero que la ley interviene también en la sucesión testada, en cuanto a la *forma* y al *contenido* o *extensión*, "porque esta voluntad sólo es ilimitada, para la libre disposición, cuando el testador carece de herederos forzosos que acrediten en su sucesión derecho a la legítima"—; JOSÉ ALGUER MICÓ, "Ensayos varios sobre temas fundamentales del Derecho civil", VI, en *R. J. de Cataluña XXXVII*, enero-junio 1931, pp. 132 y s.—"La delación puede tener tres causas diferentes: la testamentaria, la contractual allí donde se admite y la legítima. El llamamiento forzoso no es más que un límite puesto al llamamiento voluntario"—; RAMÓN MARÍA ROCA SASTRE, "Naturaleza jurídica de la legítima", en *RDP XXVII*, marzo 1944, p. 196—"En el Código civil sólo hay 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

2.º Que la sucesión testada, en tanto reúne todos los requisitos para su validez, es prevalente (42) sobre la intestada. Esta es subsidiaria de aquélla, como resulta igualmente del artículo 912 C. c.

La vocación testamentaria excluye de tal modo la abintestato, que—conforme al artº 1.009—la renuncia de aquélla no permite acepar ésta ni siquiera en la parte que aquélla pudiera dejar vacante; mientras que, por el contrario—como resulta asimismo del ar-

sucesión forzosa”—: ANGEL SANZ FERNÁNDEZ, “Comentarios a la nueva Ley Hipotecaria”, art. 15, n. 3, p. 142—“la legítima lleva consigo la necesidad de instituir a ciertas personas en el testamento (artículo 845), pero no es una forma de delación de la herencia (artículo 815)”—; MIGUEL ROYO MARTÍNEZ, “Derecho sucesorio “mortis causa”, III, § 3, Sevilla 1951, p. 30—cuando la ley “tiene carácter dispositivo o imperativo (*ius cogens*)”, impone al testador el deber de asignar ciertos derechos sucesorios a sus más próximos parientes, bajo amenaza de ineficacia total o parcial de la disposición testamentaria que, por acción o por omisión desconozca dicho deber (legítimas o derechos legitimarios)”—; ALFREDO GARCÍA BERNARDO LANDETA, “Designación “mortis causa”; vocación hereditaria, y adquisición automática”, VI, B, en *Rev. Der. Notarial* XXIV, abril-junio 1959, p. 98—“el legitimario nada adquiere como tal directamente, sino anulando y reduciendo previamente la donación, testamento o disposición testamentaria irrespetuosa con la designación forzosa consagrada a su favor en nuestro Código civil, y recibiendo después abintestato su legítima como mínimo, mas no como legitimario, sino como heredero, legatario o *mortis causa capiens*”—y en “La legítima en el Código civil”, Oviedo 1964, pp 82 y ss.; JOSÉ CASTÁN TOBEÑAS, “Derecho civil español, común y foral”, VI-I, 7.ª ed. Madrid 1960, § CXXXVII, I, 6, B, p. 48—relaciona los arts. 658 y 763 al clasificar las sucesiones en testamentaria, legítima (cuando no hay testamento válido) y mixta (art. 658, § 3 y 912), y distinguir la primera en libre (art. 763, ap. 1.º) y limitada “cuando hay herederos forzosos” (art. 763, ap. 2.º); MANUEL DE LA CÁMARA ALVAREZ, “Estudio sobre el pago con metálico de la legítima en el Código civil”, en *Estudios Jurídicos Varios*, con ocasión del Centenario de la Ley del Notariado, volumen I, Madrid 1964, pp. 744 y ss. y 760 y ss.—“La ley no defiere directamente al legitimario una cuota o porción del patrimonio hereditario líquido, sino que únicamente la reserva a su favor”... “No hay en nuestro derecho... más que dos tipos de delación sucesoria: testamentaria y “ab intestato”. Nada autoriza a crear un tercer tipo de delación hereditaria para la legítima”—; DIEGO ESPÍN CÁNOVAS, “Manual de Derecho civil español”, vol. V, Sección I, cap. I, n. IV, y Sec. IV, cap. I, n. I, cfr. 2.ª ed. Madrid 1970, página 23 y p. 406—“Dicha sucesión necesaria no es un tercer modo de deferir la herencia, sino un límite a la libre disponibilidad manifestada en vía testamentaria. No es, pues, un modo de suplir la falta de voluntad testamentaria, sino un modo de corregir dicha voluntad limitándola”—; PUIG BRUTAU, “Fundamentos de Derecho civil”, V-III, Barcelona 1963, cap. IV, 1, I, página 368, en rel. cap. I, 3, III, p. 14; MANUEL ALBADALEJO GARCÍA, “Compendio de Derecho civil”, Barcelona 1970, cap. XXXI, 3, p. 550. Defendimos este criterio en nuestros “Apuntes...” I, § 5, pp. 44 y ss. y ADC IV-II, páginas 480 y ss.

(42) El carácter principal y prevalente de la sucesión testamentaria en nuestro sistema sucesorio, es destacada por: RODRIGO MARTÍNEZ, loc. cit., página 30; JOSÉ LUIS LACRUZ BERDEJO, “Derecho de Sucesiones. Parte General”, Barcelona 1961, n. 166, pp. 179 y ss; CASTÁN TOBEÑAS, loc. cit., páginas 49 y ss.; PUIG BRUTAU, op. y vol. cit., cap. IV, 1, I, nota 2, p. 368; FRANCISCO BONET RAMÓN, “Compendio de Derecho civil”, vol. V, Madrid 1965, n. 11, pp. 46 y s.; ESPÍN CÁNOVAS, op. y vol. cit., cap. I, n. IV, página 39.

título 1.009—, la repudiación de una herencia que se creyó deferida *ab intestato* no impide aceptar la vocación testamentaria si resultare así deferida: de lo cual se ha deducido (43) que en todo cuanto la ley no haya ordenado imperativamente, la misma ley considera “superior el criterio del propio causante a su propio criterio”, lo que desmiente que, en apreciación de la ley, el interés en que se inspira ella misma al regular la sucesión *ab intestato*, sea superior al que impulsa a permitir la sucesión testada”, y que la vocación voluntaria “es superior, pues, no sólo en el orden en que sus normas van aplicadas frente a la legal, sino también por su fundamento”.

3.º Que en el Código no rige el principio romano *nemo pro parte testatus pro parte intestato decedere potest* (44), pudiendo una misma sucesión deferirse por testamento en parte y abintestato en la parte de que el testador no haya dispuesto o no lo haya hecho válida y eficazmente. Así resulta del art. 912, nn. 2, 3 y 4.

Notemos que estos dos últimos números presentan gran interés para la cuestión que aquí nos ocupa.

La prevalencia de la sucesión testada sobre la intestada muestra que nuestro régimen sucesorio sigue la línea general del Derecho romano, y no la del Derecho germánico, en el cual la sucesión voluntaria es la excepción a la regla general que constituida por la vocación legal forzosa de la herencia, en la cual se confunde la legítima o reserva con esta porción forzosa de la vocación legal de la herencia. Esto constituye de por sí otro indicio contrario a considerar nuestra legítima encuadrada en el tipo de la reserva germánica.

Por otra parte, al permitir que la herencia sea deferida en parte testada y en parte intestada, resulta menos excepcional el juego supletorio de esta última para satisfacer su parte correspondiente al legitimario preterido o injustamente desheredado. Es sabido, y de ello nos hemos ocupado detenidamente en otra ocasión (45), que el principio impeditivo de la concurrencia de ambas vocaciones en una misma sucesión, fue exceptuado en el mismo Derecho romano en los casos siguientes:

1.º Ejercicio de la *querella* por un hermano del testador, en supuesto de pluralidad de instituidos cuando sólo uno de éstos fuese *turpis persona* (46), o siempre que por cualquier otra razón la *querella* de un legitimario prosperara contra algún heredero y fracasase contra otro u otros (47).

(43) Cfr. LACRUZ BERDEJO y BONET RAMÓN, locs. últ. cit., nota *supra*.

(44) Acerca de este principio y del influjo que en su desaparición pudo tener la ley 1, tít. XIX del Ordenamiento de Alcalá, no aceptada por la mayoría de autores castellanos, que limitaron el alcance de esa ley a derogar la necesidad de la institución de heredero para la validez del testamento, cfr. nuestros “Apuntes...”, II parte, § 1.º, B, pp. 127 y ss. y ADC IV-IV, octubre-diciembre 1951, pp. 1358 y ss.

(45) “Apuntes...”, I, 5.º, pp. 45 y ss., o en ADC VI-II, abril-junio 1952, páginas 481 y ss. y, especialmente, en las notas 148 a 157.

(46) Dig. V-II, 24.

(47) Dig. h. t. 15, § 2; y 25, § 1; Cod. III-XXVIII, 13.

2.º Ejercicio con éxito de la *querella* por sólo alguno o algunos de los varios legitimarios injustamente desheredados (48).

3.º Existencia entre los instituidos, sujetos a los efectos de la *querella*, de un legitimario que no recibiera mayor porción de la que le correspondería *abintestato* (49).

Criterio que vemos recogido por los clásicos castellanos Gregorio López (50)—“et natura querelae est, quod non datur contra illum qui erat successuros ab intestato, et non habet ultra quod sibi tengat ab intestato”—, y Antonio Gómez (51)—“si vero fiat restitutio pro parte hereditatis, et non in totum; pro ea tantum intentari; et pro ea rescindetur testamentum”. Aún insistió aquél (52) en aclarar que la herencia a que era llamado el legitimario a consecuencia del ejercicio victorioso de la *querella*, debía entenderse “de la parte que le correspondería *ab intestato*”.

Hoy ya no resulta nada excepcional que la *querella* rescinda, quebrante o anule la institución de herederos únicamente en la parte que perjudica la legítima—estricta, según la S. 23 enero 1950— del injustamente desheredado; y que, en cuanto a esta parte, deje filtrar la sucesión intestada *a favor exclusivamente de éste*.

Es cierto que algún autor (53), al referirse a esa anulación en parte y apertura, también en parte, de la sucesión intestada, ha comentado: “Si así fuera, caso de existir otros herederos forzosos concurrirían a la sucesión intestada junto con el desheredado, el cual no lograría nunca la cuota reservada” (54).

Pero esta observación está contradicha por los precedentes que acabamos de referir, y realmente no vemos la razón para que esta apertura en parte de la sucesión intestada, no se pueda referir pre-

(48) Cfr. WINDSCHEID, “Diritto delle Pandette”, § 584, n. 24, cfr. traducción italiana con notas de Fadda y Bensa, Torino 1930, vol. III, página 265.

(49) Cfr. A. J. BOYÉ, “Essai critique sur une “crux iuris”. La loi Mater (Dig. V. 2, 19) et le papyrus de Haidelberg 1272”, en *Revue d'Histoire du Droit*, vol. V, 1924, pp. 464 y ss.

(50) GREGORIO LÓPEZ, gl. a las palabras “de la herencia”, 7.ª de Ley 1, título VIII, 6.ª Partida; cfr. ed. y vol. cits., p. 563.

(51) ANTONIO GÓMEZ, “Varice Resolutionis...” cit., Lib. 1, cap. XI, n. 15, cfr. ed. cit., p. 142.

(52) GREGORIO LÓPEZ, gl. últ. cit., inciso primero, y gl. I a la ley 1, h. t., a las palabras “que ouiessen derecho a heredarle”.

(53) GUILLERMO GARCÍA VALDECASAS, “La legítima como cuota hereditaria y como cuota de valor”, en *RDP*. XLVII, noviembre 1963, p. 968 y nota 20 de dicha página.

(54) Este argumento impresionó a ALFREDO GARCÍA-BERNARDO LANDETA, “La legítima en el Código civil”, Oviedo 1964, pp. 56 y ss., y para preservar el principio de que no existen sino dos formas de delación, la voluntaria y la intestada, propuso un rodeo que consiste en que “la sucesión intestada se defiende no sólo a favor del legitimario injustamente desheredado, sino también de los demás legitimarios”, pero que en la partición, a la que concurrirán éstos con aquél, “lo anulado habrá de imputarse a la cuota legítima” del injustamente desheredado, como ocurre con la colación de las donaciones inoficiosas.

cisamente a la parte —completa o reducida— del querellante. Si la vocación intestada llama a varios herederos en una participación dada diferente a cada uno —sin perjuicio del recíproco derecho de acrecer— ¿por qué la protección legitimaria del desheredado injustamente, que le permite anular en parte la institución, no ha de poder abrirle, con esa anulación, el paso precisamente a toda o a parte de su cuota intestada, que es a la que realmente tiene derecho? (55).

5. No obstante lo declarado por el artículo 658 C. c., que reafirma la solución vigente en el Derecho castellano en la fecha de su promulgación, y que, conforme la ley de Bases, debió recoger, no han faltado autores que, apoyándose fundamentalmente en el texto del artículo 806, han sostenido que la ley atribuye directamente a los legitimarios su cuota correspondiente.

Las palabras claves referidas a la legítima como porción de bienes, es decir, como contenido, son “*que el testador no puede disponer por haberla reservado la Ley a determinados herederos, llamados por esto herederos forzosos*”.

Por eso conviene que, ante todo, examinemos el origen de la redacción de este texto. Literalmente es igual al artículo 791 del Anteproyecto 1882-1888, que señala como precedente suyo el artículo 1.784 del Código portugués, el cual comenzaba con palabras correlativas, pero que en lugar del participio pasivo “*reservado*”, empleaba la palabra “*destinado*” (56). En cambio, el verbo “*reservar*” había sido ya empleado en el antecedente más remoto de su

(55) La independencia de la vocación de cada heredero *ab intestato*, puede entenderse mejor con algún ejemplo que nos ayudará a explicar cómo la anulación de la institución testamentaria, por desheredación injusta de un legitimario, sólo da paso en una parte a la sucesión intestada y que ésta es única y precisamente la vocación que personalmente le es deferida al injustamente desheredado.

Supongamos un testador que no dispone totalmente de su herencia, sino que únicamente dice que reconoce a su hermano A la cuota que abintestato le corresponde y le asigna para satisfacerla la finca X que le grava con sustitución fideicomisaria a favor de los hijos del mismo: ¿Es que acaso el resto le será deferido también a él juntamente con sus demás hermanos?, o bien, ¿no resultará más adecuado entender que la sucesión intestada sólo se debe abrir respecto de los demás hermanos en la proporción que con relación al total haber les corresponda?

Pensemos en la llamada desheredación en la sucesión intestada (Cfr. IGNACIO DE CASSO, “La exclusión de heredarse en la sucesión legítima”, *Rev. de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid*, 1940, pp. 5 y ss.). ¿Es que la desheredación —llamémosla así— del hermano A, cuya cuota el testador deja a un Asilo, en las únicas disposiciones a las que se reduce el testamento del causante, dará lugar a la apertura de la sucesión intestada en cuanto al resto de la herencia a favor de todos los hermanos, incluso del excluido? o, simplemente, ¿sólo tiene, lugar para este resto, el llamamiento del otro o de los otros hermanos, no excluidos?

Ahí tenemos dos casos en que se da parcialmente la sucesión intestada, no sólo en cuanto al contenido (parte de la herencia), sino también en cuanto a los llamamientos (de algunos, pero no de todos los designados, en principio, por la ley).

(56) Cfr. la versión del Anteproyecto de 1882-1888, cuidada y anotada por Manuel Bernaldo de Quirós (Madrid 1965), p. 243.

preparación legislativa, el artículo 640 del Proyecto de 1851, que decía: "Llámanse herederos forzosos aquéllos a quienes la ley reserva en los bienes del difunto cierta porción de la que no puede privarlos sin causa justa y probada de desheredación—la porción reservada se llama legítima"—. García Goyena (57), entre los precedentes que señala de su redacción, cita el artículo 960 del Código de Holanda, que de los por él citados es el más parecido en su texto; pero, el mismo García Goyena señala, al glosar el propio artículo 640, que "la legítima es debdo natural, *debitum naturale*, según expresión de las leyes 17, título 1, 7, título 11, Partida 6, y la 56, párrafo 2, título 27, libro 3 del Código". Comentario éste de quien fue el alma del Proyecto de 1851, que quita toda significación germánica al empleo del verbo *reservar*. Del mismo modo, la regulación del Capítulo VI, Sec. I, se ajusta, con excepciones que el comentarista precisa, a la regulación tradicional romanista de la legítima, haciendo en sus comentarios continuas referencias a los antecedentes de Derecho romano y de las Partidas que eran seguidos y articulados en el Proyecto.

Esto no ha impedido que reiteradamente se haya intentado atribuir un significado germanista el artículo 806.

Entre los autores que estiman que este precepto ordena una vocación forzosa, distinguiremos tres grupos:

a) En primer lugar, un grupo de autores entiende que el artículo 806 contiene un *llamamiento legal de herederos*, si bien por alguno de ellos (58) no es demasiado precisado ni consecuentemente

(57) GARCÍA GOYENA, op. y vol. cits., art. 640, p. 92.

(58) Cfr. JOSÉ MARÍA MANRESA Y NAVARRO, "Comentarios al Código civil español", vol. VI, art. 806, cfr. 6.ª ed., Madrid 1932, pp. 228 y ss.—aunque no todo es transparente en el comentario de este autor, parecen decisivas sus afirmaciones de que los poderes de disposición del testador en cuanto a la legítima "quedan igualados a los de un extraño", y de que la voluntad del testador "no juega papel alguno en la legítima verdadera que define el art. 806", pese a que contradice esta rotundidad con el comentario que hace luego del artículo 815 (pp. 857 y s.)—; LÓPEZ R. GÓMEZ, "Tratado Teórico Legal del Derecho de Sucesión", vol. I, Valladolid 1891, cap. I, art. 2.º, n. 7, pp. 25 y s. ... "Todas estas personas, unas veces como herederos forzosos y otras como herederos abintestato, son... los sucesores universales del patrimonio del difunto...", dice, señalando que los herederos abintestato por línea colateral, "tienen el derecho de suceder, pero sin el concepto de herederos forzosos...". No explica el autor si ese concepto lo deduce del Derecho consuetudinario castellano o de su interpretación del romano. También presenta contradicciones su exposición de las legítimas (cap. XV, pp. 485 y ss.), pues la referida explicación de cómo suceden los herederos forzosos choca con su interpretación del artículo 815 (cap. XV, n. 14, pp. 524 y ss.)—; JULIO OTERO VALENTÍN, "Anticipos de legítima", Valladolid 1914, cap. II, pp. 18 y ss., en que afirmó que los *herederos legitimarios* "no necesitan ser instituidos herederos para serlo en su porción legitimaria", siendo *herederos forzosos*, aunque "pueden ser desheredados con justa causa" y cap. IV, pp. 33 y ss.—"La legítima se hace efectiva por derecho propio, no por otro título...", "se sucede por derecho propio"... , no "por otro título"—; CALIXTO VALVERDE VALVERDE, "Tratado de Derecho civil español", vol. V, cap. IX, § III, cfr. 4.ª edición, Valladolid 1939, pp. 222 y 2,—donde la define como sucesión nece-

aplicado como delación legal, mientras que por otros (59) es muy concretamente referido al tipo germánico de las reservas.

b) Otro grupo de autores ha querido concordar la letra del

saría "*ope legis*, creada e impuesta por la ley, aplicable tanto a la sucesión testada como a la intestada", si bien añade que "es una institución común a las dos formas de suceder, más bien que una sucesión distinta de ambas, porque el heredero legitimario es un heredero como los demás y su título es el de la ley; de lo cual resulta que la sucesión en nuestro derecho o se defiere por la voluntad del testador o de la ley, bien se trate de un heredero legitimario o abintestato".

(59) Inició entre nosotros esta posición claramente germanizante el ilustre profesor italiano Francesco Ferrara, en la sexta de las conferencias por él dadas en la Universidad de Madrid entre el 14 y el 20 de abril del año 1928. A su juicio, conforme el texto del artículo 806 C. c., la legítima es una *reserva legal*, la antigua reserva de los cuatro quintos, hoy reducida a dos tercios para los hijos y descendientes de sello netamente germánico, aunque con ella convivan formando un mosaico, instituciones del Derecho justiniano; el derecho a la legítima es un *derecho hereditario ex lege*, que nace en el momento de la apertura de la sucesión; un *derecho real de propiedad* sobre los bienes hereditarios, estando los legitimarios *investidos* directa e inmediatamente por la ley en la copropiedad de los bienes hereditarios. Incluso en la mejora el causante no tiene sino un *derecho de injerencia*, que la ley le mantiene, para *limitar el concurso de los legitimarios* en esa porción y regular con *privilegio la concurrencia sucesoria* sobre la *base de desigualdad*, como lo es, aunque sobre la base de igualdad, la división *inter liberos*. Así resulta del resumen que de esta conferencia publicó JERÓNIMO GONZÁLEZ MARTÍNEZ (cfr. *RCDI*, V, enero 1929, pp. 53 y ss.), quien la sometió a una rigurosa crítica, en la que llega a decir que el doctor Ferrara se lanzó a este estudio "con valentía que se aproxima a la temeridad, por prescindir de la ayuda didáctica de nuestros clásicos" (cfr. loc. cit., pp. 65 y ss., o en sus "Estudios de Derecho hipotecario y civil", Madrid 1948, vol. III, pp. 241 y ss.).

Después de Ferrara y apoyándose en sus esquemas, AMADEO DE FUENMAYOR CHAMPÍN ("La mejora en el sistema sucesorio español", Coimbra 1946, páginas 13 y ss.) afirmó que cuando el ascendiente hace una mejora "no hace en el fondo sino una partición anticipada de la herencia (notemos, sin embargo, que años después, en su estudio "Intangibilidad de la legítima", *ADC I-I*, enero-marzo 1948, pp. 46 y ss., elude cualquier construcción conceptual de la legítima y se limita a estudiar cuidadosamente su protección normativa); y GREGORIO ORTEGA PARDO ("Naturaleza jurídica del llamado legado en lugar de la legítima", Madrid 1945, pp. 119 y ss., y "Heredero testamentario y heredero forzoso", en *ADC III-II*, julio-septiembre 1950, pp. 312 y ss.), para quien el artículo 806 atribuye inmediatamente a los legitimarios su cuota legitimaria a título de heredero, y toda disposición hecha por el testador a favor de los legitimarios, incluido el legado aludido en el artículo 815, no es sino un acto simplemente de carácter particional, comprendido en la facultad que le concede el artículo 1056, § 1, C. c.

También LUIS GÓMEZ MORÁN ("Tratado Teórico-Práctico de Particiones", Madrid 1950, cap. IV, pp. 334 y ss.) entendió que, tanto el artículo 806 del Código español, como el artículo 1784 portugués entonces vigente, resuelven la cuestión de manera clara en su texto, en el cual "se contempla y aprecia la legítima activa y pasivamente, considerando los dos elementos que subjetivamente intervienen en la relación (causante y causahabiente), y definiéndola como prohibición de disponer y como reserva", doble aspecto que no se puede desarticular y que comprende simultáneamente el aspecto activo y el pasivo (p. 335), y que toda atribución hecha por el padre con cargo a la legítima es un acto particional para el cual está facultado por el artículo 1.056 C. c., si bien por su contenido la atribución resulta a título singular en los supuestos de los artículos 815 y 829 C. c. (p. 354).

artículo 806, entendida en el sentido de que dispone de la legítima a favor de los herederos forzosos, y el texto del artículo 818, del que resulta que la legítima es porción líquida de bienes—aunque también de “porción de bienes” habla el artículo 806, y no cuota here-

FRANCISCO ESPINAR LAFUENTE (“La herencia legal y el testamento”, n. 156, Barcelona 1956, pp. 334 y ss.) entiende que el artículo 806 quiere decir: “porción de bienes de que el testador no puede *hacer atribución* por haberla *atribuido* la ley (con carácter taxativo), etcétera”, a favor de ciertas personas “que, por ello, tienen el carácter de herederos *necesarios*”. El artículo 815 contiene, a su juicio (núm. 172, pp. 385 y ss.) “una norma de *conversión* de donaciones y legados en herencia”.

GUILLERMO G. VALDECASAS (loc. cit., n. 2, pp. 858 y ss.), con relación a la que denomina *cuota de reserva* dice: “La ley (artículo 806 y sig. del C. c.) reserva a favor de dichos sucesores una parte de la herencia menor de la que corresponderá abintestato de la cual no puede disponer el testador (artículos 806, 813, 763, ap. 2.º). Si éste, infringiendo la prohibición legal, dispone de ella en favor de otros, la institución es nula si el heredero forzoso fue preterido totalmente (art. 814), o será nula sólo en parte, si el testador le dejó algo”. “En el primer caso, se abre la sucesión intestada, la cual tiene carácter forzoso en cuanto es contraria a la voluntad del testador. En el segundo, la institución testamentaria es nula sólo en la medida necesaria para dejar a salvo la cuota hereditaria que la ley reserva al heredero forzoso y que en este supuesto es deferida por la misma ley contra la voluntad del testador”. Así la *actio ad supplementum* queda sustituida por una nulidad parcial de la institución en cuanto afecte a la delación legal directa, y el artículo 658 lo explica así: “Es como si el llamamiento que la ley hace con carácter supletorio en la sucesión intestada se concretase con carácter forzoso y por una cuota más reducida, en el círculo restringido de los más íntimos parientes, cuando el testador les priva de esa mínima participación de la herencia”; pero no se trata de la sucesión intestada, sino de “la delación forzosa de la cuota reservada” (Hicimos la crítica de estas observaciones en “Notas críticas acerca de la pretendida distinción entre cuota de reserva y cuota de legítima”, nn. 17 y 18, ADC XVIII-I, enero-marzo 1965, pp. 61 y ss.).

Ultimamente, EDUARDO MENÉNDEZ-VALDÉS GOLPE (“Variaciones sobre las legítimas”, en *R. D. Notarial.*, LXIII, enero-marzo 1969, pp. 165 y ss.) ha querido extraer de la letra del artículo 806, según él la entiende, todo el contenido de la legítima, como único “evidente, seguro”, “punto de partida”, “prescindiendo de cualquier idea previa”, entre ellas el conocimiento del derecho que el Código civil debía recoger. Literalismo que no mantiene el traducir “porción de bienes” por “porción de herencia”, prescindiendo también del artículo 818; y aún menos al rechazar los obstáculos que a su tesis presentan los artículos 823, 1056 § 2.º, 815 y 828 (cfr. pp. 185 y ss., pp. 188 y s. y p. 190). Su aportación principal a la interpretación del artículo 806, está en observar que dice “el testador” y no “el causante”, de lo que deduce: “puesto que el testador no puede disponer de la legítima, parece evidente que el llamamiento a la misma procede exclusivamente de la Ley” (p. 169). Pero olvida, al hacer esta deducción, que el artículo 636—que no se refiere “al testador” sino al futuro causante—dice que “ninguno podrá dar”, “por vía de donación”, “más de lo que puede dar”, “por vía de testamento”, y, sin embargo—como él mismo reconoce—vale lo dado a cargo de la legítima del donatario (art. 819, § 1.º), e incluso lo dado en más de lo que se puede disponer no es nulo sino reducible (art. 654). Por eso hemos indicado (cfr. “Contenido cualitativo de la legítima de los descendientes en el Código civil”, en ADC XXIII-I, enero-marzo 1970, nota 16, pp. 17 y s.) que el paralelo entre el “no puede disponer” del artículo 806 y el “no podrá dar” del artículo 636, reafirma la interpretación

ditaria—, y han entendido que el legitimario no es sucesor a título hereditario, sino un “acredor de la herencia líquida, que tiene un derecho intangible por ministerio de la ley a una porción de los bienes que la integran” (60), o bien, un adquirente “a título singular por ministerio de la ley” (61), o, aún, “el adquirente *ex lege e ipso iure* de cuota de activo puro, “que no es sucesor universal o singular” (62).

c) Algún autor (63) ha considerado que, si bien conforme al artículo 806, la ley atribuye la legítima directamente a título de herencia, no obstante, según resulta de los artículos 815, 820 y 1.056, § 2.º, *se confiere por la ley al testador una facultad modeladora no sólo del contenido atribuido, sino incluso del mismo título de la atribución, con lo cual la designación testamentaria—aunque sea a título de legado— se superpone a la legal, que sólo se mantiene actuante— a título de herencia precisamente— en la parte valorativamente no cubierta por la designación testamentaria* (64).

de que el artículo 806 no implica una prohibición absoluta de disponer de la legítima, sino una prohibición relativa de disponer *en perjuicio de la legítima*, y, que, por lo tanto, *el testador puede disponer por testamento de los bienes que integran su contenido si lo hacen sin perjudicar al legitimario, es decir, haciéndolo a su favor.*

(60) FRANCISCO VIRGILI SORRIBES, “Heredero forzoso y heredero voluntario, su condición jurídica”, en *RCDI XXI*, julio-agosto 1945, pp. 482 y siguientes.

(61) JOSÉ GONZÁLEZ PALOMINO, “Estudios de arte menor sobre Derecho Sucesorio”, II, “El acrecimiento en la mejora”, IX, n. 1 de las págs. 538 y ss. del vol. II de los *Anales de la Ac. Matr. del Not.*, Madrid 1946. A su juicio, por encima de la clasificación del artículo 658 está el contenido normativo: “En el artículo 806 aparece una porción de bienes sustraída a la disponibilidad expresa o presunta del causante, por haberla reservado la ley para *determinadas personas*”, la trayectoria de la cual “no se regula por las normas de sucesión testamentada ni por las de la intestada. Su adquisición deriva directamente de la ley, que atribuye, por sí misma, a las personas a cuyo favor las ha reformado”. Se trata de la *sucesión legítima*, “a título singular por ministerio de la ley”: “No es una atribución a título universal. No es de herencia el llamamiento”.

(62) SERGIO GONZÁLEZ COLLADO, “El legitimario no es sucesor”, en *Anales de la Ac. Matr. del Not.* III, Madrid 1946, pp. 533 y ss. A su juicio el legitimario adquiere por ley, pero no por sucesión testada o intestada (conceptos éstos que —dice— separa de aquél el art. 609), sin delación ni aceptación, sino *ex lege, ipso iure*, de cuota de activo puro herencial.

(63) FLORENCIO PORPETA CLÉRIGO, “Naturaleza jurídica de la legítima”, IX, en *Estudios de Derecho Sucesorio*, Curso de conferencias en el Colegio Notarial de Barcelona 1945, Barcelona 1946, pp. 197 y ss.

(64) En nuestros trabajos “Notas para la interpretación del párrafo 2.º del artículo 1056 y del artículo 863 del Código civil”, en *R. G. del Dr.*, III, diciembre 1946, p. 674, 2, “Imputación de legados otorgados a favor del legitimario”, en *RDP XXVII*, abril 1948, pp. 329 y s., habíamos seguido la tesis de PORPETA, denominándola *teoría de la superposición o sustitución relativa*, en contraposición a la *teoría de la yuxtaposición* (GONZÁLEZ PALOMINO, GONZÁLEZ COLLADO) y a la *teoría de la absorción* (ROCA SASTRE, DÁVILA GARCÍA y VIRGILI SORRIBES). En nuestros “Apuntes...”, como es sabido, abandonamos esta posición para aceptar la de la *regulación negativa o freno o limitación* de la libertad de testar.

En cambio, la mayor parte de los autores—independientemente de su respectivo criterio acerca de si el legitimario es o no es heredero—ha estimado que el Código civil ha recogido la tradicional configuración de la naturaleza de la legítima, articulada en las instituciones romanas con las que venía funcionando; y así, de modo más o menos claro, lo han expresado, bien sea diciendo tibiamente que con la codificación nuestro sistema de legítimas se organiza “con una línea directamente engarzada con el Derecho romano justiniano, pero con ciertas desviaciones que acusan la influencia del pensamiento germánico de la sucesión” (65), o bien poniendo fundamentalmente el acento ya sea en que se trata de un *deber* impuesto al testador (y al donante, en su caso) por la ley (66), ya en el carácter predominantemente de *limitación* a la libre disponibilidad del causante (67).

(65) FEDERICO PUIG PEÑA, “Tratado de Derecho civil español”, V-II, capítulo XI, 3, D, p. 295.

(66) MODESTO FALCÓN, loc. últ. cit.; MANUEL CALDERÓN NEIRA, “La colocación en el Código civil”, en *R.G.L.J.* CXI, 2.º sem. 1907, p. 122—que compara al legitimario a un acreedor “si bien es una deuda que debe pagarse con cuerpos hereditarios y de la que responden todos los bienes de la herencia”—; FELIPE CLEMENTE DE DIEGO, “Instituciones de Derecho civil”, Lec 87, cfr. ed. Madrid 1932, vol. III, pp. 186 y s.—“entre nosotros se orientó nuestra legislación hacia la romana”, deviniendo el legitimario “más acreedor del patrimonio del causante que propiamente heredero en el mismo”, cumpliéndose los fines de la institución en cuanto el causante “dejar esa parte de bienes”, por el título que fuere—; JULIÁN DÁVILA GARCÍA, “Herederos y legitimarios (Donde hay herencia no hay legítima)”, IV, A, 1 y 3, *RCDI* XIX, octubre 1943, p. 655—. “El testador está obligado a dejar la legítima”—; PEDRO SOLS GARCÍA, “El heredero; ideas para su estudio”, II, en *RCDI*, XX, septiembre 1944, pp. 571 y s. y 574 y s.—dice que el Código sigue los principios romanos, si bien a su juicio, la ley le asigna el nombre de heredero que conserva “de modo latente”, aunque, por el contenido que se le deje, sea legatario (art. 768)—; ROCA SASTRE, loc. últ. cit., p. 203—dice que se caracteriza la legítima por “el deber (o *facere*) que la ley impone al causante...” —; ANGEL SANZ FERNÁNDEZ, op. y loc. cit.—donde señala “que la legítima lleva consigo la necesidad de instituir a ciertas personas en el testamento (art. 815)), pero no es una forma de delación de la herencia (art. 658)” y enumera los títulos por los cuales el causante puede deferir la legítima—; MANUEL ROYO MARTÍNEZ, op. y loc. últ. cit.

(67) Esta configuración primordialmente negativa de limitación la vemos sostenida en *La Gaceta del Notariado* XXXIX, n. 25, 22 junio 1890, páginas 387 y ss., donde ocupándose de interpretar si la expresión por *ministerio de la ley*, con la cual el artículo 811 C. c. condiciona la adquisición del ascendiente para que se halle obligado a reservar los bienes adquiridos del descendiente, razonó así: “La ley tiene, respecto de las adquisiciones *mortis causa*, carácter enteramente subsidiario, interviene para suplir el silencio del finado, o para encauzar la voluntad del testador, evitando que cometa una injusticia, y aun esto es rechazado por numerosos adeptos con que cuenta la libertad de testar. Por consiguiente, cuando el causante habla y no lesiona derechos ajenos, la ley permanece impasible y muda; es aquél el que obra, aquél el llamado en primer término a disponer de su caudal”. “De su mano reciben los herederos y legatarios todo lo que adquieren, así los bienes con que se cubre el importe de las legítimas, si las hay, como aquellos otros que, pagadas éstas, son de libre disposición. El testador

6. A juicio nuestro, el argumento en favor de la delación legal del contenido legitimario apoyado en el artículo 806, debe ser rechazado, por razón de su interpretación histórica y sistemática, frente a las cuales el argumento literal ni siquiera tiene la fuerza que pretenden los sustentadores de aquellas tesis. Así ocurre por las siguientes razones:

se interpone entre la ley y el causahabiente, y así el padre, a quien su hijo nombre heredero, no puede decir, dividiendo la herencia que éste le deja, "tanto debo a sus cariñosos sentimientos, tanto a la ley". Error grave sería pensar que la expresión de amor y gratitud que el llamamiento del padre representa se circunscribe al exceso de la herencia total sobre la legítima, que aquélla no se defiere íntegra al ascendiente por voluntad del hijo; éste habla y la transmite; la ley calla; casi puede decirse que no hay legítima, "la piedad filial la ha hecho inútil".

SÁNCHEZ ROMÁN ("Estudios...", VI-2, cap. XV, 5, p. 764) observó: "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"... "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". RAFAEL RAMOS, "De las sucesiones", vol. II, Madrid 1895, capítulo XVIII, n. 10, p. 15 y cap. XIX, n. 1 p. 26, examina las legítimas como *restricción de testar*. Del mismo modo, JERÓNIMO GONZÁLEZ MARTÍNEZ ("Observaciones...", cit., en *RCDI* V, pp. 66 y 68, y "Estudios...", III, páginas 241 y s.) hace suyas estas palabras de Sánchez Román, de las que subraya el adjetivo "*negativo*", calificativo del sustantivo "carácter" referente a la legítima. Asimismo ALGUER (loc. últ. cit.) destaca que ésta "no es más que un límite puesto al llamamiento voluntario", y así mismo la sitúa CASTÁN TOBEÑAS (op., vol. y pág. últ. cit.) al clasificar las formas de sucesión según el Código civil. PASCUAL LACAL FUENTES ("Herederos legitimarios", en *RCDI* XXI, noviembre 1945, p. 723), calificó la legítima de "una evidente prohibición de disponer", que si se infringe da lugar a que el acto sea nulo, y más tarde ("A propósito de alusiones: Herederos Legitimarios", en *RCDI* XXIV, julio 1948, pp. 457 y s.), añadió que la legítima, aparte de su contenido económico y de la reserva que necesariamente engendra, es en nuestro Derecho positivo una prohibición de disponer dirigida a cualquier posible testador que se avenga a desconocer con sus disposiciones los derechos de los legitimarios". Este mismo criterio es el que sostuvimos en la primera parte de nuestros "Apuntes...", pp. 115 y s. y *ADC* IV-II, páginas 531 y ss., donde situamos nuestro sistema legitimario entre los de reglamentación negativa o *freno*. También: MANUEL DE LA CÁMARA ALVAREZ, "El derecho de representación en la herencia testada y la preterición de herederos forzosos", III, en *R. D. Not.* VII, enero-marzo 1955, pp. 31 y siguientes; JOSÉ LUIS LACRUZ BERDEJO, "Derecho de Sucesiones. Parte general", n. 168, p. 183, quien dice que normalmente "la sucesión legitimaria actúa como un freno, como un regulador de la cantidad de bienes que se percibe por determinados parientes, y no puede hablarse de vocación legitimaria, sino de condición de legitimarios de los llamados por testamento o abintestato. No hay, por tanto—añade—, yuxtaposición de llamamientos, ni siquiera superposición, mas tampoco hay absorción del carácter de legitimario por la cualidad de heredero. Opera la vocación prevalente, pero la secundaria, aun cuando no supone una vocación efectiva actualmente operante en la dinámica del fenómeno sucesorio, continúa existiendo y sirviendo de freno y regulador a través de las vicisitudes de la sucesión".

1.º Por razón, tanto del derecho que el Código debió recoger, según la ley de Bases, como de sus precedentes, conforme expuso García Goyena, por la filiación del sistema legitimario del Código civil español y por la actuación de sus normas, que resultan claramente opuestas—según hemos visto—a las deducciones de quienes han pretendido sacar consecuencias de las expresiones “no puede disponer” y “por haberla reservado la ley”, que el art. 806 emplea.

2.º Por la razón básica de que, en la regulación de una institución, si resultaren contrapuestas las palabras de la definición contenida en la ley—que no tiene por función suya definir— y el contenido normativo claro que la reglamenta concretamente, hay que atenerse a lo que resulte de este contenido, por corresponder a la verdadera y específica función de la ley. Y, en esta perspectiva, la afirmación del artículo 806 de que “*el testador no puede disponer*” de la legítima, es decir, de la “porción de bienes” que constituyen su contenido material, queda desmentida por las razones siguientes:

a) El artículo 636—que es paralelo al art. 806, pues, en su § 1.º dispone que “*ninguno podrá dar ni recibir nada por vía de donación, más de lo que pueda dar y recibir por testamento*”—no impide que el donante done al legitimario su legítima y ni siquiera da lugar a la nulidad, total ni parcial, de las donaciones inoficiosas, que solamente a solicitud de quienes determina el artículo 655 son reducibles estrictamente en la medida necesaria para que dicha lesión desaparezca, pues, como dice el artículo 654, § 1.º, inciso final: “*esta reducción no obstará para que tenga efecto durante la vida del donante y para que el donatario haga suyos los frutos*”. Falta de retroactividad que, consecuentemente dejará a salvo a los adquirentes del donatario, por lo cual los legitimarios no dispondrán sino de acción personal y crediticia contra el donatario para reclamarle el valor, traducido a dinero, de la parte reducible (68).

b) Al artículo 808, que en su § 1.º dice que constituye la legítima—es decir “la porción de bienes de que, según el artículo 806, no puede disponer—de los hijos y descendientes legítimos, las dos terceras partes del haber hereditario del padre y de la madre, y luego, en su § 2.º, 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*”. Igualmente el artículo 823, § 1, insiste en que “*podrán disponer a favor de alguno o algunos de sus hijos y descendientes de una de las dos terceras partes destinadas a la legítima*”.

Y asimismo, ALFREDO GARCÍA BERNARDO LANDETA, “Designación “mortis causa”, en RDN XIV cit., pp. 94 y ss., y “La legítima en el Código civil”, páginas 79 y ss.; PUIG BRUTAU, “Fundamentos” V-III, cap. I, 2, pp. 9 y s.; ALBALADEJO, op. y loc. cit., quien indica que la legítima, por lo menos generalmente, no funciona como una tercera forma de sucesión, “sino sólo como un límite de la libertad de disponer de aquéllas por testamento”.

(68) En este sentido, cfr. ROCA SASTRE (loc. cit., p. 207, n. 73, y PORPETA, loc. cit., p. 187).

c) El artículo 815 dice: “*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*”. Notemos que este precepto, en sus términos literales, no alude a que el testador le haya dejado al legitimario precisamente bienes concretos, sino que más latamente dice “*menos de la legítima que le corresponda*”, por lo cual también puede ser, según ese texto, una cuota menor. Y señalemos que cualquiera que sea la interpretación del mismo (69), que aquí no importa a nuestro objeto, resulta que la disposición, incluso a título de herencia, tiene validez y además debe complementarse, es decir, que *el testador puede disponer del contenido de la legítima—sea in abstracto, en una cuota, o in concreto, en bienes determinados— a favor del propio legitimario.*

d) Los artículos 821, 829 y 1.056, § 2.º, permiten al testador no sólo disponer de la legítima del propio legatario, mejorado o asignatario de la explotación a favor de ellos mismos, sino también de las demás legítimas, asignándolas en dinero; y, si bien es cierto que tales disposiciones han sido explicadas como particionales (70), cuestión que tampoco ahora discutimos, no es menos evidente que estas disposiciones exceden, según resulta de los artículos 1.061 y 1.062 C. c., del ámbito estrictamente particional.

Lo que aquí nos interesa destacar principalmente es que no es coherente pretender que el verbo *disponer* se use rigurosamente en el artículo 806 y no, v. gr., en los artículos 808, § 2, 823 y 1.056, § 2, y que la rigurosidad en valorar el “*no puede disponer*” del artículo 808, no se contraste con el valor de la disposición a favor del propio legitimario a cuenta de la legítima que presupone el artículo 815 y que, según los términos generales de su texto, incluso puede ser hecha a título de herencia y en una cuota. Todo esto, por lo menos, inutiliza cualquier argumento que se apoye en las palabras “no puede disponer” del artículo 806, y que pretenda darles un carácter literalmente riguroso.

La expresión, por tanto, como dijimos hace años (71), no tiene sentido absoluto, sino relativo. Si tratándose del segundo tercio, la prohibición queda reducida a no disponer fuera del ámbito de los descendientes, paralelamente, tratándose de la legítima estricta queda reducida a impedir que el testador pueda disponer eficazmente de la cuota individual de cada legitimario a favor de otra persona distinta. Eso es lo que, con más exactitud que en el artículo 806, dice el mismo Código civil, en el artículo 763, § 2.º: “*El que tuviere herederos forzosos sólo podrá disponer de sus bienes en la*

(69) Cfr. sobre este tema, nuestros “Apuntes de Derecho Sucesorio”, I, § 2.º, ed. sep., pp. 23 y ss., y ADC IV-II, pp. 439 y ss., y “Notas críticas acerca de...”, n. 22, en ADC XVIII-I, pp. 88 y ss.

(70) Cfr. nuestro estudio “Aspecto cualitativo de las legítimas de...”, III, nn. 15 y ss., y IV, nn. 20 y ss., pp. 68 y ss.

(71) “Apuntes...”, I, § 4, pp. 37 y s., y ADC IV-II, pp. 453 y s.

forma y con las limitaciones que se establecen en la sección quinta de este Capítulo”.

Roca Sastre (72), al comentar este precepto, observó que, “en 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 legítima”.*

Lo había dicho ya con carácter general y con plena rotundidad, hace muchos años, Manuel Calderón Neira (73): “Ni la herencia, *como tal herencia* es indisponible, porque toda ella es disponible, ni aun el valor, la porción de bienes correspondientes a la legítima es indisponible, porque el testador puede disponer de este valor, puesto que lo puede dejar a sus hijos a título de herederos, de legatarios y aun de donatarios. La legítima es disponible, por lo menos, *en cuanto a la causa jurídica*, por la que se ha de transmitir al hijo. Entre nosotros el hijo puede suceder en la legítima como heredero testamentario o abintestato, mientras que en las legislaciones en que la legítima es la misma herencia o parte de ella, el hijo sucede siempre en esa legítima abintestato, ya que aun contra la voluntad del padre lo hace heredero la ley, y al nombrarle el testador heredero en aquella cuota, no le confiere realmente derecho alguno”.

3.º Por no resultar de la expresión “*por haberla reservado la ley*”, la significación que pretende la tesis germanizante, como resulta:

a) Porque en los años en los cuales se fraguó la inclusión de esta palabra en la definición de la legítima, en los trabajos de la elaboración del Código, no tenía en España un significado jurídico que fuera equivalente al de “*reserve*” francesa. Hemos visto antes, al examinar los precedentes de la redacción del artículo 806, que no se lo dio García Goyena al glosar el artículo 640, del Proyecto de 1851. Asimismo, como hicimos notar hace años (74), la significación de la palabra “*reserva*” ni siquiera era señalada como equivalente a legítima en las obras de Derecho más en uso en el período de un siglo inmediato anterior al Código civil, ni en los Diccionarios jurídicos de la época.

b) En el Código civil el sustantivo “*reserva*” y el verbo “*re-*

(72) ROCA SASTRE, loc. cit., p. 194.

(73) CALDERÓN NEIRA, loc. cit., p. 122.

(74) “Apuntes...”, I, § 4, la nota 123, p. 39, y ADC IV-II, p. 455, donde indicamos que habíamos comprobado las citadas versiones de la obra de Febrero debidos a José Marcos Gutiérrez, García Goyena y Aguirre y Montalbán, los Tratados de Benito Gutiérrez y de Gómez de la Serna, y el Diccionario de Escriche. Añadamos, aquí, también el de GONZALO DE LAS CASAS (“Diccionario General del Notariado de España y Ultramar”, vol. II. Madrid 1853, n. 4442, p. 101, y tomo IX, Madrid 1857, nn. 26761 y 26762, páginas 170 y s.).

servar" tiene un significado técnico en los artículos 811 y 968 y ss., distinto al de la *reserve* del Derecho francés. Ningún artículo usa, en cambio, el sustantivo *reserva* como equivalente a la legítima.

c) Todos los datos antes expuestos inclinan a considerar que el participio pasivo "reservado" se emplea en el artículo 806 C. c. en su acepción gramatical. El Diccionario de la Real Academia de la Lengua señala varias acepciones al verbo "reservar", de las cuales parecen las más adecuadas al supuesto contemplado; "*Destinar un lugar o una cosa, de un modo exclusivo, para uso, o personas determinadas*" y "*separar o apartar uno algo de lo que se distribuya, reteniéndolo para sí o para entregárselo a otro*".

Ni *destinar*, ni *separar*, ni *apartar*, equivale en nuestro idioma a *transmitir* ni a *disponer* en su sentido técnico. Según las acepciones del mismo Diccionario aplicables al caso: "*Destinar*" es "ordenar, señalar, 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 otras, cosas o especies"; y "*apartar*" equivale a "separar, dividir".

Esto confirma que: a) el testador no puede disponer de esta porción de su herencia fuera del destino señalado a la misma por la ley; b) pero puede hacerlo respetando este destino.

4.º Que la denominación "*heredero forzoso*" referida a los beneficiarios de la "porción de bienes de que el testador no puede disponer por haberla reservado la ley", precisamente a ellos, en nada modifica nuestras anteriores conclusiones. Aparte del valor que, en el artículo 806 y demás relativos a las legítimas en el Código civil, pueda tener la palabra "heredero" (75), lo cierto es que, incluso antes de lo innovado al respecto por el Código, las palabras "*herederos forzosos*" en los Derechos Justiniano y castellano vigente a la promulgación de aquél, no significa que fuesen "herederos por delación legal" o "herederos *ope legis*", sino que el *testador debía instituirlos herederos, forzosamente* para que fuera válida la institución (76).

7. Algunos autores (77), aunque consideran que no hay como

(75) Cfr. "Apuntes...", I, § 3, pp. 26 y ss., y ADC IV-II, pp. 442 y ss., y "Contenido cualitativo de la ...", I, 2, en ADC XXIII-I, pp. 16 y ss.

(76) Cfr. "El deber formal de instituir heredero y...", en ADC I, 1 y 2, páginas 5 y ss.

(77) LACRUZ BERDEJO, "Derecho de sucesiones", cit., núm. 167, p. 182, señala los supuestos en los cuales el suplemento de legítima se recibe a título de herencia, y dice que en ellos es "cuando puede hablarse de una verdadera *vocación legitimaria*, diversa de la abintestato..."; aunque considera (n. 168, p. 183) que lo "normal" es que la legítima "actúa como un freno, como regulador de la cantidad de bienes que se percibe por determinados parientes, y no puede hablarse de *vocación legitimaria*, sino de la condición de legitimarios de los llamados por testamento o abintestato".

BONET RAMÓN "Compendio...", vol. V, n. 11, p. 47, después de señalar la regla general de que "la intervención de la Ley, que da validez a la voluntad del causante y le pone ciertos límites, ya de forma, ya de contenido;

regla general delación legal de la legítima, sin embargo, creen que existen supuestos específicos y anómalos o excepcionales de vocación legitimaria.

Vamos a ocuparnos de los supuestos en los cuales se ha creído vislumbrar esa vocación sucesoria, que son:

a) La *legítima conferida a los hijos del indigno o del desheredado por los artículos 767, § 2, y 857.*

Con una visión superficial, estos preceptos tal vez pudieran considerarse como sendos casos de vocación legal forzosa para sus correspondientes supuestos excepcionales. Sin embargo, estos preceptos, respectivamente, dicen que “*adquirirán éstos [descendientes] su derecho [del hijo indigno del testador] a la legítima*” y que “*ocuparán [los hijos] su lugar [del desheredado] y conservarán los derechos de herederos forzosos respecto a la legítima*”; es decir, que si el derecho del que se priva al indigno y del desheredado no consiste en una vocación legal, es indudable que no *adquirirán* los descendientes de aquél ni *conservarán* los hijos de éste una vocación legal a la legítima.

Así lo han percibido no sólo los autores que sostienen que la posición de los hijos del indigno y del desheredado respecto la legítima es idéntica a la que éstos pierden, incluso a los efectos de la preterición (78), sino también quienes hemos excluido que pueden entenderse preteridos los hijos del desheredado, aunque no hayan sido mencionados en el testamento que contenga la desheredación de su ascendiente, y hemos opinado que la legítima que pueden exigir es sólo la estricta (79). Ese es el criterio de la Res. 14 agosto 1959, que en uno de sus considerandos, dice de los artículos 761 y 857: “sin que en ningún caso puedan entenderse como sancionadores de la pretendida aplicación [del derecho de representación], pues ello presupondría no sólo el llamamiento directo de los legitimarios a una

entre estos fundamentalmente, las legítimas, límite a la libertad del causante”, añade, “y a veces forma de sucesión específica que se presenta en última instancia cuando aquél ha infringido determinados deberes legales hacia sus sucesores más inmediatos”.

(78) TOMÁS ALBI AGERO, “Derecho de acrecer entre herederos forzosos”, *RDP XVI*, febrero 1942, pp. 117 y ss.; ENRIQUE GIMÉNEZ ARNAU, “El derecho de representación en la sucesión voluntaria”, *RCDI XVI*, enero 1940, p. 28; ALFONSO CRUZ AUÑÓN, “Un caso frecuente de preterición”, en *Anales Ac. Matr. del Not.* III, Madrid 1946, pp. 117 y ss.; MANUEL DE LA CÁMARA ALVAREZ, “El derecho de representación en la herencia testada y la preterición de los herederos forzosos”, en *R. Der. Not.* VIII, enero-marzo 1955, pp. 34 y ss.; FRANCISCO BONET RAMÓN, “Compendio...”, vol. V, nota 56, C, pp. 315 y ss.

(79) RAMÓN MARÍA ROCA SASTRE, “Estudios de Derecho Privado”, volumen II, cap. VIII, pp. 270 y ss.; LACRUZ BERDEJO, “Derecho de sucesiones...”, n. 182, pp. 203 y s.; PUIG BRUTAU, “Fundamentos...”, vol. V-III, Barcelona 1963, cap. IV, n. IV, D. 1, pp. 395 y ss. Hemos seguido este criterio en “Distribución del derecho a la legítima individual de los descendientes en el Código civil”, 4, en *RDP*, LI, septiembre 1967, pp. 732 y ss., y “El deber formal de instituir herederos y la preterición en...”, 16, d, en *ADC XX-I*, pp. 55 y s.

cuota de la herencia, que la doctrina parece no admitir en nuestro derecho...”.

b) Cuota legal usufructuaria del cónyuge viudo.

En trabajos anteriores (80) hemos aceptado que, si bien en el Código civil no hay delación legitimaria, esa regla tiene una excepción en la legítima del cónyuge viudo, que estimábamos que le era atribuida de modo directo e inmediato a título singular por ministerio de la ley (81).

Sin embargo, hemos de reconocer que este criterio nos ha sido razonablemente impugnado (82); se ha aducido que no pueden ser consideradas decisivas “las expresiones un tanto drásticas con que se producen los artículos 834 y siguientes”, que “dan la impresión de que, efectivamente, la ley defiere directamente al viudo el usufructo de una cuarta parte del patrimonio hereditario”, ni lo es nuestra invocación del artículo 814, § 2.º, pues “dispone simplemente que el viudo preterido tiene derecho a reclamar la cuota legal usufructuaria”, que —según dice Cámara (83)— “en principio, como la de todos los herederos forzosos, sólo está “reservada”, o, en cuanto a la cual —como dice García Bernardo (84)—, nuestro Código civil abre la sucesión intestada solamente para el cónyuge viudo, en caso de preterición concurriendo con ascendientes, descendientes o colaterales privilegiados”, no invalidando totalmente la institución de herederos, como tratándose de la preterición de cualquier otro legitimario, porque esa invalidación podría “beneficiar a los colaterales privilegiados que son legitimarios, cuyo vínculo familiar no lo considera suficiente el legislador para limitar la libertad de testar”, e incluso —añadimos—, aun siendo instituidos descendientes o ascendientes en proporción distinta a la intestada, de esa invalidación podrían resultar consecuencias innecesarias para la protección del cónyuge viudo, que alcanzarían a disposiciones correctamente efectuadas, con lo cual excedería de la *ratio* de la norma (85).

(80) Cfr. especialmente “Imputación de legados otorgados a favor de legitimarios”, X, en *RDP XXXII*, p. 543, y “Apuntes de Derecho sucesorio”, I, “Resultados que dimanar de esta primera parte”, A, p. 115, o en *ADC IV-II*, pp. 478 y 531.

(81) En este mismo sentido PUIG BRUTAU, “Fundamentos...”, vol. V-III, capítulos I, I, 2, I, p. 9 y 11, II, A, 7, p. 98.

(82) Aquel criterio que habíamos defendido lo impugnaron, en sendos trabajos, aparecidos ambos el año 1964, nuestros compañeros MANUEL DE LA CÁMARA ALVAREZ, “Estudio sobre el pago en metálico de...”, vol. cit., páginas 883 y 986 y ss., y ALFREDO GARCÍA BERNARDO LANDETA, “La legítima en el...”, cit., pp. 59 y ss.

(83) CÁMARA, p. 986.

(84) GARCÍA BERNARDO, pp. 60 y s.

(85) Podría objetarse que en su versión originaria el Código civil no llamaba al cónyuge viudo a su cuota legal usufructuaria en las normas reguladoras de la sucesión intestada sino concurriendo con hermanos e hijos de hermanos premuertos, en el artículo 953, pero no en el caso de

La cuestión a primera vista parece completamente bizantina, reducida a satisfacer un deseo de concordancia lógica del sistema, mejor que a reconocer excepción alguna de éste. Pero es lo cierto que tiene repercusión práctica cuando el análisis de la intención del causante, a tenor del testamento, no permite deducir si quiso acumular a la cuota legal usufructuaria el legado que dispuso a favor de su cónyuge viudo o si lo dispuso en sustitución de aquél (86). Naturalmente, si del testamento nada puede deducirse acerca de la

concurrir con descendientes y ascendientes, por lo cual si tal cuota le correspondía en esos supuestos es por derivar de la aplicación de su legítima a la sucesión intestada y no viceversa por la aplicación directa de ésta, y que lo mismo ocurría en la sucesión testamentaria, invalidándose en cuanto a ella la disposición del testador cuando hubiese sido preterido el cónyuge viudo. Sin embargo, también es cierto que pudo entenderse que el silencio no se debía sino a un olvido y que el vacío podía llenarse no sólo por aplicación directa de los artículos que le señalaban la legítima en concurrencia con descendientes o ascendientes, sino también indirectamente deduciendo la llamada reguladora de la sucesión intestada por argumento de analogía tomado del artículo 953. Hoy, con la redacción resultante de la reforma de 24 abril 1958, el artículo 953 dice: "En el caso de existir hermanos, o hijos de hermanos, la legítima que en todo caso corresponde al viudo en la sucesión intestada, será la parte de herencia en usufructo asignada en el artículo 838". La parte del texto que hemos subrayado, "deja desvanecida—como dice PUIG BRUTAU, loc. últ. cit., F, p. 130—la duda que suscitaba la anterior redacción del precepto", respecto a si le correspondía o no al cónyuge viudo su cuota legal usufructuaria en la sucesión intestada. Pero, por otra parte, notemos que mientras el antiguo artículo 953 hablaba sólo de que "el viudo o viuda tendrá derecho a percibir", "la parte de herencia en usufructo que le está señalada en el artículo 837", en cambio, en su nueva redacción califica además de "legítima" a esa parte que dice "corresponde al viudo en la sucesión intestada". Sin embargo, todas estas razones están basadas meramente en la literalidad del texto y, por consiguiente, deben ceder si hay otras razones teleológicas o lógicas, en sentido distinto, más convincentes

(86) Cfr. a este respecto CÁMARA, loc. últ. cit., n. 384, p. 985. Se trata de una cuestión que habíamos estudiado al replicar a un anterior estudio de AMADEO DE FUENMAYOR CHAMPÍN. Este ("Acumulación a favor del cónyuge viudo de un legado y de su cuota legitimaria", en *RGL y J* 179, primer semestre 1946, pp. 52 y ss.) entendió que el viudo, en concurrencia con otros herederos forzosos, ante el silencio al respecto del testador, tiene derecho al legado que éste hubiese dispuesto a su favor, y, además, a su cuota legal usufructuaria, y que, en cambio, si concurre con extraños, ante dicho silencio, sólo tiene derecho al legado. Nosotros opinamos ("Imputación de legados...", X, en *RDP XXXII*, pp. 344 y s., y "Apuntes...", III, § 12, B, página 496, y *ADC VIII-II*, p. 332) que siempre debe partirse de buscar la intención del testador, pero que cuando no pueda deducirse del tenor del testamento, que ésta haya sido otra, habida cuenta "de la especial naturaleza de la legítima viudal", que aceptábamos, deducíamos como presumible que si el testador hubiera dispuesto un legado a favor del cónyuge viudo, sin decir nada de su cuota legal usufructuaria, se lo atribuía además de ésta. CÁMARA (nota y pág. cits.), en cambio, señala que partiendo de la contraria concepción de la legítima viudal, como meramente reservada, pero no deferida por la ley, concuerda mejor con la voluntad del testador entender que, "cuando el testamento dispone de toda la herencia sin mencionar al cónyuge más que como destinatario del legado, el viudo sólo acredita derecho a ésta, siempre que su valor cubra el de su cuota".

intención del testador, para resolver la duda, habrá de acudir a examinar la disposición legal que determina la legítima del viudo para comprobar si la atribuye directamente, sin perjuicio de que el testador pueda otorgar un legado que la sustituya, o bien, si únicamente se la reserva y atribuye subsidiariamente cuando el testador no se la haya cubierto con disposiciones voluntarias, a no ser que éste, expresa o implícitamente, haya querido su acumulación.

Reconocemos que el criterio de entender que la legítima viudal tiene la misma actuación que las otras legítimas, resulta más coherente, y que lógicamente considerado parece más aceptable a falta de argumentos que sean decisivos para entender lo contrario; y consiguientemente aceptamos la opinión de que tampoco hay delación legal directa e inmediata de la legítima del cónyuge viudo si no es en la sucesión intestada, bien sea a falta de testamento o si en el testamento no se la atribuye o compensa con un legado equivalente o mayor, supuesto negativo en el cual, sin necesidad de invalidarse la institución, es gravada ésta por la asignación de la ley, subsidiaria para ese caso de que el testador no cubra voluntariamente la legítima de su cónyuge viudo, siempre que éste no haya incurrido en causa de indignidad ni haya sido justamente desheredado.

c) Suplemento de legítima.

Lacruz Berdejo (87) ha dicho que: “Si en el caudal relicto hay bienes suficientes para satisfacer las pretensiones de los legitimarios, y éstos sin estar olvidados por el causante (preteridos), sin embargo, perciben menos de lo que les corresponde, pueden pedir un complemento que haga montar la adquisición hasta lo preceptuado por la ley. Este complemento les será atribuido, según los casos, bien por título de legado, bien por título de herencia. A mi modo de ver—dice—es en el último supuesto cuando puede hablarse de una verdadera *vocación legitimaria*, diversa de la abintestato por el patrimonio que sirve de base para computar las cuotas (ampliado en aquella ficticia y, en su caso, efectivamente, con las donaciones efectuadas en vida por el causante), y por la imperatividad de las normas que la regulan” (88).

(87) JOSÉ LUIS LACRUZ BERDEJO, “Derecho de sucesiones”, n. 167, página 182.

(88) En letra pequeña explica LACRUZ, seguidamente: “Por ejemplo: el causante deja la mitad de su caudal a su hijo y la mitad a un extraño. El hijo tiene derecho, según hemos dicho, a dos terceras partes de la fortuna de su padre, *deducto aere alieno*. Por tanto, hay que deducir la institución de heredero del extraño con arreglo al artículo 817, que, aun cuando otra cosa pudiera pensarse a la vista de los artículos siguientes, no es sólo aplicable a los legados. En tal supuesto el legitimario hereda llamado por la ley, contra el testamento. Lo que ha alterado, no es la asignación de unos bienes a una u otra persona, como en los legados, sino precisamente la proporción en que los bienes deben asignarse. Por eso, si surgen nuevos bienes, la reducción les alcanzará exactamente en las mismas proporciones”.

“Esta sucesión específica del legitimario —prosigue Lacruz— no se menciona en el artículo 658 ni en el 609, que parecen suponer la existencia de dos únicas formas de sucesión. Sin embargo, los hechos, a partir de los artículos 817 y 815 C. c., imponen su reconocimiento, que parece también implícito en el artículo 763. En último término, cabe entender comprendida esta forma anómala de vocación, dentro de los artículos 609 y 658, entre las sucesiones que se defieren por ministerio de la ley”.

Hemos de decir que no nos convence esta opinión de nuestro admirado y querido amigo, que creemos fue enunciada sin haber profundizado plenamente en ella, puesto que no hizo sino enunciarla como una hipótesis posible. El estudio de la *actio ad supplementum* corresponde al estudio que debe seguir a este trabajo, pero no obstante anticiparemos algunos datos que ya habíamos destacado en otras ocasiones.

Es cierto que, aunque en sentido distinto, también nuestro compañero Manuel de la Cámara (89) entiende que el artículo 806 viene a contener un llamamiento subsidiario, pero “no *ad libitum*, pues la cuota está sólo reservada pero no deferida legalmente”, en virtud del cual puede reclamar el legitimario lo que le falte para cubrirla si los bienes que el testador le atribuyó resultan insuficientes, considerando que este derecho es “una aplicación o proyección especial del derecho del legitimario a reclamar la cuota reservada, que en este caso concreto se orienta a integrar y complementar esta cuota”.

La acción de suplemento de legítima, habíamos dicho (90) nosotros, “parece ser de carácter positivo y no meramente negativo. En lugar de *anular* instituciones —para dar paso, total o parcialmente, a la deferida *ab intestato*— o *reducir* gravámenes y limitaciones, concede un 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 de un negativo con otro negativo el resultado producido es positivo. La *actio ad supplementum* supone una limitación (un negativo) a 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 esos resultados excesivamente radicales”. Así, la cuota de bienes *destinada* por la ley al legitimario, en aquella parte que no hubiera sido *dispuesta* a su favor por el causante, y que aquél reclame con la *actio ad supplementum*, no se otorga *ab intestato*. “No se anula la institución tes-

(89) CÁMARA ALVAREZ, “Estudio sobre el pago en metálico...”, loc cit., página 803 y s. y 806.

(90) “Apuntes”, I, § 6, p. 640 y s., o ADC IV-II, pp. 480 y s.

tamentaria ni en todo ni en la parte que resultare inoficiosa. Simplemente se concede un derecho a reclamar el suplemento”.

Ese derecho se ejercitaba mediante la acción *expletoria* que, según expresaron Rodrigo Suárez (91) y Antonio Gómez (92), era una *actio personalis*, pues se pedía por *conditionem ex lege*, y la *condictio* era acción personal, aunque según el segundo fuera *in rem scripta*, lo que coincide con la calificación que hizo Gregorio López (93) de “*onus supplementi*”, que afecta “tam ab heredibus, quam a legatariis, pro rata”. Con lo que resultaba que si bien el derecho al suplemento se adquiría *ipso iure* (94), su contenido se reclamaba por acción personal. Por eso concluimos (95) que los antecedentes históricos de la acción que estudiamos, no desmentidos por el Código civil, muestran que no existe indentidad de naturaleza de la acción de suplemento y la *petitio hereditatis*; la acción *ad supplementum* “no suponía una delación complementaria”, sino la atribución “*ipso iure* de una acción personal o *in rem scripta*, —según Gómez— para reclamarlo”.

No olvidemos que si la legítima es una porción de bienes computada de la suma del *relictum* líquido y el *donatum*, y, por tanto, no es una cuota hereditaria, tampoco puede serlo el suplemento, aunque el testador haya dejado su legítima al legitimario instituyéndole en una cuota insuficiente. Es decir, que en el ejemplo propuesto, de haber instituido al testador en la mitad de su herencia a su único hijo y en la otra mitad al extraño, el suplemento no consiste en un sexto de la herencia, sino en aquella porción de bienes que haga falta para completar al hijo el montante de dos tercios de aquella suma de lo relicto líquido y lo donado, siempre que no resultase que ya lo tuviera cubierto sumando al valor líquido de la mitad del caudal relicto, en que fue instituido, lo que el causante le hubiese donado.

d) Supuestos de que se pierda antes de la apartura de la sucesión la cosa atribuida en pago de la legítima, o que ésta consista en bienes no aptos para satisfacerla.

“Cuando la cosa legada por el testador en pago de la legítima de un heredero forzoso se pierde antes de la apertura de la sucesión

(91) RODRIGO SUÁREZ, “Repetitiones Legis Quoniam in prioribus...”, *Declaratio legis regni II, additio 2*, cfr. ed. cit., p. 498: “quia ius agendi ad supplementum petatur per conditionem ex lege... sed cum condictio sit actio personalis”.

(92) ANTONIO GÓMEZ, “*Variae Resolutiones...*”, cap. XI, n. 23, cfr. ed. citada, p. 146: “quia pro ea competit actio personalis, vel in rem scripta”.

(93) GREGORIO LÓPEZ, glosa a la palabra “*herederos*” de la ley 5, título VIII, 6.^a Part. o gl. 23 de dicho título: cfr. en la vers. al castellano cit., volumen III, p. 568.

(94) Cfr. RODRIGO SUÁREZ, GREGORIO LÓPEZ y ANTONIO GÓMEZ, locs. últimas citas. La confusión entre el derecho y su contenido explica el aparente desacuerdo de los dos primeros.

(95) “Apuntes...”, I, § 8, pp. 75 y s., o ADC IV-II, pp. 491 y s.

o cuando el testador deja al legitimario bienes que aquél puede rechazar [un usufructo, un bien específico no perteneciente a la herencia, o metálico no herencial]—ha dicho Cámara (96)—, nos encontramos ante supuestos que no es posible integrar en la preterición o desheredación injusta. El testador no ha omitido al legitimario ni ha exteriorizado en el testamento una voluntad dirigida a privarle de la legítima"... "Para proteger adecuadamente al legitimario es sólo necesario, y, por consiguiente suficiente, reconocer su derecho a reclamar y hacer suya la cuota reservada, en los términos y con la extensión que acabo de señalar". Si bien anticipa que puede reclamarla, pero: "*No ad libitum*, pues la cuota sólo está reservada y no deferida legalmente, pero sí en cuanto no reciban los bienes con que el testador pretendió sustituirla".

Esta atribución directa de la legítima ha querido soslayarla García Bernardo (97), recurriendo a lo que él mismo denomina preterición material, concepto sin precedentes y que en los supuestos en cuestión resultaría de efectos exorbitantes (98).

Históricamente, estos supuestos han tenido diversa solución. A saber:

1) Estimar que había preterición (pero verdadera preterición, es decir, formal) cuando para que no la hubiera era requisito que el legitimario fuese instituido heredero y no simplemente beneficiado con un legado (preterición según el derecho justiniano), o si era requisito que se le dejara algo efectivo sin bastar la mención (preterición también formal, pues el requisito formal consistía en dejar algo real y tangible, como en el caso de la preterición en el Derecho catalán posterior de la Constitución de Monzón de 1585), y, en cualquiera de ambos casos, si se trataba del legado de cosa no perteneciente a la herencia del testador. Notemos que el legitimario debía escoger entre ejercitar la acción de preterición o contentarse con el legado (99), pues la aceptación de éste excluía la posibilidad de ejercitar aquélla.

2) En el caso de haberse instituido al hijo en una cantidad en metálico o en bienes no existentes en la herencia, predominó el criterio, basado en la Ley 41 Dig. XXXVIII-II, de conceder opción al legitimario entre aceptar el dinero o exigir el pago en bienes hereditarios (100).

(96) CÁMARA ALVAREZ, "Estudio sobre el pago en metálico...", loc. cit., páginas 795 y ss., en especial 805 in fine y s., y 803 y s.

(97) GARCÍA BERNARDO, "La legítima en el Código...", pp. 110 a 114; y "Preterición formal y material y nulidad de la institución", en ADC XXII-II, abril-junio 1969, pp. 351 y ss.

(98) Cfr. la nota (4) de nuestro estudio "Contenido cualitativo de la legítima de...", en ADC XXIII-I, pp. 10 y ss.

(99) Cfr. ley 5, tít. VIII, 6.ª Part. Cfr. PALACIOS RUVIOS, "Glossemata legis Tauri", lex XXXIV, n. XV, cfr. ed.

(100) Cfr. BALDO DE UBALDIS, "Commentaria in primum, secundum et tertium Codicis libris", Lib. III, Tít. XVIII *De inoff. testam. ley Scimus*,

Para el régimen del Código civil hemos defendido la aplicación del segundo criterio (101).

La razón por la cual no hay preterición ni desheredación injusta, pero tampoco delación legal específica de la legítima, resulta de que si bien el contenido de tal legado no es apto para satisfacer la legítima, no por eso el legitimario deja de haber sido explícita, aunque no literalmente reconocido como tal. Por esto no puede dejar de valer este reconocimiento implícito, aunque no valga esa determinación de su contenido conforme al artículo 813, § 2, que ha de entenderse como no puesto por no ser un objeto apto para satisfacerla materialmente, y, por eso podrá pedir al legitimario que se le satisfaga con un contenido adecuado. Pero esa acción de petición de la legítima deriva *ex testamento*, en virtud del reconocimiento resultante en la disposición del contenido no apto, o *ab intestato*, si se estima que el testador lo único que hizo fue reconocer ese llamamiento legal subsidiario en la cuantía legitimaria, y que el legado, ineficaz sólo en cuanto a su contenido por la revocación tácita del artículo 869, en cambio, no elimina el reconocimiento de legítima que implicó su disposición (102).

8. A la configuración como predominantemente *negativo* del sistema legitimario o del Código civil, como *limitación* o *freno*, de la libertad de testar y disponer a título gratuito, podrá oponérsele que, del mismo modo como no hay reverso sin anverso, no existe en derecho nada negativo que no tenga correlativo un beneficiario, respecto del cual resulta positivo; y que la obligación de dejar la legítima es positiva, pues su contenido es un *dare* aunque sea *mortis causa*.

Pero hemos de aclarar que la calificación de nuestro sistema como *negativo*, de *freno* o *limitación*, no pretende ser una calificación absoluta. No es sino una calificación, efectuada poniendo en relación nuestro sistema con el germánico de delación legal, indicativa de que no tenemos delación directa del contenido de la legítima a favor de los legitimarios.

Es decir, frente al sistema en que la ley atribuye directamente la titularidad, o cotitularidad, de un contenido—*pars hereditatis* o

nota 10 (cfr. ed. Lugduni 1585, fol. 226); BARTOLO DE SAXOFERRATO, "Commentaria in primam Infortiatum Partem", Tít. *De heredib. institut.*, 1 *Suus quoque* (Dig. XXXVIII-V, 4), n. 10 (cfr. ed. Augustae Taurinorum 1589, folio 141); PAULUS CASTRENSIS, "Commentarium in Codicem Iustinianum", Tít. *De inoffi. testament.* 1. *Scimus, § Repletionem*, n. 10 (cfr. ed. Lugduni 1553, fol. 141); JASON DEL MAINO, "Lectione primae partis Codicis", *De inoffi. testam.*, ley *Scimus antea*, n. 7 (cfr. ed. Lugduni 1553, fol. 150 vto. y s.); NICOLAUS BOERIUS, "Decisionum", Pars I, Quaest. 204, n. 13 (cfr. ed. Lugduni 1547, ff. 526 vto. y s.); RODRIGO SUÁREZ, op. cit., Ampl. XI, nn. 1 a 6 (pp. 441 y ss.)

(101) "Apuntes...", II, § 5, pp. 281 y ss., y ADC V-III, pp. 889 y s., y "Cautelas de opción", I, A, b, c, pp. 439 y ss.

(102) Cfr. nuestra cit. nota 4, en "Contenido cualitativo...", ADC XXIII-I, pp. 12 y s.

pars bonorum—, tenemos este otro sistema, en el cual la ley no dispone directamente de ese contenido, sino que determina la existencia de un deber del causante y lo refuerza y asegura con una limitación de las facultades dispositivas de éste, que sanciona con un conjunto de normas cuya fuerza radica en la invalidación de las disposiciones que violen aquel deber, en caso de que se haya incidido en preterición, desheredación injusta, inoficiosidad en las disposiciones *inter vivos* o *mortis causa*, ineficacia de cualesquiera condiciones, sustituciones, gravámenes, modo u otras limitaciones que afectarán a la legítima, e incluso de toda renuncia o transacción acerca de la legítima futura. Así se observa en el examen de los artículos 814 y 851: 636, 654, 656, 782, 813, § 2.º, 819, § 3, 820, 863, § 2, y 816 C. c. La adquisición del legitimario llega a través de estas sanciones, como consecuencia de las invalidaciones producidas, que dejan paso, en todo o en parte, a su derecho *ab intestato*, o bien a la disposición testamentaria ordenada a su favor, pero liberada de todo gravamen, sustitución, condición, modo o cualquier otra limitación.

Entre las normas propiamente legitimarias sólo resultan directamente atributivas las que otorgan el derecho al complemento, bien deba obtenerse éste a través también de invalidaciones, por el ejercicio de la acción de reducción, o bien se reclame a los herederos sin afectar a la institución. Pero, insistimos en observar que, en este último supuesto, al resultado positivo directo y sin invalidación se ha llegado históricamente a través de una excepción al ejercicio de la querrela, cuando el testador hubiese dejado algo al querellante, es decir, que es un positivo resultante del choque de un negativo (la excepción que excluía la querrela) con otro negativo, es decir, la propia querrela (103).

Se trata de la diferencia que media entre un sistema en el cual la ley dispone directamente del contenido, en el cual hay *delación* legitimaria o forzosa, y otro sistema en el cual, en principio, la ley deja hacer y disponer al causante en cuanto éste cumpla voluntariamente el deber que le impone y no se salga de los límites que le señala para disponer con uno u otro destino, y sólo confiere al legitimario en forma subsidiaria derecho de impugnación, o bien al complemento, cuando el testador o donante se hubiese excedido de las limitaciones señaladas.

Hablamos, pues, en *sentido relativo* de sistema negativo o de limitación o freno.

9. ¿Qué sistema es mejor jurídicamente?: ¿aquel en que la ley llama directamente a los legitimarios, en los cuales hay *vocación* y *delación* forzosa de la legítima? o ¿el sistema en el que la ley impone limitaciones al causante y confiere al legitimario un *haz*

(103) Cfr. "Apuntes...", I, § 6, pp. 64 y s., y "Resultados que dimanar de...", A, pp. 113 y s., o en ADC IV-II, pp. 480 y s. y 529 y s.

de derechos para reclamar invalidaciones y complementos? Es decir, ¿es preferible el sistema que podríamos denominar *dispositivo* al que calificamos de *negativo*?

Nuestro planteamiento de esta cuestión lo expusimos hace tiempo (104). “Todo el Derecho, arte de lo justo, se mueve entre dos fuerzas fluidas que continuamente se interfieren y entran en conflicto: la libre voluntad del sujeto y lo prohibido normativamente. En derecho sucesorio esta pugna es especialmente simple: De una parte, la voluntad del testador es la ley de su sucesión. De otra, hay ciertas instituciones ante las cuales esta voluntad se estrella: las legítimas, las reservas, la ineficacia de las condiciones imposibles, inmorales o ilícitas; y otras instituciones de las cuales aquélla no puede salirse si quiere tener cauce adecuado: las formalidades testamentarias”.

Ahora bien, el Derecho puede actuar radicalmente, separando parte de la herencia de la disposición del testador y disponiendo directamente de ella a favor de legitimarios o reservatarios, o imponiendo radicales nulidades absolutas, *ope legis e ipso iure*. Pero también puede realizarse una labor de compaginación más depurada, de artesanía, tratando de limitar su protección solamente a lo que resulte preciso para salvaguardar los intereses que se trata de proteger.

“Pretender que toda disposición testamentaria que prescinde de un legitimario es *ipso iure* nula, o bien que tal disposición no pudo abarcar la legítima, nos parece —como, en otra ocasión observamos (105)— que es acudir a soluciones toscas y primitivas, faltas de la flexibilidad que caracteriza el progreso jurídico. Si la *ratio* de la norma es proteger al legitimario y éste, expresa o tácitamente, se conforma, ¿por qué reputar nula la disposición y beneficiar a otras personas? ¿No es tanto mayor la perfección jurídica en materia sucesoria cuanto más fina es la armonización de la voluntad del testador con las normas prohibitivas, de tal forma que aquélla sólo deja de ser eficaz en tanto en cuanto la *ratio* de éstas lo exija, pero no fuera de ella? Si es así, si en consecuencia vale la disposición testamentaria si el preterido no reclama, es que aquélla no es automáticamente nula *ipso iure*, es que no hay una delación legal que excluya sin más la delación testamentaria en la porción legítima. Labor de artesanía de siglos, que algunos quieren deshacer para volver a las más primitivas páginas del Derecho, para que encaje mejor en unos esquemas conceptuales, con olvido de la realidad concreta más compleja de la vida jurídica”.

“No hay por qué invalidar en lo más mínimo el llamamiento.

(104) “Cautelas de opción compensatoria de la legítima”, *Introducción, en Estudios Jurídicos Varios*, conmemorativos del Centenario de la Ley del Notariado, vol. I, p. 404.

(105) “Notas críticas a la pretendida distinción entre...”, 17, a, en: *ADC XVIII-I*, p. 65.

hereditario a título de herencia —añadíamos páginas después (106)— si el injustamente desheredado renuncia a su acción, o se da por satisfecho en cualquier otra forma, o simplemente no reclama. Siendo así, hay que entender inicialmente válido el llamamiento testamentario por mientras no sea invalidado, en todo o en parte; y, en consecuencia, el llamamiento hereditario a la porción forzosa sólo puede estimarse deferido cuando sea ejercitada la *querrela* por quien pueda actuarla con éxito, aunque esta delación tenga entonces lugar con retroacción de sus efectos a la fecha del fallecimiento de *de cuius*".

10. Cuestión distinta es la que plantea si las impugnaciones que dan lugar a la nulidad total o parcial de la institución de herederos —y que, con su resultado favorable, dan paso a la vocación intestada, en todo o en la parte equivalente a su legítima, de la cuota del preterido o injustamente desheredado— son o no "un innecesario rodeo", "cuya existencia se explica por razones históricas", como algún autor ha afirmado (107).

Se trata también, desde este punto de vista, de considerar si es preferible que la ley verifique una *reserva* a favor de los legitimarios y ordene una *limitación* de la facultad dispositiva del causante, pero sin que la efectividad del derecho de los legitimarios (cuando el causante no lo satisfaga voluntariamente) se base en un sistema de invalidaciones totales o parciales o en acciones personales para reclamar el suplemento (aunque éstas, por el juego total del sistema, estén aseguradas (108) plenamente), sino que resulte de una *vocación subsidiaria* de la cuota reservada, ordenada por la ley para todos esos supuestos de desconocimiento total o parcial de la legítima debida, la cual puede hacerse efectiva mediante la acción que —a juicio de Cámara— debiera competir al legitimario sin aquel "innecesario rodeo", en los casos de preterición intencional y de desheredación injusta (109).

Esta acción directa compete —también a su juicio— en los casos de atribución inadecuada e insuficiente (110), "para reclamar su cuota reservada", de la que dice "no es..., acción dirigida a obtener la nulidad propiamente dicha de las disposiciones testamentarias, sino que persigue sólo la declaración de que al legitimario le corresponde una cuota parte del patrimonio hereditario líquido. Conseguido este reconocimiento —añade—, el legitimario podrá impugnar los actos dispositivos otorgados sin su concurso (aunque sean anteriores) y las disposiciones testamentarias y liberalidades *inter vivos* que resulten inoficiosos" (111). Acción que —dice— "tiene quizá

(106) *Ibid*, 18, p. 71.

(107) CÁMARA, "Estudio sobre el pago en metálico", loc. cit., p. 986.

(108) Cfr. "Apuntes...", I, § 8, pp. 76 y ss., y ADC IV-II, pp. 492 y ss.

(109) CÁMARA ALVAREZ, "El derecho de representación en...", V, loc. citada, pp. 87 y s., y "Estudio sobre el...", pp. 986.

(110) CÁMARA, "Estudio sobre el pago en metálico...", pp. 709 y ss.

(111) *Ibid*, pp. 808.

cierto parecido con la *petitio hereditatis*”, “no presupone la existencia de un llamamiento general y autónomo a la cuota reservada” y que “deberá ejercitarse en el juicio declarativo que corresponda”, y, una vez reconocido, “el legitimario podrá plantear el juicio de testamentaría” (112).

La problemática es compleja, pues tiene varios aspectos, entre ellos uno de derecho constituido, del cual antes hemos anticipado algo (n. 7, c y d), y en el cual deberemos ahondar cuando estudiemos los remedios de que dispone el legitimario en defensa de su derecho, y otro de derecho constituyente, que es tema que nos interesa.

Su planteamiento es el siguiente: Aceptando la primacía del cumplimiento voluntario por el causante de su deber legitimario, partiendo de que la ley en principio tan sólo *limita* la libre disponibilidad de aquél y reserva su porción al legitimario, se trata de resolver qué régimen es más conveniente para el caso de incumplimiento de aquel deber y desbordamiento por el causante de sus límites dispositivos. ¿Qué sistema de reacción debe estimarse preferible? ¿Un haz de acciones de impugnación—que abren paso a la sucesión intestada del legitimario impugnante—y de reclamación de complementos?; o bien, ¿una vocación legal subsidiaria del legitimario a su cuota reservada o a la parte no cubierta de la misma, que conllevará una acción para reclamarla directamente, y de cuyo éxito dependerá la nulidad o reducción de las disposiciones inoficiosas?

Tal vez quepa preguntar, ante todo, cuál es el orden más lógico de actuación: ¿nulidad de disposiciones del causante que dé paso a la reclamación de la cuota? o ¿petición directa de la cuota que, de obtenerse, implicará la invalidación o reducción de las disposiciones inoficiosas? ¿Es una cuestión de prioridad como la del huevo y la gallina?

Separemos el problema de la preterición, acerca del cual estamos ambos de acuerdo en que para resolverlo se requiere la distinción entre la preterición errónea y la preterición intencional (113), sancionándose la primera con la nulidad del testamento y la segunda únicamente con la nulidad de la institución y tan sólo en cuanto perjudique la legítima estricta del preterido, es decir, con iguales efectos que la desheredación injusta. Recordemos, luego, que en los supuestos de legados de un contenido inadecuado, su atribución presupone un reconocimiento de legítima que, consiguientemente, puede exigirse *ex testamento*, o *ab intestato* si se estima que tal reconocimiento implica una remisión a esta vocación. Nos quedan: la preterición intencional, la desheredación injusta, la atribución insu-

(112) *Ibid*, nota 152, pp. 808 y s. Contra su correspondencia a la *petitio hereditatis*, cfr. nuestros “Apuntes...”, I, § 8, p. 74 y s., y ADC IV-II, páginas 490 y ss.

(113) “El deber formal de...”, 111, 31 y 32, en ADC XX-I, pp. 91 y ss.

ficiente y las disposiciones inoficiosas, por lo cual resultan simplificados los términos del problema.

¿Por qué comenzar por la reclamación de una cuota? A ella se tiene derecho porque así lo determina la ley, punto acerca del cual parece no haber discusión; pero la realidad concreta o efectividad de ese derecho depende de varios hechos, tales como: que la desheredación sea injusta, que el legitimario no haya recibido *inter vivos* bienes que no cubran su legítima e, incluso, de que se reclame. Parece, pues, más razonable seguir en camino inverso; ya que tales hechos no pueden conocerse *a priori* y son los que primero deben valorarse para saber si, *in concreto*, se tiene algún derecho.

Creemos, además, que las últimas de las razones que en el epígrafe anterior hemos aducido, contra la tesis de la delación legal inmediata, pueden aplicarse, aunque en menor grado, a la tesis de la vocación subsidiaria específica en cuanto ésta pretende que se requiera la reclamación de la cuota como trámite previo a la declaración de invalidación o de reducción.

C) Atribución por el causante del contenido de la legítima.

11. Si la norma deja al causante en libertad para disponer de las legítimas en favor de los legitimarios a quienes la ley se las haya reservado, éstos podrán recibirla de aquél por cualquiera de los títulos que la ley autorice, entre los que, como hemos visto (114), se incluye cualquiera apto para transmitir *inter vivos* o *mortis causa* la propiedad y demás derechos (115).

El primer problema que aquí se nos plantea es el de determinar por qué título se debe entender dispuesta la legítima cuando el testador la haya atribuido con palabras comunes o simplemente hubiese reconocido los derechos de todos o de alguno de sus legitimarios.

Se trata de un tema clásico (116), pero que era examinado bajo

(114) "Apuntes...", I, § 2 y § 5, n. 77, pp. 22 y ss., o ADC IV-II, páginas 42 y ss., II § 2, E, pp. 177, en ADC IV-IV, pp. 1108 y ss., § 4, F, página 279 y ss., y ADC V-II pp. 887 y s., § 6, pp. 282 y ss., o ADC V-III, páginas 890 y ss., 1.º, pp. 367 y ss., o ADC VII-III, pp. 657 y ss. "El deber formal de...", I, en ADC XX-I, pp. 10 y ss.

(115) Cfr., entre otros autores: MANUEL CALDERÓN NEIRA, "La colación...", RGL y J III, p. 122: "el testador puede disponer de ese valor [de la legítima], puesto que lo puede dejar a sus hijos a título de herederos, de legatarios y aun de donatarios"; ROCA SASTRE, "Naturaleza jurídica de la legítima", RDP XXVIII, pp. 203 y ss.; ANGEL SANZ FERNÁNDEZ, "Comentarios a la nueva Ley Hipotecaria", artículo 15, p. 142, donde señala como títulos posibles para atribuir la legítima: herencia, legado de parte alícuota, de cosa específica y determinada y donación intervivos colacionable; PUIG BRUTAU, "Fundamentos...", vol. V-III, cap. 1, 3, IV, pp. 16 y ss., etcétera, etc. Véanse los autores citados en las notas 38 y 39 de nuestro estudio "El deber formal de instituir herederos...", 1, 3, ADC XX-I, páginas 11 y s.

(116) Así, el jesuita LUIS DE MOLINA, "De Iustitia et Iure", Disput. CLV, n. 8; cfr. ed. novissima Colloniae Allobrogum 1733, p. 355, distin-

un supuesto básico distinto del actual cuando la persona a quien se refería el llamamiento era heredero forzoso. Hoy ya no es necesario esforzarse en salvar la validez de un testamento o una institución de herederos cuando se ha dispuesto a favor de un legitimario expresándolo con palabras comunes (117). Por lo tanto, podemos penetrar en la interpretación sin el peso de tener que salvar, como sucedía en el Derecho anterior, la voluntad del testador en la medida de lo posible, por el *favor testamenti*, aun a costa de forzarla en el sentido que permitiera mantener su validez (118). Al no ser preciso instituir herederos a los legitimarios y al ser posible atribuir la legítima por cualquier título (119), podemos profundizar en la averiguación de aquella voluntad sin temor de que la calificación invalide su contenido (120).

En primer lugar, habrá que agotar—conforme al art. 675, § 1. C. c.—el tenor del testamento para inducir en cuanto sea posible la verdadera intención del testador (121). Pero si con ese tenor no

guió según se emplearan términos propios o civiles y términos comunes, que son los que indistintamente pueden servir para la institución directa de heredero, para el legado o para la sustitución fideicomisaria de heredero. Ejemplo de términos civiles: “*Sit Petrus meus heres*” “*instituo Petrus heredem*”. Ejemplo de términos comunes: *relinquo* (dejo), *succedat* (suceda).

La ley 6, tít. III, 6.^a Partida, en su último párrafo, explicó que aplicados a la universalidad del caudal significaban institución de heredero, aunque no se expresara diciendo “Fulano sea mío heredero”, sino, por ejemplo: “Fulano sea señor de todas mis heredades” o “haya todos mis bienes”, o “Dexo todo lo que he”.

Entre los autores (cfr. las citas contenidas en nuestros “Apuntes...”, I, § 10, pp. 87 y ss., o ADC IV-I, pp. 503 y ss.), este criterio fue unánime. Fue casi unánime la opinión de que cuando las palabras comunes se aplicasen a cosa cierta, especie o cantidad determinada, significaban legado o prelegado, salvo en caso de que se verificaba de hecho una partición testamentaria, y fueron más discutidos los supuestos en que se refirieran esas palabras comunes a la atribución de cuota o parte proporcional de la herencia.

(117) Por esta razón, si las palabras comunes llamaban a un heredero forzoso, no faltó quien incluso cuando iban referidas a una cosa cierta, o especie o cantidad determinada, pretendieran que significaba institución, y ese criterio fue casi unánime cuando eran referidas a cuota o parte proporcional de herencia (cfr. “Apuntes...”, loc. últ. cit.), “porque—según explicó PALACIOS RUVIOS, “Glossemata...”, lex XXIV, nn. XIII, fol. LXV—, la voluntad del testador debe sanarse donde la significación de las palabras no repugne”. Aunque—atendiendo menos a salvar la disposición—, no faltara quien defendiera la posición contraria basándose en el dato objetivo de que la legítima es parte de los bienes, pero no de la herencia, puesto que se debe del líquido resultante después de satisfechas las deudas del *de cuius*.

(118) Respecto del *favor testamenti*, cfr. la ponencia que, con la colaboración de ROBERTO BLANQUER UBERIOS, JOSÉ LUIS MARTÍNEZ GIL y VICENTE LUIS SIMÓ SANTONJA, presentamos al X Congreso Internacional del Notariado Latino, Montevideo 1969: “Normas de Derecho Internacional privado aplicables a la transmisión y a la partición de herencia”, II, 4, A, d, publicado en *Rev. Der. Not.* LXIV, abril-junio 1969, pp. 46 y ss.

(119) Cfr. “El deber formal de...”, I, 3, en ADC XX-I, pp. 10 y ss.

(120) Cfr. “Apuntes”, I, 10, pp. 102 y s., o ADC IV-I, pp. 519 y s.

(121) Como explicamos en nuestros “Apuntes...”, (loc. últ. cit.), si

podemos esclarecerla, será el contenido asignado, habida cuenta de lo previsto en los artículos 660 a 668, § 2, C. c., lo determinante de la solución del problema aquí planteado. Si la legítima es *pars bonorum* (122), dado que, con arreglo al artículo 818 C. c., es un activo líquido: su contenido no es una parte alícuota de la herencia (123), que estaría integrada por activo y pasivo, ni es una adquisición a título universal (124).

12. La concurrencia a favor del legitimario de la reserva de la porción de bienes definida en el artículo 806 C. c. y de la atribución de la legítima verificada a su favor por el causante, por uno u otro título, ha dado lugar a diferentes explicaciones de esa concurrencia, que repercuten de modo práctico en la cuestión de la posibilidad alternativa de rechazar la atribución testamentaria y de aceptar la legítima.

Esta cuestión la habíamos enfocado de un modo teórico hace años (125), distinguiendo las teorías de la *absorción*, la *yuxtaposición* y la *superposición* o *sustitución relativa*.

Años después, en nuestros "Apuntes..." (126), al sostener la teoría de la limitación o *freno*, excluimos ese problema desde su base. No obstante, podemos ampliar aquella primera clasificación, hasta hacerle comprender esta otra teoría, y distinguir, sin pretender agotar la enunciación de sus términos, las siguientes tesis de:

— la *absorción* de la condición de legitimario por la de heredero testamentario (127);

examinamos la disposición testamentaria se observan en ocasiones determinadas circunstancias que aclaran la intención del testador. Así sucede cuando cláusulas distintas contienen, una, la institución universal de heredero o herederos y, otra, el otorgamiento, con palabras vulgares, de la legítima. O cuando en una 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 I y Z". Pero, otras veces, la expresión, tal vez inoportuna e incorrecta, de instituir en el remanente, puede ensombrecer la intención de la disposición, contenida en una cláusula anterior, en la que se deja—así con este término vulgar—la legítima a alguno o todos los descendientes o ascendientes del propio testador.

(122) Cfr. "Contenido cualitativo de la legítima en...", núm. 6, en *ADC XXIII-I*, enero-marzo 1970, pp. 35 y ss.

(123) *Ibid.*, n. 2, 4.º, pp. 22 y ss. Cfr. también "Contenido cuantitativo de...", en *ADC XXIV-I*, enero-marzo 1971, n. 12 y ss., pp. 35 y ss., y n. 29, páginas 64 y ss.

(124) PUIG BRUTAU, "Fundamentos...", V-III, cap. I, 3, IV, p. 22, en este mismo sentido, y también CÁMARA ALVAREZ, "Estudio sobre el pago con...", loc. cit., pp. 748 y s.

(125) "Imputación de legados a favor de legitimarios", V, en *RDP XXXII*, abril 1968, pp. 324.

(126) "Apuntes", I, § 5, pp. 61 y ss., y "Resultados", A, pp. 113 y s., o en *ADC IV-I*, pp. 477 y ss y 529 y ss.

(127) Es la tesis que formularon JULIÁN DÁVILA GARCÍA y RAMÓN MARÍA ROCA SASTRE. DÁVILA ("Herederos y legitimarios", *RCDU XVII*, p. 670) proclamó: "Donde hay herencia no hay legítima y por ello heredero y le-

- la *absorción relativa*, circunscrita únicamente a la impugnación de actos del causante (128);
- la *yuxtaposición* de ambas vocaciones localizadas en cuotas distintas (129);

gitimario no pueden darse en una misma persona, de igual manera que nadie puede tener derecho contra sí mismo. El heredero es el continuador del causante, y por ello asume toda su personalidad y su patrimonio en lo que tiene de transmisible y representable...”, ROCA SASTRE (“Naturaleza jurídica de ...”, en *RDP XXVIII*, pp. 204 y s.) entendió que “hay verdadera incompatibilidad y no simultaneidad entre el título de heredero y el de legatario”, y, en su virtud, el título hereditario inutiliza por absorción la condición de legitimario de tal modo que “el legitimario que llega a ser heredero puede resultar que obtenga una utilidad neta inferior al importe de la porción legítima que en otro caso tendría”, pues “deberá acatar totalmente todas las disposiciones de su causante, pues así es el sistema, ya se trate de venta o de gravamen”.

(128) Esta posición, ecléctica entre la tesis de DÁVILA GARCÍA y la de SOLS GARCÍA, que replicó a aquél (“El heredero: idea para su estudio”, *RCDI XVII*, pp. 571 y ss.), fue propuesta por FRANCISCO VIRGILI SORRIBES (“Heredero forzoso y heredero voluntario: su condición jurídica”, en *RCDI XVIII*, pp. 490 y ss.). A su juicio: “la condición jurídica del legitimario es mixta; es heredero voluntario porque lo ha instituido el testador, y es heredero forzoso legitimario porque la ley le concede una cuota intangible en el as hereditario. Hasta cubierta esta cuota tendrá todos los derechos y obligaciones del heredero forzoso o legitimario; cubierta, o dejada a salvo, la porción que la ley reserva y que, por ende, adquiere más que por la voluntad del causante por ministerio de la ley, tendrá todos los derechos y obligaciones del heredero voluntario”. Pero las consecuencias que deducía de este planteamiento no parecen del todo en armonía con estas afirmaciones, que *podrían haberle situado en una posición próxima a la tesis que denominamos de la yuxtaposición*, sino que propuso soluciones dispares según se tratase de cargas impuestas por el causante en testamento o de la impugnación de actos otorgados por éste.

(129) Esta tesis marca una separación radical entre el llamamiento que estima verificado por la ley a la cuota legitimaria y el dimanante de la voluntad del testador. Fue defendida por JOSÉ GONZÁLEZ PALOMINO y SERGIO GONZÁLEZ COLLADO. El primero (“El acrecimiento en la mejora”, en “Estudios de arte menor de Derecho sucesorio”, en *An. Ac. Matr. del Notariado II*, pp. 541 y ss.) parte de que la disponibilidad de la cuota legitimaria queda de tal modo fuera del alcance de la voluntad del causante que si éste instituye heredero al legitimario, ambas atribuciones son y permanecen independientes como dos títulos distintos de delación. Tanto que, según GONZÁLEZ COLLADO (“El legitimario no es sucesor”, en *An. A. Matr. del Not.*, vol III, pp. 537), “si convergen en un mismo sujeto se yuxtaponen, pero no se fusionan; conservan su autonomía absoluta sin que se absorban uno a otro”. Como principales consecuencias de esa total independencia de ambos llamamientos y de la radical separación de su contenido, afirma G. PALOMINO (p. 541) que si el testador dispone un legado para satisfacer una legítima, el legitimario tendrá opción para aceptar el legado y repudiar su legítima o viceversa para reclamar ésta y rechazar aquél y que si fuese instituido heredero testamentario podrá repudiar la herencia y aceptar la legítima o renunciar a ésta y aceptar aquélla, o aceptar (o repudiar) ambas. Esta posición explica también el criterio del mismo GONZÁLEZ PALOMINO respecto de la significación que en el artículo 1.056, § 2.º, C. c. tiene la asignación de la explotación agrícola, industrial y fabril del artículo 1.056, § 22, C. c. a un solo hijo y la consiguiente satisfacción en metálico de la legítima de los demás hijos y por qué recurre como explicación a la figura:

- la *determinación o concreción* por el causante del contenido de la legítima deferida por la ley (130);
- la *superposición o sustitución* relativa del llamamiento legal por el testamentario (131);
- el *llamamiento subsidiario* por la ley, a falta del llamamiento válido del testador o en cuanto éste resulte insuficiente o inadecuado (132);
- la *limitación legal* del llamamiento testamentario y de las demás disposiciones del causante, que puede dar lugar a la invalidación total o parcial del testamento o de la institución de herederos con aplicación total o en parte de la sucesión intestada; a tenerse por no puestos gravámenes, condiciones,

de la adjudicación en pago (“El acrecimiento...”, loc. cit., p. 547, nota cit. Cfr. nuestro trabajo “Contenido cualitativo de la legítima”, ADC XXII-I, páginas 100 y ss.).

(130) Esta posición dimana de la explicación que propuso el profesor FRANCESCO FERRARA a la existencia de la mejora dentro de nuestro sistema legítimo y que él creía que es de reserva germánica (cfr. *supra* y nota 59), y fue especialmente desarrollada aplicándola a la legítima propiamente dicha por GREGORIO ORTEGA PARDO (“Naturaleza jurídica del llamado legado en lugar de la legítima”, p. 142), quien afirmó que, “cuando el testador deja a los legitimarios lo que legalmente les corresponde, éstos no se convierten en herederos testamentarios, sino que siguen siéndolo forzosos”, si el testador les deja algo más de lo que por legítima les corresponde: “habrá un concurso de sucesión forzosa con testamentaria”, el legitimario “será heredero forzoso en el límite de su legítima y testamentario en lo que excede de ella”, y, en cuanto el legitimario sea heredero forzoso (pp. 151 y ss.), el testador lo único que puede hacer es *determinar, concretar o elegir los bienes* con lo que debe ser satisfecha la legítima a modo de acto particional.

(131) FLORENCIO PORPETA CLÉRIGO, “Naturaleza jurídica de la legítima”, loc. cit., p. 159, entendió “que, al haber hablado la ley por boca del testador, como es el caso para la legítima deferida por acto de última voluntad, la legislación legal y la testamentaria confluyen en una vocación única y se plasma en un solo título, siendo indiferente que la legítima resulte o no incrementada con algunos bienes de la parte libre”. Este criterio lo suscribimos en nuestros primeros estudios acerca de esta cuestión (“Notas para la interpretación del artículo 1.056...”, en *Rev. Gral. de Der.* III, diciembre 1946, p. 647, e “Imputación de legados...”, RDP XXXII, p. 327), aunque luego rectificamos esta explicación (cfr. *supra* nota 126). Esa superposición se verificaría por voluntad de la propia ley, al ceder la primacía a la voluntad del testador y al concederle una amplia facultad modeladora, con alcance no sólo a la determinación del contenido material, sino también al título y a su correspondiente contenido jurídico. Pero, tal sustitución no sería total, sino tan sólo en cuanto la disposición testamentaria no fuese menor que la legal en el *quantum* ni en el *quale*.

(132) Esta tesis creemos que corresponde a los criterios, antes expuestos, de LACRUZ BERDEJO y BONET RAMÓN (cfr. *supra* nota 77, y de MANUEL DE LA CÁMARA (cfr. *supra* n. 250 y notas 109, 110, 111 y 112). La diferencia de esta tesis con respecto a la teoría de la superposición, referida en la nota anterior radica en que mientras la vocación legal es *subsidiaria*, según la opinión que ahora referimos, para los supuestos expresados, en cambio, según la tesis de la superposición, la vocación es *directa*, aunque admita que el llamamiento testamentario se le superponga, en tanto éste cubra adecuadamente el contenido legalmente predeterminado.

sustituciones y limitaciones y al juego de reducciones o compensaciones para complemento (133).

Sin perjuicio de que además quepa un elevado número de posiciones mixtas de las indicadas (134).

Cuanto hemos dicho en los epígrafes inmediatamente anteriores, creemos que nos ha demostrado que nuestro Derecho mantiene la posición romanista de configurar jurídicamente la legítima a través de limitar las facultades dispositivas del causante y de conferir a los legitimarios facultades de impugnación de las disposiciones en las cuales aquél hubiera excedido dichos límites y para la reclamación del complemento que quede por cubrir. Parece, pues, innecesario añadir que la aceptación de esta tesis excluye la admisión de las demás.

13. Pero vayamos a las cuestiones prácticas relacionadas con la adopción de una u otra de las soluciones teóricas expuestas.

Si la teoría de la absorción de la legítima en la institución de heredero fuese exacta, podría éste sufrir gravámenes o disminución en ella (135), perjudicándose cualitativa o cuantitativamente su legítima si como heredero debiera soportar cuanto el causante le impusiere. Pero no fue así ni siquiera en el Derecho romano clásico, como lo demuestran diversos textos del *Corpus Iuris*. Así, uno, Ulpiano, en sus comentarios a Sabino, en el texto recogido como ley *Suus quoque* del Digesto XXVIII-V, 4, que prohíbe instituir al hijo heredero bajo condición no potestativa. Criterio que vemos, también, en la ley *Si pater* (Cod. VI-XXV, 4); y, especialmente, en el § *Lucius Titius* de la ley *Ex facto* (Dig. XXVIII-VI, 44, § 2), que considera instituidos en primer grado a los hijos que lo habían sido en segundo como sustitutos de su madre. Más patente aún resultó así en el Derecho justinianeo, en virtud de las leyes *Omnimodo*, *Quoniam in prioribus* y *Scimus § Cum autem* del tít. *De inofficioso testamento* de la ley *Ex facto* (Dig. XXVIII-VI, 44, § 2), que con les los descendientes instituidos herederos debían recibir su legítima completa, pudiendo reclamar su suplemento, y libre de todo gravamen, término, condición y sustitución que sólo deberían cumplirse en cuanto afectasen al resto de la herencia (136). Criterio

(133) Defendimos esta tesis en nuestros "Apuntes...", locs. cit. *supra* nota 126, y, en términos generales, puede entenderse reflejada por los autores citados *supra* en la nota 67. En los epígrafes que anteceden la hemos mantenido y explicado.

(134) Así, v. gr., GUILLERMO G. VALDECASAS ("La legítima como cuota hereditaria y como cuota de valor", *RDP* XLVII, pp. 967 y ss.) aplica la teoría de la yuxtaposición a la legítima como cuota hereditaria (n. 2, pp. 958 y ss.), y, en cambio, parece próximo a la tesis de la limitación con respecto a la legítima como cuota de valor (n. 3, p. 961).

(135) Cfr. *supra*, nota 127.

(136) Cfr. nuestro cit. trabajo "Notas para la interpretación..." II, enero 1947, pp. 5 y s., y "Cautelas de opción...", I, B, C, D y E, loc. cit., páginas 457 y ss.

igual resulta de los términos generales de los artículos 782 y 813, § 2, 815, 817, 820, 821, 863, § 2, del Código civil.

14. La teoría de la *yuxtaposición*—en la versión que estima la legítima como “una adquisición a título singular por ministerio de la ley”—trató de soslayar las equivocadas consecuencias dimanantes de la teoría de la *absorción*, con la siguiente interpretación que transcribimos de su más brillante sustentador (137):

a) “El legitimario no está, en cuanto tal, sujeto al artículo 990 del Código, referente a la aceptación parcial de la herencia, porque si acepta su legítima y repudia la herencia, no acepta la herencia parcialmente. “En defecto de norma expresa la aplicable por analogía será la del 890, referente a los legados, aunque no se trata de un legado legal. El legitimario que, *además*, sea heredero, podrá aceptar el derecho que le reservó la ley y no aceptar el que le confiere el testador (o la ley, *en sustitución* de la voluntad del causante), porque una es adquisición a título singular (semejante al legado de parte alícuota) y la otra es a título universal”.

b) “El legitimario que *además* sea legatario, podrá aceptar su legítima y repudiar su legado, aunque sea *oneroso*, porque la legítima no es un legado y cae fuera del supuesto de limitación del artículo 890”.

La primera de estas opciones, además de innecesaria, según hemos visto en el número anterior, tampoco es posible si, como antes también vimos (138), no hay en nuestro Derecho vocación legal de la legítima y puede el testador atribuirla por cualquier título, y si la herencia no puede estimarse divisible por su aceptación en parte y ésta está expresamente prohibida en el artículo 990 C. c.

La segunda opción tiene, sin duda, precedentes históricos, pues, en el Derecho común, aun cuando la atribución de un legado no excluía el ejercicio de la *querella*, sí la excluía la aceptación de dicho legado, y, por el contrario, no podía reclamarse éste si se ejercitaba aquélla (139). Criterio que fue recogido en la ley 5, tít. VIII, 6.^a Partida (140).

En un sistema, en el cual la posición mayoritaria en la doctrina estima que hay vocación legal forzosa, como en el Derecho italiano,

(137) JOSÉ GONZÁLEZ PALOMINO, “El acrecimiento en la mejora”, loc. citada, pp. 540 y s., en nota. Entre los sustentadores de la tesis de la *absorción*, DÁVILA GARCÍA (“Herederos y...”, loc. cit., p. 670) admite también la posibilidad de renunciar la herencia y exigir la legítima por parte del legitimario instituido heredero.

(138) Cfr. *supra*, n. 6.

(139) Cfr. nuestro estudio “Cautelas de opción...”, I, A, a, loc. cit., páginas 436 y ss.

(140) “Mas si aquella parte la dexaxe en el testamento, non como a heredero, mas como en razón de manda, estonce podria quebrantar el testamento. E esto se entiende si el fiijo non rescibiesse aquella parte que le era mandada. Ca si la rescibiesse e non la protestasse diziendo que le fincasse en salvo la querella que avia de tal testamento non podria despues quebrantarlo”.

hallamos resueltas favorablemente, en el artículo 551 de su *Codice civile* vigente, las dudas suscitadas respecto al Código de 1865, acerca de si era posible optar sea por recibir el *legato in sostituzione della leggitima*, sin derecho a pedir el suplemento de ésta, o bien por renunciar aquél y reclamar la legítima íntegra (141).

Pero, esa posibilidad, fuera del caso de que el testador la autorice o de que se trate de un legado cualitativamente no apto para cubrir la legítima (142), no sólo no es permitida por ningún precepto del Código civil, sino que más propiamente parece descartada, al menos implícitamente, por el artículo 815.

Como hace muchos años observamos (143), el artículo 890 —al permitir aceptar un legado y rechazar otro (salvo si éste fuese oneroso y aquél gratuito), o repudiar la herencia y aceptar el legado, o viceversa— parte de la base de que ambas atribuciones se han verificado en forma *acumulativa* legado + legado, o herencia + prelegado), pero queda fuera de su supuesto tanto la atribución de un legado hecho *en sustitución* de una hipotética atribución de herencia como de todo legado dispuesto para satisfacer la legítima. Lo único que autoriza el artículo 815 al legitimario es a que pida el suplemento de su legítima; y, si ésta puede asignársela el testador por cualquier título, como antes observamos, no resultara posible rechazar la atribución otorgada por aquél y reclamar una vocación inexistente en ese caso (144).

Por lo demás, el legitimario a quien se le hayan dejado sus derechos estrictos a título de legado goza de una posición más tranquila y ventajosa que cuando se le otorga a título de herencia (145), pues: puede tomar posesión por sí mismo de la cosa legada, gozando de los interdictos pertinentes; puede accionar el juicio de testamentaría en iguales supuestos que los herederos; participa de los frutos

(141) El panorama ofrecido por la doctrina italiana acerca del legado en lugar de la legítima, tanto durante la vigencia del Código civil de 1865 como respecto del Libro de Sucesiones de 1941, puede verse en el libro de ORTEGA PARDO, "Naturaleza jurídica del legado en lugar de ...", pp. 88 y ss.

(142) Cfr. nuestros trabajos "Apuntes...", II, § 5, pp. 281 y s., o ADC V-III, pp. 889 y s., "Cautelas de opción compensatoria de las legítimas", I, A, b, loc. cit., pp. 444 y s.; y la nota 4 de "Contenido cualitativo de la legítima de los descendientes en el Código civil", en ADC XXIII-I, pp. 12 *in fine* y s. En igual sentido, excepto en cuanto a la mayor amplitud con que admite la aptitud del dinero extrahereditario, MANUEL DE LA CÁMARA ALVAREZ, "Estudio sobre el pago en metálico...", loc. cit., nota 110, páginas 777 y 80.

(143) "Imputación de legados...", VII, RDP XXXII, p. 330.

(144) También han rechazado la posibilidad de esa opción GÓMEZ MORÁN, "De la legítima y los legitimarios", en *R. G. de D.* IV, diciembre 1948, página 666, y "Tratado teórico legal de particiones", Madrid 1950; p. 357; MANUEL DE LA CÁMARA, "Estudio sobre el pago con...", p. 747 y s. y notas 49 y 50 de esas págs. y nota 110, pp. 777 y s.; GARCÍA BERNARDO, "La legítima...", pp. 73 y s.

(145) Cfr. "Apuntes..." II, § 6, C a G, pp. 285 y ss., o ADC V-III, páginas 890 y ss. En igual sentido PUIG BRUTAU, "Fundamentos...", V-III, capítulo 3, IV, B, pp. 20 y s.

en la parte correspondiente, así como del *periculum* y el *commodum* y puede ejercitar las acciones que competan para defender la herencia; y, en cambio, no responde personalmente de las deudas de la herencia ni siquiera *intra vires pro viribus*, como el heredero aceptante a beneficio de inventario por las deudas hereditarias, sino que solamente sufre una afección *cum viribus*, en cuanto ellas disminuyan el activo líquido, la cual sólo puede serle exigida: por el heredero, en vía de *regreso*, o *subsidiariamente* por los acreedores una vez hecha excusión de los bienes de la herencia no legados especialmente y del patrimonio de los herederos que no hubiesen aceptado a beneficio de inventario.

15. *¿Puede el causante cumplir su deber legítimo mediante dote o donación al legítimo?*

Es sabido que cuando en Roma, en los juicios centumvirales, apareció la *querella inofficiosi testamenti*, se atendió sólo a lo que el testador hubiese dispuesto en el testamento impugnado (146).

Sin embargo, más tarde, al admitirse como excepción a la *querella* la percepción por el querellante de su legítima, la solución fue otra (147).

Es de notar que suelen ser contrapuestos un texto de Ulpiano del Lib. II de sus Disputas, recogido en el Dig. V-II, 25, pr., y el texto de Papiniano, referido por el Emperador Justiniano, en su *Codex* III-XXXVIII, 35, § 1.º, y suelen mezclarse dos cuestiones distintas. Ulpiano, excluye la posibilidad de ejercitar la querella de inoficiosa: "inofficiosi querelam cessare, si quartam in donatione habet". Papiniano rechaza el pacto en virtud del cual, al recibir de su padre ciertos bienes o cantidades el hijo se hubiese comprometido: "quatenus de inofficioso querella adversus testamentum paternum minime ab ea moveretur".

El primer criterio fue recogido en la Instituta, Lib. II, tít XVIII, § 6.º: "Así pues, para que no pueda ejercitar la acción de testamento inoficioso, cada cual debe tener la cuarta, ya por derecho hereditario ya por vía de legado o de fideicomiso, ya si se le hubiere hecho donación de la cuarta por causa de muerte, o entre vivos (tan sólo en los casos de que hace mención nuestra constitución), o por los demás medios que en las constituciones se contienen".

Aún después de la Novela CXV, en la que Justiniano exigió que la legítima fuese atribuida a título de heredero, cupo satisfacerla mediante donación o dote con tal de que en el testamento se instituyere al donatario heredero de la cosa que se le donó o dio en dote. Así, el jurista castellano Diego Spino (148) dictaminó que:

(146) ARNOLDO VINIO, "Institutionum imperialium commentarius academicus et forensis", Lib. II, Tít. XVIII, 6, gl. 2, vers. "inter vivos instantum modo casibus", ed. Lugduni 1755, vol. II, p. 455, o vers. en castellano, Barcelona 1846, vol. I, p. 614 *in fine* y s.

(147) Cfr. nuestros "Apuntes..." cits. III, § 1.º, pp. 307 y ss., y ADC VII-III, pp. 657 y s.

(148) DIEGO SPINO, *Speculum testamentorum*, gloss. 17 *principalis*, n. 36, cfr. ed. Francofurti od. Moenum 1600, p. 722.

“igitur sufficit quod in sola dote filia instituat, et pro residuo agat ad supplementum”.

En definitiva, la dote o donación, aunque cubrieran la legítima, no salvaban la preterición en la que el causante hubiese incurrido en su testamento, si en éste no se hubiera instituido heredero al legitimario donatario. Pero la preterición era evitada si se instituía heredero al donatario, aunque sólo lo fuera en la cosa donada u objeto de la dote, o bien instituyéndosele heredero en su legítima en términos generales, supuesto en el cual le cabía ordenar que, con cargo a ella, se le imputara la cosa que se le donó o con la que se le dotó. Solución que puede orientarse para hallar la más adecuada a nuestro derecho vigente.

Según el artículo 815 C. c. “*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*”.

Notemos que—como es sabido (149)—no es preciso, en el actual régimen del Código civil, instituir heredero a un legitimario para que el testador no incida en preterición. Esta es una diferencia esencial respecto del Derecho anterior: hoy, atribuida la legítima a título de legado, no hay preterición.

Pero, entre los primeros comentaristas del Código, se planteó y rechazó que el legitimario a quien nada se le hubiese dejado en el testamento por título alguno, pudiese considerarse preterido si el causante le hubiese otorgado alguna donación (150). A la inversa, también se ha propugnado que el artículo 815 se refiere sólo a disposiciones *mortis causa* del testador, pero no a las otorgadas por actos *inter vivos*, por lo cual al así beneficiado es preciso que se le deje algo en el testamento (151) o, incluso, que se le instituya herede-

(149) Cfr. “El deber formal de instituir herederos a legitimarios y el actual régimen de la preterición en los derechos civiles españoles”, I, 3, en *ADC XX-I* (enero-marzo 1967), pp. 10 y ss., y “Notas críticas acerca de la pretendida distinción entre cuota de reserva y cuota de legítima...”, II, 22, en *ADC XVIII-I* (enero-marzo 1965), pp. 90 y ss.

(150) Así, MANRESA, op. cit., vol. VI, art. 815, 6.^a ed., pp. 357 y s.; SCAEVOLA, op. cit., vol. III, cap. III, sec. II, pars. V, n. 11, p. 238, y aún después de la S. de 17 junio 1908, VALVERDE VALVERDE, op. y vol. cits., capítulo XIII, § III, p. 311, CASTÁN TOBEÑAS, “Derecho civil...”, tema XCII, y ESPÍN CÁNOVAS, “Manual...”, vol. V, Sec. IV, cap. III, V, Madrid 1970, página 483, II, 3, b ed. Madrid 1944 vol. IV, p. 578, estimaron que no se daba preterición aunque en el testamento nada se dejase al legitimario a título de herencia ni de legado, si hubiese sido favorecido por aquél con donaciones, supuesto en el cual éste únicamente tendrá derecho al complemento, en su caso, conforme al artículo 815 C. c. Parece que también fue de esta opinión ALBADALEJO, “Compendio de Derecho Civil”, cap. XXXIII, 102; cfr. edición Barcelona 1970, p. 594, cuando dice: “Tratándose de haber sido preterido, omitido o silenciado, es decir, de no habersele dado nada ni *inter vivos* ni *mortis causa*, sin habersele tampoco desheredado (aunque hubiese sido injustamente)”.

(151) Opinó así PÉREZ ARDÁ, “Preterición testamentaria parcial”, en *RGL y J* 122, primer sem. 1913, pp. 253 y s., y parece que también DE DIEGO, op. y vol. cits., Lec. 90, ed. 1932, pp. 231 y s, interpretó la S. 17 junio 1908, en el sentido de que “si nada se le dejase [a un heredero forzoso, aunque

ro (152), para que no se produzca su preterición. No falta tampoco quien ha afirmado que si bien con donaciones puede cubrirse la cuota de legítima, no es posible satisfacer con ellas la pretendida cuota de reserva (153).

Un correcto planteamiento de la cuestión requiere que distingamos el problema de si un testamento se halla viciado de preterición (154), de una parte, y, de otra, la cuestión que aquí nos ocupa de si la legítima puede satisfacerse con donaciones (155).

se le nombrase] en el testamento por cualquier título de heredero o legatario habría preterición”, ya que “ésta ha de resultar del testamento y no es lícito relacionarla con acto alguno “inter vivos”, y también PUIG PEÑA, op. cit., capítulo XVI, 8, B, 1, p. 375.

(152) Como indica JULIO OTERO Y VALENTÍN, “Anticipos de legítima”, Valladolid 1914, cap. X, A, 1.º, p. 82.

(153) Si la *cuota de reserva* es una *pars hereditatis* atribuida por la ley al heredero forzoso, que adquiere a la muerte del causante su posesión civilísima, como dice GUILLERMO G. VALDECASAS (loc. cit., I, 3, a, p. 961), a diferencia de la *cuota de legítima*, que es el derecho a obtener una parte del valor de la suma de lo relicto líquido y lo donado, que puede ser cubierto con la participación hereditaria, donaciones y legados, según cree el mismo autor: no es, pues, de extrañar que éste estime que el testador incurre en preterición, si “infringiendo la prohibición de disponer de la cuota reservada”, omite a un heredero forzoso en el testamento, que otorga “sin instituir al legitimario—con lo que tácitamente le priva de la cuota reservada—ni hacerle ninguna liberalidad testamentaria”, y concluye concretamente: “La preterición no queda excluida, en cambio, por las liberalidades *inter vivos* que el testador hubiese hecho al legitimario preterido” (II, 2, páginas 965 y 966).

(154) El Tribunal Supremo en la S. 17 junio 1908 afirmó que “la mención, el recuerdo o preterición donde tiene que resultar es en el expresado testamento”, en un supuesto en el cual el testador, que había donado cierta suma como anticipo de legítima a una hija natural suya, declarando en su testamento que no tenía descendientes ni ascendientes, e instituyó por única y universal heredera de todos sus bienes, derechos y acciones a su mujer.

PUIG BRUTAU, “Fundamentos...”, V-III, cap. II, 2, B, nota 127, p. 205, dice: “Probablemente no sería aventurado hacer una crítica *humana* de esta sentencia comprendiendo y respetando la voluntad del testador que quiso favorecer en su vida a su hija natural y después sin referirse a esta cuestión por razones sumamente comprensibles, instituir en testamento a su esposa”.

Sin embargo, en términos generales (cfr. “Apuntes...” III, §, 1.º, páginas 210 y s., o ADC VII-III, pp. 660 y s.), nos ha parecido impecable aplicar a la familia legítima—respecto de la cual no se dan razones de discreción—la doctrina del considerando que funda el requisito de la mención, en que el recuerdo tiene que resultar del testamento, “para garantía y eficacia”, de la última voluntad y “no dejarla envuelta en las sombras y oscuridad de la duda, como quedaría con la preterición del heredero forzoso, que puede ser debida a ignorancia de que existiera un olvido o propósito de burlar los derechos que la ley le reconoce”... “por lo cual no es legal ni racional relacionar dicha circunstancia de preterición con acto alguno de los realizados entre vivos”.

Pero, en cambio, nos ha parecido excesivo el considerando siguiente, al afirmar que “el título a que se refiere el artículo 815 citado tiene que ser, según su sentido y alcance, de los que caracterizan dentro del testamento la significación de lo que por el mismo se deja a una persona”.

MANRESA, en las ediciones de su obra posteriores a esta sentencia, planteó (ed. cit., p. 361): “A, declara en su testamento tener una hija natural

Hemos visto que en el régimen anterior al Código civil, a pesar de la necesidad de instituir herederos a los descendientes y ascendientes legitimarios—por eso, correctamente llamamos herederos forzosos—, la legítima podía ser íntegramente cubierta con donaciones y dotes, si su imputación la cubría, y que el testamento podía liberarse del defecto de la preterición mediante la institución del donatario en la cosa donada u objeto de su dote o simplemente con una genérica institución que resultare cubierta con la imputación de dicha donación o dote.

Entendemos que lo mismo ocurre en el sistema del Código civil, con la diferencia de que no es necesario instituir heredero al legítimo, bastando para no preterirle con mencionarle aunque sólo sea para decir que nada se le deja porque con dote o donaciones se le ha sido cubierto su legítima. Sin perjuicio, también, de que aun incurriendo el testador en preterición, la legítima del donatario preterido le resulte cubierta por la donación o la dote, como podía ocurrir también en el régimen anterior con las donaciones *ob causam*, por su imputación a la legítima que previene el artículo 821, § 1.º, Código civil:

“Las donaciones hechas a los hijos, que no tengan el concepto de mejoras, se imputarán en su legítima”.

Por ello, podemos concluir que *la legítima puede ser cubierta*

y haberle donado, como anticipo de legítima, determinados bienes o cantidad e instituye después como heredera a su esposa. No hay verdadera preterición. no hay privación total y tácita de su legítima; no debe, por tanto, aplicarse el artículo 814; pero *nada deja el testador en su testamento*. Si no se aplica en tal caso el artículo 815, no sabremos qué artículo aplicar”.

Creemos que la correcta interpretación de la sentencia, prescindiendo de lo que sólo puede considerarse como *obiter dicta*, es la predeterminada por el criterio de SÁNCHEZ ROMAN (op. cit., VI-II, cap. XVI, n. 34, 4.º, nota 1, páginas 1137 y ss.), que afirmó que el título debe buscarse en el testamento “ya sea en concepto de heredero, donatario o legatarios”, o la explicación después dada por ANGEL SANZ FERNÁNDEZ (“Comentarios a la nueva Ley Hipotecaria”, Madrid 1915, art. 15, nota 11, pp. 141 y ss.), en el sentido de que, mencionados todos los herederos forzosos, “no es necesario que sean instituidos en forma alguna dejándoles los bienes de la herencia, pudiendo el testador remitirse a las donaciones que en vida hubiere hecho y que tengan el carácter de colacionables”.

Criterio seguido por otros autores, como ROCA SASTRE (*Notas al Kipp*, II, § 130, p. 287, en rel. con “Naturaleza jurídica de la legítima”, en *RDP XXVIII*, páginas 203 y 206). ESPINAR LAFUENTE (op. cit., n. 165, nota 126, p. 363), BONET RAMÓN, “Código civil...”, art. 815, pp. 641 y s., PUIG BRUTAU, op. y loc. última cit., pp. 206 y s.), GARCÍA BERNARDO, “Preterición formal y material y...”, en *ADC XXII-II*, pp. 345 *in fine* y s. Este criterio fue el que defendimos en nuestros *Apuntes* (loc. últ. cit., pp. 311 y ss.), y *ADC* últ. cit., p. 661, y en “El deber formal...”, n. 10, *ADC XX-I*, p. 30.

(155) Notemos que esta distinción la observan prácticamente los autores antes citados, incluidos PÉREZ ARDÁ y OTERO VALENTÍN muy especialmente. Es excepción, en cuanto a la *cuota de reserva*, GUILLERMO G. VALDECASAS, debido a su especial concepto de ésta como *pars hereditatis* porque rechaza toda aplicación a ésta de lo donado que, a su juicio, puede ser computado para cubrir la *cuota de legítima*, pero no la de *reserva*.

íntegramente con donaciones o dotes. Sin perjuicio de que el testador:

- no haya incurrido en preterición y, en ese caso: nada podrá reclamar el legitimario, cuando cuantitativamente lo a él donado cubra su legítima, o únicamente podrá pedir el complemento de la misma, conforme al artículo 815, en caso contrario;
- haya incurrido en preterición, y, por consiguiente, sea anulada la institución de heredero, supuesto en el cual el preterido tendrá derecho a su cuota intestada, mermada en cuanto las mejoras y mandas válidamente dispuestas por el testador afecten a su base de cálculo, pero a su haber se le imputarán, conforme al artículo 820, § 1.º, en primer término la dote o las donaciones recibidas, que no sólo podrán cubrir su legítima, sino incluso una porción mayor o la totalidad que le corresponda.

1) La cuestión en los Derechos forales o especiales.

También en los regímenes forales o especiales españoles podemos distinguir el derecho a la *legítima* y el derecho *sobre el contenido material* de la legítima. La diferencia fundamental, respecto al Código civil, del régimen de una de estas regiones y de un territorio, concretamente Navarra y Ayala, estriba en que la legítima no tiene en éstos contenido material, sino meramente formal; y la del régimen de otras regiones y territorios radica en que en Aragón no hay legítima material individual y en que la legítima individual en los territorios de la Tierra Llana de Vizcaya, Aramayona y Llodio sólo tiene contenido formal o simbólico. Naturalmente en todos estos ordenamientos el derecho a la legítima dimana de la ley, y también en todos —basados en el principio de la libertad de disponer (plena en Navarra y Ayala; circunscrita a cierto grupo familiar en Aragón y Vizcaya, y limitada, en Cataluña y Baleares)— no hay delación legal directa del *contenido material de las legítimas*.

Este es el panorama general que ofrece esta cuestión en nuestros Derechos forales, sin perjuicio de que sean precisas algunas matizaciones acerca de la atribución del contenido material de las legítimas que lo tienen.

a) EN ARAGÓN.

16. El contenido material de la legítima colectiva “puede distribuirlo el causante igual o desigualmente” o “atribuirla a uno solo” de sus descendientes (art. 119 Comp. Ara.), con lo que sigue el criterio de los fueros *De testam. nobiles* y *De testam. civium* de autorizar a los padres para que “*unum ex filius, quam voluerint, heredem facere*”.

Lo cual pueden efectuarlo éstos no sólo en *testamento*, sino también en *sucesión paccionada* (Lib. III, Tít. III, Comp. Ara.) y mediante

fiducia sucesoria (Lib. III, Tít. IV), así como también con liberalidades no usuales (art. 126 Comp.).

También puede recibirse *ab intestato*, a falta de disposición del causante por sí o por fiduciario, o en caso de preterición total por ignorancia (art. 122, 2.º Comp.); así como, circunscrita en conjunto a los dos tercios del caudal, en caso de preterición consciente o desheredación injusta totales (art. 122, 1.º).

La ley (art. 123 Comp.) confiere al legitimario que sufra preterición consciente o desheredación injusta singulares, "derecho a una porción del caudal igual a la del menos favorecido por el testador".

También confiere la ley el derecho de alimentos regulado en el artículo 121 Comp.

José Luis Lacruz Berdejo (156) ha explicado que, al formular el Anteproyecto, a la Comisión de juristas aragoneses le pareció que no debía coartarse la voluntad del causante hasta el punto de que en ninguna circunstancia pudiera instituir heredero a un extraño o un pariente que no fuera descendiente, aun teniendo hijos o descendientes el testador, pero que en ese supuesto debía requerirse una manifestación clara y explícita de apartar a estos últimos de la condición de herederos. Con ese criterio, el que hoy es artículo 120 Comp., tenía este último párrafo: "Habiendo legitimarios, la institución de heredero a favor de un extraño se presumirá legado".

Este párrafo fue suprimido por la Comisión General de Codificación; Lacruz se pregunta: si esa supresión se hizo con el fin de volver al criterio últimamente predominante en el Derecho anterior, concorde con el texto de los Fueros de 1307 y 1311, de que por lo menos uno de los hijos debía ser instituido heredero; o bien, si, simplemente, eliminó una presunción que no le pareció suficientemente justificada. Aunque reconoce que el texto no recogido no resolvía de modo claro el problema de si es posible eliminar de la institución de heredero a los legitimarios, otorgándola a otras personas (generalmente el cónyuge), o bien si la cuota legitimaria, una vez imputadas las donaciones, debe dejarse a título de herederos a los descendientes, o a alguno de ellos. Y añade que la norma vigente del todo inexpressiva.

Pese a los antecedentes históricos, señala el mismo autor que en pro de la libertad de nombramiento de herederos a favor de extraños, se dan importantes razones:

1.º) El tenor literal del artículo 119, que evita hablar de *herederos forzosos* (Lacruz subraya que en Aragón no rige el artículo 806 C. c.) y se limita a imponer la obligación de que los dos tercios del caudal recaigan en descendientes legítimos, pero sin expresar por qué título, de lo cual deduce Lacruz que "permite que sea por cualquiera, como el artículo 815 del Código civil".

2.º) La regulación de la legítima formal, en el artículo 120, exige que en el acto se mencione a los descendientes inmediatos, pero

(156) LACRUZ BERDEJO, "Las legítimas en la Compilación", V, en *RCDF* XLIV, marzo-abril 1968, pp. 513 y ss.

“sin requerir el nombramiento de heredero, y ni aun atribución alguna de bienes”.

3.º) Que el artículo 124 al regular la reducción de liberalidades en el supuesto de que en conjunto los legitimarios no alcanzaran a recibir los dos tercios de los bienes, que constituyen su legítima colectiva, legítima para pedir esa reducción —y sólo esa reducción— a “cualquiera de ellos designados heredero, donatario universal o, en otro caso, cualquiera descendiente sin mediación de persona capaz de heredar”; es decir, como subraya Lacruz, “presenta como normal el supuesto de no haber sido designado heredero ninguno de los descendientes”.

Por esas razones dice que se inclina “a creer —si bien la solución sigue siendo discutible— que el legitimario no tiene hoy, en el nuevo cuerpo legal, derecho al título de heredero, ni cabe pretender que uno al menos de los legitimarios sea nombrado tal. Sólo en caso de preterición total se llegará a reconocer forzosamente la calidad de heredero al reclamante, pero entonces por la vía de la sucesión intestada”.

Ahora bien, cree el mismo Lacruz (157), que la legítima global “no representa sólo para el causante (como según la opinión más aceptable en el Código civil) un mero freno o límite de tipo negativo; salvo que se haya satisfecho mediante donaciones, existe, desde el momento de abrirse la sucesión, un derecho sobre el caudal mismo (no forzosamente por título de heredero) que en ciertas ocasiones compete al grupo y en otras al individuo en cuanto concreción del grupo: nunca aisladamente a cualquier legitimario.

b) EN BALEARES.

17. Sabemos que la legítima balear tiene su raigambre en la romana-justiniana, con mayor (en Ibiza y Formentera) o con menor (en Mallorca y Menorca) influencia catalana. Por consiguiente, el contenido material de la legítima no se recibe por delación legal más que en el supuesto de sucesión *ab intestato*, sea a falta de disposición del causante, o bien por invalidación total o parcial de ésta, en caso de preterición o desheredación injusta, lo mismo que en el Código civil.

a) Para Mallorca prevé la Compilación: la atribución del contenido material de la legítima por el causante.

1.º) El testamento: “*La institución de heredero y el legado a favor de quien resulte ser legitimario implicarán atribución de la legítima, aunque no se exprese así...*” (art. 48, § 1, ap. 1).

No cabe satisfacer la legítima mediante legados de metálico no hereditario, de cosa ajena o de cosa del heredero, pues el artículo 46, § 1, inciso 2.º, requiere que “*debe ser pagada en bienes de la misma [herencia], siendo ineficaz toda disposición en contrario del testador*”. Debe entenderse, pues, en estos supuestos, válido el título de

(157) LACRUZ, loc. últ. cit., VI, p. 517.

la atribución —herencia o legado—, pero ineficaz la asignación del contenido, salvo si el legitimario optare por aceptarlo, quien de no ser así podrá exigir que se le cubra con el contenido hereditario correspondiente.

Cabe, en cambio, que el causante disponga alternativamente una atribución compensatoria de la legítima, por el título que sea —institución, legado, fideicomiso—, o el reconocimiento de la legítima (que equivale a un legado de *pars valoris bonurum*), según resulta del artículo 49:

“La disposición a favor de un legitimario por valor superior a su legítima con la expresa prevención cautelar de que si no acepta las cargas o limitaciones que se le imponen se reducirá su derecho a la legítima estricta, facultará a aquél para optar entre aceptar la disposición en la forma establecida o hacer suya la legítima libre de toda carga o limitación”.

Opción que ha de entenderse no cabe en otros casos, en los cuales el legitimario podrá exigir que las limitaciones se tengan por no puestas y se reduzcan las cargas en cuanto afecten a su legítima, conforme los artículos 813, § 2, y 817 del Código civil, supletoriamente aplicables.

2.º) En donación universal (arts. 10 y 11).

3.º) Por donación o ventaja con “definición” (art. 50).

β) En *Menorca* no son aplicables las dos formas últimamente citadas.

γ) En *Ibiza y Formentera*, puede el causante atribuir las legítimas:

1.º) En testamento, a título de herencia o de legado, en bienes o en metálico (art. 81).

2.º) En “*espolits*”, por heredamiento (art. 70).

3.º) Por delegación en el cónyuge efectuada en heredamiento (artículo 74) o en testamento por cláusula de confianza (art. 77).

4.º) En donación o ventaja con “definición” (art. 80).

c) EN CATALUÑA.

18. El artículo 122 de la Compilación catalana distingue claramente el derecho a la legítima y la atribución de su contenido: “*La legítima confiere por ministerio de la ley a determinadas personas el derecho a obtener en la sucesión del causante un valor patrimonial que éste podrá atribuirles a título de institución hereditaria, legado donación o de cualquier otra manera.*”

Entre estas otras maneras podemos señalar los títulos siguientes:

— heredamientos (art. 87, § 1).

— dote, donación matrimonial, donación *mortis causa* (artículo 132, 1.º).

Entre los distintos tipos de legado con los que puede satisfacerse

la legítima (158) previene expresamente la Compilación el legado que denomina *simple de legítima*, en el artículo 31, § 3, ap. 2, que dice: “*se entenderá ordenado cuando el causante exprese que lega o deja al legitimario “lo que por legítima le corresponda”, o empleando términos análogos, aunque en lugar de la palabra use otro término equivalente”*”.

Este legado *simple de legítima* origina una facultad alternativa para el legitimario en los dos siguientes casos:

1.º) Si se hubiesen legado en concepto de legítima bienes que no fueran “de plena, exclusiva y libre propiedad” del testador “salvo en el caso de no haberlos en la herencia, sin contar, a este solo objeto los bienes muebles de uso doméstico”. Hipótesis para la cual el artículo 131, 2, ap. 2.º, previene la *facultad del legitimario* “*para optar entre admitir simplemente el legado o renunciarlo, exigiendo lo que por legítima le corresponda*” (159).

2.º) En el supuesto de *cautela Socini*, prevista en el artículo 133, apartados 2.º y 3.º: “*No obstante, la disposición por causa de muerte otorgada en concepto de legítima y por un valor superior a ésta, con la expresa prevención de que si el legitimario no acepta dichas limitaciones se reducirá su derecho estrictamente a la legítima, facultará a aquél para optar entre aceptar dicha disposición con las limitaciones o cargas referidas o hacer suya sólo la legítima libre de ellas. La aceptación de la disposición implica la de las cargas o limitaciones impuestas*” (160).

Fuera de estos dos supuestos, no cabe esa opción al legitimario a quien, conforme el criterio de las disposiciones del *Codex* de Justiniano, no afectarán las cargas y limitaciones puestas a su legítima, tal como expresa el ap. 1.º del mismo artículo 133: “*El causante no podrá imponer sobre la legítima condiciones, términos, modos, usufructos, fideicomisos ni otras limitaciones o cargas, y si las impusiere se tendrán por no puestas*”. Aunque ello, naturalmente, sólo hasta el montante de la legítima, como resulta del artículo 136, § 1.º: “*La institución de heredero, el legado, la donación y el señalamiento o asignación en concepto de legítima o imputable a ella no privarán de su cualidad de legitimario a los favorecidos, pero sólo en cuanto al*

(158) MARÍA ENCARNA ROCA DE LAQUÉ, “Configuración jurídica de la legítima en el Derecho Catalán”, en *R. J. de Cat.* LXX, enero-marzo 1971, páginas 23 y ss.), dice que el artículo 131 “parece establecer un *numerus clausus* aparte del cual el testador no puede moverse libremente, siendo a este respecto nuestra respuesta negativa: el testador catalán puede atribuir al legitimario cualquier clase de legados, excepto quizá el de deuda, siempre que reúna las características que establece el propio artículo 131, el cual contempla sustancialmente cuatro tipos de legados: el legado de bienes, dentro del que podemos incluir el de parte alícuota, el de dinero, aunque no lo haya en la herencia, el de cosa ajena y el simple de legítima.

(159) Cfr. nuestro estudio “Cautelas de opción compensatoria de la legítima, I, A, c, en *Estudios Jurídicos Varios*, con ocasión del Centenario de la Ley del Notariado, sec. III, vol., I, p. 445, en rel. con b, pp. 443 y ss.

(160) Cfr. nuestro trabajo cit. en la nota anterior, en especial III parte, páginas 637 y ss.

importe de lo que por legitima les corresponda, haciendo suyo el exceso como mera liberalidad" (161).

La vieja opción, admitida en el Derecho común, entre ejercitar la querrela o aceptar el legado atribuido por el testador al legitimario no instituido heredero (162), dejó de tener lugar en el Derecho de Cataluña, desde la Constitución dada por Pedro III (IV de Aragón) en las Cortes de Monzón de 1463, al autorizarse que la legítima se dejará. "*E sis vol per dret legat, o per cualsevol altra manera*", al desaparecer así el presupuesto de aquélla opción basada en la posibilidad del legitimario no instituido heredero de invalidar la institución y recibir *contra tabulas* la legítima, desaparecida al abolirse el deber formal de instituir heredero al legitimario que había impuesto la Novella CXV, cap. III de Justiniano (163).

d) EN VIZCAYA.

19. Era costumbre inmemorial recogida y autorizada en la ley 11, Título XX, del Fuero de Vizcaya, que los padres dejaran, en donación o testamento, su hacienda a uno de los hijos, apartando a los otros. Es decir, que la vocación al contenido de la legítima global lo hiciera el causante. Hoy el artículo 23 Comp. Vizc. reconoce al testador esa facultad de "*distribuir libremente la herencia forzosa entre los herederos comprendidos en cada una de las líneas...*", o "*elegir a uno sólo de ellos apartando a los demás*".

El artículo 30 previene que: "*la sucesión se defiera en capitulaciones matrimoniales o escritura de dote o donación*" con su correspondientes "*apartamientos*".

También es regulada la "*delegación*", en uno o varios comisarios de "*la designación de heredero*", "*la distribución de los bienes y cuantas facultades le corresponda en la transmisión sucesoria de los mismos*" (art. 15), conferida en testamento o bien recíprocamente en escritura de capitulaciones (art. 16). Delegación que el *comisario* podrá ejercitar mancomunadamente, salvo cuando del tenor del testamento resulte otra cosa, tomando los acuerdos por mayoría y resolviendo los empates el nombrado en primer lugar (art. 18), irrevocablemente (art. 19, § 3.º), "*en un solo acto si los herederos fueren mayores de edad, mas si alguno o todos ellos no lo fueren, podrán hacerlo en uno o varios otorgamientos, a medida que aquéllos contraigan matrimonio o alcancen la mayoría de edad*" (art. 19, § 1), sea por acto *inter vivos* o por testamento (art. 20), en el término de "*un año, con-*

(161) Obedece al criterio de las leyes *Omnimodo, Quoniam in prioribus y Scimus* (Cod. III-XVIII, 30, 32 y 36 pr.), acerca de las cuales puede cfr. nuestro estudio *úl. cit.*, I, B, c, p. 469 y s.; C, a, pp. 470 y ss.; D, b, pp. 485 y ss., y E, a y b, pp. 510 y ss.

(162) Cfr. *Ibid* I, A, a, pp. 436 y ss.

(163) Cfr. JAIME DE MARQUILLES. "Commentaria Jacobi de Marquilles super Usatius Barchinonensis", Usatje *Exheredare, vers Iuris quo* (cfr. ed. Barchinonae 1505, fo. CCXXX vto., donde dice: "*hodie non est nullum etiam quo iure de legatis non dicatur iure institutionis tenet et valet ut usus in curia Montissoni dominio regis Petris, constat in impuberibus*").

tado desde la muerte del testador o, en su caso, desde que hubiera contraído matrimonio o llegado a la mayoría de edad el más joven de los presuntos herederos, a no ser que el testador hubiese señalado plazo al comisario para cumplir su encargo (art. 19, § 2.º).

Esta afirmación del apartado primero del § 2, artículo 19 —“*El testador podrá señalar plazo al comisario para cumplir su encargo*”—, parecía haber resuelto la grave cuestión creada por la Jurisprudencia del Tribunal Supremo (Ss. 30 abril y 17 mayo 1957, 19 mayo 1960 y 8 octubre 1962, estas dos últimas, aunque posteriores a la Compilación, relativas a casos planteados con anterioridad a ella), que “en contra de la costumbre y práctica tradicionales” (164) había rechazado la fijación por el causante de un plazo para el cometido del comisario que fuese superior al señalado por el Fuero, por haber estimado el término legal imperativo y no meramente determinativo. Gregorio de Altube (165), años antes, cuando esta cuestión había tomado estado litigioso, nos demostró luminosamente lo consustancial que era al régimen sucesorio vizcaíno, la prórroga vitalicia —usualmente calificada de *alkar* (o usufructo) poderoso— del poder testatorio a favor del cónyuge supérstite. Pero el Tribunal Supremo, al juzgar este uso, confundió el sentido de la ley 13 del Título VII y de la 3 del Tít. XXXVI, que trataban de evitar la introducción por los poderes político y judicial de normas y costumbres traídas de fuera de Vizcaya, en especial del Reino, pero en modo alguno de impedir el desarrollo consuetudinario de la propia tierra (166); y, como fruto de esa confusión, rechazó aquella costumbre tradicional practicada y vivida por doquier en el Infanzonado. Sin embargo, la cuestión ha vuelto a quedar sin resolver para aquellos poderes testatorios conferidos por prórroga indefinida, al estimar como tal la fijación de un plazo vitalicio. Así la S. 29 abril 1964 entendió a la inversa que el poder prorrogado “por todo el tiempo de vida del sobreviviente”: “equivale a una prórroga indefinida”, y ha interpretado el artículo 19 en el sentido de que era preciso *determinar el tiempo* de la prórroga —no bastándole la determinación del momento, sino la fecha—, pues dice que “el señalamiento de plazo tiene que referirse a un término concretado en el tiempo”. Interpretación que algún autor vizcaíno ha declarado que no llega a comprender (167).

(164) Cfr. ASTORQUI, “Introducción al Derecho civil de Vizcaya y Alava”, Bilbao 1964, pp. 102 y s.

(165) GREGORIO DE ALTUBE E IZAGA, “El paisaje fuente del Derecho”, Conferencia inédita pronunciada en la Academia Matritense del Notariado el 21 abril 1949.

(166) Cfr. nuestro estudio, “Plenitud y equilibrio de percepción sensorial en las antiguas fuentes de Derecho foral”, 10, en ADC XXIII-III, julio-septiembre 1970, pp. 489 y s.

(167) ASTORQUI, en la hoja adicional a la 103 de su op. cit.

II. CONCRECIÓN O DETERMINACIÓN DEL CONTENIDO DE LAS LEGÍTIMAS

II.1. En el régimen del Código civil.

Acabamos de comprobar que las legítimas pueden ser satisfechas por el causante mediante institución de heredero, legado, donación o dote; pueden recibirse supletoriamente embebidas en la sucesión intestada, incluso contra testamento, y pueden complementarse en virtud del derecho a su suplemento.

Ahora debemos examinar cómo se concreta el contenido de ese derecho, referido a la obtención de un *quantum*, y cómo se determina en bienes especificados, o, en su caso, es fijado en una suma a pagar en dinero.

Esa concreción, determinación o fijación puede:

- preestablecerse por el causante, sin perjuicio del derecho al complemento del legitimario en caso de que haya lugar a él;
- puede ser efectuada, dentro de ciertos límites, por el comisario contador partidario;
- o puede ser convenida entre herederos y legitimarios, ya sea en la partición o bien en un acto de entrega y solución de la legítima.

La ley establece determinadas reglas para esa satisfacción.

Tal es el planteamiento general del tema con el que ahora debemos enfrentarnos.

A. DETERMINACIÓN HECHA POR EL CAUSANTE.

Hemos visto al tratar del contenido cualitativo de la legítima (168) que su calificación como *pars bonorum*, según el Derecho común no exigía que ésta fuese satisfecha *minutatim in singulis rebus*, es decir, en una porción de todos y cada uno de los bienes relictos, sino que el testador podía asignarla *in re certa, in qualibet re hereditaria*, con tal que no fuese una *res deteriori*, ni *sumptuosa*, improductiva o inasequible por su situación y circunstancias; que de este criterio fueron reflejo las leyes 213 del Stilo y 19 de Toro, según la interpretación prevalente entre los autores castellanos, y que ese mismo criterio es significado en los artículos 815, 819, 820, 821, 828, 829, 1.045, 1.047, 1.048 y 1.056 del Código civil, reconocido por el Tribunal Supremo en Ss. 6 marzo 1945 y 28 junio 1965, que han destacado la amplia libertad determinativa del testador de la composición cualitativa de los lotes en virtud de la cual no tiene necesidad de sujetarse a lo dispuesto en los artículos 1.061 y 1.062 C. c.

Vamos a ver ahora los medios jurídicos de que dispone el causante para efectuar esa determinación:

(168) Cfr. "Contenido cualitativo de la legítima de los descendientes en el Código civil", n. 4, 5 y 6, en *ADC XXXI-I*, pp. 26 y ss.

a) *Institución en cosa cierta.*

20. Es conocida la doctrina que, desde Aquilio Galo hasta Justiniano, los jurisconsultos romanos elaboraron en torno a las instituciones *excepta re certa*, o *detracta re*, y *ex certa*, que parecían contradecir el principio de la universalidad de la institución (169). El criterio de aquel jurista para la institución *excepta re certa* de hacer prevalecer el *nomen* sobre la *asignatio*, prescindiendo de la *mentio rei*, fue aplicado a la institución *ex re certa* por Sabino y, comentando a éste, por Paulo, en el texto que pasó a ser la ley “*Si ex fundo*” (Digesto XXVIII-VI, 41, § 8), y Trifonino (Dig. XXVI-I, 29). Pero fue suavizada a fin de adaptar al máximo posible la solución a la voluntad del testador. Así lo fue no sólo en el testamento militar (Dig. XXXIX-I, 17 y XXIX-I, 6, que recogieron sendos textos de Gayo y Ulpiano), sino también sucesivamente:

- al considerarse gravado con fideicomiso en el resto de la herencia al instituido *ex re certa*, si el testador hubiese ordenado expresamente que se contentara con ésta (Papiano, Dig. XXXI-único, 61).
- al entenderse la determinación de la cosa como asignación *arbiter familiae erciscundae* (Papiano, Dig. XXVIII-V, 78 pr., Ulpiano, Digesto h. t., 35 pr.).
- al estimarse adquirida *vice praeceptionis, por adjudicatio*, la cosa cierta, con lo que el instituido en ella quedaba facultado a detraerla en el mismo acto de la partición (*Codex IV-II, 1*);
- al pasar a ser considerada como un *legatum per praeceptionem*, si con los instituidos *ex re certa* concudiesen otros llamados *ex asse* (Cons. Justiniano del 529 o *lex “Quotiens certi quidem”*, *Cod. VI-XXIV, 13*).

La ley 14, tít. III, Partida 6.ª, recogió sucesivamente, para sus respectivos supuestos, los criterios de la leyes *Si ex fundo*, *Quotiens certi quidem* y del fragmento de Ulpiano Dig. XXVIII-V, 35.

Respecto de lo que aquí nos interesa, debemos destacar que Justiniano, a pesar de exigir que los descendientes y ascendientes legítimos fueran instituidos herederos, en el mismo cap. V de la Novela CXV indicó que bastaba instituir *ex certa rebus* al hijo para que éste no pudiera ejercitar la *querella*.

Covarruvias (170) explicó la validez, en el régimen de Derecho común, de la disposición en virtud de la cual el testador dejara la legítima por institución *ex re certa*, porque “*institutus in re certa heredis nomen et commodum habet, quod ius accrescendi; hereditatem universali repudiante, tota heredita accrescit huic in re certa instituto*”.

(169) Cfr. nuestros “Apuntes...” II, § 2, A, pp. 146 y ss., y *ADC IV-IV*, páginas 1377 y ss.

(170) COVARRUVIAS, “Ex tit. de *Testamentis interpretatio*”, cap. *Raynuntius* 16, § 1, n. 9; ed. cit., vol. II, p. 71.

Antonio Gómez (171) señaló la posibilidad de que, en el período mediante entre la *delatio* y la *adquisitio*, el instituido *ex re certa* pasara a ser heredero universal si los instituidos *ex asse* no llegaran a recibir la herencia—sin perjuicio de que aquél se entendiese gravado de fideicomiso, que le obligaría a restituir el resto a quien compitiera, si se le hubiese instituido con la previsión de que nada más retuviera o de que se contentase con la cosa determinada (172) y, además, que esa institución reportaba, frente al legado, las ventajas siguientes:

1.º) Mientras los legatarios, salvo disposición expresa del testador, no podían tomar la cosa legada por su propia autoridad, en cambio, el instituido en cosa cierta, aun habiendo herederos universales, podía lícitamente tomarla por sí mismo, según había entendido la común opinión de los autores.

2.º) Aun en concurso con herederos *ex asse*, podían exigir la posesión en virtud de la ley final Cod. *de edict. Divi Adriani tollendo* (Cod. VI-XXX, 3).

21. El Código civil, en su artículo 768, dice escuetamente: “*El heredero instituido en una cosa cierta y determinada será considerado como legatario*”.

Hace años (173), al comentar este artículo, nos sumamos al criterio de los autores que no lo habían considerado imperativo, sino de carácter interpretativo de la voluntad del causante (174). Así consideramos que son verdaderos herederos los instituidos en cosa cierta cuando su llamamiento o llamamientos agotan el caudal hereditario, o si el testador pensó que lo agotaban por haberse olvidado de algún bien de escaso valor o alguna cosa concreta; o cuando el remanente fuese distribuido en legados o dejado a uno de los llama-

(171) ANTONIO GÓMEZ, “*Variae...*”, I, cap. X, n. 14, ed. cit., p. 118.

(172) Cfr. GREGORIO LÓPEZ, gl. a las palabras “como a herederos” de la ley 5, tít. VIII, Part. 6.ª, vers. *Cum igitur*; LUIS DE MOLINA, S. I., “*De Iustitia...*”, Quaest. CLV, n. 22, *Secundo*, ed. cit., pp. 598 y s.

(173) “*Apuntes...*”, II, § 2.º, D, d, pp. 170 y ss., y *ADC IV-IV*, pp. 1401 y siguientes.

(174) Así, MANRESA, op. cit., vol. VI, art. 768, pp. 98 y s.; SCAEVOLA, op. cit., volumen XVIII, arts. 1.074 a 1.079, pp. 447 y ss.; JOSÉ ROÁN GONZÁLEZ, “*Texto refundido de la Ley Hipotecaria de 8 de febrero de 1940*”, en *RDP XXX*, septiembre 1946, pp. 644 y s., en especial nota 50; GREGORIO ORTEGA PARDO, “*Heredero testamentario y heredero forzoso*”, en *ADC III-II*, julio-septiembre 1950, p. 330; ROCA SASTRE, *Notas* al “*Derecho de Sucesiones*”, de Kipp, vol. 1, § 44, I, i, p. 264. Después han opinado del mismo modo: LA-CRUZ BERDEJO, “*Derecho de Sucesiones. Parte General*”, nn. 84 y 85, pp. 85 y ss.; PUIG PEÑA, op. cit., vol. V-I, cap. XIV, pp. 372 y s.; PUIG BRUTAU, “*Fundamentos...*” V-I, cap. I, 6, B, pp. 78 y ss.; CÁMARA ALVAREZ, “*El legado de cosa ganancial*”, en *ADC V-II*, abril-junio 1952, nota 103, pp. 327 y ss., y “*Estudio sobre el pago con metálico de la legítima...*”, nota 228, en *Estudios Jurídicos Varios*, del Centenario de la Ley del Notariado, pp. 866 y s.

La posición rígidamente objetiva que considera la norma del artículo 768 como *ius cogens* se halla representada por OSSORIO MORALES, “*Estudios de Derecho Privado*”, Barcelona 1942, pp. 115 y ss.; CASTÁN TOBEÑAS, “*Derecho civil...*”, VI-I, Madrid 1960, § CXXVII, II, E, d, b', p. 86; BONET RAMÓN, “*Código civil...*”, art. 768, p. 593; ANTONIO HERNÁNDEZ GIL, “*Lec-ciones de Derecho Sucesorio*”, Madrid 1969, III, 3, p. 28.

dos en cosa cierta sin significar atribución objetivamente importante, sino mera previsión para evitar el ab-intestato del mismo (175).

Así, utilizada la institución en cosa cierta para satisfacer alguna legítima, el favorecido con ella podrá resultar heredero cuando por aplicación del criterio interpretativo del artículo 675, § 1.º, ap. 2, quede desmentida la presunción expresada por el artículo 768, y en ese caso el legitimario instituido en cosa cierta deberá reputarse verdaderamente heredero. Pero, aun en el caso de que resulte ser efectivamente un legatario, por aplicación de la norma interpretativa —en nuestra opinión— del artículo 768, hemos entendido (176) que continuaba estando favorecido con las ventajas que los autores de Derecho común, según hemos visto referido por Antonio Gómez, atribuían a los instituidos en cosa cierta, aun cuando fueren considerados como legatarios, y basamos este criterio en las siguientes razones:

1.ª) La S. de 26 octubre 1928 declaró que el legatario puede tomar por sí mismo la posesión de la cosa legada cuando el testador se lo hubiese autorizado, pues la voluntad de éste es ley de la sucesión; y, partiendo de este supuesto, es razonable entender que el testador, al llamar heredero y no legatario al asignatario de la cosa cierta, manifiesta implícita, pero evidentemente, su voluntad de que éste pueda tomar por sí mismo la cosa como si realmente fuese heredero.

2.ª) Esa facultad de posesionarse por propia autoridad, debe ir unida a una *possessio sine corpore* que legitima esa actuación directa, que en otro caso no estaría permitida al propietario no poseedor, por lo cual debe entenderse transmitida desde el momento de fallecer el causante la posesión civilísima de la cosa cierta al designado heredero de la misma; estimándose así aplicable el artículo 440 C. c. a cualquier persona a la que se le otorgue el nombre de heredero, aunque deba ser considerada como legatario por haber sido instituido en cosa cierta, y, en consecuencia, podrá pedir la posesión de esa cosa por el procedimiento del artículo 2.056 L.E.C. o por el interdicto de adquirir, en su caso.

b) *Legado determinativo del contenido de la legítima.*

22. Admitido, por nosotros que la legítima pueda ser satisfecha mediante la atribución de un legado, no podemos sentir duda alguna acerca de la posibilidad de que el testador concrete su contenido mediante uno o varios legados de cosa determinada, o incluso de una cantidad en dinero en los supuestos en los cuales puede hacerlo al amparo de los artículos 821, 829 y 1.056, § 2.º (177).

En el primer caso, parece, a primera vista, que el legitimario se hallará en situación menos favorable que en el supuesto de haber sido instituido heredero, debido a la diferente situación práctica en que

(175) "Apuntes...", II, § II, D, pp. 175 y ss., y ADC IV-IV, pp. 1406 y siguientes.

(176) *Ibid*, b, p. 165, y ADC IV-IV, p. 1396.

(177) Cfr. "Contenido cualitativo de la legítima...", n. 6, en ADC XXIV-I, páginas 35 y ss.

determinaría la respectiva aplicación, en el primer caso, del artículo 440, y, en el segundo, del artículo 885 C. c.

Conforme al artículo 440, § 1.º: “*La posesión de los bienes hereditarios se entiende transmitida al heredero sin interrupción y desde el momento de la muerte del causante, en el caso de que llegue a adirirse la herencia*”.

En otra ocasión nos hemos ocupado del origen de esta norma; de si era una aplicación de la *gewere* ideal germánica o de la *saissine*; o bien expresión de la *possessio civilissima*, elaborada en el Derecho común, ya como *facta possessio* o *possessio artificiales*, como había opinado Baldo, o como posesión *vera et propria*, según sostuvieron en general los juristas castellanos (178). Ahora sólo nos interesa recoger las consecuencias que estimamos derivadas para el heredero de esa transferencia posesoria operada por ministerio de la ley, a saber:

a) Puede ocupar la tenencia de aquellos bienes no detentados por nadie.

b) Para obtenerla dispone del interdicto de adquirir cuando la detenten meros precaristas, entendiendo esta palabra en el amplio sentido que la jurisprudencia atribuye (arts. 1.633 y 1.638, § 1.º, L.E.C.).

c) Este mismo interdicto puede ejercitarlo para que los poseedores, que no lo sean en concepto de dueño ni de usufructuario, le reconozcan su posesión a título de heredero y de dueño (arts. 1.633, § 1., y 1.638, § 1).

d) Le competen los interdictos de retener y recobrar como remedios contra la inquietación y el despojo sufridos por el causante, u ocurridos en el período intermedio entre la delación y la ocupación material, si estas acciones aún no hubieran prescrito.

En cambio, conforme al artículo 885 C. c.: “*El legatario no puede ocupar por su propia autoridad la cosa legada, sino que debe pedir su entrega y posesión al heredero o al albacea cuando éste se halle autorizado para darla*”.

Subrayamos, no obstante, que no se trata de una norma que sea esencial a la naturaleza del legado; pues, lo mismo que en el Derecho histórico, cabe —según reconoció, como hemos visto, la S. 26. octubre 1928— que el testador autorice al legatario para que se posea por sí mismo de la cosa legada, con lo cual la *successio in possessionem* del artículo 440 se desvía a éste, con todas sus consecuencias.

Siendo, pues, así que esta norma del artículo 885 no es esencial a todo legado de cosa determinada, ¿cabe deducir que es de aplicación alguna excepción, derivada de la voluntad del testador, en el supuesto de que éste haya ordenado un legado *pro legitima*?

Notemos que el Cardenal de Luca (179) ya había considerado que

(178) “Apuntes...”, II, § 6, C, pp. 285 y ss., y ADC V-III, pp. 893 y ss.

(179) DE LUCA, “Theatrum veritatis et iustitia”, Lib. XI, Pars prima de Legatis, Disc. XXI, n. 3; cfr. ed. Venetis 1716, vol. VIII, p. 31.

el legitimario no necesitaba dirigirse al heredero para tomar posesión de los bienes legados, sino que podía tomarla por sí mismo.

Este criterio lo hemos trasladado a nuestra legítima (180), basándonos en el artículo 806 C. c. Hay una cuota líquida de la herencia *reservada* por la ley a los legitimarios. Si bien en nuestro Derecho no hay delación legitimaria, es lo cierto que la disposición del causante no hace sino atribuir a los legitimarios esa porción que previamente les estaba destinada. Este destino prefijado, esta reserva legal, son datos suficientes, no sólo para justificar el inmediato tránsito de una cotitularidad indeterminada en los bienes a los legitimarios a quienes les atribuya el testador su derecho mediante un legado de cuota, sino también para entender que la posesión de la cosa cierta legada *pro legítima*—e incluso del género o cantidad contenidos en la herencia—pasen directamente en el momento de fallecer el *de cuius* al legatario-legitimario, y que éste las puede ocupar materialmente por propia autoridad si estuvieren determinadas—o para comoseerlas con los herederos, en su caso—.

c) *Donaciones en anticipo de legítima.*

23. Si la legítima puede ser cubierta con lo donado, sin duda podrá el causante concretar o determinar su contenido mediante donaciones que podrá otorgar como anticipo de legítima o, más ampliamente, con carácter colacionable.

Las donaciones en anticipo de legítima pueden ser otorgadas *mortis causa* o *inter vivos*.

α) Puede donarse *mortis causa* en anticipo de legítima (181). La determinación de ese carácter de anticipo significa un nuevo condicionamiento de la donación, que no sólo penderá de su no revocación y de la no premoriencia del donatario, sino además, tanto en su cuantía como en su eficacia, de la consolidación y extensión de los derechos legitimarios del donatario. Si éste es justamente privado de su legítima, por haber incurrido en causa probada de desheredación, la donación no se consuma, aunque el donatario no haya incurrido en causa de revocación por ingratitud. Si la donación *mortis causa* excede de la legítima estricta del donatario, o, en su caso, de la mayor porción que le corresponde en la herencia del donante, la donación no se consuma en la parte que exceda.

Notemos que si bien toda donación *mortis causa* a la que no se le señale carácter de mejora o se la dispense de colación, debe imputarse a la legítima, en cuanto quepa en ella, sólo las expresamente otorgadas como anticipo de legítima pueden considerarse condicionadas y circunscritas en los términos que hemos expresado. En mu-

(180) "Apuntes...", II, § 4, F, pp. 279 y s., o ADC V-III, pp. 887 y ss., y § 6, C, p. 285, o ADC V-III, p. 893.

(181) Cfr. nuestra conferencia "La donación *mortis causa* en el Código civil", V, en *An. Ac. Matr. del Not.* V, pp. 637, 721 y ss., y "Apuntes...", III, § 12, F, c, p. 509, o en ADC VII-II, p. 345.

chos casos ese efecto penderá de la concreta voluntad del donante, habida cuenta de las circunstancias del caso.

β) También puede donarse *inter vivos* en anticipo de legítima. En ese supuesto, sin embargo, dado el carácter naturalmente irrevocable de las donaciones *inter vivos*, no parece suficiente la expresión de dicho carácter de anticipo para que se produzcan los efectos—que antes hemos sobreañadido a las donaciones *mortis causa*—condicionantes y limitativos dependientes de la existencia y cuantía de los derechos legitimarios del donatario. Así lo entendió el Tribunal Supremo en S. 26 junio 1946, que rechazó tales efectos a una donación otorgada como anticipo de legítima y estimó que era “más lógico interpretar la referida cláusula en el sentido de que el donante trató de que quedara fuera de duda que con la donación no quería mejorar anticipadamente los derechos que en su día pudieran corresponder a sus hijos como herederos legitimarios, advertencia que realmente, dado lo dispuesto en el Código civil era innecesaria”.

Se trata, como había observado Calderón Neira (182), de un problema de interpretación: “Todo se reduce a saber cuál fue la voluntad de los contratantes, y claro es que en la interpretación de cláusula de esta naturaleza entra por mucho el objeto y el conjunto de lo estipulado en todo contrato. Pero, por regla general, y aun en la duda de cuál fue la intención de los contratantes, no puede suponerse que esta cláusula contenga una limitación a la donación dentro de la legítima misma. Las palabras subrayadas [*“que la donación se hace a cuenta de la legítima o con cargo a la legítima o como anticipo de legítima”*] pueden muy bien entenderse, y ese será su sentido habitual, que se refieren a especificar que la donación no se realiza por vía de mejora, o aún puede significar que la donación se hace *a cuenta de la vocación hereditaria*. Pero si, en efecto, apareciese que el propósito de los contratantes había sido limitar la donación a la legítima, no hay duda que la estipulación debe cumplirse y el donatario se verá obligado a devolver el exceso, en debido respeto a lo pactado”.

Por consiguiente, fuera de que se dé este último supuesto de condicionamiento, las donaciones *inter vivos* en anticipo de legítima no pueden entenderse condicionadas en su efectividad y cuantía a la legítima que al donatario le corresponda en la herencia del donante. Sin perjuicio de que puedan tener lugar, en sus supuestos respectivos, la reversión, prevista en el artículo 812, y la revocación por ingratitud, que regula el artículo 648 C. c., no creemos que puedan ser objeto de reducción en cuanto no sean inoficiosas, conforme a los artículos 636 y 654 C. c., aunque deberán ser objeto de colación en su caso (183).

(182) MANUEL CALDERÓN NEIRA, “La colación en el Código civil”, en *RGL y J CXI*, 2.º sem. 1907, pp. 132 y ss.

(183) “Apuntes...”, loc. últ. cit., d, pp. 509 y ss., y *ADC VII-II*, pp. 345 y siguientes.

d) *Donaciones colacionables.*

24. Donaciones colacionables, empleando esta palabra en su sentido estricto, son aquellas que han de traer a la cuenta de la partición los herederos forzosos que concurran en una sucesión con otros que también lo sean, según viene a expresar el artículo 1.035 C. c.

Esta significación nos muestra que si es colacionable toda donación hecha a un heredero forzoso, a quien no se le satisfaga la legítima expresamente de otro modo, este heredero forzoso al obtener una donación colacionable recibe un anticipo de la cuota particional que como tal heredero le corresponderá. Siendo así que en esa cuota se integrará el contenido de la legítima no atribuida en otra forma, la donación colacionable será, a su vez, un anticipo de tal legítima hasta cubrir el montante de ésta.

Lo que hemos dicho de las donaciones a cuenta o como anticipo de la legítima, con referencia a que éstas no se hallan condicionadas a que resulte efectivamente debida la legítima, ni limitadas al montante de ésta, podemos repetirlo aquí para las colacionables, con el aditamento de que es mayor el montante al que se colacionan, y de que su eficacia se mantiene en cuanto no resultan inoficiosas, como resulta del artículo 1.036 C. c., aunque dejen de colacionarse por no aceptar el donatario la herencia y en ese caso se mantienen incluso si exceden de la cuota particional que le correspondería a éste.

Así, la donación colacionable, aunque incondicionada, tiene, en parte al menos, carácter de anticipo de legítima —tanto si en definitiva se colaciona como si no se colaciona por no aceptar la herencia el donatario— en tanto no le haya sido cubierta a éste su legítima en otra forma de modo expreso por el *de cuius*.

e) *Dote obligatoria.*

25. Es sabido que para abarcar en su conjunto la naturaleza de la dote, es preciso distinguir dos aspectos de ella: a) como *aportación al matrimonio*, que el marido administra y usufructa —en la dote estimada— o adquiere con la obligación de devolver su valor —en la dote estimada— y que puede ser efectuada por la mujer o bien por otra persona en atención a ella, que incluso puede imponer su reversión una vez disuelto el matrimonio; y, b) como *donación* que el marido u otra persona hace a la mujer por razón del matrimonio y que durante éste se ha de someter al régimen matrimonial antes referido.

Sin embargo, este segundo aspecto no es esencial a la dote. Así hay dote sin donación cuando es la propia mujer quien aporta con carácter de dote bienes que ya le pertenecían anteriormente.

¿Es también un caso de dote sin donación la dote obligatoria, puesto que en ella falta el “acto de liberalidad”, primera de las notas que incluye la definición que el artículo 618 C. c. establece de la donación? ¿Hay en ese caso tan sólo un anticipo obligatorio de legítima, una atribución sucesoria anticipada y forzosa para el dotante?

Es cierto que Rodrigo Suárez (184) definió las donaciones *ob causam* precisamente como aquéllas “ad quam pater de necessario a iure est obligatus”; que, dando de ellas un concepto más amplio, Tello Fernández (185), incluyó los supuestos “in quibus de iure parentes possunt compelli et in omnibus casibus etiam quibus parentes compelli non possunt, si iure tamen sint expresse quod impütentur”; que Luis de Molina, S. I. (186), entendió que la ley 29 se refería a aquellas donaciones *ob causam* por las cuales “aliquid donatur filio ad aliquid necessarium, utile illi, aut pium”, y que, con este mismo criterio, Juan García Saavedra (187) explicó que en ellas la causa debe ser necesaria, sea por ley, como la dote, o por naturaleza, como lo dado para alimentos, o por honestidad, como lo dado por milicia, o por conveniencia, como lo dado para que el matrimonio tenga lugar, “quod causa sit necessaria necessitate vel naturae, vel honestitatis, vel mores, vel consuetudines...”.

Pero cuando la necesidad no sólo es “impulsivam, decentem et convenientem”, sino imposición legal compulsiva, podrá darse la *gratuidad* propia de la donación, pero no la *liberalidad* causal característica también de la donación.

En la dote que otorguen los padres a las hijas, debemos distinguir la constituida voluntariamente, aunque impulsada por deberes naturales, por usos o costumbres, o por conveniencia; y la constituida por obligación legal. La primera es una verdadera donación, aunque causal; a la segunda hemos dicho que le falta el requisito de la liberalidad y propiamente sólo es un anticipo de legítima (188).

26. El origen de la obligación de dotar a las hijas impuesta a sus padres si no fueran pobres, se halla en el Derecho romano. Se ha discutido si fue introducida por la *lex Iulia* o bien más tarde por una constitución de Severo y Caracalla (189). Lo cierto es que la vemos regulada en el Digesto XLII-I, 21, 22 pr., XXIV-III, 1, pr. 15, párrafo 2.º y 16, y en el Código, V-XI, 7, y recogida con variantes en las leyes 8 y 9 del tít. XI de la 4.ª Partida.

(184) RODRIGO SUÁREZ, “Repet, legis “Quoniam in prioribus...””, *Declaratio legis regni*, § 5 *quæro*, núm. 10, p. 546.

(185) TELLO FERNÁNDEZ, op. cit., lex 26 et 28, n. 4, fol. 222.

(186) LUIS DE MOLINA, S. I., op. cit., Disp. 238, col. 1478 D y 1479 A.

(187) JUAN GARCÍA SAAVEDRA, “Tractatus de donatione remuneratoria”, n. 49 y n. 49 vers. *Sit item verissimum*, cfr. ed. Amsteledami 1669, páginas 40 y s. y p. 35.

(188) OTERO VALENTÍN, “Anticipos de legítima”, X, 4, p. 95, comenta: “Tratándose de la dote, si bien el artículo 1.035 del Código civil la considera título lucrativo, apreciada su constitución se ve desde luego que precisamente en las dotes forzosas no hay liberalidad ni para los obligados a dotar; ni lo es para esposo, o marido, que recibe los bienes dotales; no lo es para aquéllos en cuanto lo realizan para cumplir su obligación legal, es decir, lo verifican forzosamente, y esto no puede considerarse nunca liberalidad...”.

(189) Cfr. LACRUZ BERDEJO, “La constitución obligatoria de la dote”, en *R. J. de Cataluña* LVIII, septiembre-octubre 1954, pp. 408 y ss., “Dote”, III, A, en *Nueva Enciclopedia Jurídica*, § E1X, vol VII, Barcelona 1955, p. 836, o en *Estudios de Derecho civil*, Barcelona 1958, pp. 325 y ss.

Pero ni el Derecho romano ni el Derecho Real castellano establecieron la cuantía de la dote obligatoria. Al contrario, la ley 29 de Toro estableció para la dote voluntaria una *facultas eligendi* del marido para que, a fin de juzgar si la dote era inoficiosa, se atendiera al tiempo de prometerse u otorgarse—primera opción que salvaguardaba de las ulteriores dilapidaciones de los padres—o bien al momento del fallecimiento del dotante. Y la Pragmática de Madrid de 1534, inserta en la ley 1, tít. II, lib. V, de la Nueva y la Novísima Recopilación, estableció un límite máximo al prohibir que las hijas fuesen, expresa o tácitamente, mejoradas en contrato entre vivos por razón de dote, discutiendo los autores si ese límite máximo fijado lo constituía una parte viril de todo el caudal (opinión de Angulo) o bien una parte viril del remanente después de deducidas las mejoras de tercio y quinto (criterio de Ayerve de Ayora) (190).

El Código civil, en cambio, no señala límite máximo especial para la dote voluntaria, por lo cual le será de aplicación el artículo 636; pero señala un límite mínimo que constituye la dote obligatoria. En esa medida, la dote obligatoria es regulada por los artículos 1.340, 1.341, 1.342 y 1.343. En lo que exceda de ese mínimo, la S. 18 diciembre 1951 declara que regirán las normas de la dote voluntaria, de modo tal que el padre no está obligado a afianzar ese exceso.

27. El Código civil regula la dote obligatoria en sus artículos 1.340, 1.341 y 1.342, redactados en los siguientes términos (191), después de la reforma de 24 abril 1958 que afectó a los dos primeros:

Art. 1.340. *“El padre o la madre, o el que de ellos viviese, están obligados a dotar a su hijas legítimas fuera del caso en que necesitando éstas la licencia de aquéllos para contraer matrimonio con arreglo a la ley, se casen sin obtenerla ni obtener tampoco la autorización equivalente, conforme al artículo 49 de este Código”.*

Art. 1.341. *“La dote obligatoria a que se refiere el artículo anterior consistirá en la mitad de la legítima rigurosa presunta. Si la hija tuviese bienes equivalentes a la mitad de su legítima, cesará esta obligación, y si el valor de sus bienes no llegare a la mitad de la legítima, suplirá el dotante lo que falte para completarla.*

“En todo caso, queda prohibida la pesquisa de la fortuna de los padres para determinar la cuantía de la dote, y los Tribunales, en acto de jurisdicción voluntaria, harán la regulación sin más investigación que las declaraciones de los mismos padres dotantes y la de los parientes más próximos de la hija, mayores de edad, uno de la línea paterna y otro de la materna, residentes en la misma localidad o dentro del partido judicial.

(190) Cfr. nuestros “Apuntes...”, III, § 6, B, b, p. 381, y ADC VII-IV, página 1067.

(191) Los transcribimos de la edición crítica de Jerónimo López y Carlos Melon, quienes destacan las muchas, aunque pequeñas, variantes que se observan en las diversas versiones del Código civil, en especial en la sustitución de “dotante” y “dotantes” por “donante” y “donantes” (cfr. páginas 362 y ss., nota al art. 1.341).

"A falta de parientes mayores de edad, resolverán los Tribunales: a su prudente arbitrio, sólo con las declaraciones de los padres".

Art. 1.342. "Los padres pueden cumplir la obligación de dotar a sus hijas, bien entregándoles el capital de la dote, o bien abonándoles una renta anual como frutos o intereses del mismo".

La reforma de 1957 añadió al artículo 1.340 el inciso final "ni obtener tampoco la autorización equivalente, conforme al artículo 49 de este Código". Adición de una trascendencia sustancial que ha resuelto más de un siglo después una pregunta de García Goyena (192), "*Qui dote dare non volunt prohibent: prohibere videtur et qui conditionem non quaerit*, dice con ingenio y solidez la ley 19, título 2, libro 23 del Digesto: ¿de qué servirá el artículo 51, si quedará siempre en mano del padre, o de la madre, un medio indirecto para entorpecer o prohibir el matrimonio de las hijas?".

En el artículo 1.341 la reforma de 1958 suprimió la palabra "varones", después de "parientes más próximos" y antes de "mayores de edad", que aparecía como requisito en el texto originario del Código civil.

El antecedente de los artículos 1.340 y 1.341 en la tarea codificadora lo hallamos en los 1.361 y 1.362 del Anteproyecto 1882-1888, que, a su vez, se remite al artículo 1.269 del Proyecto de 1851 y al 204 francés, en el primero, y también al 1.269 de 1851, y además a los artículos 1.220 al 1.224 y 1.226 al 1.231 austríacos, en el segundo (193). El artículo 1.342 es novedad respecto al Anteproyecto y al Proyecto citados.

De especial interés son los comentarios de García Goyena (194) al referido artículo 1.269 del Proyecto de 1951 (195). En ellos puede leerse:

"El 204 francés dispone rotundamente y en términos generales lo contrario, dando la preferencia al derecho, por decirlo así, *foral* o de las *provincias de costumbres* sobre el Romano, o de *provincias de derecho escrito*"... "El artículo 194 Napolitano, también lo copia en lo tocante a los hijos, añadiendo: «Pero la hija tiene derecho a ser dotada por el padre; en su defecto, por el abuelo paterno; en seguida por la madre»; el 117 Sardo, conviene con el Napolitano,

(192) FLORENCIO GARCÍA GOYENA, "Corcordancias...", art. 1.269, vol. III, página 283.

(193) Cfr. la cit. versión cuidada y anotada por PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, pp. 439 y ss.

(194) GARCÍA GOYENA, loc. últ. cit., pp. 282 y s.

(195) Dice el artículo 1.269, Proy. 1.851:

"El padre y la madre, o el que de ellos viviere, están obligados a dotar a sus hijas legítimas fuera del caso en que, necesitando su consentimiento para contraer matrimonio con arreglo a la ley, se casaren sin obtenerlo. Esta dote consistirá en la mitad de la legítima rigurosamente presunta.

"Si la hija tuviere bienes equivalentes a la mitad de su legítima, cesará esta obligación; y si el valor de sus bienes no llegare a la mitad de la legítima, suplirá el dotante lo que faltare.

"El juez hará la regulación sin más investigaciones que la declaración de los padres dotantes y la de los parientes más próximos de la hija que sean mayores de edad, uno de la línea paterna y otro de la materna".

salvo que se limita a la hija que no tiene suficientes bienes propios suyos; el 1.525, también Sardo, deja al Tribunal que fije la dote sin rigurosa investigación del patrimonio paterno, y sin que exceda la mitad de la legítima presunta"... "Por Derecho romano, el padre estaba obligado aun a la hija rica, ley 7, título 11, libro 5, del Código, y lo mismo por la ley 8, título 11, Partida 4: esta obligación alcanzaba en ambos derechos al abuelo y bisabuelo paternos por razón de la patria potestad, salvo que la ley 8 de Partida dispensaba de ella siendo rica la nieta"... "por la ley 9 de Partida sólo hay un caso obligatorio para la madre, si ella es hereje, mora o judía y la hija cristiana católica. En tanta variedad de legislaciones, la Comisión se decidió por conservar la vigente, pero acomodándola a las alteraciones hechas en la patria potestad respecto de la madre, y con otras modificaciones dictadas por la equidad y la sana razón respecto de la hija rica".

Y prosigue: "Entre la dote, la legítima y los alimentos, hay cierta afinidad y analogía —¿Es, o no, digno de favor el matrimonio? ¿Debe, o no, promoverse y alentarse?—. ¿No ganan en la facilidad y multiplicación de los matrimonios la moral y prosperidad públicas? La afirmación es indeclinable. ¿Y podrá negarse que la dote es un medio y estímulo poderoso para la consecución de tan loable e interesante objeto?..."

Luego glosa el texto del artículo, y de esa exégesis resultan aquí especialmente interesantes los dos siguientes comentarios:

"*El padre y la madre*: cuando la madre suceda al padre en la patria potestad, o él sea pobre y ella rica; de todos modos, esta obligación no alcanza a los abuelos, que nunca tienen patria potestad sobre la nieta, y que ya proveyeron al matrimonio de los padres de ella; pero la obligación queda modificada por el artículo 1.330." (Este ponía a cargo de la sociedad conyugal el importe de lo dado o prometido para colocación de los hijos comunes por el marido solamente o por ambos cónyuges de común acuerdo "cuando no hubiesen éstos pactado que se haya de satisfacer con los bienes propios de uno de ellos en todo o en parte". Es decir, es el precedente del vigente 1.343 C. c. que señala en iguales supuestos la siguiente imputación: bienes de la sociedad conyugal; si no los hubiere, por mitad, o en la proporción en que los padres se hubiesen obligado respectivamente, con los bienes propios de cada cónyuge; y sólo con los de la mujer, si ésta dotare por sí sola.)

"*Esta dote, etc.*: hasta el fin del artículo viene a ser el pensamiento del 117 y 1.525 Sardos, pero mejorados como resulta de su material cotejo con el nuestro, que fija la vaguedad del 117 en las palabras *suficientes* bienes propios suyos (de la hija), y añade el 1.525 la circunstancia interesante y decorosa de haber de oír el juez a *los dos parientes más próximos de la hija, etc.*

"Todos los autores convenían en tomar por tipo de la dote la legítima presunta de la hija al tiempo de constituirse aquélla: los juicios para esta averiguación eran largos, difíciles, de mucho coste, y sobre todo odiosos: el artículo ataja todos estos inconvenientes, haciendo del juez un árbitro arbitrador amigable componedor, un

varón bueno, de cuya conciencia y decisión no haya ulterior recurso, pues a las consideraciones dichas se agrega la de no causarse un daño irreparable.”

28. Del régimen vigente de la dote obligatoria, aquí nos interesa cuanto atañe a su carácter de anticipo forzoso de legítima.

En este aspecto hay que observar la evidente inexactitud de lo considerado, en un *obiter dicta*, por la S. 18 diciembre 1951, al decir que el artículo 1.341 pone un tope a la dote obligatoria “en términos similares a los establecidos anteriormente en el Derecho patrio, singularmente en las leyes 6 y 7 del título tercero, libro X de la Novísima recopilación, como medio de evitar los daños y desórdenes a que pueden conducir las dotes excesivas”. No es así, pues una y otra disposición se sitúan en planos distintos: la ley castellana fijó para las liberalidades excesivas por razón de dote voluntaria un tope menor que el puesto por inoficiosidad a las demás donaciones; el artículo 1.341 señala la cuantía de la dote obligatoria, que quedaba indeterminada en el Derecho anterior.

Es decir, en el texto que comentamos, no entra en cuestión el tope máximo de la dote voluntaria, sino que, fijada su cuantía mínima, se plantea la determinación del carácter y naturaleza de la dote obligatoria, de los cuales como corolarios deben deducirse:

— su destino en caso de premoriencia, indignidad o desheredación de la dotada:

— su reducción o no en cuanto a su exceso sobre la legítima rigurosa de la dotada, si el causante no asignó a ésta mayor porción en su herencia con el carácter de dote voluntaria.

α) Respecto de la primera cuestión, Otero Valentín (196) adujo el artículo 812 C. c. como determinante de la reversión si la dotada premuriera al dotante sin dejar descendencia. Nosotros (197) hemos entendido que la naturaleza de anticipo obligatorio de legítima, debería determinar en caso de premorir la dotada —al margen del artículo 812 C. c.— la reversión a los dotantes de los bienes objeto de la dote obligatoria; aunque la dotada dejase descendencia. Ahora bien, debido al carácter que su causa matrimonial imprime a la dote, entendemos que debe distinguirse según la dotada deje hijos del matrimonio en cuestión —en cuyo caso no debe haber restitución— o bien no deje ninguno o los deje de otro matrimonio, supuestos en los cuales estimamos procedente la reversión de la dote obligatoria sin perjuicio de la legítima que, al fallecer el abuelo dotante, pueda corresponder en la herencia de éste a los hijos que la dotada hubiese dejado de otro matrimonio por el que no se le dotó. Lo mismo creemos en los casos de indignidad o de desheredación de la dotada; de los cuales, salvando los casos en que su causa lo sea además de revocación por ingratitud, no podrá juzgarse hasta el fallecimiento de ella y sin perjuicio de los derechos que, conforme a los artículos

(196) OTERO VALENTÍN, op. cit., cap. X, C, pp. 105 y s.

(197) Cfr. “Apuntes...”, III, § 12, E, a, p. 508, y ADC VII-II, p. 344.

761 y 857, correspondan en su día a los hijos de la dotada en la herencia del abuelo o abuela dotantes.

β) En cuanto a la segunda cuestión creemos, con Manresa (198), que en su día “se determinará con exactitud la legítima y se procederá a completarla o a reducirla si fuere necesario” —corrección que puede dimanar no sólo de cambio de fortuna, sino también de “que aumente o disminuya el número de herederos forzosos desde la época de la dote”— y, con Scaevola (199), que el artículo 1.341: “Aspira solamente a un cómputo aproximado de aquello a que tendrá derecho indiscutible, por regla general, en el día de mañana la hija, para, en su vista, deducir una mitad que habrá de adjudicarse como anticipación de lo debido y a reserva y con la contingencia de ser devuelto en parte si no alcanza a tanto la participación legitimaria que se calculó, o todo, si esa herencia comprende más bien un pasivo que un activo, o tenido como recibido y a cuenta de lo que aún reste por entregar del caudal hereditario del que salió la dote, aun cuando no se tome como punto de partida más que la legítima estricta, la que en el artículo 1.341 se llama *legítima rigurosa*.”

No se trata sólo “de la reducción que en su día al colacionar se hiciere en cuanto al exceso”, ni de la inoficiosidad que resulte según “lo dispuesto en los artículos 820 y 821 del Código civil” (art. 654), reducciones a las que pareció limitarse Otero Valentín (200). Estas reducciones se refieren a las donaciones propiamente dichas y, por tanto, a las dotes que sean verdaderamente donaciones. Notemos, además, que la reducción por colación es evitable “*si el donatario repudiare la herencia, salvo el caso en que la donación deba reducirse por inoficiosa*” (art. 1.036, inc. 2.º C. c.), y los artículos 820, 821 y 654 se refieren a la reducción de lo inoficioso y no del exceso sobre la legítima. En cambio, la reducción de la dote obligatoria, si al fallecer el dotante la dotada no tiene derecho sino a la legítima estricta, deriva de la propia causa de la dote que de por sí implica esa limitación, y sería un contrasentido que lo obligatoriamente dotado a cuenta de la legítima estricta de la dotada, tuviere que mantenerse aunque resultare que excedía del montante de ésta.

f) *La mera entrega de bienes como anticipo de legítima.*

29. ¿Tienen entidad jurídica las simples entregas de bienes que sin implicar donación “inter vivos” son efectuadas como anticipos de legítima? Es decir, ¿cabe un anticipo de legítima que no sea donación, sino simple entrega de bienes, que tenga sólo plena y definitiva eficacia jurídica al fallecer el causante? (201).

(198) MANRESA, op. cit., vol. IX, arts. 1.340 a 1.343, V, 4.ª ed. Madrid 1930, pp. 271 y ss.

(199) SCAEVOLA, op. cit., vol. XXI, art. 1.343, B, a, cfr. ed. Madrid 1904, páginas 417 y s.

(200) OTERO VALENTÍN, op. y cap. cit., B, 1.º, p. 89.

(201) OTERO VALENTÍN (op. cit., cap. VIII, pp. 68 y s., cap. X, B, pp. 89 y ss., cap. XIII, pp. 117 y ss.). Les aplica la forma y efectos de las donaciones *inter vivos*, de su colación por los mismos receptores o por sus hijos (artículo 1.038, § 1) y de la reversión del artículo 812 C. c.

Hemos visto que la dote obligatoria es verdaderamente un anticipo forzoso de legítima que no implica donación por sí sola.

¿Cabe también que se asigne este concepto a la dote voluntaria sin que ésta constituya una donación *inter vivos*? ¿Cabe establecer un paralelismo entre esa posible figura y la mejora con entrega de bienes que no implique donación *inter vivos*? ¿Siendo así se tratará de donaciones *mortis causa*, o de donaciones *inter vivos*, ya sea bajo la condición suspensiva de que cristalice la legítima en pago de la cual se hace el anticipo, o bien bajo la condición resolutoria de que no llegue a tener esa efectividad?

Creemos que la mera entrega como anticipo puede:

α) Ser un simple anticipo material de una disposición testamentaria o de un acto particional del testador verificado al amparo del artículo 1.056 C. c., supuestos en los cuales además deberá apoyarse en una disposición testamentaria conforme ha declarado reiteradamente el Tribunal Supremo (SS. 13 junio 1903, 9 julio 1940, 6 marzo 1945).

β) Tener sustantividad propia, en caso de ser efectuada:

— en capitulaciones matrimoniales o en contrato oneroso con un tercero, por aplicación analógica del artículo 827 C. c.;

— en donación *mortis causa*, cumpliendo los requisitos necesarios para su validez (art. 620 C. c.);

— dándole configuración de donación *inter vivos* condicionada—sea suspensiva o resolutoriamente— a la cristalización de la legítima, a la cual es referido el anticipo (arts. 621, en rel. 1.114, y artículo 641 C. c.).

En todos estos casos la eficacia traslativa de la entrega de bienes penderá de que la legítima de la que sea anticipo llegue a ser exigible por el mismo beneficiario o, en representación suya, por sus hijos o descendientes legítimos.

En cuanto a su reducción en lo que su valor exceda de dicha legítima, habrá que estarse en primer lugar a la intención del causante conforme las normas interpretativas adecuadas. También dependerá de si, además, al beneficiario le corresponde algo más que su legítima en la herencia del causante, a la cual pueda imputarse dicho exceso. De no resultar otra interpretación más adecuada o de no existir mayor participación hereditaria a la que pueda aplicarse el anticipo, el exceso de éste respecto a la legítima deberá ser restituido como cosa hereditaria ajena al legitimario tenedor (202).

g) *Partición "parentem inter liberos"*.

30. Es sabido que varios textos del "Corpus Iuris" se refieren a la partición hecha por el testador, entre ellas una Constitución de Diocleciano y Maximino (Cod. X-XXXVI, 21), otra de Gordiano (Cod. III-XXXVI, 10), que con mayor amplitud habla de la partición hecha por el testador y las Novelas XVIII, cap. IV y CVII, cap. III de Justiniano; la ley 7, tít. de la 6.^a Partida que se ocupa conjuntamente del testamento *parentem inter liberos* y de la *divissio parentis*

(202) Cfr. "Apuntes...", loc. últ. cit., b. p. 509, y ADC VII-II, p. 345.

inter vivos y determina su forma y requisitos y la ley 9, tít. XV de la misma Partida.

El Código civil español contiene tres preceptos al respecto:

Art. 1.056, § 1.º: “Cuando el testador *hiciera por acto entre vivos o por última voluntad, la partición de sus bienes, se pasará por ella, en cuanto no perjudique a la legítima de los herederos forzosos*” (203).

Art. 1.070: “La obligación a que se refiere el artículo anterior [obligación de evicción y saneamiento] sólo cesará en los siguientes casos: 1.º Cuando el mismo testador hubiese hecho la partición, a no ser que aparezca, o racionalmente se presuma, haber querido lo contrario, salva siempre la legítima... (204).

Art. 1.075: “La partición hecha por el difunto no puede ser impugnada por causa de lesión, sino en el caso de que perjudique la legítima de los herederos forzosos o cuando aparezca, o racionalmente se presuma, que fue otra la voluntad del testador” (205).

En contra de alguna opinión aislada que había entendido autorizada la partición *inter vivos* sin necesidad de apoyarse en disposiciones testamentarias, ni seguir las normas de la sucesión intestada (206) y de quienes admitieron la posibilidad de que tomaran estas

(203) Sus precedentes legislativos son:

- el artículo 899 del Proyecto 1.851: “Cuando el difunto hizo por actos *intervivos* o por última voluntad la partición de sus bienes, se pasará por ella en cuanto no perjudique a la legítima de los herederos forzosos” (GARCÍA GOYENA, op. cit., vol. II, p. 265, señaló como antecedentes el artículo 1.225 del Código de la Luisiana, la ley 10, tít. 36, libro 3, Código; la ley 7, tít. 1, Partida 6, y la ley 19 de Toro, que permitió al padre y al abuelo señalar la mejora en cosa determinada; el artículo 1.073, § 1.º, del Anteproyecto 1882-1888: “Cuando el testador *hiciera, por acto entre vivos o por última voluntad, la partición de sus bienes, se pasará por ella, en cuanto no perjudique a la legítima de los herederos forzosos*” (Nótese en este texto el cambio de las palabras “*difunto*” por “*testador*”).

(204) Son sus precedentes legislativos:

- el artículo 918, Proj. 1851: “La obligación señalada en el artículo anterior [de evicción y saneamiento] cesa cuando el mismo difunto hizo la partición, a no ser que aparezca o racionalmente se presuma haber querido lo contrario” (Notó GARCÍA GOYENA, op. y vol. últ cit., página 275, que esa regla era absoluta en la ley 77, párrafo 8, lib. 31 del Digesto y la 9, tít. 15, Partida 6, que no admitían la excepción del artículo, como rigurosamente la interpretó ANTONIO GÓMEZ, Var. Resol. II, cap. II, n. 34, mientras GREGORIO LÓPEZ, al fin de la glosa 2, a la cit. ley de Partidas, sobreentendió esa limitación: “*nisi constaret de voluntate testatoris fuisse, quod acquilitas esset inter heredes servanda*”);
- el artículo 1.087, núm. 1, Anteproyecto 1.882-8: “Cuando el mismo propietario o dueño de la finca hubiere hecho en vida la partición; a no ser que aparezca, o racionalmente se presuma, haber querido lo contrario [respecto de la obligación de evicción y saneamiento], y salva siempre la legítima”.

(205) Es precedente legislativo suyo el artículo 923, Proyecto 1.851: “La partición hecha por el difunto no puede ser impugnada por causa de lesión, salvo las excepciones de los artículos 899 y 918”.

(206) Opinión sostenida por RAFAEL MARÍN LÁZARO, “La partición de la herencia hecha por acto *inter vivos*”, en RGLyJ CLXXVI, 2.º sem. 1944, páginas 213 y ss., y por LINO RODRÍGUEZ ARIAS BUSTAMANTE, “Efectos de la

normas como pauta (207), lo cierto es que, de acuerdo con el criterio de la mayor parte de la doctrina (208), ha declarado el Tribunal Supremo, en SS. 6 marzo 1917 y 6 marzo 1945 que solamente puede partir el causante-testador, pues “la facultad que concede el artículo 1.056 supone y requiere un testamento previo o ulterior, en el que se disponga o se exprese el deseo de atemperarse a las normas de la ley, o sea, las de la sucesión intestada”. Criterio que interpreta, o tal vez desvía, el sentido de un considerando de la S. 13 junio 1906 de atemperarse a las normas de la sucesión intestada exigiendo, para ello, como necesidad un testamento en el cual el padre partidor se remita a ellas expresamente.

Así en la partición hecha por el testador, en la cual éste concreta la atribución de la legítima mediante la asignación de bienes determinados, esa concreción se puede referir: 1.º, a una disposición de la legítima a título de herencia; o, 2.º, a su disposición como legado de parte alícuota. Esta diferencia puede repercutir en la responsabilidad por las deudas hereditarias del legitimario a quien se le concrete el contenido de su legítima en la partición hecha por el testador, según sea de herencia o de legado parciario el título de la disposición testamentaria de la legítima (209):

α) El testador que atribuyó al legitimario el carácter de heredero da lugar a que se le aplique a éste la norma del artículo 1.084 Código civil, si se diere su supuesto, del mismo modo que a cualquier heredero después de la partición.

β) En cambio, en caso de que la atribución hubiese sido hecha como legado de parte alícuota, el legitimario no responderá sino *cum viribus* y a prorrata. No olvidemos que, aun cuando la legítima es un activo líquido, se calcula computando lo donado, por lo cual puede ocurrir que lo recibido por un legitimario en la partición efectuada por el testador consista en bienes de su haber relicto reducible por los acreedores y que, en ese caso, aquél sólo podrá completar, si no hay otros bienes relictos, mediante el ejercicio de la acción de reducción de donaciones, no ejercitable por los acreedores.

31. El punto fundamental más discutible en esta materia se concreta a la posibilidad de rescisión de la partición por causa de lesión, y a la paralela de si de ella pueden dimanar obligaciones de evicción y de saneamiento. Se trata de precisar las excepciones a la regla general de que en la partición hecha por el testador:

1.º No tiene lugar la obligación de evicción y saneamiento (artículo, núm. 1.º, inc. 1.º).

partición “inter vivos” que regula el artículo 1.056 del Código civil”, en *RGL y J CXCL*, primer sem. 1952, pp. 317 y s.

(207) Tales como DE BUEN, *Notas* cits. al *Colin y Capitant*, vol. VIII, página 434, y ROCA SASTRE, “Estudios...”, vol. II, p. 379.

(208) Así, LÓPEZ R. GÓMEZ, MANRESA, SCAEVOLA, SÁNCHEZ ROMÁN, CONAN, DE DIEGO, VALVERDE, CASTÁN TOBEÑAS, BONET RAMÓN, ALBALADEJO, etc. (cfr. la nota 238, c, de nuestros “Apuntes...”, II parte, p. 191, o *ADC IV-IV*, página 1422.

(209) Cfr. “Apuntes...”, II, § 3, B, p. 186, o en *ADC IV-IV*, p. 1417, y § 6, F, pp. 298, o *ADC V-III*, pp. 906 y ss.

2.º Ni puede ser impugnada por lesión en más de la cuarta parte (art. 1.075, inc. 1.º).

Como aquí lo que es objeto de nuestro estudio se refiere a la concreción de la legítima en la partición efectuada por el testador, nuestro tema se circunscribe a los supuestos contrapuestos: 1.º, de que se haya producido lesión en la legítima; y 2.º, de que a un heredero o legatario de parte alícuota, a quien sólo se le hubiera legado o instituido en lo que por legítima le correspondiera, se le asignen en la partición bienes que, con un criterio valorativo, tal vez más adecuado, habrían de estimarse en un valor superior a ella. Trataremos de estudiar sucesivamente ambas hipótesis.

a) *Que en la partición efectuada por el testador se produzca lesión de alguna legítima o se dé el supuesto de que sea precisa la evicción o el saneamiento para salvaguardar su contenido cuantitativo.*

La ley 9, tít. XV, Partida 6.ª, en su apartado final, exceptuó del deber de evicción —“*de facerle emienda*”—, si al heredero se le demandase alguna cosa y fuese vencido en juicio en el siguiente supuesto: “*Pero si el padre, o el testador, partiesse el mismo la heredad en su vida entre los herederos a su finamiento, si despues que el finasse, venciessen alguno dellos en juyzio alguna de las cosas que le vinieron en su parte, estonce los otros herederos non serian tenudos de facerle enmienda alguna.*”

Gregorio López (210) glosó que la regla exceptuada se había tomado del Dig. XXXI-único, 77, § 8, y que la excepción resultaba del Cód. III-XXVIII, 36, que la establecía sólo para el caso en que quedare a salvo la legítima. Requisito de esa excepción que vemos subrayado de modo general por los autores (211).

Esta excepción es recogida en el Código civil conforme al criterio del artículo 1.056, § 2.º: “*se pasará por ella, en cuanto no perjudique la legítima de los herederos forzosos*”, tanto respecto a la excepción de evicción y saneamiento como a la no rescisión por lesión, respectivamente, en los artículos 1.070, núm. 1 (“*salva siempre la legítima*”) y 1.075 (“*sino en el caso de que perjudique la legítima de los herederos forzosos*”). No puede ser más lógico este criterio, pues el cómputo de la legítima, como vimos en otro trabajo (212), al no depender la cuantía de ésta de la voluntad del testador, escapa de su criterio de valoración puramente subjetiva, y ha de evaluarse

(210) GREGORIO LÓPEZ, glosa a las palabras “*partiesse el mismo*”, 2.ª a la ley 9, tít. XVI, 6.ª P., o 54 de dicho título; cfr. ed. cit., vol. III, p. 740.

(211) Cfr. ANTONIO GÓMEZ, “*Variae...*”, II, cap. II, n. 34, vers. *Quod tamem singulariter intellige* (cfr. ed. cit., p. 217); AYERVE DE AYORA, “*Tractatus de partitionibus bonorum*”, III Pars., Quaest. IX, n. 24 al final (ed. Granada 1586, fol. 129 vto.); PEDRO SANZ MORQUECHO, “*Tractatus de bonorum divisione*”, Lib. I, cap. VIII, n. 14, cfr. ed. Matriti 1601, p. 60; JUAN AYLLÓN LÁINEZ, d. a las varias de A. GÓMEZ, ed. II-II, núm. 35, vers. *Advertendum tamen est* (cfr. ed. cit., p. 115).

(212) “*Aspecto cuantitativo de las legítimas*”, 10, en ADC XXIV-I, p. 28.

del modo más objetivo posible, a falta de acuerdo, por arbitrio judicial.

Notemos que, como ha declarado la Res. 16 noviembre 1922, el artículo 1.056 y menos el 1.075 no exigen una demostración *a priori* de que la partición no perjudica a los herederos legitimarios, sino que ordenan se pase por ella, reservando las acciones de impugnación a los lesionados.

De lo referente a los remedios de que dispone el legitimario en caso de haber sufrido lesión en la partición nos corresponderá ocuparnos al tratar de la protección normativa de la legítima.

b) *Supuesto de que, en la partición efectuada por el testador, a un legitimario, a favor del cual sólo hubiese dispuesto de su legítima estricta, se le hubieran adjudicado bienes que estimados con un criterio más objetivo de valoración excederían del montante de aquélla.*

32. Al tratar de la excepción prevista por la ley 9, tít. XV de la 6.^a Partida, de la responsabilidad por evicción en el caso de haber sido efectuada la partición por el propio testador, Gregorio López, al final de la glosa antes citada, subexceptuó, siguiendo la opinión de Decio, “el caso en que constare ser la intención del testador que hubiera igualdad entre los herederos”. Esta excepción, en cambio, no fue recogida por Antonio Gómez (213) ni por Ayerve de Ayora (214); pero sí por otros autores, como los Hermosilla (215), Sanz Morquecho (216), Ayllón Lainez (217), que repiten con casi las mismas palabras la afirmación de Gregorio López, “nissi aequalitas, inter heredes servaretur”, como dice Hermosilla, o “nisi constaret de voluntate patris fuisse quod inter filios aequalitas servaretur”, como expresa Sanz Morquecho, quien añade: “Ut puta, quia dixit, quod integrum ius quilibet haberet”. Es de subrayar la importancia de esta aclaración que nos muestra cómo, para la constancia de esa voluntad del padre, era preciso que éste, a su disposición, v. gr., instituyendo a sus hijos por partes iguales o en la proporción que fuera, añadiese una declaración expresa de su voluntad de que guardara íntegramente esa igualdad o proporcionalidad, o que se recibiera totalmente la participación asignada.

Introducidas estas limitaciones en los artículos 918 y 923 del Proyecto de 1851 (218), de acuerdo con el criterio expuesto por Gre-

(213) A. GÓMEZ, loc. últ. cit., n. 34. pp. 217 y s.

(214) AYERVE DE AYORA, *Quaest. cit.*, nn. 21 y 23, fol. 428 vto., 429 y vto.

(215) GASPAR, JUAN y SEBASTIÁN DE HERMOSILLA, “Notae, additiones et resolutiones ad glosas legum Partitarum D. Gregorii Lopetii”, vol. II, gl. y annot. tít. V, lex XXXII addit. gloss. 1, n. 110, cfr. 4.^a ed. Colloniae Allobrogum 1751, p. 508.

(216) SANZ MORQUECHO, loc. últ. cit., n. 15.

(217) AYLLÓN LÁINEZ, loc. últ. cit.

(218) JERÓNIMO LÓPEZ y CARLOS MELÓN, en sus notas a los artículos 1.070 y 1.075 del Código civil, se remiten a su nota al artículo 675 (pp. 308 y 309 y 229, respectivamente), en la que se lee: “Ante la diversidad de expresión entre la ed. primitiva y la reformada, es conveniente advertir que en este caso y otros análogos, los verbos “parecer” y “aparecer” se utilizan

gorio López, como antes hemos visto explicar a García Goyena, pasaron al Código civil que las recoge: para la evicción y el saneamiento en el artículo 1.070, núm. 1: “*a no ser que aparezca, o racionalmente se presuma, haber querido lo contrario*” [el “testador” que “hubiese hecho la partición”]; y, para la lesión, en el artículo 1.075, inc. final: “*o de que aparezca o racionalmente se presuma que fue otra la voluntad del testador*” (219).

La afirmación del artículo 1.056, § 1, de que “*se pasará por ella* [es decir, por la partición que “el testador hiciera por acto entre vivos o por última voluntad”], *en cuanto no perjudique a la legítima de los herederos forzosos*”, ha llevado a la mayor parte de los autores a entender que este artículo concede al testador una facultad amplísima para hacer la partición, sin otro límite que el de guardar el respeto debido a las legítimas (220). Por lo cual, *tan sólo si de la interpretación de la voluntad del testador resultare que éste quería que tuviera lugar la rescisión por lesión o el saneamiento por evicción*, se hallaría abierto el ejercicio de estas acciones para quien sufriese la lesión o la evicción.

El Tribunal Supremo, aunque en S. 13 julio 1903 pareció exigir que en la partición el causante se atuviera al acto dispositivo, ha declarado reiteradamente que el testador goza de una amplia libertad para partir, sin más límite que el de no perjudicar la legítima (SS. 28 diciembre 1896, 17 mayo 1910, 11 marzo 1922, 8 mayo 1926, 3 diciembre 1931, 7 enero 1942 y muy particularmente la antes citada de 6 marzo 1945) y de igual modo la Dirección General de los Registros y el Notariado en Rs. 16 noviembre 1922 y 15 julio 1943.

Sin embargo, el tema ha sido muy discutido y merece ser exami-

en el Código como sinónimos (véanse los artículos 779, 797, 1.070, 1.º, 1.075); *lo mismo ocurre en el texto del Proyecto de Código civil, libro III* (artículos 670, 780, 804 y 1.087), *y en sus precedentes. Hemos citado sólo intencionadamente las normas relativas a la sucesión testamentaria*”.

(219) Cfr. *supra* notas 201 y 202.

(220) Cfr. LÓPEZ R. GÓMEZ, op. cit., vol. II, cap. X, n. 33, pp. 321 y ss.; FALCÓN, op. y vol. cit., cap. III, sec. 6.º, párrafo IV, n. 4, p. 449; MANRESA, op. cit., vol. VII, arts. 1.056 a 1.060, I, 1.º, pp. 639 y ss., y art. 1.069 a 1.071, IV, pp. 749 y s.; SCAEVOLA, op. cit., vol. XVIII, arts. 1.074 a 1.079, páginas 444 y ss.; MAURA, “Dictámenes”, vol. IV, ed. Madrid 1930, p. 260; COVIÁN, “Partición de herencia”, en *Enciclopedia Jurídica Española SEIX*, tomo XXIV, pp. 359 y 382; DE BUEN, *Notas* cit., T. VIII, cap. IV, sec. VIII, párrafo 3.º, p. 433; CASTÁN TOBEÑAS, “Derecho civil...”, vol. XI-I, § CXLII 3, y § CXLIV, 2, B, ed. Madrid 1960, pp. 271 y 319; MARÍN LÁZARO, loc. últ. cit., página 231; ROCA SASTRE, *Notas*, al “Derecho de Sucesiones” de Kipp, II, párrafo 86, IV, I, pp. 34 y ss., y “Derecho Hipotecario”, 6.º ed., T. III, capítulo XLVI, pp. 841 *in fine* y s.; LUIS GÓMEZ MORÁN, “Tratado teórico práctico de particiones”, Madrid 1950, pp. 250 y ss.; LINO RODRÍGUEZ-ARIAS BUSTAMANTE, loc. últ., pp. 323 y ss.; JOSÉ BELTRÁN DE HEREDIA, “El saneamiento por evicción en la partición hereditaria”, en *RDP XXXVIII*, enero 1954, página 857; ESPÍN CÁNOVAS, op. y vol. cit., ed. 1970, sec. I, cap. III, n. III, 5, página 143 y n. 10, p. 170; PUIG PEÑA, op. cit., vol. V-III, cap. XXXI, 2, B, e, páginas 336 y s.; BONET RAMÓN, “Código civil”, art. 1.056, p. 772, y “Compendio...”, vol. V, 173, b, pp. 880; SANTAMARÍA, op. cit., art. 1.075, p. 1005; PUIG BRUTAU, “Fundamentos...”, vol. V-III, cap. V, 4, II, pp. 517 y ss. párrafo 10, II, b, pp. 633 y ss.

nado cuidadosamente. Para ello, es preciso establecer algunas distinciones.

33. La primera cuestión discutida se refiere a la posibilidad de distinguir en la práctica entre *disposición* y *partición*, para saber si ésta se ha ajustado a aquélla y para determinar cuáles deben ser las consecuencias de no haber sido así.

Los conceptos de *disposición* y de *partición* son —como hemos repetido en otras ocasiones (221)— *teóricamente inconfundibles; pero en la práctica pueden entrelazarse tan íntimamente que, en ciertas ocasiones, no hay bisturí jurídico capaz de separar lo particional de lo dispositivo cuando han sido amalgamados al amparo del artículo 1.056 C. c.*

Es así, por las siguientes razones:

1.º Porque en la partición hecha en el mismo testamento o en otro posterior, como el más decidido defensor de la distinción que analizamos (222), reconoce: “no existe un límite tajante y preciso en el cual deban acabar las cláusulas de disposición”, ni tampoco hay, “completamente independientes de aquéllas, unas cláusulas única y exclusivamente partitivas”, pues éstas “en cuanto reúnen las solemnidades complementarias pueden encerrar una verdadera manifestación de voluntad dispositiva” (223).

Igual puede aseverarse de las particiones practicadas *inter vivos*: por el causante y ratificadas en testamento posterior.

(221) “Apuntes...”, II, § 3.º, C, p. 186 y ss., y ADC IV-IV, p. 1417 y ss., y Dictamen publicado en ADC XVIII-I, enero-marzo 1965, p. 243. En contra, además de ALBALADEJO, cfr. MANUEL GONZÁLEZ ENRÍQUEZ, “Naturaleza y eficacia de la partición hecha por el testador”, en RDP XXXVIII, enero 1954, pp. 514 y s.; JOSÉ LUIS DE LOS MOZOS Y DE LOS MOZOS, “La partición de herencia por el propio testador”, en R. D. Not. XXVII, enero-marzo 1960, página 187; ALFREDO GARCÍA-BERNARDO, “La legítima...”, p. 161. En cambio, subraya la dificultad práctica en muchos casos de esa distinción CÁMARA ALVAREZ, nota últ. cit., pp. 866 y s., así como LACRUZ y SANCHO REBULLIDA, “Derecho de Sucesiones” I, ed. 1970, § 31, p. 278, que reconocen “no cabe discutir que ambos se mezclan frecuentemente”.

(222) MANUEL ALBALADEJO GARCÍA, “Dos aspectos de la partición hecha por el testador”, en ADC I-III, julio-septiembre 1948, pp. 964 y s.

(223) CÁMARA ALVAREZ, “Estudio sobre el pago con metálico...”, nota 228, vol. cit., p. 865, ha escrito: “Conceptualmente no me parece exacta la tesis de MENGONI (“La divisione testamentaria”, p. 78), quien estima que la partición testamentaria es un negocio único dispositivo-atributivo. Creo que lleva razón BARASSI (“Successioni per causa di morte”, n. 770), al menos en el supuesto de previa fijación de cuotas, cuando dice que es posible separar la autonomía estructural de los dos actos. Lo que ocurre es que el primero de dichos actos, es decir, la disposición fundamental, no surte los efectos que normalmente le son propios por la interferencia del negocio-atributivo o particional”. Este acto, a su juicio (p. 866), implicará una institución “*ex ra certa*”. Como ha escrito PUIG BRUTAU (cap. cit., 4, II, p. 520) al final del artículo 1.075, ha de entenderse en el sentido de que la partición contenida en testamento que difiere de la disposición ha de respetarse como verdadera disposición, siempre que no perjudique la legítima, y siempre que, además, no resulte claramente que el testador quiso limitarse a partir ajustándose a lo anteriormente dispuesto”. En igual sentido, LACRUZ y SANCHO REBULLIDA (loc. últ. cit., p. 278) señalan que los artículos 1.056, 1.070 y 1.075 sufren la influencia del régimen de la institución *ex re certa*..

2.º Por la amplia libertad valorativa de que goza el testador, como resulta del artículo 1.046 L. E. C.: “*Si el testador hubiere establecido reglas distintas de las ordenadas en esta ley para el inventario, avalúo, liquidación y división de sus bienes, los herederos voluntarios y los legatarios deberán respetarlas y sujetarse a ellas. Lo mismo deberán hacer los herederos forzosos siempre que no resulten perjudicados o gravados en sus legítimas*”.

En esa línea la S. 6 marzo 1945, de la que fue ponente el maestro Castán, afirmó que el Código otorga al testador una amplia libertad, no sólo en la *disposición cualitativa* de los lotes, “sino también en la *distribución valorativa*, al admitir como medio normal único de impugnación la acción por lesión de legítima y no la acción ordinaria de rescisión por lesión en más de la cuarta parte” (224). Y en consecuencia:

(224) Nuestro llorado amigo y compañero MANUEL GONZÁLEZ ENRÍQUEZ, loc. últ. cit., pp. 515 y ss., aceptó en principio nuestra solución, pero la limitó en el sentido de que “el artículo 1.075, como excepción frente a la regla general del artículo 1.074, presupone un mayor margen de libertad valorativa en el testador, considerada la valoración como acto particional; pero no un margen de libertad auténticamente dispositivo”. Por lo cual, en contra de nuestra conclusión, cree que ese margen no conduce a la confusión práctica entre partición y disposición, sino más bien a la necesidad de delimitar el concepto de la partición. “Para la debida efectividad de esta idea es necesario —dice— poner un límite a la tesis admitida: la libertad de valoración debe quedar restringida a la propia necesidad y finalidad de la evaluación, es decir, no puede servir para disfrazar o envolver un auténtico acto dispositivo incompatible con la necesidad de la partición. Por consiguiente: 1.º La libertad debe moverse en un campo estrictamente valorativo. La suma de los valores asignados a los bienes integrantes de cada lote debe guardar, en relación con el valor que se dé al total de los bienes partidos, una proporción idéntica a la que exista entre la cuota que corresponda al adjudicatario del lote y al as hereditario total”... “2.º Para asegurar la efectividad del criterio expuesto hay que concluir que no se protege la libertad valorativa del testador cuando sea utilizada para disfrazar auténticos actos dispositivos, es decir, cuando las valoraciones hechas no puedan racionalmente ser referidas a criterios valorativos admisibles, aun en un terreno puramente subjetivo, ni al deseo de ajustar la valoración a un momento distinto al de la muerte del testador”... “3.º En el caso de que el testador haya hecho las adjudicaciones sin valorar los bienes, la discordancia entre los lotes formados y lo que resultarían de una valoración objetiva debe presumirse debida a una buena utilización de la libertad valorativa de que disfruta el testador”.

José Luis de los Mozos (loc. cit., p. 226), ante el problema de la divergencia entre disposición y partición, hace esta aclaración: “Una cosa es que el testador disponga de una forma y luego asigne de otra, que es lo que es inadmisibles; y otra que no coincida el valor abstracto de la disposición con el valor concreto de la asignación, sin que exista, entonces más que una divergencia cuantitativa, que es a lo que VALLET DE GOYTISOLO parece referirse...”. Por eso, páginas antes (p. 190) circunscribe la cuestión a las particiones realizadas por actos *inter vivos* con posterioridad al testamento.

También PUIG BRUTAU (loc. últ. cit., p. 523) ha distinguido la discordia puramente valorativa y la que tenga esencia vocativa, en la cual estima indudable que la partición no será impugnable por causa de lesión en virtud del artículo 1.075, sino anulable al amparo del mismo artículo 1.056.

CÁMARA ALVAREZ (nota últ. cit., p. 866), a su vez, observa: “Los herederos tienen que pasar por las valoraciones establecidas por el testador, aunque

— el testador-partidor tiene una amplia facultad para determinar el valor de cada uno de los bienes del caudal, según su personalísimo criterio subjetivo y para fijar a su arbitrio el momento de dicha valoración —igual como puede fijarlo para la valoración de las donaciones colacionables, tanto más cuanto que, conforme al artículo 1.045 C. c., puede dispensar su colación— sin posibilidad de

dichas valoraciones le parezcan, o realmente sean, arbitrarias. Salvo en caso de lesión de la legítima...". "Pero—añade—, si se demuestra que el testador valoró los bienes equivocadamente porque desconoció o conoció mal factores que de haberlos tenido en cuenta hubiesen variado sus criterios de valoración, y si, por otra parte, está clara la voluntad del causante en el sentido de que cada uno de sus herederos perciba una cuota del patrimonio, debe admitirse la rescisión. Hay base más que suficiente para presumir racionalmente que ésta fue la voluntad del testador (art. 1.075 *in fine*). Paralelamente se excluye el saneamiento en caso de evicción, salvo que aparezca o racionalmente se presuma que el testador ha querido lo contrario. También cuando haya habido señalamiento previo de cuotas y el testador al adjudicar el bien que ha sido objeto de evicción ignoraba totalmente el riesgo de que aquélla tuviera lugar, hay base, en mi opinión, para establecer la presunción a que se refiere el precepto". Y seguidamente agrega: "La distinción entre disposición fundamental y partición es, en cambio, sumamente sutil si el testador distribuye sus bienes entre sus herederos sin previo llamamiento a cuotas generales".

Según LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA (loc. últ. cit., p. 279): "En particular, la partición fuera de testamento, no podrá, mediante valoraciones arbitrarias o simplemente devenidas inexactas, contravenir las cuotas señaladas en el acto *mortis causa*, y a este efecto, como apunta DE LOS MOZOS, acaso pudiera servir el límite de un cuarto de la lesión en las particiones, como índice de la divergencia sustancial entre el testador y la partición". Y añaden que "cuando la partición se realiza en acto de los llamados *inter vivos*, sin duda no ha de prevalecer frente a la asignación de cuotas establecidas en el testamento, sino dentro del límite de la lesión, sin que fuera de ellos sea respetable la valoración inexacta del causante".

A esta serie de observaciones, en materia valorativa, debemos a nuestra vez hacer notar lo siguiente:

1.º) Ciertamente, en la partición efectuada por acto *inter vivos*, con posterioridad al testamento, no es admisible que lo dispositivo sea desvirtuado con valoraciones arbitrarias. Sin embargo, esta arbitrariedad no puede presumirse, sino que ha de resultar evidente.

2.º) Una cosa es que cuando el testador en su partición señale las valoraciones por él fijadas éstas en su correlación total no coincidan con la norma testamentaria dispositiva—supuesto en el cual, sin duda, aquélla (tanto si se hizo *inter vivos* como en el mismo testamento) deberá ajustarse a ésta en la forma prevista en el artículo 1.077—, y otra diferente es que las valoraciones determinadas—por subjetivas que sean—coincidan con el valor correspondiente a la cuota relicta, o que no se señale valor a las asignaciones de bienes—supuestos en los cuales debemos reconducir la solución a la circunstancia de que sea evidente, o bien de que, al contrario, no sea patente que las valoraciones fueran hechas arbitrariamente para desvirtuar sin las formalidades testamentarias lo dispuesto en el testamento base—.

3.º) En lo referente a la posibilidad de que el testador refiera su valoración a momento distinto al del fallecimiento del causante, nos remitimos a lo que expondremos en el texto más adelante.

4.º) Fuera de lo admitido en las salvedades anteriores, no vemos posibilidad de aplicar otro criterio a la partición efectuada *inter vivos* con posterioridad al testamento en materia de rescisión por lesión, en base a razones puramente valorativas, mientras no se pruebe su arbitrariedad o contraposición evidente a la disposición testamentaria.

que quepa recurso contra ella, sino en el caso de lesión en la legítima de algún heredero forzoso;

— tampoco será fácil distinguir lo dispositivo y lo particional en las particiones practicadas por el testador *inter vivos* con posterioridad a su testamento.

Todo esto no obsta para que en ciertos supuestos pueda resultar patente la disparidad entre lo dispositivo y lo particional, de tal modo que no solamente aparezca clara la diferencia entre uno y otro, sino que además incluso resulten contrapuestos y en contradicción.

Así puede resultar:

a) En la partición testamentaria si una cuidadosa interpretación de la voluntad dispositiva y particional del testador muestra que éste sufrió error al efectuar la partición (225).

b) En la partición efectuada *inter vivos* que, debiendo tener como base un testamento anterior, no respete las *reglas fundamentales* y los *llamamientos de los interesados*, según las denomina la S. 13 junio 1903. Pues, como dijimos hace años (226), “para la eficacia de la partición hecha al amparo del artículo 1.056 se requiere que sea otorgada en testamento, o bien que se apoye en un testamento anterior o se ratifique en uno posterior. Consiguientemente, la partición verificada en acto *inter vivos*, que tenga por base un testamento anterior, mal podrá apoyarse en éste si no se acomoda a sus *reglas fundamentales* y a los *llamamientos de los interesados* allí dispuestos”, aunque “...sin limitar al testador su facultad de calcular a su libre discreción el valor de los bienes que componen su haber y referirlo al momento que estime conveniente”. Si se admitiera que la partición *inter vivos* pudiera modificar aquellas reglas y llamamientos, se daría lugar a la inaceptable posibilidad de modificar los testamentos sin necesidad de emplear formas testamentarias (227).

c) Cuando resulte que fue voluntad del testador que sean abonadas en metálico las diferencias en caso de posible disparidad entre el valor de la cuota asignada y el de los bienes adjudicados para satisfacerla, bien sea porque él mismo lo hubiere expresado en el testamento o en la partición, o bien porque así se deduzca racionalmente de equél o de ésta, v. gr., en caso de que las sumas de las

(225) Así lo expusimos en nuestros “Apuntes..”, loc. últ. cit., n. 251, *a in fine*, p. 199, y ADC IV-IV, p. 1429. En igual sentido, JUAN BAUTISTA JORDANO VAREA, “Dictamen sobre validez de partición contenida en testamento”, en ADC V-I, enero-marzo 1952, Concl. *Primera*, 2.ª, p. 246; ROCA SASTRE, *Notas al Kipp*, p. 35, y CÁMARA, nota últ. cit., p. 866.

(226) “Apuntes..”, loc. últ. cit., pp. 199 y ss., y ADC IV-IV, pp. 1429 y siguientes.

(227) Cfr. en este sentido, SÁNCHEZ ROMÁN, “Estudios..”, VI-III, capítulo XXVIII, n. 53, pp. 1987 y s.; VALVERDE, “Tratado..”, vol. V, cap. XXV, páginas 565 y ss., p. 246; ALBALADEJO, op. cit., ADC I-III, p. 973; “Estudios..”, p. 408; MANUEL GONZÁLEZ ENRIQUEZ, loc. últ. cit., p. 514; JOSÉ LUIS DE LOS MOZOS Y DE LOS MOZOS, loc. últ. cit., pp. 188 y ss., 198, 208 y 226; PUIG BRUTAU, vol. y loc. últ. cit., p. 523; ALFREDO GARCÍA BERNARDO, op. últ. cit., p. 161, nota 374; LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA, “Derecho de Sucesiones” I (ed. 1970), § 31, p. 31.

valoraciones verificadas por el testador, en cada hijuela, arrojen cantidades que no guarden entre sí la proporción correlativa a las cuotas hereditarias señaladas (228).

34. La diferencia principal entre nuestra postura y la de Albaladejo se halla en la disparidad de nuestros respectivos puntos de partida interpretativos de esos supuestos. Así:

— a juicio nuestro: “cuando falte todo indicio racional desfavorable a la adhesión del testador a la regla general de los artículos 1.056, § 1, y 1.075 C. c., no habrá más remedio que atenerse a ésta” y “estimar que el testador así lo quiso en caso de no haber hecho salvedad alguna en su partición” (229);

— para Albaladejo (230), en cambio, sería preciso que el propio testador-partidor hubiese hecho la salvedad de que, aun en el caso de eventual discrepancia, se mantendría la partición, para que así se mantuviese, o bien que dicha salvedad o su voluntad de que su partición no fuera impugnada resultara de una concienzuda interpretación de lo que expresó el testador.

Esta discrepancia con mi admirado y querido amigo tiene otra explicación. Se halla ésta en su interpretación literal del artículo 1.075, relativa al inciso “*que fue otra la voluntad del testador*” y en su interpretación sistemática de la norma del artículo 1.075 en relación con la regla del artículo 1.074.

Para la interpretación clásica, que nosotros seguimos, el artículo 1.074 señala una regla general, que tiene su excepción en el inciso inicial del artículo 1.075, que a su vez constituye una regla general para la partición efectuada por el testador que, también a su vez, tiene las dos excepciones que a continuación expresa, entre ellas la de “*que aparezca o racionalmente se presuma que fue otra la voluntad del testador*”. Este inciso así viene a significar que la regla general excluyente de la rescisión por lesión de la partición efectuada por el testador es exceptuada si “aparece o racionalmente es presumible que la voluntad del testador fue de que en caso de producirse lesión esa rescisión tuviera lugar”.

Albaladejo (231) es de otra opinión. A su juicio, el significado, en el inciso final del artículo 1.075, de *la otra voluntad del testador*, se refiere a su voluntad dispositiva contrapuesta a su actuación participativa. Por ello afirma:

“Quede, pues, claro que ese «aparezca o racionalmente se presuma que fue otra la voluntad del testador» no tiene el sentido —como

(228) También lo sostuvimos en nuestros “Apuntes”..., loc. últ. cit., nota 252, pp. 198 y s., y ADC IV-IV, pp. 1430 y ss.

(229) “Apuntes...”, loc. y nota últ. cit., p. 199, y ADC cit., p. 1429.

(230) ALBALADEJO, op. cit., en ADC XVIII-I, p. 955 y en *Estudios de Derecho civil*, Barcelona 1955, donde en la nota 54, p. 398 y s., y c. la p. 421, amplía, frente a nuestros argumentos en contra, las razones por él esgrimidas en el originario trabajo de que nos ocupamos. En su misma línea se apunta GARCÍA BERNARDO, loc. cit., p. 161.

(231) ALBALADEJO, op. cit., en ADC I-III, pp. 959 y ss., y “Estudios...”, páginas 385 y ss.

· cree nuestra doctrina— de permitir a éste que conceda la facultad de impugnar su partición por lesión aun cuando ésta no alcance su legítima, facultad que sin tal concesión expresa o tácita no existiría. Ese «aparezca o racionalmente se presuma que fue otra la voluntad del testador» tiene el sentido de conceder *por sí* la facultad de impugnar la partición cuando existe lesión.”

Así, dice él mismo: “En definitiva es como si el 1.075 dijese: «Podrá ser rescindida la partición hecha por el testador por causa de lesión»”.

Partiendo de esta interpretación entiende que: “El *no* y el *sino* del artículo 1.075 no tienen el sentido de referirse al artículo 1.074 para declararle derogado o vigente. Su sentido pleno se encuentra en limitarse a una relación entre sí. El 1.075 —repetimos— tiene por fin aplicar el mismo principio que el 1.074...” (232).

Y en su réplica a nuestra objeción de que con su criterio la excepción derogaría totalmente la regla general—que formula en una versión ulterior de su trabajo (233)—insiste en “que la formulación del artículo 1.075 no contiene, como construcción lógica, *una* regla y *dos excepciones* (regla: inimpugnabilidad; excepciones: 1.º lesión en la *legítima*, 2.º la otra lesión). Si eso fuese así, ciertamente tal como yo interpreto la segunda excepción, ésta derogaría por completo la regla, lo cual es absurdo. Por el contrario, el 1.075 en vez de *una* regla y *dos* excepciones, lo que contiene es la *indicación* de que en *dos* casos es posible impugnar por lesión la partición hecha por el testador (“...no puede ser impugnada por lesión sino...”, no es sino decir que “*solamente* puede ser impugnada por causa de lesión en *tal y cual* caso). Estos casos son: 1.º Lesión en la *adjudicación* (que existe —y eso es lo que explica el 1.075— cuando la voluntad de *disposición* fue *otra*). 2.º Lesión en la *legítima* (la cual puede darse aunque la partición *no* discrepe de la disposición, ya que se puede lesionar la legítima al *disponer* y luego *partir* de acuerdo con lo *dispuesto*)”.

Así el artículo 1.075 no sería consecuencia paralela a la disposición del inciso final del artículo 1.056, § 1.º, al disponer que “se pasará por ella, en cuanto no perjudique la legítima de los herederos forzosos”, sino que, al decir de Albaladejo (234), “el 1.075 marca el sentido y el justo límite del 1.056”.

Nosotros (235) habíamos objetado “que Albaladejo, sin darse cuenta, nos patentiza el fallo de su ingeniosa interpretación. Si la existencia de *lesión* coincide con el hecho de que la *voluntad del testador fue otra*, el artículo 1.075, así interpretado, tendería a decir: «La partición hecha por el difunto no puede ser impugnada *por causa de lesión*, sino en el caso de que perjudique a la legítima de los herederos forzosos o *de que haya lesión*». La antinomia que así resultaría

(232) *Ibid*, nota 51 ter. ADC I-III, p. 960, y “Estudios...”, p. 387.

(233) *Ibid*, adición a la nota 51 ter en “Estudios...”, *cits.*, p. 388.

(234) *Ibid*, ADC I-III, p. 962, y “Estudios...”, p. 389.

(235) Apuntes...”, *loc. cit.*, pp. 192 y s., y ADC IV-IV, pp. 1423 y ss.

existente sería tan total y absoluta que se pone en evidencia lo absurda de esta interpretación" (236).

La réplica de nuestro querido amigo no permite que su tesis escape de la antinomia denunciada por nosotros. De ser exacta su afirmación, el artículo 1.075 sería innecesario, bastaría con el artículo 1.074, y de quererse disipar toda duda respecto de la partición hecha por el testador, habría sido suficiente añadir en el artículo 1.074, después de "particiones", el inciso, "incluso la hecha por el difunto". Y, sin embargo, el artículo 1.075 está y representa la tradición jurídica que desde el Derecho romano a los juristas castellanos, pasando por las Partidas —como antes vimos— ha considerado que la partición hecha por el testador no debe ser rectificada en caso de evicción ni de lesión a no ser que de la voluntad del testador resultare que éste quiso que lo fuese.

No basta que exista disparidad valorativa entre la disposición y la partición, para poder impugnar ésta, si la hubiere realizado el testador. Para poder impugnarla por lesión hace falta, además, que resulte, o racionalmente se deduzca, que el propio causante quiso que la disparidad fuera motivo suficiente para dar lugar a la impugnación por lesión.

Estamos ante un problema de interpretación de la voluntad del testador, en el que habrá de seguirse la pauta del artículo 675, § 1.º Código civil. A falta de declaración expresa, la voluntad del testador podrá deducirse racionalmente, v. gr., en el supuesto de la conjetura clásica de que resulte patente que el testador quiso que en todo caso se mantuviese entre los hijos la absoluta igualdad, o proporcionalidad a las cuotas dispuestas.

Pero cuando falte todo indicio racional, favorable o desfavorable a la adhesión del testador a la regla general de los artículos 1.056, § 1.º y 1.075 C. c., habrá que atenerse a ésta. Hay que estimar que el testador así lo quiso al no hacer salvedad alguna en su partición, y tanto más en los casos en que dicha división hubiera sido hecha o ratificada, aunque fuera en términos generales, en testamento. No obstante, sin duda la existencia de un extraordinario desequilibrio entre las disposiciones y las atribuciones particionales podrá ser un indicio, a valorar por el Juez, de la existencia de algún vicio en la voluntad del testador, o simplemente de error en la expresión de la determinación particional (237).

35. Lacruz Berdejo y Sancho Rebullida (238) han escrito que, al planteamiento clásico, oponen diversos autores "que las vicisitudes posteriores de la partición (variaciones en la composición del patrimonio o de la familia, pérdidas o aumentos de valor, renunciaciones) pueden poner a ésta, al abrirse la sucesión, en contradicción con la

(236) Se sumaron a esta crítica: GONZÁLEZ ENRÍQUEZ, loc. cit., p. 513; DE LOS MOZOS, loc. cit., pp. 185 *in fine* y s.

(237) Cfr. "Apuntes...", loc. últ. cit., nota 251, pp. 198 y 199, y ADC: IV-IV, pp. 1430 y ss.

(238) LACRUZ y SANCHO REBULLIDA, loc. últ. cit., pp. 278 y s.

voluntad del causante expresada en la atribución de cuotas en el testamento". Y al comentar nuestra crítica a la tesis de Albaladejo observan: "que la lesión (o, en términos generales, la diferencia entre el valor de la cuota de un heredero en el momento de la apertura de la sucesión y el de lo que efectivamente reciba en la partición), pueden producirse por hechos sobrevenidos tras el acto particional y antes de la apertura de la sucesión; voluntarios o involuntarios; afectantes a la existencia de los bienes atribuidos (destrucción total o parcial, desmerecimiento) o a su continuación en el patrimonio del causante (enajenación, sustracción, evicción) o a su valor (aumento o disminución); y que lo mismo la 'lesión' originaria que la sobrevenida puede ser intencionada o involuntaria".

Sin embargo, esta cuestión, aunque relacionada con el tema de nuestra discusión, no puede confundirse con éste, y puede tener soluciones diversas, específicas en cada caso. De las principales nos ocupamos ya hace años (239), distinguiendo los siguientes supuestos de disparidad sobrevenida, por hechos posteriores entre disposición y partición.

α) *En los elementos personales*: Sea por premoriencia, incapacidad o repudiación de algún instituido sin sustituto designado, o cuya sustitución no tuviere efectividad, o bien por sobreveniencia de algún heredero forzoso o sobrevivencia del que se creyó fallecido.

Para que pueda darse este segundo caso —de sobreveniencia o sobrevivencia— es necesario que en el testamento no se haya preterido al hijo omitido en la partición y que en previsión, en su caso, se haya dispuesto a favor de los posibles herederos forzosos nacederos. También podrá tener lugar este supuesto cuando no se impugne el testamento, sino que se acate a tenor de lo previsto en las Resoluciones de 31 de junio 1910 y 31 enero 1913. En estos casos nos parece de clara aplicación analógica, por identidad de *ratio*, la solución del artículo 1.080 C. c.: "*La partición hecha con preterición de alguno de los herederos no se rescindirá, a no ser que se pruebe que hubo mala fe o dolo por parte de los otros interesados; pero éstos tendrán la obligación de pagar al preterido la parte que proporcionalmente le corresponda*".

En el supuesto de faltar alguno de los herederos entre los que el testador distribuyó la herencia, parece, a primera vista, de aplicación analógica el artículo 1.081 C. c.: "*La partición hecha con uno a quien se creyó heredero sin serlo será nula*." Pero no es así, pues este precepto se basa en el hecho de que en el acuerdo conjunto de voluntades, que presupone toda partición hecha entre los herederos, intervino una voluntad que no debía participar ni influir en aquella convención. En cambio, creemos aplicable el artículo 1.079, ya que prácticamente son defectos equivalentes que el causante omita por olvido en la partición alguno de sus bienes o que los asigne a quien no llegó a ser heredero suyo.

(239) "Apuntes...", nota 252 cit., B), pp. 199 y s., y ADC IV-IV, p. 1431.

β) Por adquisición o aparición de *nuevos elementos reales* no comprendidos en la partición, lo mismo que por omisión de algunos ya existentes. Creemos aplicable, en este caso con mayor razón que en el anterior, el citado artículo 1.079: “*La omisión de alguno o algunos objetos o valores de la herencia no da lugar a que se rescinda la partición por lesión, sino a que se complete o adicione con los objetos o valores omitidos*”.

γ) *Mutación en los elementos reales* comprendidos en la división, ocurrida, bien sea por accesión natural, por mejoras debidas al causante o a terceros sin derecho a resarcirse de ellas, o por reducción de valor debida a evicción, deterioro no imputable al heredero asignatario o por disminución intrínseca de valor. Evidentemente, también en estos casos deberá atenderse en primer lugar a la voluntad del testador, expresa o racionalmente presumida. Pero a falta de expresión, o por imposibilidad de deducir racionalmente cuál fue la verdadera voluntad del mismo, creemos que el criterio legal debe deducirse de lo determinado, para los supuestos de evicción, por el § 1.º del artículo 1.070 del Código civil (240).

δ) En caso de *venta de un bien comprendido en la partición*, el testador, además de haber podido dejar prevista esta eventualidad en su partición, o en el testamento que le sirvió de apoyo, podrá manifestar su voluntad, no sólo en un nuevo testamento, sino que, además—creemos—, puede expresarla en la misma escritura de venta o en cualquier rectificación de la partición hecha por el expresado motivo.

Sin embargo—añadimos ahora—, en caso de no haberse previsto nada ni poder deducirse racionalmente de la voluntad del testador, creemos que lo más adecuado será partir de que la venta desnivela la partición y que ésta debe ser rectificada, para equilibrar las hijuelas, repartiendo la merma del bien enajenado o compensándola al que fue asignatario del mismo.

ε) Tenemos, aún, que añadir el supuesto de mera alteración del valor de las cosas asignadas en la partición. Habíamos hecho notar (241) que lo cierto es que, a pesar de entrar en juego en la partición las donaciones colacionables, el artículo 1.045 Código civil refiere el valor en que han de colacionarse al momento de la donación, sin que haya obstáculo en que el testador, que incluso puede dispensar la colación, puede fijar las valoraciones a su racional arbitrio, así como referirlas a otro momento cualquiera, con tal de que no lesione legítima alguna, pues ante éstas la libre disposición del *de cuius* halla su límite.

(240) CÁMARA ALVAREZ, nota últ. cit., p. 866, ha entendido que “cuando haya habido señalamiento previo de cuotas y el testador al adjudicar el bien que ha sido objeto de evicción ignoraba totalmente el riesgo de que aquélla tuviera lugar, hay base, en mi opinión, para establecer la presunción a que se refiere el precepto” [del art. 1.070, n. 1.º].

(241) “Apuntes...”, loc. últ. cit., p. 197, y ADC IV-IV, p. 1428.

Con igual salvedad hemos sostenido (242) que el testador puede valorar todos o algunos bienes, por su valor en uso, por su precio de adquisición, por su valor de producción o en renta.

Creemos que el testador cuando al realizar la partición en el propio testamento o en acto *inter vivos* refiere la valoración a ese mismo momento en que lo realiza. Lo contrario sería conjeturar. Admitir la partición *parentem inter liberos*, en cualquiera de sus modalidades, supone aceptar ese hecho. De lo contrario, la mayor parte de las finalidades perseguidas con esta forma de partir (evitar disputas y pleitos, dejar definida la situación, incluso individualizando los riesgos) quedarían frustradas. Así lo acepta González Enríquez (243), quien recuerda que en Francia las leyes de 1930 y 1940 refirieron las valoraciones a la fecha de la partición hecha por el testador. Notemos el paralelismo entre los preceptos de los artículos 1.070, n. 1.º, y 1.075: el primero excluye la evicción y el segundo la rescisión por lesión de la partición efectuada por el testador, salvo si hubiere lesión de alguna legítima o bien aparezca o racionalmente se presuma que el testador hubiese querido lo contrario. Esto es, decir que, fuera de este último caso (o en lo referente a la salvaguardia de la legítima), la partición efectuada por el testador individualiza los riesgos de evicción o de alteraciones de valor (en cuanto no afecten a la legítima), si no resultare que el propio testador quiso otra cosa. Así, como al principio hemos visto, opinó la generalidad de los autores de Derecho común y de los juristas castellanos (244).

Cuestión diversa a las que originan las diferencias objetivas del valor, es la referente a la de su unidad de medida, es decir, la moneda, o sea, la *derivada* de la desvalorización monetaria. En principio no es admisible que para medir cosas, en una operación que las comprende todas, se usen unidades de distinta cuantía; así ocurre cuando es empleada la misma unidad monetaria, pero en momentos diferentes en los cuales su valor efectivo no es igual (245).

36. Con estos antecedentes creemos que tenemos datos suficientes para contestar a la cuestión de si debe restituir o compensar el exceso el legitimario, a favor del cual el testador solamente dispuso de su legítima, pero a quien en la partición le adjudicó un bien o varios bienes que valorados, no con el criterio subjetivo del testador, sino con el criterio considerado como más objetivo en un ám-

(242) Cfr. nuestro *Dictamen* publicado en *ADC* XVIII-I, pp. 259 y ss.

(243) GONZÁLEZ ENRÍQUEZ, loc. cit., p. 515 y nota 85.

(244) Esa individualización anticipada de riesgos que los artículos 1.070 n. 1.º, y 1.075 significan de acuerdo con sus precedentes históricos, parece no haberla estimado GARCÍA BERNARDO (en "Técnica Jurídica y práctica notarial" —Oviedo 1964—, pp. 158 y ss., y "La legítima...", pp. 161 y siguientes) cuando considera "inadmisible" el artículo 1.071, 1.º, "por falta de técnica y equidad" y origen de un "enriquecimiento injusto".

(245) Cfr. "Apuntes..." II, loc. últ. cit., nota 251, § final, p. 197, y *ADC* IV-IV, pp. 1428 y ss., § 14, D, b, B, pp. 588 y ss., o *ADC* VII-II, páginas 425 y ss., y "La antítesis inflación-justicia", en *R. J. de Cataluña* XLIX, septiembre-octubre 1960, p. 575 y ss.

bito dado, resultare que el montante de lo dispuesto a su favor fuera superior al de la legítima.

Nuestra respuesta ha sido (246) que los demás herederos no podrán reclamar por razón de que la asignación que hubiese hecho el testador-partidor a cualquier heredero forzoso, como aplicación de su cuota legitimaria, aunque aquel bien asignado exceda del valor correspondiente a su cuota. Salvo en caso de que con ello se lesionase otra u otras legítimas o de que “aparezca o racionalmente se presuma que fue otra la voluntad del testador”, según resulta del artículo 1.075 C. c. que acabamos de analizar (247).

h) *Disposiciones testamentarias ordenando la asignación de determinados bienes a la legítima del asignatario.*

37. Supuesto distinto al de la partición efectuada por el testador al amparo del artículo 1.056—que supone una completa distribución de los bienes, a la que son de aplicación las normas de los artículos 1.070, n. 1.º, y 1.075 C. c.—, es aquel en el cual el testador asigna a alguno o algunos de los instituidos (o por otro título llamados, v. gr., como legatarios parciarios) determinado o determinados bienes con cargo a la porción que le corresponda en la partición.

Sobre esta distinción habíamos llamado la atención hace tiempo (248), y, acerca del supuesto de simple asignación de bienes con cargo, o a cuenta, de la cuota correspondiente, subdistinguimos, partiendo de que, en definitiva, se trata de cuestiones en las cuales es decisoria la voluntad del testador y, por consiguiente, su interpretación a tenor del artículo 675 C. c.

— Si la asignación de bienes se hubiera hecho prefijando taxativamente su tasación o expresando que se efectuaba en pago de la total participación del asignatario (o de una parte determinada de ella, v. gr., la mitad, o tres cuartas partes, etc.) y no meramente a cuenta de la misma, habría de aplicarse la misma doctrina del artículo 1.056 (“se pasará por ella, en cuanto no perjudique la legítima de los herederos forzosos”) y del 1.075 (de no poder ser impugnada por causa de lesión “sino en el caso de que perjudique a la legítima de los herederos forzosos, o de que aparezca, o racionalmente se presuma, que fue otra la voluntad del testador”, según hemos estudiado).

— Pero en los demás casos, en los cuales aparezca clara la voluntad del testador de que el bien asignado sea adjudicado a cuenta

(246) “Apuntes...”, II, § 3.º, E, b, pp. 208 y s., o ADC IV-IV, pp. 1439 y siguientes.

(247) Acepta este criterio DE LOS MOZOS (loc. últ. cit., p. 226), siempre que no se trate de “que el testador disponga de una forma y luego asigne de otra”—caso que estima inadmisibile [como nosotros]—. Pero sí en el supuesto normal “que no coincida el valor abstracto de la disposición con el valor concreto de la asignación, sin que exista entonces más que una divergencia cuantitativa, que es a lo que VALLET DE GOYTISOLO parece referirse, en cuyo caso se ha de estar a lo ya indicado”.

(248) “Apuntes...”, II, nota 253, p. 201, o ADC IV-IV, p. 1432.

de la participación que corresponda al asignatario en la herencia: el bien o bienes asignados se deberán valorar a la fecha de la partición y, en su caso, habrá de completarse el lote del asignatario, con otros bienes mediante el abono de diferencias en metálico cuando proceda, o bien habrá de reducirse si su valor excediera del correspondiente a su cuota y, en ese caso, la reducción deberá efectuarse (en cuanto cupiere al amparo de los artículos 1.056, § 2, y 1.062 C. c., o bien simplemente del principio de que la voluntad del testador es ley de la sucesión en cuanto no choque con normas imperativas de la ley, como son las reguladoras de las legítimas) satisfaciendo el adjudicatario el exceso percibido a aquel o aquellos de sus coherederos que lo recibieron de menos a consecuencia de la asignación a cuenta efectuada por el testador.

En este sentido, la S. 9 marzo 1961, consideró que, “como quiera que del estudio del testamento de la causante se desprende que la testadora adscribe bienes de la herencia a cada uno de los herederos, individualizando alguno de ellos, pero sin llegar a dividir y adjudicar todos los que integran el patrimonio, y mucho menos a practicar una verdadera liquidación, división y adjudicación de la totalidad de los bienes, es evidente que, sin perjuicio de respetar la voluntad de la testadora en cuanto a la adscripción de los bienes que reparte, no puede estimarse realizada la partición de la herencia por el causante y no cabe aplicar el precepto del párrafo 1.º del artículo 1.056 del Código civil”.

Y en S. 25 enero 1971, en un supuesto de asignación por el testador de determinados bienes, en tanto que con inclusión de los restantes el contador efectuó la partición, el Tribunal Supremo estimó que no eran de aplicación los artículos 1.056 y 1.075 C. c., razón por la cual no cabía alegar su infracción.

i) *Disposiciones testamentarias relativas a la imputación a la legítima de anteriores o ulteriores donaciones o anticipos.*

38. — Hemos visto antes que el causante al otorgar una donación puede determinar que dona como anticipo de legítima o con carácter colacionable. Tenemos aquí unas disposiciones relativas a la imputación de lo donado efectuadas en el mismo acto que la donación. Algo parecido hemos podido observar en las meras entregas de bienes como simple anticipo de legítima. Y, a la inversa, el causante, al donar, puede también determinar que lo hace con carácter de mejora, con dispensa de colación, o con otras expresiones que indiquen que lo hace sin perjuicio de lo que al donatario le corresponda por su legítima, o además de aquello que le atribuyan las disposiciones testamentarias que el causante efectúe de su caudal relicto, o bien independientemente de la cuota que *ab intestato* le corresponda en su herencia.

Del mismo modo, puede hacer simples entregas de bienes, significando su carácter de mejora.

Pero, también puede el causante efectuar donaciones sin indicar nada acerca de la imputación que en su día deba tener lo donado. Es para estos supuestos cuando la ley, como luego veremos, efectúa supletoriamente determinaciones acerca de la imputación de lo donado.

La cuestión que ahora plateamos consiste en determinar si en todos estos casos, al testar, el causante puede:

- variar sus disposiciones *inter vivos* acerca de la imputación de lo donado o entregado como anticipo, y
- determinar lo que antes había dejado sin especificar a ese respecto, por lo cual, en cierto modo, también haría variar lo que tácitamente resultaba en el acto inicial, al haberse dejado en él con ese silencio su determinación a lo dispuesto supletoriamente por la ley.

Diremos, ante todo, que en este segundo supuesto el silencio del donante, o del causante que entrega alguna cosa como anticipo, no tiene por qué tomarse como una remisión al criterio legal subsidiario, puesto que, en realidad, se ha de entender simplemente que ha dejado abierta la posibilidad de determinar su imputación al otorgar su última voluntad.

La cuestión primeramente planteada es de más interés y ofrece una doble posibilidad:

- o bien atribuir el carácter de mejora o imputable a la parte de libre disposición, o a ésta y al tercio de mejora, a una entrega de bienes o una donación que había sido efectuada como anticipo de legítima; o bien dispensar de colación una donación otorgada con carácter colacionable;
- o bien, inversamente, declarar imputable a la legítima una donación o anticipo efectuados en concepto de mejora o con cargo a cualquier porción no legitimaria, u ordenar la colación de una donación que se efectuó con carácter no colacionable.

α) La primera posibilidad parece obvia, y no puede tener otro límite que el respeto de las donaciones que son irrevocables, en cuanto no sea de aplicación ninguna causa legal para revocarlas, y son reducibles sino en caso de inoficiosidad, a tenor de los artículos 636 y 654 y ss. De ello dimanar las reglas de los artículos:

- 656: “*Si, siendo dos o más las donaciones, no cupieren en la parte disponible, se suprimirán o reducirán en cuanto al exceso las de fecha más reciente*”, y
- 820, n. 1: “*Se respetarán las donaciones mientras pueda cubrirse la legítima, reduciendo o anulando, si necesario fuere, las mandas hechas en testamento*”.

Por consiguiente, la atribución testamentaria ulterior a la donación del carácter de mejora de ésta o de su imputabilidad fuera de la legítima o de su dispensa de colación, son eficaces en tanto que ese cambio de imputación consiguiente no perjudique a ninguna dona-

ción *inter vivos* que el mismo causante hubiese otorgado después de aquélla y antes del testamento en que dispuso tales modificaciones.

Un problema puede plantearse, en este supuesto, en caso de que el testador se contente con dar carácter no colacionable, o de mejora, a una donación por él efectuada a un legitimario, pero sin disponer nada a su favor en tal testamento. Es posible que alguien se plantee entonces sí habrá preterición. Pero esa hipótesis la rechazamos en este supuesto, puesto que en él, además de mencionarse al legitimario, el testador se refiere a una donación que le hizo, aunque sea para hacerla imputar fuera de la legítima (249). Creemos, más bien, que esa orden de imputación *extra partem* implica además el reconocimiento de su parte legítima que, por lo tanto, debe entenderse atribuida como en los casos de reconocimiento expreso.

39. β) La segunda cuestión ha sido más discutida, tanto en el Derecho histórico como después en la regulación del Código civil.

β1) Respecto de las donaciones o los anticipos *otorgados en concepto de mejora*:

Sabido es que la ley 17 de Toro declaró la revocabilidad de las mejoras: “*Salvo si fecha la dicha mejoría por contrato entre vivos oviere entregado la posesión de la cosa e cosas en el dicho tercio contenidas a la persona a quien lo ficiere o a quien su poder oviera. O lo oviere entregado ante escribano la escritura de ello. O el dicho contrato se oviere fecho por causa onerosa con otro tercero, así como por via de casamiento o por otra causa semejante, que en estos casos mandamos que el dicho tercio no se pueda revocar si no se reservase el que la fizo en el mismo contrato el poder para lo revocar o por alguna causa que, según leyes de nuestros reinos las donaciones perfectas o con derecho fechas, se puedan revocar*”.

Los autores castellanos no estuvieron concordados en la interpretación de la ley 17 de Toro (250), pues mientras unos (Gregorio López, Antonio Gómez, Tello Fernández, Matienzo, el Dr. Molina, Acevedo, Pichardo) circunscribieron las otorgadas “*por contrato entre vivos*” a las realizadas mediante donación perfecta, otros (Peralta, Pealéz de Mieres, Angulo) estimaron que siempre la entrega de bienes transmitía irrevocablemente el dominio al mejorado, equivaliendo a una donación. Pero, sí estuvieron de acuerdo en estimar que la irrevocabilidad se fundaba en el valor de donación *inter vivos* que tenían o que adquiriría con la entrega de bienes, y que esa irrevocabilidad incluía ambos aspectos de donación y de mejora.

En cambio, el artículo 827 del Código civil, dispone que:

“*La mejora, aunque se haya verificado con entrega de bienes, será revocable, a menos que se haya hecho por capitulaciones matrimoniales o por contrato oneroso celebrado con un tercero*”.

(249) Cfr. “El deber formal de instituir heredero a un legitimario y la preterición”, en *ADC XX-I*, 12, f. p. 38.

(250) Cfr. “Apuntes...”, III Parte, § 12, H, pp. 529 y s., o *ADC VII-II*, páginas 635 y ss.

Queda claro en este texto la revocabilidad de todo anticipo otorgado con carácter de mejora, tanto en su aspecto de mejora como en el de anticipo hereditario. En cambio, tratándose de donaciones *inter vivos* es preciso profundizar más.

No es aquí el lugar adecuado para tratar de si la revocabilidad de las mejoras alcanza a las donaciones *inter vivos* verificadas como tales con carácter irrevocable (251). Pero sí para partir de la distinción entre su aspecto de donación y el aspecto de mejora (252), y para examinar si una donación, irrevocable por ser *inter vivos*, otorgada con carácter de mejora, puede ser destituida de este carácter sin quedar revocada como donación.

Nuestra conclusión (253) había sido:

1.º Que la donación *inter vivos* a la que se otorgó carácter de mejora, dándole así mayor grado de liberalidad, no puede entenderse que, al serle revocado ese carácter, también como donación resulte degradada a ser revocable, con lo cual contrariaría el principio de la irrevocabilidad de las donaciones que resulta del examen sistemático, en su totalidad, del título que el Código les dedica y, en especial, *sensu contrario* de los artículos 639, 641, 644 a 656.

2.º Que, por el contrario, puede aceptarse la revocabilidad de su carácter de mejora, en tanto éste no afecte a la permanencia de la donación de suyo irrevocable. Y aun esa distinción sólo puede sostenerse como secuela de la innovación de los artículos 827 y 825 C. c., partinedo de que, en su virtud, *la orden de imputación tiene hoy carácter relicto y es separable de la atribución patrimonial a la que va referida.*

3.º Como corolario y límite de esa segunda conclusión, se debe deducir que ese cambio de imputación no puede afectar en modo alguno al íntegro mantenimiento de la donación (254). Según resulta

(251) Cfr. al respecto nuestros trabajos "La donación *mortis causa* en el Código civil", XII, en *Anales de la Ac. Matr. del Notariado*, vol. V, páginas 767 y ss., y "Apuntes...", loc. últ. cit., pp. 532 y ss., o ADC VII-II, páginas 368 y ss.

(252) MANRESA, op. cit., vol. VI, art. 827, IV, 2.º, p. 432; JOSÉ URIARTE BERASATEGUI, "Inteligencia y alcance del artículo 827 del Código civil", en *RCDI* V, mayo 1929, pp. 321 y ss; FELICÍSIMO DE CASTRO, "Derecho civil...", volumen II, Madrid 1928 tema CXXXVII, p. 302; AMADEO DE FUENMAYOR CHAMPÍN, "La revocación de la propiedad", Madrid 1942, cap. IV, n. 63, páginas 130 y ss., y "La mejora en el sistema sucesorio español", Coimbra 1946, páginas 24 y ss., y nuestros dos estudios citados en la nota anterior.

(253) "Apuntes..." loc. últ. cit., p. 538, y ADC VII-II, p. 374.

(254) Véase el ejemplo que pusimos en la nota 994 de nuestros "Apuntes..." III, § 12, p. 538, o ADC VII-II, p. 374: "El causante había donado a un extraño 100 y, posteriormente, otros 120 en concepto de mejora a un hijo suyo, A. En testamento posterior legó el tercio íntegro de mejora a otro hijo, B. Su caudal, acumulado el líquido relicto y lo donado, sumaba a su muerte 300. Dejó tres hijos. El hijo A no acepta la herencia de su padre y, por eso, no debe colacionar. En este caso, con el criterio que hemos aceptado, los 120 donados a A deben ser preferentemente imputados a su legítima individual hasta su valor de 33 1/3, pero los restantes 86 y 2/3, por haberse agotado el tercer tercio con lo donado al extraño, deben imputarse al tercio

del artículo 656, el orden de prelación de las donaciones se determina por la antigüedad de las fechas de su respectivo otorgamiento; y, según el artículo 826, no deben reducirse las donaciones sino cuando resulten inoficiosas después de reducidas las disposiciones testamentarias. Un mero cambio de imputación no debe derogar estas reglas. Por eso la revocación de la mejora debe detenerse en el punto que afectaría a la irrevocabilidad de una donación de suyo irrevocable.

40. β_2) Respecto de las donaciones otorgadas con dispensa de colación.

En la doctrina anterior del Código civil, Antonio Gómez (255) opinó que la donación perfeccionada y otorgada con dispensa de colación, no podía ser privada después de este carácter.

En cambio, después del Código civil, Manresa (256) estimó que era revocable en testamento la dispensa de colación con tal de que la revocación se verificase "expresamente", de igual modo como el artículo 1.036 exige para la dispensa.

De Diego (257) excluye la posibilidad de revocar esa dispensa, si ésta se hubiera dispuesto en capitulaciones matrimoniales, dada la fuerza vinculante que en este caso tiene como sucesión contractual.

Nuestra opinión (258) coincide con la expresada por Manresa, fuera del supuesto excepcional expresado por De Diego, "pues no es lógico considerar irrevocable la dispensa de colación, dispuesta en el acto de donar, puesto que el causante puede disminuir la cuota de institución del donatario —mientras no le prive de la legítima—, logrando el mismo resultado".

B. DETERMINACIÓN SUBSIDIARIA HECHA POR LA LEY. NORMAS DE IMPUTACIÓN.

41. Antes de abordar esta cuestión, debemos prevenir que pocas veces se produce una situación en la cual absolutamente todo haya

de mejora, que es porción disponible entre los hijos. Así lo exige la irrevocabilidad de las donaciones que tampoco deben ser reducidas en cuanto no sean inoficiosas. El mejorado en testamento, por tanto, sólo recogerá como mejora los $\frac{13}{13}$ restantes del tercio de mejora".

(255) ANTONIO GÓMEZ, "Opus praeclarum et utilissimum super legibus Tauri", lex XVII, n. 22, fol. 71 vto: "ubi si pater vel mater, semel facit filio vel filiae donationem perfectam regulariter illa non debet conferri nisi contrarium dicat tempore donationis, non autem sufficit postea dicere ex intervallo"; y lex XXIX, n. 27, fol. 101 vto: "requeritur quod dicat et protestetur tempore ipso donationis factae; non vero postea ex intervallo; quia quaestio iam esset quaesitum ius patri, et non posset ab eo auferri".

En igual sentido, más de dos siglos después, cfr. ALVAREZ POSADILLA, en su "Comentarios a las Leyes de Toro", Madrid 1796, lex XXIX, p. 171.

(256) MANRESA, op. cit., vol. VII, art. 1.036, I, p. 561.

(257) DE DIEGO, op. cit., vol. III, lec. 97, p. 405.

(258) "Apuntes...", III, § 14, B, 4.º, p. 575, o ADC VII-II, p. 411. En igual sentido, JOSÉ LUIS DE LOS MOZOS, "La colación", Madrid 1965, n. 58, páginas 272 y ss., y JOSÉ PUIG BRUTAU, "Estudios..." V-III, cap. V, 11, II, 3, página 652.

sido previsto por el causante; ni, inversamente, en la cual absolutamente nada haya previsto éste y todo quede pendiente de las subsidiarias previsiones de la ley. Lo más frecuente es que junto a lo previsto por el causante, al donar y al testar, queden en el aire: imprevisiones que la ley debe cubrir. Y, en este caso, la primera norma que se debe aplicar es la interpretativa de la voluntad del testador, contenida en el ap. 2.º del § 1.º, del artículo 675 C. c.: “*En caso de duda, se observará lo que aparezca más conforme a la intención del testador, según el tenor del mismo testamento*”.

Sin embargo, hay ciertas normas que parecen suponer un límite puesto a ese criterio interpretativo. Nos referimos a aquéllas, en las cuales se exige que determinada voluntad conste *expresamente* o que se haya declarado *de manera expresa*. Es el caso de los artículos 783, 825, 828 y 1.036, a los que hemos dedicado sendos trabajos para precisar el sentido de ese requisito (259).

Como el latín “*expressim*”, el castellano “*expresamente*”, o sus variantes, requiere palabras o expresiones claras, pero no términos ni frases sacramentales; exige claridad y certeza, mas no formalismo. El Código civil ha tendido a abolir las conjeturas extratestamentarias: en materia de fideicomisos, de mejoras y de dispensa de colación de donaciones, pero no puede entenderse que suprime la interpretación de la voluntad del testador, según el tenor del mismo testamento, ni que requiera para esas disposiciones palabras formales o sacramentales.

Siendo así habrá que conjugar siempre la voluntad resultante de la interpretación de la escritura de donación y del testamento con las disposiciones supletorias contenidas en el Código civil en materia de imputación o que repercuta o pueda repercutir en ella.

a) *En lo referente a legados.*

42. Hallamos en el Código civil varias normas que han sido consideradas aplicables a la imputación de legados para supuestos singulares respectivamente contemplados en ellas. Así se han entendido aplicables diversos artículos del Código civil.

1.º *En caso de que con la atribución dispuesta no se haya cubierto la legítima al legatario que sea heredero forzoso*: éste, según previene el artículo 815, “podrá pedir el complemento de la misma” es decir, que hasta donde alcance el legado, se imputará a la legítima.

De ahí se deduce que si a un legitimario el testador sólo le ha otorgado un legado (o bien habiéndole instituido heredero en una

(259) De los artículos 825 y 828 en “La mejora tácita...”, en *Anales...* citados, vol. VIII, en síntesis, p. 139; del artículo 1.036, en “Apuntes...” III, párrafo 14, B, 4.º, p. 573, o *ADC VII-II*, p. 409, y del artículo 783, en “Notas críticas para la interpretación del artículo 783, § 1.º, y del 785, n. 1.º, del Código civil”, en *ADC XIV-I*, pp. 139 y s.

cuota inferior a la legítima le otorga, además, un legado), se imputará el legado a la legítima hasta cubrir su montante (260).

No cremos que la imputación a la legítima de lo legado a un legitimario no instituido heredero sea consecuencia de la norma del artículo 815, sino, por el contrario, que éste es un corolario de lo que ha de estimarse voluntad del testador —en este sentido invocaron el artículo 815 las Ss. 16 enero 1895, 25 mayo 1917 y 23 abril 1932 en sendos supuestos en los cuales el testador sólo atribuyó a hijos naturales suyos un legado insuficiente para cubrir su legítima— cuando sólo le deja un legado a un legitimario e instituye herederos universales a otra u otras personas. Pero no nos sirve para los supuestos en que el testador no haya dispuesto de todos sus bienes, dejando abierta la puerta a la sucesión intestada, o en que haya instituido heredero al legitimario, único o juntamente con otros llamados, y le otorgue además el legado (261).

2.º *En caso de haberse instituido heredero a un legitimario, con otros de su misma clase, y de haberle favorecido, además, el testador con algún legado, se ha considerado aplicable la norma del artículo 1.037 C. c.: “No se entiende sujeto a colación lo dejado en testamento si el testador no dispusiere lo contrario, quedando en todo caso a salvo las legítimas”.*

En su virtud, se ha afirmado de esta norma:

- que significa la no imputación (o la imputación, caso de que el testador hubiese ordenado la colación) de la manda o el legado a la legítima del legatario (262);
- que es aplicación del principio de que el testador que lega a su heredero lo hace independientemente de la cuota hereditaria (263);
- que el artículo 1.037 es norma pura de colación —que referida a un legado implicaría que la cosa legada se computara en la

(260) Cfr. AMADEO DE FUENMAYOR CHAMPÍN, “Acumulación a favor del cónyuge viudo de un legado y de su cuota legal usufructuaria”, V, en *RGL y J* 179, primer semestre 1946, pp. 72 y ss, ha opinado: “Quien no vea una norma de imputación en la norma que resulta del artículo 815, combinado con el 763, aplicable a todo legado a favor del legitimario cuando el causante nada dice acerca de la legítima, deberá meditar sobre el absurdo a que conduce reducir la órbita del artículo 815 al supuesto de que lo dejado por el testador sea inferior a la cuota legítima”.

(261) Cfr. nuestro estudio “Imputación de legados...”, VIII y IX, res; citado, pp. 338 y 340 y s.

(262) En este sentido, DE BUEN, *Notas* al “Curso elemental...” de Colin y Capitant, vol. VIII, cap. VII, sec. VII, p. 426, estimó que la excepción del artículo 1.037: “En realidad significa tan sólo la voluntad del testador de que lo dejado se cuente a la legítima”.

(263) MANUEL CALDERÓN NEIRA, “La colación en el Código civil”, en *RGLyJ* 111, primer semestre 1906, pp. 135 y s., estimó: “Lo que el Código quiere decir es que *los legados no se imputen en la vocación hereditaria del legitimario, salvo disposición contraria del testador*. En resumen: que esa es una regla de imputación, y, aun hilando delgado, puede decirse que ni aun es regla de imputación, sino una aplicación del principio que el testador que lega a su heredero lo hace independientemente de la cuota hereditaria, hasta el punto que puede renunciar la herencia y admitir el legado, y viceversa”.

cuota hereditaria del legatario—y que excluye de ella a los legados, salvo disposición en contrario del testador (264).

- que el presupuesto de esa norma se refiere a un legitimario, a quien se le haya instituido heredero juntamente con otros del mismo orden y además se le haya otorgado un legado; y su regla general es que el legado no se colacione a la cuota hereditaria, sino que lo reciba *extra partem* el legatario, es decir, que no se cuente en su cuota (265).
- que la mal llamada orden de colación de un legado sólo significa que su atribución no constituye propiamente un legado, sino algo semejante a la vieja *praeceptio*, es decir, la asignación de un bien a cuenta de la cuota hereditaria del asignatario (266).

Ahora bien, normalmente, esa cuota hereditaria incluirá la legítima de todos los instituidos, y, en ese caso, indirectamente, esa norma de no colación repercutirá coincidiendo con la no imputación del legado a la legítima del legatario, pero puede no ser así, en caso de que para satisfacer la legítima del legatario, supuesto en el cual se aplica el testador haya asignado este legado—y tal vez también otros—ría el remanente obtenido con la institución a la porción libre.

3.º También ha sido invocado el artículo 828, que dice: “*La manda o legado hecho por el testador a uno de los hijos o descendientes, no se reputará mejora sino cuando el testador haya declarado ser ésta su voluntad o cuando no quepa en la parte libre*”.

Esta es otra de las normas—como advertimos hace años (267)—cuyo alcance es necesario examinar con cuidado. El artículo 828 contrapone la mejora—imputable al segundo tercio—y el tercio libre. Parte, pues, del supuesto de que la manda o legado no se imputen a la legítima estricta. Pero el hecho de arrancar de ese supuesto significa que éste, en sí mismo, debe presuponerse y constituye, por lo tanto, la regla general. El artículo 828 se aplica cuando la manda o legado no sean otorgados en lugar de la legítima. Pero lo que se guarda muchísimo de disponer este artículo es que dicha no imputación al primer tercio deba observarse siempre, salvo disposición en contrario del testador. La finalidad del precepto no es ésta.

Es más, leyendo atentamente el artículo 828, se observa que su *ratio* no es precisamente el beneficiar aún más al descendiente favorecido por la manda o legado, sino, al contrario, lo que pretende es proteger a los demás descendientes colegitimarios. En efecto, si la manda se computase en el tercio de la mejora—como “lo que es mejora deja de ser legítima de todos”—, se disminuiría la legítima lar-

(264) FUENMAYOR, loc. cit., IV, pp. 57 y s.

(265) Cfr. nuestro estudio cit., “Imputación de...”, VIII, res. cit., páginas 337 y 339.

(266) Cfr. nuestros “Apuntes...”, III, § 14, C, a, p. 579, y ADC VII-II, página 415. En igual sentido, CÁMARA ALVAREZ, “Estudio sobre el pago en metálico...”, nota 111, loc. cit., p. 779.

(267) “Imputación de...”, loc. cit., pp. 338 y s.

ga de los no mejorados. Esto es lo que el artículo 828 trata de evitar que se produzca por meras conjeturas, requiriendo que la voluntad en contrario del testador resulte expresamente del testamento.

En resumen: propiamente el Código civil no contiene reglas generales de imputación de los legados, sino que únicamente hace algunas aplicaciones para ciertos supuestos concretos de lo que presume ser la normal intención del testador. Así, tenemos que:

— Del artículo 915 puede deducirse que en cuanto la legítima no esté cubierta (por donaciones o por disposiciones testamentarias expresas, o por la sucesión intestada, si el testamento no contiene la disposición de todos los bienes), aquélla deberá cubrirse precisamente con lo que el testador atribuya al legitimario. Pero no determina un orden de preferente imputación. Este deberá, pues, deducirse del tenor del testamento o del contenido de la atribución (así: lo apto por su contenido y por su libertad de gravámenes testamentarias deberá imputarse a la legítima con preferencia a las atribuciones de contenido no apto—legado de cosa ajena, usufructos, etc.—o las que sean gravadas testamentariamente con fideicomisos, modos, usufructos, condiciones, términos).

— Del artículo 1.037 resulta una presuposición de que, si del testamento no resulta expresamente lo contrario, al legitimario, instituido heredero juntamente con otros legitimarios, a quien le sea atribuido algún legado, éste se entiende que le es atribuido *extra partem*, es decir, además de su cuota hereditaria. Sin embargo, la legítima podría cubrirse tanto con el legado (cabría que el testador hubiera atribuido sendos legados a todos los legitimarios) como con la cuota hereditaria, o en parte con una de las atribuciones y en otra parte (o en lo no cubierto por aquélla) con la otra atribución. Por lo tanto, la solución habrá de buscarse por el mismo camino interpretativo explicado para el supuesto anterior.

— En el artículo 828 hallamos una regla de imputación, pero parcial, para un supuesto concreto, que requiere para entrar en acción que en el caso de que se trate resulte evidente, por la razón que sea, que lo legado no sea imputable a la legítima estricta, por lo menos preferentemente, es decir, en cuanto quepa en la parte de libre disposición y en la de mejora.

Es de destacar, sin embargo, que la falta de normas generales objetivas en esta materia, no plantea ningún grave problema, pues dichas disposiciones legislativas ni siquiera hacen falta. La interpretación de la voluntad del testador y los principios y conceptos fundamentales de nuestro Derecho sucesorio, pueden bastar y bastan, a nuestro juicio, para ofrecer las soluciones precisas (268).

a) *¿Quid en los legados otorgados al cónyuge viudo?*

43. La cuestión planteada en caso de atribución al cónyuge viudo de un legado, acerca de si éste debe imputarse a cuenta de su cuota

legal usufructuaria o bien debe acumularse, ha sido muy controvertido. Así:

Manresa (269) se había inclinado por la aplicación del legado de usufructo a la cuota viudal, sin perjuicio de su derecho al complemento si no alcanzare su valor, o de imputar el exceso si lo hubiere a la parte de libre disposición.

Sánchez Román (270) pareció inclinarse por la acumulación de legado a favor del cónyuge viudo y cuota viudal en cuanto aquél quepa en la parte libre, y decididamente lo entendió así Charrín (271) en el supuesto que le fue consultado.

Fuenmayor (272), a falta de determinación testamentaria en uno u otro sentido, distinguió según concurriera el cónyuge viudo con herederos forzosos o con extraños. En el primer caso, apoyándose en el artículo 1.037, se inclinó por la acumulación. Y en el segundo, con base al artículo 815, entendió aplicable la solución contraria. Esta tesis la combatimos (273) partiendo de la inaplicación, a uno y otro caso, de los artículos 1.037 (por no ser el viudo verdadero heredero forzoso, sino legatario, ni concurrir con herederos forzosos de igual clase a la suya) y 815 (por no contener norma de imputación sino, al contrario, partir, como presupuesto, de ella). También observamos, que parece un contrasentido que, precisamente, tenga lugar la acumulación cuando el cónyuge viudo concorra con herederos forzosos y que, en cambio, se compute a su cuota, en cuanto quepa, concurriendo con herederos voluntarios.

Nosotros (74), una vez agotada la posibilidad de resolver la cuestión interpretando la voluntad explícita o implícita del causante (275),

(269) MANRESA, "Si el cónyuge viudo tiene derecho al usufructo que le lega su consorte en testamento anterior al Código civil y además al que le concede la ley", en *RGL y J* 83, 2.º sem. 1893, p. 83.

(270) SÁNCHEZ ROMÁN, "Estudios", vol. IV-II. cap. XV, 54, cfr. 2.ª ed. página 830.

(271) CHARRÍN, "Legado en propiedad del tercio de libre disposición a la viuda. ¿Tiene ésta derecho también a la adjudicación de la cuota legal en usufructo?", en *Bol. de la R. G. L. J.*, año 1904, p. 20 (cita de FUENMAYOR).

(272) FUENMAYOR, loc. últ. cit., pp. 34 y s., especialmente.

(273) "Imputación..." X, loc. cit., p. 345.

(274) *Ibid*, p. últ. cit. y XI, p. 348.

(275) "Así, verbigracia—escribimos en lugar indicado en la nota anterior—: Si el causante expresamente declara legar a su cónyuge en pleno dominio todo cuanto la ley permita, parece evidente que su voluntad no sólo no se dirige a dejar el legado en lugar de la cuota legal, sino que implícitamente quiere que se acumulen ambas atribuciones. Con menos seguridad, consideramos que también late igual intención cuando el testador lega concretamente en propiedad o en usufructo toda la parte de libre disposición a su esposa sin aludir a la cuota legal".

"En cambio, si en el testamento en que se otorga el legado a favor del cónyuge viudo se distribuye el haber del causante utilizando éste la facultad conferida por el artículo 1.056 del Código civil, la no alusión a la cuota legal, unida a la distribución de bienes verificada sin tenerla en cuenta, parece indicar que la voluntad del testador era opuesta a la acumulación de dicha cuota legal al legado".

y “ante la necesidad de dar una solución”, nos habíamos inclinado también a favor de la acumulación de cuota y legado partiendo de la especial naturaleza de la cuota viudal, respecto de la cual —a diferencia de las otras legítimas— creíamos entonces que se obtenía *ope legis* por una delación legal directa de dicha cuota.

Cámara Alvarez (276), ante este supuesto, ha rechazado tanto la acumulación de legado y cuota como la posibilidad de que el cónyuge viudo opte por aquél y por ésta, y ha afirmado que el cónyuge viudo deberá aceptar el legado —aunque sea de metálico, que se imputará a su cuota legal—, pues, cree, que “no existe un llamamiento legal autónomo a favor del cónyuge por su cuota legal usufructuaria”, sino sólo subsidiario, en cuanto el valor de lo que el testador le haya asignado no cubra su cuota. Por lo cual, el criterio aplicable a los demás legitimarios, en análogo supuesto, no debe variar tratándose del cónyuge viudo. Más atrás hemos aceptado esta rectificación de Cámara a nuestra tesis de la naturaleza jurídica de la legítima viudal, por lo tanto, también aceptamos aquí su consecuencia lógica para el supuesto que estudiamos.

El Tribunal Supremo en Ss. de 21 febrero 1900 y 3 junio 1947, en supuestos de legados dispuestos a favor del cónyuge viudo, en los cuales se discutía su acumulación o su imputación a la cuota legal, consideró repetidamente que “el artículo 815 no impide, y el artículo 1.037 expresamente sanciona, que se acumulen con lo que corresponda a la herencia forzosa lo voluntariamente dejado en testamento”, razonamiento que criticamos (277) en lo referente al apoyo legal invocado, que concretó la sentencia de 1947, agregando “doctrina que resulta perfectamente aplicable al caso de autos, en que el testador no solamente no expresó claramente su voluntad de mermar la legítima de su viuda, sino que existen, por lo que ha quedado expuesto, elementos bastantes para inducir lo contrario...”.

Esta referencia —observamos entonces— al artículo 1.037, que la Sentencia 3 junio 1947 hizo repitiéndola literalmente de la de 21 febrero 1900 —y tal vez casi inconscientemente—, posiblemente obedeció a un resto de aquel afán de la escuela exegética —por influencia francesa, tanto tiempo en boga entre nosotros— de justificar todo con citas de textos legales, oportunos o no, y tal vez —por la reacción de nuestro espíritu contra este sistema— buscados después de encontrada la solución justa para darle empaque legalista.

Evidentemente, la preocupación del Tribunal Supremo en ambas sentencias de que su fallo fuera justo, transpira en sus respectivos segundos considerandos que ahondan certeramente en la intención del testador (278). Ambos suenan como un *leit-motiv* que se quiso

(276) MANUEL DE LA CÁMARA ALVAREZ, “Estudio sobre el pago en metálico...”, pp. 984 a 988, en especial nota 385.

(277) “Imputación...”, XI, p. 347.

(278) Dice el segundo considerando de la sentencia de 21 de febrero de 1900: “Si antes de regir el Código civil la mujer dejó a su segundo marido, en usufructo, la quinta parte de sus bienes, y a un hijo de su anterior marido, único heredero forzoso en la fecha en que ordenó su sucesión, los

serviese de justificación a la argumentación positiva, que parece como si no bastara para convencer a los autores de las sentencias, mientras: la invocación de los preceptos legales aducidos resultaba innecesaria, puesto que el resultado dimanaba de la fiel interpretación de la voluntad del testador.

b) *Imputación de donaciones a la legítima.*

44. En el Derecho de Castilla la existencia de un tercio de mejora, que frente a los extraños es legítima y no lo es entre los hijos (279), complicó y multiplicó los problemas de la imputación de las donaciones. El Código civil ha heredado esta complicación, que plantea las siguientes cuestiones a resolver:

1) Imputación, en general, de las donaciones a la legítima, cuando no consta expresamente su determinación por el causante.

2) Supuestos especiales de ser donatario el cónyuge viudo, hijos naturales, o descendientes legítimos que en el momento de la donación no hubiesen sido legitimarios pero lo sea al fallecimiento del donante por haberle premuerto el descendiente intermedio entre ellos y el causante; y de ser donatario a un desheredado o indigno, o un repudiante.

cuatro quintos restantes, debiendo distribuirse los bienes de la herencia con arreglo a la legislación actual, cumpliendo, en cuanto ésta lo permita, las disposiciones testamentarias y dando a cada partícipe lo que según la misma legislación le corresponda, a tenor de la 12.^a de las disposiciones transitorias del Código, es visto que debe asignarse al marido el legado con independencia de la cuota viudal, puesto que la testadora no manifestó su voluntad de mermar la legítima de aquél, aunque pudo hacerlo en el período de tiempo que medió desde que comenzó a regir aquel cuerpo legal hasta su fallecimiento, deduciéndose lo contrario del hecho de haberle dejado usufructo cuanto podía dejarle en la fecha del testamento, y del hecho de haber instituido heredero a su hijo en la porción que le correspondía entonces por ministerio de la ley cuando no se hacía uso de la facultad de mejorar a los nietos; acumulación de legado y cuota viudal que, dicho está, no sería viable si la última hubiera de detraerse del tercio de libre disposición".

Y el segundo considerando de la de 3 de junio de 1947, a su vez, dice: "De la cláusula testamentaria por la que el testador instituyó el legado en favor de su viuda, se deduce que constituía una preocupación de aquél la posibilidad de que ésta contrajera un segundo matrimonio, y por eso se hizo depender la eficacia del legado de que tal matrimonio no llegara a contraerse, y si el testador, para que su viuda pudiera beneficiarse del legado, limitaba su voluntad de una manera tan importante y trascendental no solamente en el orden de los efectos que pudiera contraer, sino en el de las conveniencias materiales que pudiera obtener, supuesto que la privaba de la posibilidad de mejorar su situación económica mediante nuevas nupcias, es más lógico presumir que quiso otorgar el legado con plena liberalidad y que su viuda lo obtuviera sin limitación alguna, que no atribuirle la intención de restringírselo, imputándose a la legítima viudal, pues si tal hubiera sido su voluntad, dada la condición a que subordinaba la efectividad del legado, era natural que lo hubiera declarado expresamente".

(279) Cfr. los textos que citamos en las notas 43 a 48, p. 25, de nuestra conferencia citada. "La mejora tácita...", III, 4; y los citados en la nota 695 de nuestro estudio "Perspectiva histórica de las cautelas de opción...", loc. cit., p. 629.

3) Determinación de si las donaciones en concepto de mejora pueden imputarse al tercio de libre disposición en lo que excedan del de mejora.

4) Aclaración de si las donaciones no colacionables son imputables al tercio de mejora en lo que excedan del tercio libre.

5) Y de si las donaciones otorgadas a descendientes que no sean herederos forzosos, deben imputarse al tercio de mejora con preferencia al tercio libre, o viceversa, cuando nada se haya dicho al respecto.

De estos problemas, aquí sólo debemos ocuparnos de los comprendidos en los dos primeros apartados, pues los consignados en los tres últimos tiene su lugar adecuado en el estudio de las mejoras (280).

Si la interpretación correcta del Código civil sólo es posible después de un cuidadoso examen del Derecho de Castilla, que debió recoger con las particularidades determinadas en la Ley de Bases, es evidente que en el tema que ahora tratamos debemos partir del análisis de las leyes 26 y 29 de Toro, que dicen así:

Ley 26: "Si el padre o la madre, en testamento o en otra cualquiera última voluntad, o por algún contrato entre vivos, hicieren alguna donación a alguno de sus hijos, o descendientes, aunque no digan que lo mejoran en el tercio o en el quinto, entendiéndose que le mejoran en el tercio e quinto de sus bienes, e que la tal donación se cuenta en el dicho tercio e quinto de sus bienes en lo que cupiere, para que a él ni a otro no puedan mejorar más de lo que fuere el valor del dicho tercio e quinto, e si de mayor valor fuere, mandamos que vala fasta en la cantidad del dicho tercio e quinto e legítima de lo que debían haber de los bienes que su padre e madre e abuelos e no en más."

Ley 29: "Cuando algún hijo o hija viniere a heredar o partir los bienes de su padre, o de su madre, o de sus ascendientes, sean obligados a ellos e sus herederos a traher en collación e partición la dote e donación *propter nuptias* e las otras donaciones que obieren recibido de aquél, cuyos bienes vienen a heredar [*apartado relativo a la colación*]. Pero si se quisiera apartar de la herencia que lo pueden hacer, salvo si la dote fueren inoficiosas, que en este caso mandamos que sean obligados los que la recibieron, ansi los hijos e descendientes en lo que toca a las donaciones, como las hijas e sus maridos en lo que toca a las dotes, puesto que sea durante el matrimonio, a tornar a los otros herederos del testador aquello en que son inoficiosas para que lo partan entre sí. E para decir si la tal dote es inoficiosa se mire a lo que escede de su legítima de tercio y quinto de mejora..." [*apartados referentes a la imputación*].

La común opinión de los autores castellanos (281) distinguió las

(280) De ellos nos hemos ocupado en "La mejora tácita...", VIII, 4, 6 y 7, loc. cit., pp. 94 y ss. y 113 y ss., y "Apuntes de Derecho sucesorio", III, párrafo 12, G, pp. 511 y ss., o en ADC VIII-II, pp. 347 y ss.

(281) Cfr. nuestros "Apuntes...", III, § 6, B, a, pp. 374 *in fine* y ss., o en ADC VII-II, pp. 1060 y ss., y en especial las notas 293 a 312.

donaciones simples, a las que se aplicaba la ley 26, y las donaciones causales, a las que se refería la ley 29. La expresión de esta última ley "e las otras donaciones", escrita a continuación de "la dote e la donación *propter nuptias*", se entendió referida a las de naturaleza similar a éstas, es decir, a las otras *ob causam*.

Por tanto, el orden de imputación referido a las donaciones simples era: mejora de tercio, quinto y legítima; mientras el de las donaciones causales era: legítima, mejora de tercio y quinto.

Sin duda cabía que el causante alterara estas reglas, ordenando la imputación a la legítima de alguna donación simple o la imputación a la mejora de alguna *ob causam* —excepto tratándose de la dote, a pesar de la Pragmática de 1543. Así fue estimado evidente por la opinión común de los autores, e incluso Antonio Gómez (282), siguiendo la opinión de Baldo, opinó que tratándose de donaciones simples iguales a la legítima debía entenderse tácitamente ordenada su imputación a ésta.

Es cierto que el apartado primero de la ley 29 plantea una cuestión de colación y no de imputación; pero desde su apartado segundo, abandona el supuesto de colación, que no tiene lugar en caso de repudiación de la herencia, y penetra en el ámbito de la imputación, previamente imprescindible para fijar la inoficiosidad de dotes y donaciones.

El Proyecto de 1851 quiso simplificar la materia, unificando las reglas de imputación de donaciones de las leyes 26 y 29 de Toro. Así dispuso en el artículo 657:

"Ninguna donación, sea simple o por causa onerosa, en favor de hijos o descendientes legítimos que sean herederos forzosos, se reputa mejora, si el donador no ha declarado formalmente su voluntad de mejorar."

"Además, para ser válida la declaración, ha de expresarse en ella si la mejora es de la parte disponible a favor de extraños, o de la legítima disponible entre hijos, o de ambos."

García Goyena (283) explicó el alcance de la reforma propuesta:

"Este artículo da en tierra con la ley 26 y otras de Toro, y simplifica grandemente la materia de mejoras. La legítima es una deuda natural; así, lo dado por el padre deudor debe considerarse como una anticipación o pago a cuenta de aquélla; en esto nadie se perjudica; en reputarla mejora se perjudica a los otros hijos: contra la justicia y naturalidad de estas consideraciones sólo puede prevalecer la voluntad expresa del donador. *Ne sont en réalité que des remises anticipées des parts que les donataires successibles doivent recueillir un jour dans la succession*; palabras de un fallo del Tribunal de Casación, copiado por Rogron al artículo 922: en la donación hecha a un extraño no cabe esta presunción."

"Es también conforme a lo que tenemos aprobado en el artículo 882: las donaciones se traen a colación, si no hay dispensa expresa;

(282) ANTONIO GÓMEZ, "Opus... super legibus Tauri", lex XXIX, n. 28, folios 101 y ss. En contra opinó ANGULO, op. cit., lex X, gl. I, nn. 10 y 11. pp.

(283) FLORENCIO GARCÍA GOYENA, op. cit., art. 657, vol. II, p. 105.

y la colación tiene por objeto formar una sola masa de los bienes existentes a la muerte del padre y de los donados en vida.”

El Anteproyecto de 1882-1888 en su artículo 810 recogió el texto del § 1 del artículo 657 del Proyecto de 1851, sin otra modificación que la adición detrás de las primeras palabras “*Ninguna donación*” de la aclaración “*por contrato entre vivos*”, y el cambio de “*donador*” por “*donante*”. Además, el Anteproyecto añadió otro artículo —el 804— con un texto que no había sido incluido literalmente en el Proyecto de 1851, que, en su párrafo 1.º, expresaba *sensu contrario* la misma regla: “Las donaciones hechas a los hijos, que no sean mejora, se imputarán en su legítima.”

45. Examinados estos antecedentes nos hallamos en situación de acometer la interpretación de los textos del Código civil que regulan la cuestión que aquí estudiamos, o que inciden en ella.

1.º *Imputación general de las donaciones efectuadas a herederos forzosos cuando no consta expresamente su determinación por el causante.*

a) *Donaciones que no tengan carácter de mejora.*

El artículo 819, § 1 C. c. (que tiene su precedente en el 804 § 1 del Anteproyecto), dice: “*Las donaciones hechas a los hijos, que no tengan el concepto de mejoras, se imputarán a su legítima.*”

Y el artículo 825 C. c. (que tiene su precedente en el § 1.º del artículo 657 del Proyecto de 1851, con las rectificaciones introducidas en el artículo 810 del Anteproyecto 1882-1888), declara: “*Ninguna donación por contrato entre vivos, sea simple o por causa onerosa, en favor de hijos o descendientes, que sean herederos forzosos, se reputará mejora, si el donante no ha declarado de manera expresa su voluntad de mejorar*”.

El artículo 819, por consiguiente, como hemos afirmado varias veces (283), contrapone donaciones *en concepto de mejora* y donaciones *imputables a la legítima*. No cabe otra alternativa tratándose de donaciones hechas a los hijos. El artículo 819, pues, habla de mejoras en el mismo sentido amplio que las leyes de Toro y el artículo 657 del Proyecto de 1851.

Sobre esta base debe interpretarse el artículo 825 C. c. El 819 se ocupa de la imputación de las donaciones que no tengan carácter de mejora; el 825 determina cuándo lo tienen. Para el 819, *sensu contrario*, tiene carácter de mejora aquellas donaciones que no se imputan a la legítima del donatario; el 825 dice que tal carácter no puede presumirse. El término mejora es usado en igual sentido e idéntica extensión en uno y otro artículo.

En cambio, toda donación a la que no se le asigne expresamente carácter de mejora deberá imputarse a la legítima del donatario. Tanto si se le asigna el carácter expreso de anticipo como si nada se hubiese dicho al respecto.

(284) Cfr. “La mejora tácita”, VII, 1, d, loc. cit., p. 85, y “Apuntes...” III, párrafo 12, G, a, pp. 521 y s., o ADC VIII-I, pp. 357 y s.

En las donaciones no atribuidas expresamente en concepto de mejora queda clara su imputación a la legítima por aplicación de los artículos 819, § 1, y 825 C. c. Las mejoras no se presumen.

Las dudas se plantean en cuanto a la imputación del exceso de lo donado con respecto a la legítima del donatario y en lo referente a la imputación de las donaciones en concepto de mejora en lo concerniente a su aplicabilidad a los tercios propiamente de mejora y de libre disposición. Pero estas cuestiones no tienen aquí su lugar adecuado, como antes hemos observado.

β) *Incidencia de la atribución de carácter colacionable a las donaciones o de su dispensa de colación.*

Es sabido que la contraposición *colacionable-no colacionable* separa dos masas que pueden no coincidir con los tercios de la herencia: la masa partible entre los herederos forzosos, en proporción a sus cuotas hereditarias, de una parte, y el conjunto de las donaciones y de los legados atribuidos con independencia de toda cuota hereditaria, de otra.

Las donaciones colacionables se agregan, sea físicamente o tan sólo ideal o contablemente, a la masa partible entre los herederos forzosos, y las no colacionables quedan fuera de dicha masa.

Según el artículo 1.036 C. c.: “*La colación no tendrá lugar entre los herederos forzosos si el donante así lo hubiese dispuesto expresamente o si el donatario repudiare la herencia, salvo el caso de que la donación deba reducirse por inoficiosa*” (285).

Notemos que las reglas de imputabilidad a la legítima y de colacionabilidad de las donaciones coinciden en principio (286) con las siguientes particularidades:

1.º Se excluyen de la colación las donaciones hechas, con o sin dispensa de ella, a los legitimarios que no sucedan como herederos forzosos, incluso en el supuesto de que “repudiaren la herencia”.

2.º Puede ocurrir, aunque no suele suceder, que el testador cubra las legítimas con legados y, luego, instituya herederos a los mismos

(285) Antecedentes legislativos del artículo 1.036 C. c. son el 882, § 1, del Proyecto de 1851 y el 1.053 del Anteproyecto de 1882-1888.

El artículo 882, § 1.º, del Proyecto 1851 decía: “El ascendiente de cuya herencia se trate, puede dispensar de la colación, salva siempre la legítima, pero la dispensa debe ser expresa”.

El artículo 1.056 del Anteproyecto 1882-1888 decía: “La colación no tendrá lugar entre los herederos forzosos si el donante así lo hubiese dispuesto expresamente, o si el donatario repudiare la herencia, salvo el caso de que la donación deba reducirse por inoficiosa”.

(286) Hemos visto antes que GARCÍA GOYENA, al comentar el artículo 657 Proyecto 1851 (p. 105) colocó el artículo 882 en la misma línea del 657, de simplificar los criterios de las leyes 26 y 29 de Toro y aplicar igual criterio a las donaciones simples y a las causales: imputables a la legítima y colacionables, salvo expresa disposición en contrario.

legitimarios: supuesto en el cual la colación de las donaciones al haber partible se efectuará en la masa a repartir además de la legítima.

Sin embargo, lo normal es que la legítima vaya englobada en la masa partible y que las donaciones no colacionables se reciban, además, de la participación del donatario en una y otra (legítima y masa partible). Es decir, que en esos supuestos normales ser *no colacionable* implica ser *no imputable a la legítima*, salvo si la masa partible es menor que la suma de las legítimas, en cuyo caso una donación dispensada de ser colacionada, pero a la que no se le haya asignado carácter de mejora puede imputarse a la porción de la legítima que no quede cubierta con la masa partible.

Si las donaciones colacionables forman parte —material o idealmente— de la masa que, en proporción a sus cuotas, deben repartirse entre sí los herederos forzosos, inversamente las donaciones no colacionables podrán imputarse en una zona tanto más amplia cuanto más reducida sea la masa formada con la colación. Su ámbito de imputación, por tanto, podrá ser inferior, igual o mayor al tercio de libre disposición e incluso rebasar el segundo tercio e invadir la legítima individual de los propios imputantes, con el solo límite de no lesionar los derechos de los demás legitimarios, en cuyo caso dicho montante lesivo resultaría inoficioso y como tal debería reducirse la donación en dicho importe.

La imputación de las donaciones no colacionables más allá de la legítima, cubierta con la masa partible, es decir, su aplicación sólo al tercio libre o bien a éste y al de mejora, queda fuera del tema que aquí tratamos (287).

2.º Supuestos especiales de imputación de donaciones a la legítima.

46. Entre éstos podemos situar los siguientes:

a) Donaciones al cónyuge viudo.

El supuesto enunciado sólo es posible si partimos de que sea exacta nuestra tesis de la eficacia *mortis causa* de lo donado, directa o indirectamente, entre marido y mujer, si la donación no ha sido revocada y el cónyuge donatario sobrevive al donante (288).

Hace años, partiendo de entender que la legítima viudal es atri-

(287) Del mismo modo nos ocupamos en "La mejora tácita" VIII y loc. citada, pp. 114 y ss., y en "Apuntes..." III, § 12, G, b, pp. 527 y s.

(288) Cfr. "La donación mortis causa en el Código civil español", X, 7, y XIV, en *Anales Ac. Matr. del Not.* V, pp. 732 y ss y 794 y ss.; "Dictamen acerca de los requisitos para inscribir la transmisión a tercero de un inmueble adquirido por mujer casada con metálico que se confiesa parafernial", en *ADC* I-II, pp. 654 y ss., "Donación, condición y conversión material", IV, en *ADC* V-III, pp. 1286 y ss., y "Observaciones a la Resolución de 11 de marzo de 1957 en relación a la Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de febrero de 1951...", en *RCDI* XXX, julio-agosto 1957, pp. 411 y ss.

buida directamente por la ley, optamos —en caso de no resultar otra la voluntad del donante— por su imputación fuera de la legítima, es decir, por su acumulación a ésta (289). Pero, como este presupuesto lo hemos rectificado en este trabajo, también debemos rectificar la solución, como hemos hecho también con referencia a los legados otorgados al cónyuge viudo, y nos inclinamos por la no acumulación, es decir, por la imputación a cuenta de la cuota viudal si de la interpretación de la voluntad expresada por el causante no resultare lo contrario.

β) *Donaciones a los hijos naturales.*

46. El artículo 847 aplica a los hijos naturales la norma general de imputación de las donaciones otorgadas a favor de legítimos. Dice así:

“Las donaciones que el hijo natural haya recibido en vida de su padre o de su madre se imputarán en la legítima.”

“Si excedieran del tercio de libre disposición se reducirán en la forma prevenida en los artículos 817 y siguientes.”

Se ha observado (290) que cuando el hijo natural concorra con ascendientes legítimos, las donaciones que recibió en vida de sus padres se imputarán a la cuota de la herencia que constituya su legítima, y en su exceso, si lo hubiere, a la parte libre y sólo se reducirán en cuanto no quepa en ella. Y si tampoco concurrieran ascendientes legítimos, la imputación se hará al tercio, que es, en tal caso, la legítima de los hijos naturales, y si aún hubiere exceso no inoficioso se imputarán a la parte libre, que de concurrir el cónyuge viudo se circunscribirá a la nuda propiedad de dos tercios y sólo se reducirá en cuanto no quepa en ella.

En resumen (291), conforme al artículo 847, lo donado a los hijos naturales se imputa preferentemente a su legítima individual respectiva y, en su exceso, a la porción disponible si cupiera en ella.

Notemos, por otra parte, que no hay razón para estimar el artículo 847 imperativo, excepto en lo referente a la reducción de lo que exceda lo donado de la legítima del donatario y de la parte disponible. En cuanto no sea inoficioso debe entenderse, tal como admite el artículo 819, § 1, que el causante puede disponer en forma expresa la imputación preferente de lo donado a la porción disponible, supuesto en el cual el exceso respecto de ésta se imputará a la legítima.

Es de notar que la S. 7 junio 1960 en su segundo considerando, aunque fue en un mero *obiter dictum*, arguyó que “respecto de la reserva del usufructo hasta la muerte de los cónyuges, que dicha reserva no se hace por partes determinadas entre ellos, sino en común para satisfacer las necesidades del matrimonio, y sólo cuando ocurra el fallecimiento de uno de ellos [de los cónyuges] es cuando se produce el disfrute del todo por el sobreviviente, y es entonces cuando podría admitirse la existencia de la donación [entre ellos], pero no durante el matrimonio, sino disuelto éste”.

(289) “Apuntes...” III, § 12, B, p. 495, o ADC VIII-II, p. 331.

(290) Así, BONET RAMÓN, “Código civil”, art. 847, p. 664.

(291) “Apuntes...”, III, § 12, C, p. 497, o ADC VIII-II, p. 333.

tima individual del hijo natural imputante, y sólo en cuanto aún. excediere deberá reducirse.

γ) *Donaciones a descendientes legítimos que no habrían sido legitimarios del donante en el momento de otorgarse aquéllas, pero que lo son al fallecer éste.*

48. Para la cuestión paralela de la colación de estas donaciones. por los nietos, los autores castellanos entendieron que éstos, si aquéllas objetivamente eran colacionables, debían colacionar (292):

1.º Las que su padre o madre premuerto hubiese tenido que colacionar en la herencia del abuelo, si los nietos sucedían a éste en representación *latu sensu* de aquél o aquélla.

2.º Las donaciones que el abuelo les hubiese hecho directamente después del fallecimiento del padre o madre intermedio; pero no lo que el abuelo les hubiese donado viviendo el padre o madre, intermedio, a no ser que la donación se hubiese hecho en contemplación de éste o ésta.

Este criterio era, en definitiva, el que se podía deducir en el Proyecto de 1851, puesto que su artículo 879 señalaba la obligación de traer a colación a los “herederos forzosos”, entre los que se cuentan los nietos hijos de hijo o hija premuerto, y el artículo 881 añadía: “Cuando los nietos sucedan al abuelo en representación del padre, concurriendo con sus tíos y primos, aportarán todo lo que debería aportar el padre si viviera, aunque no le hayan heredado.”

Igual podemos decir del Anteproyecto 1882-1888 (293).

Pero, el Código civil, además de recoger, con ligeras variantes de redacción, en el § 1 del artículo 1.038, los artículos 991 del Proyecto y 1.056 del Anteproyecto, agregó un § 2, quedando redactado del siguiente modo:

“Cuando los nietos sucedan al abuelo en representación del padre, concurriendo con sus tíos o primos, colacionarán todo lo que debiera colacionar el padre si viviera aunque no lo hayan heredado.”

“También colacionarán lo que hubiesen recibido del causante de la herencia durante la vida de éste, a menos que el testador hubiese dispuesto lo contrario, en cuyo caso deberá respetarse su voluntad si no perjudicare a la legítima de los herederos.”

La lectura de los primeros comentaristas del Código civil produce la impresión de que el segundo párrafo introducido en el ar-

(292) Cfr. las citas que hicimos en las notas 362 y 535 de la III parte de nuestros “Apuntes...”, pp. 385 y s. y 420 y s., o en *ADC* VII-IV, pp. 1071 y s. y 1106 y s.

(293) El artículo 1.056 mantuvo la referencia a ser herederos forzosos: los sujetos de la colación, y el artículo 1.055 —que señala como precedentes el artículo 881 del Proyecto, el 4.019 mexicano y el 2.100 portugués—, decía: “Cuando los nietos sucedan al abuelo en representación del padre, concurriendo con sus tíos y primos, aportarán todo lo que debía aportar el padre si viviera, aunque no lo hayan heredado”.

título 1.038 solucionaba un problema que no les parecía resuelto en el Proyecto ni en el Anteproyecto. Así Scaevola (294) indicó que se trataba de un problema ya formulado por los jurisconsultos franceses Marcadé y Dalloz, y, aunque añadió que igual solución resultaría del artículo 1.035, emitió esta aprobación: “aplaudimos contenido y alabamos la previsión del legislador español, que con ella ha resuelto una duda que de otro modo pudiera presentarse en la realidad legal”.

Manresa (295) planteó que existían dos soluciones. Una lógica, con los “más o menos formularios principios jurídicos”, que resolvería que los nietos si heredaban al abuelo por derecho de representación del hijo colacionaran en conjunto lo donado por aquél a éste, o lo donado a toda la estirpe después de muerto dicho hijo, “pero nunca las hechas a uno solo de los descendientes que componen la estirpe”. Otra, menos lógica pero más tenta “a la realidad de los hechos”, “observando que se colacionan las donaciones hechas a las personas que llegan a ser herederos forzosos, aunque no les corresponda este derecho en la época de la donación, y en cambio no se colacionan aquellas que se hacen a presuntos herederos forzosos si después no llegan a serlo”... “atendiendo a que, en realidad, aunque fundándose en una ficción los nietos resultan herederos forzosos, y se aprovechan de las donaciones colacionables hechas a los hijos o herederos suyos”, por lo cual, según su criterio, el Código “ha creído más justo que lleven también a colación las donaciones que les fueron hechas por el causante durante su vida, a menos que el testador hubiese dispuesto expresamente lo contrario”.

Pero no a todos les pareció así de justa la solución de ese modo entendida (296). Alguno parece interpretarla en el sentido tradicional, como se habría entendido sin la adición del § 2.º del artículo 1.038 (297); y algún ilustre tratadista parece que lo explica al revés

(294) SCAEVOLA, op. cit., vol. XVIII, arts. 1.038 a 1.040, cfr. ed. 1901, páginas 157 y s.

(295) MANRESA, “Comentarios...”, vol. VII, arts. 1.038 a 1.040, cfr. 6.ª ed., páginas 570 y ss.

(296) Así, LEÓN BONEL Y SÁNCHEZ, “Código civil español”, vol. III, Barcelona 1890, art. 1.038, pp. 695 y s., observó que “es más difícil de apoyar el precepto del segundo apartado de este artículo cuando no acudan en la verdadera representación del padre, porque en este caso se llevarían a la colación efectos de donaciones que se hubiesen hecho a los nietos con independencia de los padres y el caudal hereditario aumentaría en perjuicio de los mismos nietos, lo cual encontramos más justificado cuando éstos concurren a la herencia con otros nietos o cuando todos los que concurren a la herencia son parientes del mismo grado y que en idénticas circunstancias se hallen...”. Notemos que este razonamiento vale igual, aunque el § 2 del artículo 1.038 continúa refiriéndose al supuesto de que los nietos hereden al abuelo en representación de un hijo premuerto, si la donación se les hizo “con independencia de los padres, lo que significaría que se les hizo viviendo éstos y no en contemplación de estos padres”.

(297) MARIO NAVARRO AMANDI, “Cuestionario del Código civil”, vol. III, Madrid 1890, arts. 1.038 a 1.040, p. 460: “Si sólo tiene obligación de colacionar el heredero forzoso, claro es que el nieto no colaciona sino cuando es tal heredero”. Aunque no precisa si esa condición la debía ya tener al recibir la

de su letra (298). Tampoco faltó quien lo entendiera referido precisamente a lo donado al nieto por el abuelo en vida del padre, aplicando gramaticalmente mal, el pronombre “éste” al padre —y no al “causante”, es decir, al abuelo— para llegar a la solución contraria a la que, para ese caso, daba el Derecho anterior (299).

Después, la gran mayoría de los tratadistas al interpretar este precepto no se han planteado la distinción clásica de si, *en el momento de la donación*, el nieto hubiera sido o no heredero forzoso del abuelo donante.

Nosotros hicimos notar (300) que aplicando el artículo 1.038 § 2.º a las donaciones hechas al nieto en vida aún de su padre, la solución parece anómala, pues “nos hallamos ante una donación que el donante al otorgarla, por hacerla a un descendiente no heredero forzoso, la debió considerar precisamente como mejora *lato sensu*. ¿Como es posible, por tanto, que pierda ese carácter, precisamente por una desgracia familiar, cual es la muerte de su padre, hijo del donante? También Espín (301) —además de señalar que el criterio se funda en una confusión de la mecánica del derecho de representación y que es contrario al que inspira los artículos 1.039 y 1.040, ap. 1.º— indica “que agrava la situación de los nietos huérfanos, que pierden las donaciones recibidas de su abuelo directamente, al contrario de lo que sucede en las ramas en que viven los hijos, pues éstos no tienen que colacionar lo que sus propios hijos vayan recibiendo directamente del abuelo, según expresamente dispone el artículo 1.039”..., “por lo que aquella obligación de colacionar no sólo

donación. Y añade: “La obligación impuesta al nieto, de colacionar cuando hereda en representación de su padre lo donado a éste, no es consecuencia de los principios consignados por la ley en materia de colación, sino efecto del derecho de representación; efecto que algún tratadista rechaza como poco justo”.

(298) SÁNCHEZ ROMÁN, “Estudios...”, vol. VI-III, cap. XXVIII, n. 58, b (cfr. 2.ª ed., p. 2031), que observó, “las dos particularidades del artículo 1.038, en cuanto que por una de ellas resulta dispuesto que también tendrán la obligación de colacionar los nietos que sucedan al abuelo, en representación del padre, concurriendo con tíos o primos, de todo lo que aquél debiera hacerlo si viviera, aunque ellos no le hayan heredado, por la evidente razón jurídica de que no suceden por propio derecho, sino *pro iure representationis*, en lugar del padre; siendo ésta la misma razón en aplicación distinta para que por *regla general*, se les entienda relevados de colacionar lo que hubiesen recibido del causante de la herencia, durante la vida de éste, salvo en dos casos: el de que dicho causante o testador hubiesen dispuesto lo contrario, es decir, que colacionen, o el de que cuando no haya dicho nada, se perjudique la legítima de los coherederos (art. 1.038, 2.º par.)”.

(299) GREGORIO BURÓN GARCÍA, “Derecho civil español”, vol. III, Valladolid 1904, núm. 1.123, p. 202, que interpretó así el artículo 1.038, § 2.º: “También colacionarán lo que hubiesen recibido del causante de la herencia durante la vida del padre, a menos que el testador hubiese dispuesto lo contrario, en cuyo caso deberá respetarse su voluntad, si no perjudicare a la legítima de los coherederos”.

(300) “La mejora tácita...”, nota 257, loc. cit., p. 95.

(301) DIEGO ESPÍN CÁNOVAS, “Manual...”, vol. V, cap. III, nota 80 (cfr. 3.ª edición, p. 162).

es contradictoria con este último precepto, sino, además, injusta" (302).

La cuestión clave es la de determinar el momento al cuál debe atenderse para considerar calificado al donatario de heredero forzoso a los efectos de la imputación y de la colación de lo a él donado por su abuelo. Si al recibir la donación el nieto no hubiese sido heredero forzoso, pero lo fue al fallecer su abuelo donante, por haberle premuerto su hijo, padre del donatario, ¿a cuál de estos momentos debe atenderse por el efecto apuntado?

Hemos visto que la solución en el Derecho de Castilla era contraria en ese supuesto a la colación y a la imputación a la legítima. ¿Ha cambiado de criterio el Código civil? En nuestros *Apuntes de Derecho Sucesorio* (303) opinamos que "el artículo 1.038, § 2.º, debe aplicarse únicamente con referencia a lo que el abuelo donó al nieto después de muerto el padre. En ese supuesto es presumible que quiso otorgar carácter colacionable a lo donado, «a menos que el testador hubiese dispuesto lo contrario». Pero no lo es en la hipótesis que contemplamos, en la cual no puede presuponerse que el donante hubiese pretendido que lo donado se colacionara, o se imputase a la legítima, salvo que previendo la premoriencia del hijo lo hubiese ordenado así al nieto para ese caso".

De los Mozos (304) ha seguido esta misma interpretación, reforzándola con el argumento de que "la dispensa que articula el segundo inciso del artículo 1.038-2.º no podría establecerse en el vacío; pues éste sólo puede referirse al momento en que el nieto era heredero presunto del donante".

La interpretación que dimos del artículo 1.038, § 2, ha sido también avalada por otros autores (305).

Por la misma razón fundamental expuesta creemos que la imputación de las donaciones hechas a los nietos en vida del padre o madre, aunque ese premuera al abuelo, se hallan en materia de imputación fuera de la órbita del artículo 825 C. c. y, por consiguiente, no es aplicable a ellas el artículo 819, § 1.º. Si su imputación debe hacerse al segundo o al tercer tercio, o a ambos y por qué orden, o según las circunstancias que concurran no es éste el lugar de tratarlo (306).

δ) *Donaciones a herederos forzosos que sean indignos, desheredados.*

49. Puede ocurrir que las causas de indignidad sucesoria o desheredación de un legitimario no lo sean de revocación de las donaciones que el mismo causante le hubiese otorgado, o bien que

(302) En igual sentido, PUIG PEÑA, op. cit., V-III, cap. XXIX, 3, D, a, 20., página 264.

(303) "Apuntes...", III, § 12, D, p. 498, o ADC VIII-II, p. 334.

(304) JOSÉ LUIS DE LOS MOZOS, op. últ. cit., n. 50, pp. 220 y s.

(305) LACRUZ BERDEJO, "Derecho de Sucesiones", I, n. 178, d, en la ed. 1971, p. 290.

(306) Cfr. nuestros "Apuntes...", loc. últ. cit., pp. 498 y ss., o ADC VIII-II, páginas 334 y ss.

el donante renuncie la acción correspondiente o no la ejercite en el plazo señalado por la ley (307).

Estas donaciones podrían ser imputables a la legítima, a la parte de libre disposición o tener carácter de mejora. Esta circunstancia no tiene importancia para el indigno o desheredado, que nada podrá reclamar *mortis causa* y que conservará la donación en cuanto no resulte inoficiosa. Pero sí la tiene para quienes sean destinatarios de los tres tercios de la herencia.

La desheredación, ni la indignidad —hemos afirmado (308)—, no se establecen en beneficio de los demás herederos forzosos, sino como sanción al desheredado. Por tanto, si lo donado a éste o al indigno no tenía carácter de mejora y debía imputarse a su legítima (art. 819, § 1), no debe resultar la desheredación o la indignidad en perjuicio de quienes hayan sido instituidos en el tercio de libre disposición. A éstos se les ocasionaría una posible reducción de sus asignaciones en caso de desbordarse el tercio libre en virtud del traspase al mismo de la imputación de lo donado al indigno o al desheredado que en otro caso se habría imputado a su legítima.

Por otra parte, si la indignidad y la desheredación supone privación de la legítima *mortis causa*, pero no implican por sí solas la revocación de lo recibido anteriormente por donación a cuenta de la legítima, puede afirmarse que, en ese sentido, la exclusión de la legítima no es total en dichos casos. Una parte de la legítima sufre así la imputación de lo donado al desheredado o indigno, y sólo el resto de ella se aplicará a sus hijos (art. 857 y 761) que sólo pueden adquirir o conservar el derecho a la legítima que a aquél aún le restaba por percibir, conforme al mismo tenor literal de dichos preceptos (309). Con mayor razón, a los demás colegitimarios, en caso de no tener descendientes el indigno o desheredado, no les puede acrecer sino ese resto de la legítima no percibida por donaciones, tanto más cuanto no tendría sentido que, a ese respecto, fuesen de mejor condición que dichos descendientes (310).

ε) *Imputación de lo donado a un legitimario que repudie la herencia.*

50. Conforme la ley 29 de Toro, como hemos visto antes, si algún hijo o hija “se quisiera apartar de la herencia” sólo debían “tornar a los otros herederos del testador aquello en que son inoficiosas [las donaciones o dotes] para que lo partan entre sí”, y para saber si es inoficiosa la dote o donación *ob causam*, “se mira a lo que excede de su legítima, tercio y quinto de mejora...”.

Es decir, las donaciones causales recibidas de su padre o madre

(307) Cfr. “El apartamiento y la desheredación”, n. 29, I, 6.º, en *ADC XXI-I*, p. 61.

(308) “Apuntes...” III, § 12, E, a, p. 502, o *ADC VIII-II*, p. 336.

(309) Cfr. “El apartamiento y la...” 9 y 29, loc. cit., pp. 25 y 65.

(310) En igual sentido, *ROCA SASTRE, Notas al Kipp*, II, § 133, I, a, p. 324, y *PUIG BRUTAU*, vol. últ. cit., cap. II, 1, B, pp. 152 y s. En contra *GARCÍA BERNARDO*, loc. cit., p. 189.

por el hijo o hija que repudió su herencia se imputaban a las legítimas, en primer lugar, y, sucesivamente, al tercio y al quinto.

Conforme el criterio de la ley de Bases, la ley 29 de Toro ha de estimarse de decisivo valor para interpretar el artículo 1.036 Código civil en su relación con los artículos 636 y 654 C. c.

Herencia y legítima —más aún después de abolido el deber formal de instituir heredero a los legitimarios de la Novela CXV, capítulo III (311)— no son entidades necesariamente interdependientes, sino en el caso de que ésta sea atribuida a través de la institución de heredero o de que se obtenga *ab intestato*, sea *praeter* o *contra tabulas*. Se puede repudiar la herencia y aceptar un legado (artículo 890, § 2.º), y recibirse la legítima en todo o en parte por ese legado, en cuyo caso la repudiación de la herencia no supone renuncia a recibir la legítima, sino en la parte que a través de aquélla se habría completado. E igual puede decirse de las donaciones que pueden haberse recibido a cuenta de la legítima y, sin embargo, repudiarse la herencia sin que varíe la imputación de aquéllas.

Calderón Neira (312) lo había entendido así claramente: “Ciertamente que entre nosotros el hijo instituido heredero no podría renunciar la herencia y luego entablar una acción pidiendo la legítima.” Pero el supuesto es otro, se “trata del caso”, “no en que el hijo acciona pidiendo su legítima, sino de aquel en que el hijo viene ya gozando de la legítima antes del fallecimiento del testador, como donatario”, es decir, “por un justo título, y como ni antes ni después de la muerte del padre es necesario el título de heredero para adquirir la legítima”, seguirá “siendo legitimario, como lo había sido hasta entonces, por título de donación”.

Es cierto que otros autores han opinado, contrariamente, que, en ese caso de repudiación de la herencia, la donación debe imputarse a la parte de libre disposición (313). Se funda este criterio en la apreciación indiscriminada de que el legitimario que repudia la herencia pierde los derechos de legitimario, con olvido de la distinción, ya formulada por Calderón Neira. El argumento sería válido si hubiese una delación legal de la legítima inseparable de ésta, como ha estimado G. G. Valdecasas de su pretendida “cuota de reserva” (314). Este autor también ha alegado que “la imputación a la supuesta legítima del renunciante empeoraría aún más la situación de los legitimarios, ya perjudicados por la falta de colación”.

Sin embargo, no puede llamarse jurídicamente *perjuicio* a dejar

(311) Cfr. “El deber formal de instituir herederos a legitimarios y...”, I, 3, en ADC XX-I, pp. 10 y ss.

(312) MANUEL CALDERÓN NEIRA, “La colación en el Código civil”, en RGL y J CXO, 2 sem. 1907, pp. 125 y ss.

(313) Así, MANRESA, “Comentarios al Código civil”, vol. VII, art. 1.036, página 504; DE BUEN, *Notas* cits., vol. VIII, cap. II, § 6, p. 343; ROCA SASTRE, *Notas* al Kipp, vol. II, § 132, a, p. 324; GUILLERMO G. VALDECASAS, loc. cit., III, 2, nota 36, p. 974.

(314) G. G. VALDECASAS, loc. últ. cit. Véase, en contra de nuestras “Notas críticas a la pretendida distinción de...”, n. 26, en ADC XVIII-I, enero-marzo 1965, pp. 100 y ss.

de percibir algo a lo que *a priori* no se tiene derecho. El deber de colacionar de un coheredero forzoso no puede conferir a los demás otro derecho, en caso de repudiación de aquél, sino el que les concede el inciso final del artículo 1.036, en caso de *inoficiosidad*. Pero nada más. La renuncia de herencia y la no colación no les quita ningún otro derecho originario.

En cambio es evidente que el acto de un tercero (el legitimario renunciante) perjudicaría a los destinatarios de la porción disponible —a favor de quienes el testador dispuso de ella— en beneficio de los colegitimarios, sin causa alguna que lo justificara, pues contrariaría la voluntad del causante y excedería de la protección legalmente debida a los demás legitimarios (315).

3.º *Imputación de lo recibido por la renuncia o transacción de la legítima futura.*

Lo dispone el inciso final del artículo 816 C. c., que emplea la palabra “colación” en sentido impropio de imputación a la legítima. Al ser declarada nula dichas renuncia y transacción, al legitimario se le impone esa imputación, o colación en sentido lato, para evitar un enriquecimiento torticero del mismo (316).

C. DETERMINACIÓN VERIFICADA POR EL COMISARIO O POR CONTADOR PARTIDOR.

51. La posibilidad de que el contador partididor determine o concrete los bienes con los cuales se satisfagan las legítimas hemos de contemplarla, entre los dos siguientes límites, el primero negativo y el segundo positivo:

- las prohibiciones: del artículo 670: del testamento por comisario y de la delegación relativa a “la subsistencia del nombramiento de herederos y legatarios” y a “la designación de las porciones en que hayan de suceder”; y del artículo 830, de encomendar a otro la “facultad de mejorar”; y
- la autorización expresada en el artículo 1.057, conferida al testador de encomendar a cualquier persona que no sea uno de los coherederos, de “la simple facultad de hacer la partición”.

Es de notar, ante todo, que mientras el causante no tiene otros límites para concretar las legítimas que los imperativos especificados por la ley, tanto sustantivos como formales, en cambio, el contador partididor se halla sometido, además, a la voluntad del testador, y a

(315) Así opinamos en nuestros “Apuntes...” III, § 12, D, pp. 504 y s., o ADC VIII-II, p. 338., y en “Notas críticas...”, loc. últ. cit. Por igual solución se han inclinado posteriormente DE LOS MOZOS, op. cit., 38, b, p. 144, nota 49, y PUIG BRUTAU, “Fundamentos...”, loc. últ. cit., pp. 153 *in fine* y s.

(316) Cfr. SÁNCHEZ ROMÁN, “Estudios...”, V-II, cap. XV, n. 119, p. 942, y FUENMAYOR, “Intangibilidad de la legítima”, V, B, o en ADC I-I, enero-marzo 1948, p. 77.

las normas dispositivas que, a falta de expresa voluntad de éste, son determinadas por la ley, verbigracia las relativas a imputación, colaciones, etc.

Para precisar ese ámbito en el cual puede actuar el contador partidor para concretar el contenido de las legítimas, trataremos de diseccionar sus facultades en lo relativo: a concretar los bienes con que se satisfagan; a interpretar la voluntad del testador, y a valorar activo y pasivo de la herencia y los bienes integrantes de cada hijuela.

a) *¿Puede el testador encomendar, dentro de este margen, al comisario o al contador partidor la concreción de los bienes con los que haya de satisfacerse la legítima? ¿Cuáles son las facultades del contador, a este respecto, a falta de expresa delegación del testador?*

Estas dos preguntas las hemos analizado detenidamente al ocuparnos de determinar el contenido cualitativo de las legítimas (317). Ello nos autoriza a que aquí nos circunscribamos a formular una breve síntesis de los resultados a que allí creíamos haber llegado.

52. Si el testador *no ha facultado especialmente y de modo expreso* al contador partidor para verificar determinadas asignaciones que excedan de "*la simple facultad de hacer la partición*", que parece viene delimitada en los artículos 1.061 y 1.062, el ámbito de la posible discrecionalidad de éste viene circunscrito por el artículo 1.057, § 1.º:

"El testador podrá encomendar por acto inter vivos o mortis causa para después de su muerte la simple facultad de hacer la partición a cualquiera persona que no sea uno de los herederos."

Manresa (318) comentó que "el contador nunca es tan libre como el testador mismo", pues "los artículos 1.061 y 1.062 le son aplicables". Conviene repasar el texto de éstos:

Art. 1.061. *"En la partición de la herencia se ha de guardar la posible igualdad, haciendo lotes o adjudicando a cada uno de los coherederos cosas de la misma naturaleza, calidad o especie."*

Art. 1.062. *"Cuando una cosa sea indivisible o desmerezca mucho por su división podrá adjudicarse a uno, a calidad de abonar a los otros el exceso en dinero."*

"Pero bastará que uno solo de los herederos pida su venta en pública subasta, y con admisión de licitadores extraños, para que así se haga."

Así se ha indicado que el contador partidor puede, conforme al artículo 1.062, § 1, adjudicar una cosa que "*sea indivisible o desmerezca mucho por su división*" a un solo heredero "*a calidad de abonar a los otros el exceso en dinero*", pero sin perjuicio de que cual-

(317) Cfr. "Contenido cualitativo de las legítimas de...", nn. 8, 9, 10, en ADC XXIII-I, pp. 40 y ss.

(318) MANRESA, op. últ. cit., vol. III, arts. 1.056 a 1.060, I, D, d, p. 664.

quiera de éstos pueda pedir, de conformidad al § 2.º: “su venta en pública subasta y con admisión de licitadores extraños” (319).

De ese modo lo ha estimado la Dirección General de los Registros en Rs. 10 enero 1903, 25 julio 1925, 6 abril 1962 y 2 diciembre 1964.

Por ese camino llegamos fácilmente a la conclusión de que el contador partidor, aunque sometido a los artículos 1.061 y 1.062 puede traducir en cosas concretas las cuotas hereditarias, inclusive las de legítimas y de mejora.

Pero, además, cabe avanzar algunos pasos más.

Los mismos términos del artículo 1.061 “*posible igualdad*” evidencian que la norma no tiene un carácter absoluto. Quiere el precepto que cada heredero obtenga bienes de cada clase según la diversa naturaleza de los que integren la masa hereditaria, pero supe- ditando ese criterio a la posibilidad que determinen sus mismas circunstancias y el posible desmerecimiento a que su división daría lugar (320). Criterio que resulta confirmado por el artículo 832 Código civil que viene a ser simple aplicación del 1.061 a la mejora y que dice: “*Cuando la mejora no hubiese sido señalada en cosa determinada será pagada en los mismos bienes hereditarios, observándose en cuanto pueda tener lugar las reglas establecidas en los artículos 1.061 y 1.062 para procurar la igualdad de los herederos en la partición de bienes.*” Destaquemos de este texto el inciso muy significativo “*en cuanto puedan tener lugar*”, referido a dichas reglas.

El artículo 1.061 sólo debe cumplirse en cuanto sea posible, en especial por razón de las cosas que integran la herencia de modo que según ha declarado la Jurisprudencia del Tribunal Supremo:

- “al adjudicar los albaceas a uno solo de los herederos la casa fábrica de cerveza que constituía más de la mitad del haber hereditario, no infringieron el artículo 1.061 C. c., porque en este caso la igualdad posible de la partición de la herencia aconsejaba que se adjudicara a uno solo que con obligación

(319) Así han opinado: SCAEVOLA, op. cit., vol. XVII, arts. 1.061, 1.062 y 1.063 pp. 338 y ss.; SÁNCHEZ ROMÁN, “Estudios...”, VI-III, cap. XXVIII, n. 53, página 1998; IGNACIO SAENZ DE SANTAMARÍA TINTURÉ, “Notas sobre los albaceas y contadores partidores”, V al final, en ADC VI-II, abril-junio 1953, página 435; GINÉS CÁNOVAS COUTIÑO, *Comentarios a la Res. de 6 abril 1962*, en RCDI, XXXV, año 1962 pp. 545 y s., y a la Res. 2 diciembre 1964, en RCDI, XXXVIII, 1965, pp. 168 y ss., y al comentar el “Derecho de Sucesiones” de LACRUZ BERDEJO en la misma revista, vol. XXXV, p. 219; CASTÁN TOBEÑAS, “Derecho civil...”, vol. VI-I, ed. 1960, § CXLI, 3, B, f, p. 281; PUIG PEÑA, op. cit., vol. V-III, cap. XXVIII, 6, A p. 228; ROCA SASTRE, “Derecho Hipotecario”, vol. III, 6.ª ed. Barcelona 1968, tema XLVI, pp. 849 y ss.; PUIG BRUTAU, “Estudios...”, vol. V-III, cap. V, 5, VI, 6, pp. 549 y s.; CÁMARA ALVAREZ, “Estudio sobre el pago en metálico...”, loc. cit., pp. 838 y ss., en especial nota 200 de las pp. 840 y ss.; ESPÍN CÁNOVAS, op. cit., vol. V, ed. 1970, capítulo III, III, 6, b, y e, pp. 148 y s.; BONET RAMÓN, “Compendio...”, volumen V, n. 161, p. 838.

(320) En este sentido, LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA, “Derecho de sucesiones”, ed. 1961, cap. XV, p. 528, y CÁMARA ALVAREZ, loc. últ. cit., nota 200, p. 841.

- de abonar a los otros coherederos la parte del precio correspondiente al valor total que por todos se ha tenido como justo, pues el repetido inmueble era por su naturaleza indivisible...” (S. 4 julio 1895).
- “tiene [el artículo 1.061] un carácter facultativo más bien que imperativo, ya que la formación de lotes depende de las circunstancias de cada caso (naturaleza, calidad y valor de los bienes, posibilidad de su división, número de partícipes, bajas que haya de deducir, etc.), no cabiendo, por consiguiente la imposición por los Tribunales de esta forma de división” (Sentencia 16 junio 1902).
 - “no significa que en la partición se imponga una igualdad matemática o absoluta por asignación a cada heredero de una participación en todos los bienes de la herencia, ya que relacionando al artículo 1.061 con el 1.062 y 1.056 C. c. y 1.078 L.E.C. se aprecia que la igualdad en la atribución actuará sólo circunstancialmente en cuanto sea posible, por tratarse de bienes fácilmente divisibles o que no desmerezcan mucho por la división o ésta no conduzca a un excesivo y perjudicial fraccionamiento” (S. 30 enero 1951).

53. Hasta *qué límite* puede el testador autorizar al contador partidor para *sobrepasar lo indicado en los artículos 1.061 y 1.062* ha sido cuestión muy discutida.

Ciertamente, la interpretación *sensu contrario* del artículo 1.057 en el sentido de que el testador *no podrá encomendar sino sólo* “la simple facultad de hacer la partición”, convierte una disposición singular permisiva en otra universal negativa, presuponiendo para ello un adverbio, “*sólo*” o “*solamente*”, que su texto no contiene.

Entre la prohibición del artículo 670 y la autorización expresa del artículo 1.057, § 1.º, caben:

- la delegación de la facultad a partir sin someterse a lo previsto en los artículos 1.061 y 1.062 conferida en términos generales; y,
- la facultad de asignar tal o cual bien determinado entre los de esta o aquella clase, para satisfacer cierta disposición del testador, sea institución, legado de cuota, mejora de cuota, etcétera.

¿Por qué el testador no ha de poder atribuir expresamente al contador partidor mayores facultades que la “simple facultad de hacer la partición” prevista en el artículo 1.057, § 1.º, en tanto no incida en la prohibición del artículo 670 ni en su aplicación a la mejora que efectúa el artículo 830 C. c.?

No han faltado autores que, con mayor o menor convicción, lo

(321) Con menor convicción por CÁMARA, loc. últ. cit., nota 200, p. 840 y siguientes; más rotundamente CÁNOVAS COUTIÑO, en *RCDI*, XXXVIII, pp. 169º y siguiente, y GARCÍA BERNARDO, op. cit., p. 170.

han negado (321). Mientras que otros (322), así como la S. 16 junio 1902, y la Memoria del Tribunal Supremo del mismo año, han negado que pueda delegarse la facultad de determinar la cosa cierta con la que haya de satisfacer la mejora dispuesta por el propio testador, a pesar de que el artículo 830 sólo dice: "*La facultad de mejorar no puede encomendarse a otro*", como el artículo 662 del Proyecto de 1851, y de que el artículo 829 que, como el 661 del mismo Proyecto, faculta al testador para mejorar en cosa cierta, no recoge el inciso final del § 1 de dicho proyectado artículo 661, que añadía: "no podrá cometer el señalamiento a otro alguno, ni aun al mismo mejorado".

Esta supresión es tanto más significativa en cuanto este inciso suprimido no correspondía al Derecho castellano que en principio el Código debió recoger (323), y puesto que de la indelegabilidad de lo más—disponer—no resulta la indelegabilidad de lo menos—determinación de la cosa con la cual se satisfaga la disposición.

De los artículos 670 y 830 C. c. se deduce la prohibición de que se realicen por comisario los siguientes actos: testar, designar herederos o legatarios o dejar sin efecto la designación; mejorar o dejar sin efecto la mejora; señalar las porciones, cuotas o cuantías de las atribuciones efectuadas por cualquier título.

(322) Cfr. SCAEVOLA, op. cit., vol. XIV, arts. 830 y 831, II, A; 4.^a ed. páginas 536 y s.; SÁNCHEZ ROMÁN, op. cit., vol. VI-II, cap. XVII, n. 37, 2.^a ed., página 1211.

(323) El antecedente histórico del artículo 830 fue el inciso final de la ley 19 de Toro, que concluía: "pero mandamos que esta facultad de lo poder señalar el dicho tercio e quinto como dicho es [en cosa cierta, o parte de su hacienda], que no la puede el testador cometer a otra persona alguna". Pero esta prohibición se interpretó paralelamente a la determinación de que el comisario no pueda establecer "heredero del testador, ni mejoría del tercio ni del quinto, ni desheredar a ninguno de los descendientes del testador, ni les puede sustituir..., ni puede dar tutor a ninguno de los hijos y descendientes del testador", consignada en la ley 31 de Toro que, sin embargo, admitió "salvo si el que le dio tal poder para hacer testamento especialmente le dio el poder para hacer alguna cosa de las susodichas: en esta manera el poder para hacer heredero nombrando el que da el poder por su nombre a quien manda que el comisario faga heredero y en cuanto a las otras cosas señalando, para qué le da el poder, y en tal caso el comisario pueda hacer lo que especialmente el que le dio el señaló y mandó".

Así, la mayoría de los autores (Palacios Ruvios, Diego Castillo, Antonio Gómez, Tello Fernández, Angulo, Matienzo y Azevedo) entendieron que la ley 19 prohibió la comisión general pero no la especial para mejorar.

El criterio más restringido fue el propuesto por FRANCISCO CARPIO ("*De executoribus el commissariis testamentariis*", lib. II, cap. XVIII, nn. 3 a 13), que casi dos siglos más tarde siguió LLAMAS Y MOLINA (Comentario a la ley 19 de Toro, nn. 42 y ss.), de entender que si el testador ordenaba la mejora—sustancia de la disposición—la ley 19 no impedía al comisario la elección de una cosa incierta entre ciertas cosas, para satisfacerla.

La opinión, de influencia francesa, negativa también de esta comisión, que fue patrocinada por GARCÍA GOYENA y cristalizó en el artículo 661, párrafo 1, inc. final, del Proyecto de 1851; pero debe entenderse no recibida por el Código civil, al no haberse recogido en el artículo 829 C. c. ese inciso del 661 Proy. 1851.

Cfr. más ampliamente, lo expuesto y sus citas en "Contenido cualitativo...", loc. cit., n. 8, pp. 40 y ss.

En cambio, en parte alguna se prohíbe la delegación para: determinar las cosas con que satisfacer la institución, legados, legítimas o mejoras expresamente dispuestos por el testador con determinación de su cuota o su cuantía.

A los Tribunales les competirá juzgar si, al ejercitar ese encargo, ha habido o no extralimitación por parte del comisario, contador partidor, fuera de los límites cuantitativos fijados por la ley y por el testador, o más allá de la voluntad de éste.

Por lo tanto, si bien, en general, el contador partidor puede concretar las legítimas en bienes determinados, pero ateniéndose en lo posible a lo dispuesto en los artículos 1.061 y 1.062, sin embargo, puede verificar esa concreción sin esas limitaciones, si la verifica de conformidad a lo que expresamente haya previsto el testador o a lo que expresamente le haya encomendado (324), según el tenor de su testamento interpretado conforme previene el artículo 675 C. c.

La doctrina de la Dirección General de los Registros (Rs. 22 enero 1898, 16 noviembre 1922, 23 julio 1945) y la Jurisprudencia del Tribunal Supremo (Ss. 17 mayo 1910, 11 marzo 1932, 3 diciembre 1931), que tienden a equiparar con la partición efectuada por el testador a la verificada por el contador partidor cumplimentando la voluntad de aquél, favorecen evidentemente la solución que propugnamos (325). Es de destacar la Res. de 23 julio 1925 que declaró inscribibles las operaciones en las cuales el albacea contador partidor adjudicó el caserío al hijo mejorado por el padre, el testador, que había condicionado la efectividad de la mejora a que dicho hijo se encargara del caserío, se cuidara de su labranza y dirección y no saliera de él, declarando el contador cumplida la condición (326).

b) *Qué valor corresponde a la interpretación de la voluntad del testador verificada por los contadores partidores.*

53. El contador partidor, como acabamos de ver, no puede decidir la adjudicación de un bien a un heredero o calidad de compensar a los demás en dinero, incluso las legítimas, si no es en los términos autorizados en el artículo 1.062 y con la limitación que resulta de su § 2.º, a no ser que el testador la haya autorizado expresamente a efectuarlo.

(324) LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA, loc. últ. cit., p. 528, no parecen dudar de que el artículo 1.061 tampoco sea aplicable a la partición "realizada por el comisario cuando el testador hubiese dado en el testamento instrucciones diversas a las del 1.061 para su actuación; pero sí en otro caso".

(325) Así lo reconoce CÁMARA, loc. cit., nota 200, p. 840.

(326) Según ROCA SASTRE, "Derecho Hipotecario", tema últ. cit., p. 851, "esta resolución, más bien que el artículo 1.062 del Código civil, aplicó el artículo 1.056, 2, del mismo". Según CÁMARA ALVAREZ, loc. últ. cit., pp. 839 y ss., nota 199, el contador "se limitó a cumplir la voluntad del testador". CÁNOVAS COUTIÑO, en RCDI XXXVIII, p. 170, dijo que "más bien contempla una delegación de facultades del testador", y PUIG BRUTAU, loc. últ. cit., p. 550, ha insistido en que no "se trataba en este caso de una partición realizada no por el testador, sino por el comisario nombrado al efecto", pese

Tampoco puede decidir la imputación de un legado, que el testador no haya efectuado, si no es siguiendo las normas generales de la imputación, ni puede imputar como mejora o considerar no colacionable una donación a la que respectivamente el testador de modo expreso no haya atribuido aquel carácter o concedido esa dispensa.

Ahora bien, lo que aquí nos interesa aclarar es de qué facultades se halla investido en orden a la interpretación del testamento, que puedan autorizarle a determinar si el testador le autorizó a partir sin atender a las limitaciones de los artículos 1.061 y 1.062, o a hacerlo en determinado sentido sin esas limitaciones, y para decidir si el testador en forma suficientemente expresa señaló alguna norma de imputación o de dispensa de colación o para seguir un orden en la reducción de legados si hubiera lugar a ella.

Es admitido que el testador puede conceder específicamente al contador facultades interpretativas del testamento en orden a la realización de la partición; pero que, aun con independencia de ellas, tiene naturalmente facultades interpretativas necesarias para su cometido particional, ya que para realizarlo necesita despejar las dudas de ese orden que se presenten. Así lo han entendido en general los autores que se han ocupado de este tema (327).

El Tribunal Supremo ha reconocido:

1.º) La posibilidad del testador de reforzar el poder de decisión interpretativa de los albaceas—lo que, por ende, también ha de estimarse aplicable al comisario y a los contadores partidores—, en los siguientes supuestos:

- en un caso en que los albaceas resolvieron acerca de si un codicilo había revocado unos legados ordenados en el testamento, en el cual expresamente se les había facultado para aclarar y decidir cualquier duda acerca de la voluntad del testador, que aprobaba y daba por bien hecho lo que dicidiesen en caso de duda: la S. 26 mayo 1876 declaró definitiva la decisión de los albaceas;
- en otro caso en el cual el testador facultó a los albaceas para resolver de una manera irrevocable, prohibiendo toda intervención judicial, cualquier duda que surgiere en el ejercicio de su cargo y, en especial, la de determinar la persona a quien según las reglas de un mayorazgo, suprimido por las leyes desamortizadoras, fuese el pariente más próximo, al cual el testador legaba los bienes de la parte libre que a él le corres-

a la invocación que la resolución hace al artículo 1.056 y aunque éste se limitara a cumplir las disposiciones de aquél.

(327) Cfr. ELOY ESCOBAR DE LA RIVA, "Partición por comisario", en *RCDI* XII, julio 1940; ROCA SASTRE, "Estudios de Derecho Privado", II, capítulo XII, pp. 408 y ss.; *Notas al Kipp*, II, § 119, II, d, pp. 242 y ss., y "Derecho Hipotecario", ed. 1968, vol. III, tema XLVI, pp. 851 y s.; SÁENZ DE SANTAMARÍA, loc. cit., pp. 397 y ss.; LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA, loc. últ. cit., n. 393, pp. 504 y ss.; PUIG BRUTAU, "Estudios...", locución últ. cit., 7, pp. 556 y s. También nosotros en el cit. *Dictamen* publicado en *ADC* XVIII-I, pp. 242 y ss.

pondieron como sucesor en dicho mayorazgo: la S. 20 marzo 1918 consideró que la decisión de los albaceas no puede sustituirse por otro criterio de alguno de los interesados;

- en otro, en el cual también el testador dispuso que los albaceas adjudicaran ciertos bienes a quienes justificaran encontrarse en determinados supuestos de parentesco vincular previstos por el propio testador: la S. 24 junio 1940 declaró su validez, y que no pugnaba con la prohibición del artículo 670 Código civil.

2.º) En supuesto de no haber expresa atribución por el testador de facultades interpretativas, ante un recurso de casación interpuesto por quien se creía heredero, pero no fue reconocido como tal por los albaceas al ejecutar el testamento: la S. 12 diciembre 1906 rechazó el recurso considerando que “dicha estimación fundada, no en facultad alguna especial que para ello confriese el testador a los albaceas, sino en aquella propia voluntad, interpretada como ha de interpretarse cualquier testamento para su cumplimiento, es manifiesto que [ha de estimarse válida] mientras el actual recurrente no lleve la cuestión a los Tribunales directamente y en debida forma, con citación de todos los interesados en su resolución, si considera que ha sido aquella mal entendida y aplicada...”, y que produce un estado de derecho nacido no del uso de facultades atribuidas indebidamente a los albaceas de don R. P., sino del cumplimiento dado por éstos a la voluntad del testador, sin que su recta o desacertada inteligencia haya sido hasta ahora planteada como cuestión en el correspondiente juicio.

Otras sentencias, como las de 7 enero 1943, 3 enero 1944 y 31 marzo 1970, han reiterado que de la facultad interpretativa de las cláusulas testamentarias que corresponde al comisario, declarando la última citada que “siempre está investido el comisario, en sentido estricto, en lo que sea necesario para el desempeño de su cometido”.

La Dirección General de los Registros y del Notariado (cfr. Rs. 4 diciembre 1905 (328), 12 diciembre 1912 (329), 29 abril 1913, 9 enero 1918, 9 marzo 1921, 23 julio 1925, 12 diciembre 1927, 11 diciembre 1929, 14 septiembre 1934, 15 julio 1943, 28 marzo 1944, 8 abril 1945, 17 diciembre 1955) ha estimado inherente al cargo de comisario, albacea, contador-partidor, la facultad de interpretar las cláusulas testamentarias de modo que cuando la voluntad del testador sea susceptible de varias interpretaciones, la que ellos formulen debe inscri-

(328) La R. 12 diciembre 1912 aceptó la interpretación de la cláusula en la que el testador instituyó herederos a seis primos “para ellos, sus hijos y descendientes” en el sentido de que contenía una sustitución vulgar de los premuertos por sus hijos y descendientes, que, al tenerlos, excluía el derecho de acrecer.

(329) La Res. 12 diciembre 1912 aceptó—pese a la discrepancia de criterio del Registrador—la interpretación hecha, combinando los dos testamentos del causante, por los contadores que estimaron que subsistía la institución de herederos hecha en el primer testamento en cuanto a los bienes no dispuestos en el segundo.

birse y causar un estado de derecho mientras no sea debidamente impugnada.

De especial interés es la Res. 9 marzo 1927, que declaró innecesaria la aprobación de los herederos respecto de la declaración de colacionables ciertos bienes, reducción de legados e imposición de gravamen a un heredero que, aplicando la voluntad del testador, efectuó el contador partidor.

54. Ha sido nuestro maestro Roca Sastre (330) el autor que más ampliamente se ha ocupado de esta cuestión y tratado de fijar los límites de estas facultades, indicando que, al usar de su facultad interpretativa, el contador partidor:

a) Debe ajustarse al contenido del testamento, de modo que su partición podría impugnarse si se diera el supuesto del artículo 1.075 de que apareciere o racionalmente pudiere presumirse que la voluntad del testador fue otra de la que la partición refleja o presupone (Ss. 23 noviembre 1899, 5 febrero 1908, 11 diciembre 1913, 9 enero 1918, 22 febrero 1929, 18 mayo 1933, 10 enero 1934, 21 noviembre 1939, 9 junio 1952, 8 marzo 1954, y Rs. 5 octubre 1893, 18 enero 1900, 11 septiembre 1907, 29 enero 1908, 12 diciembre 1912, 29 abril 1913, 28 abril 1945, 18 diciembre 1951, 11 febrero 1952, 8 marzo 1954, 25 enero 1967).

b) Debe someterse a la ley, y así acatar las leyes prohibitivas (S. 11 febrero 1952) y respetar las legítimas (S. 6 julio 1940 y R. 18 diciembre 1951, entre otras) y cumplir aquellas disposiciones aplicables a la falta de disposición del causante (v. gr., arts. 1.061 y 1.062 Código civil).

c) Debe realizarlo en el plazo o sus prórrogas y antes de agotar su cometido.

En otra ocasión (331) hemos tratado de ahondar en los dos primeros de estos requisitos, para precisar cuándo puede estimarse ajustada a la ley la interpretación efectuada por los contadores partidores y cuáles son las condiciones que se requieren para que pueda triunfar la impugnación de su criterio.

α) En el primer aspecto, no hay duda de que los contadores partidores en su interpretación no pueden incumplir disposición legal prohibitiva alguna, ni aun ajustándose a la intención del testador. Legítimas, reservas, prohibición de toda condición inmoral o de la delegación de la facultad de testar, etc., deben ser indiscutiblemente respetadas. Pero la cuestión ofrece especial interés por lo que se refiere a las normas del artículo 675 C. c. Nos parece claro que los contadores-partidores solamente podrán realizar el esfuerzo interpretativo que expresa el inciso segundo del párrafo primero de este artículo cuando no se dé el supuesto del primer inciso, es decir; cuando haya que *resolver o decidir sobre una cuestión dudosa* (como

(330) ROCA SASTRE, locs. últ. cits, "Estudios...", II, cap. VI, pp. 408 y ss., *Notas al Kipp*, II, § 119, II c, pp. 245 y s., y "Derecho Hipotecario", III pp. 851 y s.

(331) Dictamen últ. cit., ADC XVIII-I, pp. 245 y s.

precisa la R. 23 julio 1925). También nos parece indudable que, en caso de existir la cuestión dudosa, deben seguir las indicaciones del segundo inciso del mismo párrafo del artículo 675 C. c. en busca de la intención del testador.

Un punto a discutir lo hallamos en el supuesto de que agotadas las posibilidades del tenor del testamento—examinado literal, lógica, sistemática y teleológicamente— siga subsistiendo la duda. ¿Tienen en ese caso los contadores-partidores mayor autonomía para apoyarse en medios extrínsecos de prueba?

Sinceramente, dada la necesidad de resolver las dudas y la confianza depositada en ellos por el testador, opinamos que sí, con tal de que sea observado este límite: *La duda debe estar planteada y no resuelta en el tenor del testamento, sin haberse podido resolver tampoco intrínsecamente por medios lógicos, sistemáticos ni teleológicos*. Si la duda puede resolverse intrínsecamente no cabe acudir a complementarla extrínsecamente sin infringir el artículo 675, y si la duda no se ha planteado en el tenor del testamento tampoco puede resolverse extrínsecamente sin infringir los artículos 670 y 687 del Código civil, que determinan el carácter personalísimo y el carácter formal del testamento. El contador-partidor no puede integrar el testamento resolviendo las dudas que plantee no su tenor, sino su falta de previsión. Puede resolver, en cambio, las dudas dimanantes de aquellas cuestiones planteadas por el mismo tenor del testamento, pero que éste deja sin resolver, bien sea por contradicción interna o por oscuridad en la expresión.

β) En cuanto a los requisitos necesarios para que en contra de la interpretación de los contadores partidores pueda prevalecer la impugnación judicial promovida por cualquiera de los interesados en la partición, en el supuesto de que la interpretación discutida no sea contraria a ninguna disposición legal, y se refiera a un punto dudoso del testamento, es decir, tratándose de determinar el *valor* de la interpretación hecha por los contadores partidores dentro del ámbito de sus facultades, hemos de observar:

De una parte, como hemos visto antes que ha declarado reiteradamente la Dirección General de los Registros, la interpretación de los contadores partidores, es inscribible, aun en contra del criterio interpretativo del Registrador, y causa estado jurídico mientras no sea impugnada con éxito.

De otra parte, conviene situarla dentro de la escala valorativa de las interpretaciones testamentarias establecidas por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, atendiendo a quien las haya verificado.

La S. 2 noviembre 1957 afirma que “aun cuando sean de igual categoría la interpretación de una Sala y la del recurrente en casación, la lógica y el derecho imponen la preferencia a la primera”; y la S. de 23 del mismo mes y año considera “que la doctrina jurisprudencial tiene repetidamente declarado que, cuando se trata de interpretación de cláusulas testamentarias, debe prevalecer el criterio del Tribunal *a quo*, en tanto no resulte manifiestamente erróneo por contra-

riar de modo ostensible la voluntad del testador” (como ocurría en el caso en ella contemplado).

¿Cabe aplicar igual criterio cuando la opinión del impugnante se enfrenta no con el criterio de una Sala, sino con el de un albacea contador-partidor? Creemos que sí, y así lo ha entendido el Tribunal Supremo en la antes citada S. de 20 marzo 1918. Incluso estimamos que, en iguales circunstancias, la interpretación de éste ha de prevalecer en casación incluso sobre la del Tribunal *a quo*, pues ello será siempre, en caso de duda, más acorde a la voluntad del testador, dado que éste fue precisamente a dicho albacea contador-partidor a quien confió la ejecución y, por ende, la interpretación de su testamento, excluyendo, con su designación, la intervención de los Tribunales (naturalmente en cuanto aquél no vulnerare claramente la voluntad del testador o la ley).

c) *Valor de la determinación cuantitativa de las legítimas efectuada por el contador partidor.*

55. *α) Normas generales.*

Si la partición efectuada por el propio testador es rescindible en caso de lesionar alguna legítima, con mayor razón lo ha de ser por la misma causa la efectuada por contador partidor.

En cuanto a su rescisión por lesión, no parece que pueda aplicársele el artículo 1.075 C. c., como a la partición efectuada por el testador.

Es cierto, por otra parte, que, a veces, la jurisprudencia del Tribunal Supremo, y, más insistentemente, las resoluciones de la Dirección General de los Registros, han tendido a equiparar en su eficacia la partición efectuada por el contador partidor a la realizada por el propio testador. Es posible que, al declararlo, no hayan querido más que poner el énfasis en la fuerza unilateral del acto que no requiere el consentimiento ni la aprobación de los herederos, sino que “se pasará por ella”, como en el supuesto del artículo 1.056, sin perjuicio de que pueda impugnarlo judicialmente quien justifique la lesión sufrida. En ese sentido podemos citar las Ss. 17 mayo 1910, 2 enero 1913, 3 diciembre 1931, 21 octubre 1939, 17 abril 1943, 15 octubre 1957, 28 noviembre 1959, 17 junio 1965, 11 abril 1967 y la R. de 16 noviembre 1922. Pero también puede citarse alguna Resolución, como la de 22 enero 1898, que ha llegado a decir en uno de sus considerandos que los interesados en la partición verificada por el testador partidor, “deberán pasar por ella, salvo en cuanto perjudique la legítima de los herederos forzosos y no alteren los derechos que se deriven del testamento que es la ley fundamental en la materia”.

Recordemos que la partición efectuada por el testador no es rescindible por lesión,—como antes hemos estudiado—si no se dan los dos supuestos previstos al efecto en el artículo 1.075 C. c.

También algunos autores (332) han pretendido que debía aplicarse igual criterio a la efectuada por el contador partidor, estimando que ésta sólo es rescindible en caso de lesionar alguna legítima o contravenir la voluntad del testador. Pero, en cambio, otros (333) han entendido que la partición efectuada por el contador no cae en el ámbito del artículo 1.075, sino del 1.074 C. c. y, por lo tanto, es siempre rescindible por lesión en más de una cuarta parte. Así lo han estimado también varias sentencias del Tribunal Supremo, como las de 19 enero 1934, 14 diciembre 1957, 24 marzo 1961, 7 diciembre 1965, 30 marzo 1968.

Lo evidente, en todo caso, es que la rescisión de la partición efectuada por el contador partidor, sea por lesión de la legítima del impugnante o por incumplimiento de lo ordenado en el testamento, o, en su caso, por lesión en más de una cuarta parte, ha de ser declarada por los Tribunales después de alegada y probada por quien la sufre, y, mientras tanto, la partición causa estado de derecho (S. 12 diciembre 1906) y es inscribible en el Registro de la Propiedad, como ha declarado reiteradamente la Dirección General, entre otras cosas, en las Rs. 12 mayo 1910 y 16 noviembre 1922 al declarar 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 perjudica a los herederos legitimarios, sino que en primer lugar ordenan que se pase por ella, reservando las acciones de impugnación a los lesionados.

A estos efectos conviene precisar el valor que debe darse a la fijación cuantitativa de las legítimas y, en general, a las tasaciones efectuadas por el contador partidor, respecto de lo cual debemos subrayar en nuestra jurisprudencia que:

- la S. 14 diciembre 1957 rechazó un recurso en el cual se alegaba infracción del artículo 1.075 C. c. y, al efecto, consideró que “no basta para [apreciar si hay lesión para las legítimas] la tasación que haya practicado un perito, sino la estimación que de ésta, como uno de tantos elementos de juicio, haga el comisario contador con arreglo a las facultades conferidas por el testador, todo esto aparte de que no en todos los casos de lesión, según los artículos 1.074, 1.075, 1.077 y 1.079 del Código civil, procede la rescisión”.
- la S. 24 marzo 1961 consideró que “no se ha justificado en el caso actual que los contadores, con su valoración, hayan ocasionado al recurrente una lesión en más de una cuarta parte

(332) Cfr. SCAEVOLA, op. cit., XVIII, art. 1.057, ed. 1901, pp. 292 y ss.; SÁNCHEZ ROMÁN, op. cit., VI-III, cap XXVIII, 53 b, p. 2002; MAURA, “Dictámenes”, I n. 4, pp. 78 y ss.; DE DIEGO, “Dictámenes Jurídicos”, vol. III, Barcelona 1958 dict. 50, pp. 608 y ss. y, al parecer, también ROCA SASTRE, “Derecho Hipotecario”, loc. últ. cit., pp. 857 y s., que asimilan al máximo la partición hecha por el contador partidor a la efectuada por el testador al amparo del artículo 1.056.

(333) Cfr. MANRESA, “Comentarios...”, vol. VII, arts. 1.056 a 1.060, 6.ª ed., p. 664; LACRUZ BERDEJO y SANGHO REBULLIDA, “Derecho de Sucesiones”, ed. 1961, cap. XV, § 394, p. 507.

para que la partición se rescinda, atendiendo al valor de los bienes cuando le fueran adjudicados, que es lo que realmente ha perseguido el procedimiento"; y, en el anterior considerando, había razonado que, "si se tiene en cuenta que en el juicio de testamentaría se produjeron cuatro tasaciones completamente dispares, y aun, en el procedimiento de que dimanara este recurso, una quinta en cantidad inferior a todas las anteriores, y aun a la fijada por los contadores, la Sala de instancia pudo aceptar la de éstos como la más equitativa, al no existir norma legal alguna de carácter sustantivo o procesal que obligue a los contadores facultados por el testador para tasar los bienes hereditarios a atenerse al dictamen del perito dirimente...".

- la S. 7 diciembre 1965 admite el criterio de la Sala de instancia respecto a la determinación de si la valoración hecha por el contador ha dado lugar o no a la lesión en más de un cuarto.

Es decir: el criterio del contador no se halla sometido a la estimación pericial, ni siquiera a la del perito dirimente, pero sí al de los Tribunales competentes.

β) *Supuesto especial incluido en el artículo 831 C. c.*

Mayores facultades cabe conferir en capitulaciones matrimoniales al cónyuge viudo para el supuesto de que no haya contraído nuevas nupcias y de que su consorte muriese intestado. Conforme admite el artículo 831 C. c., puede con esos presupuestos facultársele para "distribuir, a su prudente arbitrio, los bienes del difunto", e incluso "mejorar en ellos a los hijos comunes, sin perjuicio de las legítimas y de las mejoras hechas en vida por el finado". El cónyuge viudo tiene entonces unas facultades particionales intermedias entre las del testador, conforme al artículo 1.056, y del contador partidor, según el artículo 1.057. Semejándose a las de aquél en que no tiene que guardar las limitaciones de los artículos 1.061 y ss., y también en que puede usar de la facultad establecida en el artículo 1.056, § 2.º, puesto que incluso tiene la facultad de mejorar, superior a la distributiva, sin restricciones por razones cualitativas, ya que, por aquella facultad, ni siquiera está sujeto a guardar la igualdad cuantitativa mientras respete las legítimas y, también, las mejoras ordenadas en vida por el finado (334).

(334) Cfr. ENRIQUE SECO CARO, "Partición y mejora encomendadas al cónyuge viudo", Barcelona 1960, cap. III, pp. 121 y ss., cap. V, B, pp. 165 y ss. y cap. VI, pp. 188 y ss.; LACRUZ BERDEJO, "Derecho de Sucesiones...", párrafo 381, pp. 478 y s., y ENRIQUE FOSAR BENLLUCH, "La explotación agrícola y el párrafo 2.º del artículo 1.056", en *An. Der. Civil*, abril-junio 1963, pp. 380 y s.

D) DETERMINACIÓN DE LAS LEGÍTIMAS EN LA PARTICIÓN EFECTUADA POR LOS HEREDEROS O, A FALTA DE ACUERDO ENTRE ELLOS, POR LOS TRIBUNALES DE JUSTICIA.

56. Vimos en otro trabajo (335) que por regla general en el Derecho de Castilla anterior al Código civil el hijo no podía reclamar que le fuera satisfecha la legítima en las cosas especialmente legadas o atribuidas a otro como mejora. Y por consiguiente, tampoco en las atribuidas por el testador a otro heredero forzoso en satisfacción de su legítima. También anotamos que, según entendieron los autores castellanos (336), siguiendo a los de Derecho común, ni el heredero ni el legitimario podían separadamente elegir la cosa que quisiesen para satisfacer la legítima, sino que a falta de acuerdo, el juez debía determinar *ut arbitrio boni viri*, una o varias cosas para que fuese satisfecha con ellas, si bien no faltó algún autor (337) que exigiera que esos cuerpos hereditarios no fueran susceptibles de "commodam. divisionem".

Igualmente debemos concluir que en el régimen de nuestro Código civil, a falta de determinación por el testador o por el comisario, contador partidor, será preciso acuerdo entre herederos y legitimarios, aunque éstos no sean herederos, para determinar los bienes en los cuales se concrete la *pars bonorum* que constituye la legítima y, a falta de acuerdo, será precisa la resolución judicial que deberá tener en cuenta lo dispuesto en los artículos 1.061 y 1.062 C. c.

Ahora bien, el Derecho comparado (incluso, como veremos, dentro de nuestra propia patria) nos ofrece dos distintas posiciones posibles a este respecto de los legitimarios. Así cabe:

- que el heredero pueda efectuar individualmente con cada uno de los legitimarios, y sin intervención de los demás, la determinación de los bienes con que satisfacer la respectiva legítima; o bien
- que sea preciso acuerdo unánime de heredero o herederos y todos los legitimarios para realizar esa concreción.

En el Código civil, haciendo abstracción de los supuestos especiales de las legítimas del cónyuge viudo y de los hijos naturales, los otros legitimarios, aunque no hayan sido llamados como herederos, han de actuar de común acuerdo con los instituidos herederos para el pago de las legítimas de todos ellos, en el acto particional. Puede, por lo tanto, cualquiera de ellos rechazar e impugnar el acuerdo bi-

(335) "Contenido cualitativo de las legítimas...", II, 4 y 5, y III, 15, en ADC XXIII-I, pp. 27 y ss. y 68 y ss.

(336) Cfr. COVARRUVIAS, "In titulum testamentis interpretatio", cap. Raynaldus 18, § 2, n. 5, ed. Lugduni 1584, p. 102; CASTILLO DE SOTOMAYOR "Tractatus posthumus de alimentis", cap. LXVI, nn. 20 y 21, en el volumen VIII de sus "Quotidianorum Controversiorum Iuris", cfr. nova ed. Genevae 1676, pp. 667 *in fine* y s.

(337) Así, VÁZQUEZ DE MENCHACA, "De successione progressu", lib. I, párrafo IV, nn. 36 y s., y ed. cit., p. 87.

lateral del heredero o los herederos con otro legitimario para satisfacer a éste la legítima con bienes hereditarios, ya que sobre el conjunto de ellos tiene todo legitimario "reservada" (art. 806) su legítima como *pars bonorum*, si no le fue ya individualizada por el testador o por el contador partidor.

Es decir, que si bien cada legitimario debe aceptar las individualizaciones y concreciones de bienes que haya verificado el testador o verifique el contador partidor dentro del ámbito de sus facultades, en cambio, puede oponerse a la que pretenda efectuar por sí solo el heredero, o los herederos, o bilateralmente éste o éstos con uno o varios legitimarios, sin intervención unánime de todos.

Recordemos que el legitimario, aun en los supuestos en que no sea heredero, sino legatario de parte alícuota, puede accionar el juicio de testamentaría y participar en la partición de la herencia, si el testador no la hubiere verificado por sí mismo o encomendado a contador partidor (338).

11₂) Concreción del contenido de las legítimas en los regímenes de las regiones forales.

A) EN ARAGÓN.

a) Concreción por el causante.

57. Si, como antes hemos visto, no parece necesario atribuir la legítima aragonesa a título de heredero ni siquiera a uno de los hijos del causante, podremos deducir que la legítima puede concretarla el causante por cualquier título con tal de que el contenido que la individualice sea de bienes del causante. Como dice Lacruz Berdejo (339), puede recibirse "mediante institución, o legados de cosa cierta, cantidad o cosa genérica propias del *de cuius*; o bien mediante legados de parte alícuota; nunca a través de un gravamen de pago de cantidad o cosa no relictas impuestos al heredero extraño (presumiblemente, si el legitimario legatario de cosa ajena a la herencia se conforma con ella, los demás no podrán alegar que se ha infringido con un colegitimario la regla de intangibilidad cualitativa de la legítima)".

Pero satisfecha la legítima colectiva a uno o varios cualesquiera de los legitimarios, el causante, "que puede no dejar absolutamente nada a cualquiera de ellos o a todos menos uno, puede, con mayor razón, dejarles cantidades o cosas genéricas o específicas no pertenecientes al caudal, y a pagar por el instituido heredero". Es decir, que en ese caso puede satisfacerse la legítima individual, mediante legados de cantidades o de cosa propia del legitimario heredero; e

(338) Cfr. "Apuntes...", I, § 8, B, pp. 80 y ss., o en *ADC* IV-II, pp. 495 y ss., y "Contenido cualitativo de las legítimas...", II 7, 2.º, en *ADC* XXII-I, páginas 39 y s.

(339) LACRUZ BERDEJO, "Las legítimas en la Compilación", VI, *RCDI* XLIV pp. 516 y ss.

incluso —añade Lacruz— “respetando la integridad cualitativa de los dos tercios, se puede favorecer a los legitimarios del primer grado con créditos contra el heredero o legatarios extraños (aquellos sólo tienen derecho individual a ser mencionados)”.

Añade el mismo autor que la localización del derecho de los legitimarios, “en principio, depende del causante, pues, es él, nombrando al descendiente heredero o legatario de cosa cierta, o legatario de parte alícuota o de cosa genérica, quien determinará la posición concreta del legitimario frente a los bienes”. “El caso límite [para la legítima global] —dice— es el del legado de cosa genérica, de la que existe en la herencia mayor cantidad de la legada, y respecto de la cual, por tanto, ha de producirse la concentración”.

Pero la *forma normal de concreción* de la legítima por el causante —agrega Lacruz (340)— “es la institución de heredero (singular o plural) con asignación de bienes determinados a los restantes legitimarios de primer grado cuando no todos son instituidos”.

La concreción de la legítima puede hacerse no sólo en testamento, sino también en contrato sucesorio (cfr. art. 126-2), por donación, y, tratándose de la legítima individual, mediante la realización, a costa del ascendiente, de carrera profesional o artística, o por liberalidades no usuales (art. 126-1).

b) *Imputación de liberalidades.*

58. Conviene distinguir la legítima global y la individual.

α) El favorecido en vida o en testamento o contrato por el causante con la legítima global, opina el mismo Lacruz (341), no tiene, en principio, que colacionar los bienes recibidos, debido a que no hay derechos individuales y a que la asignación tanto puede ser de dos tercios como de la totalidad.

A su juicio, sólo se computarán esos bienes “a efectos de formar la masa total (*donatum* más *relictum*) para ver si las liberalidades a extraños pasan del tercio libre. El descendiente donatario o prelegatario conserva todo lo que se le ha atribuido por tales títulos y no se le cuenta en la parte que le pudiera corresponder *como heredero*, ni nunca, por grande que sea, puede ser objeto de reducción, salvo el caso de preterición del artículo 123.

β) Los demás legitimarios que basta sean mencionados en el testamento (art. 120) o reciban carrera profesional o artística o liberalidades no usuales (art. 1.261), supuestos en los cuales sólo tienen el derecho a alimentos expresados en el artículo 121, no tienen en principio tampoco por qué imputar los gastos de dicha carrera ni las liberalidades recibidas que, por sí solas, sirven para evitar su preterición.

Ahora bien, hay un supuesto en el que tienen que imputarlas, no precisamente a su legítima individual, que no tiene medida, sino a

(340) LACRUZ, loc. últ. cit., VIII, p. 519.

(341) LACRUZ, loc. últ. cit., XIV, pp. 536 y ss.

las asignaciones que el causante les hubiese predeterminado, según resulta del artículo 126, nn. 1 y 2, que dicen así:

“Dos. Si con ocasión del nombramiento de heredero en contrato, se asignan a cargo del instituido donaciones o dotes a los otros legitimarios, éstos habrán de imputar en pago de su haber lo recibido posteriormente del causante o del heredero, por los conceptos del párrafo anterior” [carrera profesional o artística o liberalidades no usuales].

Tres. La imputación de lo gastado en una carrera se hará en la medida establecida para la colación en el Código civil.”

Nota Lacruz (342) que, a diferencia del texto propuesto por el Seminario que preparó el proyecto de la Comisión de juristas aragoneses, que se refería tanto a lo asignado en contrato como en testamento, el artículo 126-2 sólo alude al contrato. Pero, a su juicio, “no se ve razón distinta”, en uno y otro supuesto, por lo cual cree que la solución para el supuesto de asignación hecha en testamento “debe ser la que el texto legal establece para el contrato”.

Respecto de la imputación de lo gastado en una carrera, la referencia al Código civil ha de concretarse al artículo 1.042—que determina que no se traerán a colación “sino cuando el padre lo disponga o perjudiquen a la legítima” y “se rebajará de ellos lo que el hijo habría gastado viviendo en la casa y compañía del padre”—. Opina Lacruz que cabe preguntarse si es más ajustado al sentido del texto del 126-2, que la imputación “se verifique exclusivamente en la relación interna entre los legitimarios, a los efectos de evitar la preterición y pagar las legítimas a que estuviere obligado el hijo heredero, pero sin trascendencia *erga omnes*, de modo que ese importe no cuente frente a los donatarios o legatarios extraños ni para la reunión ficticia ni para imputarla a la legítima global. En realidad es la solución más justa cuando el gasto no puede considerarse extraordinario, pues cualquier otro procedimiento de cálculo contribuye a ampliar la parte de libre disposición a costa de unos dispendios que no tienen, en rigor, el concepto de donaciones y sí sólo ficticiamente para unos fines estrictamente señalados por la ley”.

Si se entiende, dice, que el n. 3 del artículo 126 es mera aplicación del n. 2—como cree más probable, vistos el texto, los antecedentes y la intención, según cree recordar, de la Comisión aragonesa—“se halla referido al pago en dinero de las legítimas asignadas a los hijos no herederos en cantidad fija o bien al haber y poder de la cosa, y no desempeña papel alguno en el cálculo o satisfacción de la legítima global”.

c) *Concreción de la legítima por el fiduciario.*

59. En Aragón es antiquísima la práctica, que se halla documentada desde el siglo XII, de la fiducia sucesoria, en virtud de la cual un cónyuge encomienda al otro la distribución de sus bienes, siendo

(342) LACRUZ, *ibid.*, p. 538.

tal vez posible verificar el encargo a terceras personas, como aceptaron la doctrina y la jurisprudencia a partir del siglo xvi (343).

Esta institución aquí únicamente nos interesa en cuanto dé lugar a que el fiduciario concrete los bienes integrantes de la legítima colectiva e individual.

Debemos distinguir tres supuestos básicos:

1.º) El derivado de *pacto sucesorio en capitulaciones matrimoniales*, frecuente en las regiones pirenaicas, en virtud del cual los cónyuges convienen en *instituir único heredero de ambos a uno de los hijos comunes*, designado por ambos de común acuerdo, o por el sobreviviente, o por determinados parientes. La S. 6 marzo 1965, en caso de designaciones contradictorias por parte de los cónyuges, ha declarado nulas ambas designaciones y estimado que, una vez fallecido el sobreviviente, deberán decidir los parientes.

2.º) El del *cónyuge que no haya contraído nuevas nupcias* (artículo 110), designado *fiduciario* en testamento o en escritura pública, quien podrá realizarlo (art. 111-1), total o parcialmente, incluso en tiempos distintos si el causante no ha dispuesto otra cosa (art. 112), en acto inter vivos, en cuyo supuesto la designación será irrevocable, o en testamento (art. 111-2).

Mientras el fiduciario no haya cumplimentado totalmente su encargo, la administración y disposición de los bienes pendientes de asignación se regirá por las normas de la comunidad hereditaria.

3.º) El de *la fiducia colectiva*, conferida a dos o más parientes mayores de edad al ejercer su cometido, para ordenar *la sucesión de la casa* a favor de descendiente o consanguíneo hasta el cuarto grado, de cuyo encargo no puede excluirse al cónyuge sobreviviente, mientras se conserve viudo, si sólo quedaren hijos comunes (art. 114).

Para los casos de falta de clara determinación de los parientes llamados a la fiducia, el artículo 115 señala un orden de prelación para determinarlos. El fallecimiento o incapacidad del supérstite no impide el cumplimiento por los demás, y las vacantes de éstos se cubrirán conforme determina el artículo 20-2 para la junta de parientes.

Los acuerdos se tomarán por mayoría de asistentes, en caso de haber sido nominalmente nombrados, o absoluta, en otro caso, pero la discrepancia del cónyuge con los otros dos parientes se estimará empate. De no lograrse mayoría se estará a lo dispuesto en el artículo 20, núms. 2 y 3.

B) EN BALEARES.

60. Es necesario distinguir el Derecho de sus diversas islas

a) *En Mallorca.*

El causante puede concretar la legítima en bienes determinados: en testamento (art. 46, § 1) o en dote, donación o ventaja hecha en

(343) LACRUZ BERDEJO, "Derecho de Sucesiones", I, ed. 1971, § 61, nota 366, pp. 714 y ss.

vida (art. 50). También creemos que puede encomendar su concreción al heredero o usufructuario, "distribuidor", a quien en testamento (art. 18) o en donación universal (art. 13, § 2) puede encomendar la distribución de sus bienes entre los parientes del causante, aunque siempre como advierte el artículo 18 "*quedando a salvo las legítimas*".

La concreción sólo puede hacerse *en bienes de la herencia* "*siendo ineficaz toda disposición en contrario del testador*", como dice el artículo 46, § 1.º.

Para la *imputación a la legítima* el artículo 48 consigna la siguiente disposición:

"La institución de heredero y el legado a favor de quien resulte ser legitimario implicarán atribución de la legítima, aunque no se exprese así, y se imputarán en satisfacción de ella, siempre que otra cosa no haya dispuesto el causante."

"Esta imputación surtirá efecto, aunque el legitimario repudie la herencia o el legado."

Antes vimos que el artículo 49 reconoce la validez de la cautela sociniana.

b) *En Menorca.*

Es aplicable cuanto hemos dicho para Mallorca, sin perjuicio de que no sean de aplicación a Menorca ni la donación universal ni la "definición" (art. 65).

c) *En Ibiza y Formentera.*

La concreción de los bienes integrantes de la legítima, también en Ibiza y Formentera, podrá efectuarla el causante en testamento, en "*espolits*" o en donación (arts. 81 y 74 en rel. 68), o delegarla en su consorte en testamento, por *cláusula de confianza* (art. 77, § 1.º) o en heredamiento (art. 77, § 2, en rel. art. 74).

Puede concretarla en bienes hereditarios o en metálico (art. 81).

La concreción no afectada por el causante podrán realizarla de común acuerdo el heredero con cada legitimario, sin necesidad de intervención de los demás (art. 81, núm. 2).

A falta de acuerdo, la concreción en bienes que no sean de la herencia, y, por tanto, en metálico, sólo podrá efectuarse si el testador o el donante lo hubiese dispuesto (art. 81, núm. 1.º).

C) EN CATALUÑA.

a) *Concreción del contenido de la legítima.*

61. Hemos visto antes que el causante puede atribuir las legítimas en testamento, capítulos matrimoniales, dote o donación (344). O bien puede dejar encomendada la atribución a su consorte, en quien delegue la elección de heredero, la institución por partes iguales o des-

(344) MARÍA ENCARNA ROCA DE LAQUÉ, loc. cit., pp. 27 y s., distingue: la atribución por *donación imputable*, el *pago anticipado* y el *anticipo a cuenta de la legítima*.

iguales y distribución de los bienes entre los hijos comunes, supuestos en los cuales el cónyuge elector o distribuidor podrá “*fixar y pagar legítimas y legados*” (art. 115, núm. 3).

De no haber efectuado el causante esa concreción ni haberla encomendado a su cónyuge, podrán realizarla: el albacea universal (artículo 237, § 2, Comp. y art. 15, a, L. H.), a quien el testador puede “*reducir y limitar*” o “*ampliar*” sus facultades normales enumeradas en el artículo 237 (cfr. § 4); o las personas “*facultadas para efectuar la partición, para distribuir la herencia y para señalar y pagar legítimas*” (art. 137, § 2.º) que el testador puede designar.

El contenido posible de la concreción presenta variantes según lo verifique el propio causante, la persona a quien éste se lo haya encomendado, o el heredero.

α) El causante puede efectuar esa concreción “*en dinero o en bienes de la herencia*” que puede atribuirlos “*por vía de institución, de legado, señalamiento o asignación de cosa específica o donación*”. Pero también podrá satisfacerla el testador en un legado sea “*en dinero, aunque no lo haya en la herencia, o de cosa ajena*” (345).

No podrá, en cambio, efectuarse, conforme al artículo 131, § 2, inc. 1.º, en bienes que no sean “*en exclusiva, plena y libre propiedad*” del causante “*salvo el caso de no haberlos en la herencia*”, ni en “*bienes muebles de uso doméstico*”.

El sentido de estos requisitos ha sido precisado (346) indicando que, en su virtud, se exige que la cosa legada sea atribuida:

- en *propiedad*, es decir, no en otro derecho, como el usufructo ni a través de un fideicomiso;
- *exclusiva*, o sea, que no recaiga en un bien en condominio o propiedad dividida;
- *plena*, por lo cual no puede dejarse en una nuda propiedad, y
- *libre*, esto es, que no puede consistir en una cosa gravada.

Si el legado en concepto de legítima es de cosa ajena deberá reunir iguales requisitos que los indicados para los bienes del testador, es decir, también habrán de atribuirse bienes en propiedad exclusiva, plena y libre.

Según el inciso 2.º del mismo párrafo 2.º del artículo 131 C. c.: “*El incumplimiento de este precepto facultará al legitimario para optar entre admitir simplemente el legado o renunciarlo, exigiendo lo que por legítima le corresponda*” (347).

β) El heredero, y las personas facultadas para efectuar la partición, para distribuir la herencia y para señalar y pagar legítimas

(345) La facultad de disponer el pago de la legítima catalana en dinero, aunque no lo haya en la herencia, arranca, como es sabido, de la Constitución de las Cortes de Monzón de 1585.

Y la posibilidad de concretarla incluso mediante un legado de cosa ajena, señalan F. DE A. CONDOMINES VALLS y R. FAUS ESTEVE, “*Compilación del Derecho Civil de Cataluña*”, p. 181, que es una “*forma ya admitida por el derecho prejustinianeo*”.

(346) Cfr. MARÍA ENCARNA ROCA DE LAQUÉ, loc. cit., pp. 24 y s.

(347) Cfr: *supra* n. 18.

podrán, conforme indica el artículo 137, optar por pagar las legítimas “en dinero, aunque no lo haya en la herencia” o “en bienes de la herencia”, (notemos que en este caso no cabe la satisfacción con bienes del heredero o de tercera persona (348)), a su elección, pero con las siguientes limitaciones:

- no cabe la elección cuando a los legitimarios “les haya correspondido percibirlos por vía de institución, de legado, señalamiento o asignación de cosa específica o donación” (artículo 137 *a contrario*) (349);
- tampoco es posible si el testador impone al heredero que la satisfaga en bienes, o a la inversa, le impone que la pague en dinero (350);
- “comenzado el pago en dinero o en bienes, el legitimario podrá exigir el resto en la misma forma inicial” (artículo 137, § 1, inc. 2) (351);
- de optar por el pago en bienes, si el legitimario no se conformare con los elegidos, decidirá el Juez competente, en acto de jurisdicción voluntaria (art. 137, § 2.º, inc. 2.º) (352);
- con tanta o mayor razón el requisito exigido, en el artículo 131, § 2, al testador de que los legados en concepto de legítima o imputables a ella deban consistir en bienes de *exclusiva, plena y libre propiedad*, ha de extenderse al supuesto previsto en el artículo 137, de elegirse, por el heredero, o por las personas facultadas, el pagarlas en bienes de la herencia.

Se ha discutido si el heredero tiene una obligación alternativa o facultativa y si, en este caso, está *in obligatione* el pago en bienes

(348) La Constitución de los Cortes de Monzón de 1585 delimitaba la opción del heredero para pagar la legítima “*ab diner*” o “*ab proprietat immobile*”. El artículo 137 de la Compilación la amplía al referir el segundo término a “*en bienes hereditarios*”, justificándose la diferencia por la mayor importancia que hoy tienen los bienes muebles al no poderse ya decir “*res mobilis res vilis*”.

(349) En este sentido cfr. RAMÓN MARÍA MULLERAT I BALMAÑA, “Possibilitat de pagar la llegítima catalana en béns o en diner”, en *R. J. de Cat.* LXX, octubre-diciembre 1971, p. 798.

(350) Cfr. MULLERAT, pp. 798 y s.

(351) Este criterio fue ya sostenido por el antiguo Senado de Cataluña. CÁNCER, “*Variae Resolutiones utriusque iuris*”, Pars I, cap. III, n. 9 (cfr. ed. Lugduni 1712, vol. 1, p. 65), cita en este sentido la Sentencia de 9 septiembre 1603, de la que fue relator D. Salvador Fontanet, recaída en la causa de los nobles hermanos Marimón.

(352) Como hizo notar PEGUERA, “*Decisiones Aureae*”, cap. 113, nn. 2 y 3 (cfr. ed. Barciononae 1605, folio 308 vto. y s.), en Derecho común no competía al heredero, sino al juez *ex arbitrio boni viri*, la determinación del bien o bienes hereditarios con que satisfacer la legítima; pero que, después de la Constitución de 1885, el heredero pudo en Cataluña escoger los cuerpos hereditarios para satisfacerla, si bien: “*ut si contra corpus hereditarium designatum per heredem pro solvenda legitima oponatur aliquid partem, tunc relinquitur iudicis arbitrio*”. Acerca de esta cuestión después de la Compilación, cfr. MULLERAT, loc. cit., pp. 812 y ss., que la estudia extensamente.

hereditarios e *in solutione* el dinero, o viceversa (353). La cuestión ofrece el interés práctico de que la obligación alternativa se concentra en caso de imposibilidad de una de las prestaciones, mientras que en las facultativas la pérdida de la cosa *in obligatione* libera de la obligación, puesto que no impone la prestación *in solutione*. Inicialmente a partir de la Constitución de las Cortes de Monzón de 1585, al seguir siendo la legítima *pars bonorum*, parece que el pago en dinero era una *facultatis solutionis* (354). Sin embargo, como la Compilación ha configurado la legítima como *pars valoris bonorum* hoy ha de entenderse que se trata de una obligación alternativa simple (355).

b) *Imputación a la legítima.*

62. La Compilación Catalana es meticulosa y un tanto reiterativa en materia de imputación a la legítima. A ella, según sus preceptos, deben imputarse:

1.º “*La institución de heredero y legado a favor de quien resulte ser legitimario*”; que “*se imputarán a ella, siempre que otra cosa no disponga el causante, aunque el legitimario repudie la herencia o renuncie al legado*” (art. 131, 1).

2.º A la legítima de los *hijos y descendientes*, “*lo que a su favor haya dispuesto el causante por dote o donación matrimonial*”; y a la de cualquier legitimario, “*las donaciones por causa de muerte a su favor otorgadas por el causante*”; o excepción, en ambos casos, “*cuando en ellas se disponga lo contrario, o así lo ordene el causante en su testamento o codicilo*” (art. 132, § 1).

3.º Asimismo las demás donaciones entre vivos otorgadas por el donante con expresa prevención de que sean imputables a ella o de que sirvan de pago o anticipo a cuenta de la legítima (art. 132, 2, inc. 1.º). Su imputación, así como la de lo recibido por una renuncia inválida —como vamos a ver— se hará computando su valor conforme indica el artículo 129, 2 (art. 132, 3).

4.º Los bienes o dinero que como pago anticipado de la legítima, o en otro concepto hayan sido recibidos por el legitimario al renunciar anticipadamente o transigir inválidamente acerca de su legítima futura (art. 132, § 2, inc. 2.º, en rel. art. 145, § 1).

5.º Los señalamientos o asignaciones de “*cantidad o bienes determinados*” “*que en capitulaciones matrimoniales el heredante*” efectúe “*en concepto de legítima, dote o donación*”, aplicándoseles “*las*

(353) Cfr. respecto de la legítima en el Derecho anterior a la Compilación, JOAQUÍN ALMEDA Y ROIG, “Dictámenes”, Barcelona 1920, p. 29.

(354) Cfr. nuestro estudio “Contenido cualitativo de la legítima en Cataluña, antes y después de la Compilación”, II, en *R. L. de Cat.*, LXX, julio-septiembre 1971, pp. 556 y ss. En igual sentido, MULLERAT, loc. cit., pp. 802 y s. Sin embargo, BORRELLI SOLER, “Dret civil vigent, a Catalunya”, vol V-II, página 359, entendió que la obligación estricta del heredero era la de pagar la legítima en metálico, “puesto que es meramente facultativo el pagarlo en cuerpos hereditarios”.

(355) En este sentido, MARÍA ENCARNA ROCA DE LAQUÉ, loc. cit., pp. 50 y ss., y MULLERAT, loc. cit., pp. 802 y ss.

normas de la imputación legitimaria o de legados, pero, si se hicieren efectivas en vida del heredante, se imputarán como donaciones doctales" (art. 134).

6.º A la legítima que les corresponda en la *herencia de los abuelos*, cuanto los *nietos*, "*hayan recibido de sus padres premuertos y que por algún concepto fuere imputable a la legítima de haber sido éstos legitimarios*" (art. 135).

D) EN GALICIA.

63. La vigente Compilación del Derecho civil especial de Galicia, de 2 de diciembre de 1963, contiene unas normas específicas sobre concreción de las legítimas y sobre imputación.

a) La particularidad referente a la *concreción de la legítima se centra específicamente.*

— a la posibilidad de satisfacer "*con metálico u otros bienes si los tuviere*", si el ascendiente para "*conservar indivisos un lugar o una explotación agrícola*" use de la facultad de "*adjudicarlos íntegros a cualquiera de sus hijos o descendientes, inter vivos o mortis causa y aunque las suertes de tierra estén separadas*" (art. 184).

— e incluso, en "*rentas sisas o de saco*" (art. 22, 1).

b) En cuanto a la *imputación*, el mismo artículo 184 indica que la "*adjudicación*" por el testador, antes referida "*del lugar o explotación agrícola a cualquiera de sus hijos o descendientes*, implica la mejora tácita de las siete quinceavas partes de la herencia si el testador no dispusiera otra cosa, y no impide que el ascendiente disponga, a favor del descendiente preferido, del resto de las porciones de libre disposición". Estimamos que la mejora se entiende del exceso de lo adjudicado respecto de la legítima estricta del adjudicatario.

E) EN LA TIERRA LLANA DE VIZCAYA.

64. En el Derecho foral vizcaíno la legítima global viene prácticamente concretada casi del todo por la ley, por razón de la naturaleza *raíz* y la procedencia *troncal* de los bienes. Lo que el causante, por sí o por comisario, suele determinar es la persona o personas en la cual o cuales la legítima global se individualiza. Es decir, más que concretar —puesto que ya lo están previamente— los bienes integrantes de la legítima, lo que suele hacer el causante o el comisario es individualizar al destinatario, apartando a los demás posibles asignatarios de la legítima global.

Este es el significado del artículo 23, § 1.º: "*El testador podrá distribuir libremente la herencia forzosa entre los herederos comprendidos en cada una de las líneas a que se refiere el artículo anterior o elegir uno de ellos apartando a los demás.*"

También podrá hacerse esa individualización o la distribución en capitulaciones matrimoniales o escritura de dote o donación (artículo

lo 30). O, a través del comisario conforme determina el cap. II del tít. IV de la Compilación, del mismo modo que puede atribuir la legítima, según hemos visto antes.

III. EXTINCION DE LAS LEGITIMAS

65. Las legítimas se extinguen:

- 1.º Por su completa satisfacción.
- 2.º Por su renuncia.
- 3.º Y por su prescripción.

Un ilustre tratadista (356) ha señalado otras causas de extinción; tales la desheredación hecha con arreglo a la ley, y la incapacidad o indignidad, como causas generales; y, como específicas de la legítima viudal: la muerte del cónyuge viudo, el divorcio culpable del cónyuge viudo declarado después de fallecido el premuerto y las demás causas de extinción del usufructo aplicables, aparte de la extinción formal producida por la sustitución del mismo por un equivalente (renta vitalicia, productos de determinados bienes, entrega de un capital en efectivo).

Sin embargo, de estas causas: unas no son sino particulares supuestos de cumplimiento o solución de la legítima; y los demás (desheredación, con arreglo a la ley, incapacidad o indignidad y divorcio por culpa del cónyuge supérstite declarado después de fallecido su consorte) son supuestos impeditivos del derecho a la legítima, aunque —retroactivamente— sean declarados después de causada la sucesión del *de cuius*.

Dejamos aparte, por no ser aquí el lugar adecuado para estudiarlo (357), si en los casos de desheredación o indignidad la legítima del justamente desheredado o del indigno:

- puede subsistir, o mejor dicho subsiste por una *successio gradum et ordinum*, en su descendencia legítima (arts. 761 y 857 Código civil).
- no afecta a la parte de la legítima ya satisfecha por donaciones *inter vivos* que no sean revocadas.

Como en este estudio venimos ocupándonos del cumplimiento o satisfacción de las legítimas, y la del cónyuge viudo por la conmutación prevista en el artículo 839 C. c., tiene otro lugar más adecuado de examen (358), nos vamos a limitar ahora a ocuparnos de la renuncia y la prescripción de las legítimas.

(356) SÁNCHEZ ROMÁN, "Estudios...", VI-II, cap. XV, nn. 178 y ss., páginas 1084 y ss.

(357) Lo tratamos en "El apartamiento y la desheredación", II, B, e, nn. 28, 6.º, y 29, en *ADC XXI-I*, pp. 61 y ss.

(358) Cfr. "Contenido cualitativo de la legítima viudal del Código civil", nn. 4 y 5, en *RDP LIV*, febrero 1970, pp. 107 y ss.

A) RENUNCIA A LA LEGÍTIMA.

a) Antecedentes históricos en el «*Ius communis*».

66. Como todos los derechos, el derecho a la legítima se estimó renunciabile una vez nacido.

Por esta última razón ya los §§ *Illus etiam sancimus* y *Et generaliter* de la ley *Si quando* del *Codex* (Cód. III-XXVIII, 35, §§ 1 y 2) excluyeron la posibilidad de la renuncia anticipada respectivamente de la querella y del suplemento de legítima efectuada con ocasión de donación *inter vivos* o *mortis causa*, al concederle derecho al suplemento que sólo podía ser renunciado expresamente y después de la muerte del causante.

Por otra parte, la ley *Quoniam in prioribus* (Cód. III-XXVIII, 32) en caso de haber sido dispuestas por el testador condiciones, plazos u otra disposición que produjere demora, modo u otro gravamen, ordenó que se tuvieran por no puestas en cuanto a la legítima “*et ita res procedat quasi nihil eorum testamento additum esset*” E igual criterio aplicó el § *Cum autem* de la ley *Scimus* (Cód. h. t. 36, § 1) en el supuesto de atribución mediante un fideicomiso de la legítima, que estimó directamente deferida, sin perjuicio de recibirse lo demás dispuesto por vía de fideicomiso al tener lugar el cumplimiento de éste.

Además, es de notar que del § *Et generaliter* resultaba que la renuncia a ejercitar la querella o la aceptación de la herencia o de un legado que llevaran implícita esta renuncia, no significaban la renuncia del derecho a recibir el suplemento de la legítima, si este derecho no resultaba expresamente renunciado.

Se trata de una cuestión meticulosamente estudiada por los autores que ya hemos intentado sintetizar en otra ocasión (359). Nos remitimos a lo que allí dejamos expuesto, sin perjuicio de sintetizar que, según la opinión preponderante, entre los autores:

α) No implicaba renuncia a pedir el suplemento ni la aceptación de los gravámenes *in qualitate*:

1.º La simple aceptación de la herencia, aprobación del testamento y renuncia a toda reclamación o petición verificadas en términos generales por el legitimario gravado *in qualitate*, ni aun cuando el testamento contuviese la prohibición expresa de detraer la legítima o de rechazar el gravamen explícito de ésta (cuestión esta última muy controvertida).

2.º La mera aceptación de un legado, ni aun cuando su *quantum* deducido su gravamen en el *quale* excediese de la legítima del aceptante.

β) Sí que implicaba la renuncia a pedir el suplemento o a no tener por puestos los gravámenes, condiciones o limitaciones, en los siguientes casos:

1.º Si literalmente la contenía.

2.º Cuando la aprobación del testamento era expresamente refe-

(359) “Cautelas de opción...”, III, D, vol. cit., pp. 663 y ss.

rida a todo y todas sus partes, “*in qualibet parte ipsius in omnibus et per omnia*”, o “*in omnibus et per omnia*” u “*omnia et singula contenta in testamento*”.

3.º Si la renuncia a reclamar, aunque hecha sin mención especial a la legítima, sólo podía ser referida a ésta.

4.º Cuando, aun no habiéndose verificado nominalmente la aprobación del gravamen de la legítima, o la renuncia a reclamar contra el mismo, de modo específico ni en términos totales y absolutos, ésta resultara expresamente extensible a ella por la conducta del legitimario en relación a lo dispuesto por el testador y a las circunstancias concurrentes. Entre estos supuestos podemos colocar la aceptación por el legitimario de una atribución compensatoria a él propuesta por el testador de modo alternativo con la legítima pura y simple o estricta. Tanto si esa compensación ofrecida en lugar de la legítima pura pero estricta consistiera:

- en un legado de mayor *quantum*, pero con gravamen en el *quale* (cautela analizada por Decius, Socinus, Curtius y Parisius iunior);
- en un prelegado vinculado con un gravamen en el *quale* legitimario (supuesto analizado por Menochio en su *Consilium*. DCLXXXI);
- o, en una mayor cuota hereditaria con un gravamen afectante a la legítima (cautela *Durantis* o *Guldensis*).

En resumen, podemos decir que, al no consistir la legítima en la delación legal de una cuota hereditaria, sino en el derecho a recibir un *quantum* de determinado *quale*, protegido de diversas maneras y por varias acciones, podía ocurrir que la renuncia expresa, o consecuente de una aceptación, a ejercitar el *ius descendii nullum* o la *actio ad supplementum* para reclamar el *quantum* por cubrir, ni tampoco la aceptación de gravámenes en el *quale* que debían entenderse por no puestos y que requerían una renuncia específica y expresa, bien fuera literalmente o por hechos concluyentes que la implicaran, como acabamos de ver.

b) La renuncia a la legítima en el Código civil.

67. El artículo 816 C. c. dice: “*Toda renuncia o transacción sobre legítima futura entre el que la debe y sus herederos forzosos es nula, y éstos podrán reclamarla cuando muera aquél; pero deberán traer a colación lo que hubiesen recibido por la renuncia o transacción*” (360).

(360) Precedentes legislativos del artículo 816 C. c. son:

- El artículo 646 del Proyecto de 1851: “*Toda renuncia o transacción sobre la legítima entre aquellos que la deben y sus herederos forzosos, es nula; y los segundos podrán reclamarla cuando mueran los primeros; pero deberán traer a colación lo que hubieren recibido por la renuncia o transacción*”.

GARCÍA GOYENA (op. y vol cits., art. 646, pp. 96 y s.) cita varios artículos:

No es éste el lugar adecuado para analizar este artículo, que deberemos examinar al ocuparnos del aspecto normativo protector de las legítimas. Solamente diremos aquí que la interpretación que ha prevalecido distingue en él dos proposiciones, una relativa a la renuncia y otra a la transacción, de las cuales aquélla determina que: *toda renuncia sobre la legítima, o mejor dicho de la legítima futura, es nula* (361), sea “total o parcial, extintiva o traslativa (venta, donación, etc), clara o encubierta” (362).

La legítima, pues, sólo puede renunciarse en el régimen del Código civil, cuando haya nacido el derecho a ella, como en la ley *Si quando del Codex*.

El problema sigue siendo en ese caso el de determinar cuándo cabe entenderla renunciada, en especial habida cuenta de que la legítima no es una cuota deferida por la ley, sino un derecho (o mejor, como hemos visto antes, un haz de derechos) dirigido a asegurar la obtención de un contenido que puede obtenerse por diversos medios jurídicos.

La repudiación de la herencia o la renuncia de un legado significan renuncia a la legítima que el testador haya atribuido por esos títulos, con excepción de los supuestos en que la institución de herederos o el legado se hayan deferido alternativamente con la pura y simple legítima (generalmente, por razón de que la institución o el legado son gravados en forma que cualitativamente afecta a la legítima, supuesto de la cautela socini o gualdense, cuya validez fue aceptada por el Tribunal Supremo en S. 29 diciembre 1939).

Fuera de estos casos no es posible, como hemos visto antes, repudiar la herencia y aceptar la legítima, puesto que la aceptación

de Códigos extranjeros semejantes y, especialmente, dice: “Es el artículo 836 Napolitano, conforme al párrafo 1, ley 35, título 28, libro 3 del Código”.

—Y el artículo 801 del Anteproyecto 1882-1888: “*Toda renuncia o transacción sobre la legítima futura será nula; los que la hicieron podrán reclamar dicha legítima cuando mueran los que la deben; pero estarán obligados a traer a colación lo que en tal caso hubieren recibido*”.

Como precedentes, señalaron los autores del anteproyecto que el artículo 646 del Proyecto 1851 había sido sustituido por el artículo 3.496 del Código mexicano (cfr. la ed. cit. cuidada por MANUEL PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, pp. 246 y s.).

(361) Cfr. SÁNCHEZ ROMÁN, op. cit., vol. VI-II, cap. XV, n. 112, pp. 939 y s.; AMADEO DE FUENMAYOR CHAMPÍN, “Intangibilidad de la legítima”, V, B, en ADC I-J, pp. 73 y s.

(362) MANRESA, “Comentarios...”, vol. VI, art. 816, p. 363. Más detalladamente, SÁNCHEZ ROMÁN (p. 940) dice: “cualquier renuncia en cualquier forma y con cualquiera otorgada, por acto unilateral o bilateral, simplemente o por causa remuneratoria, por título oneroso o lucrativo, total o parcial, meramente extintiva o traslativa, explícita o implícita, puramente, bajo condición o plazo, entre el que debe la legítima y el heredero forzoso o entre uno o varios de éstos y personas que no lo sean, extrañas o no a la sucesión a que la legítima renunciada se refiera, interesadas o no por la ley o por acto jurídico en dicha sucesión, en perjuicio de ordinario, del renunciante o con posible trascendencia de perjuicio a otros herederos forzosos, es decir, *en todo caso y forma, la renuncia de la legítima futura, es nula*”, En parecidos términos, FUENMAYOR, loc. cit., p. 75.

ni la repudiación de aquélla no pueden hacerse “en parte, a plazo o condicionalmente” (art. 990), ni cabe renunciar al legado y aceptar la legítima, pues el legatario no puede “aceptar una parte del legado y repudiar la otra, si ésta fuese onerosa” (art. 889, § 1.º).

En cambio, deferida la legítima por vía de legado, la repudiación de la herencia no implica renuncia a la legítima, que se recibe por medio del legado (argumento, art. 890, § 2.º).

Por otra parte, la repudiación de la herencia o la renuncia del legado no implican, como también hemos visto antes, renuncia a la porción de la legítima recibida *inter vivos* por dote o donación.

No implican por sí solos renuncia ni aun parcial a la legítima: la aceptación de la herencia o de un legado *pro legítima* insuficientes para cubrir ésta o gravados en forma que afecte al *quantum* o al *quale* legitimarios (a no ser que se condicione a ello su aceptación, con la alternativa de recibir sólo la legítima pura, pero estricta). Ello es así por el juego de las siguientes normas, que permiten al legítimo reclamar:

- — artículo 812, § 2, frente a los gravámenes, condiciones y sustituciones;
- artículo 815, por la acción de suplemento;
- artículo 817, para la reducción de las disposiciones testamentarias que mengüen la legítima;
- artículos 654 y siguientes, en rel. 636, en la reducción de las donaciones inoficiosas.

Tampoco la renuncia a impugnar un testamento por preterición implica renuncia a pedir el suplemento de lo recibido por dote o donaciones, pues dimanen de causas distintas y se ejercitan por acciones diversas.

c) La renuncia a la legítima en el Derecho especial de Mallorca, Ibiza y Formentera.

68. El artículo 50 de la Compilación Balear, aplicable a Ibiza y Formentera (según art. 80), pero no a Menorca (art. 65), dice así: “*Por la 'definición', los hijos e hijas emancipados pueden renunciar y dar finiquito a las legítimas y demás derechos en la sucesión de sus padres en contemplación a alguna donación o ventaja que éstos le hicieren en vida.*”

El auto de la Audiencia de Palma de 11 junio 1940, dictado contra una calificación registral, había declarado que “definición” en Derecho de Mallorca es donación *inter vivos* que se efectúa a favor de hijo o hija como anticipo de legítima, liquidación y finiquito de ella y de los derechos hereditarios que en su día pudieren corresponderle en la herencia del donante.

Esta institución penetró en el Derecho escrito de Mallorca por un Privilegio dado en Lérida el 12 de los idus de marzo de 1274, que dispuso, respecto a las hijas casadas, en edad legal, que con consentimiento del marido verificasen “definición” “*deffinicio*” de legí-

tima, que no pudieran ir contra su padre ni contra sus bienes, ni contra sus herederos por causa de legítima, ni en vida del padre ni después de su muerte intentar petición o demanda, sino que la definición tuviera plena validez si el marido no fuese demente. El rey Sancho I de Mallorca, en privilegio dado en Perpiñán el 8 de los idus de noviembre de 1319, fijó en doce años la edad de las hijas para que fuesen en ese sentido eficaces las “definiciones” con ellas efectuadas con consentimiento de su marido. Y en otro privilegio del mismo lugar y fecha autorizó a que cuando los hijos o hijas entrasen en religión las “definiciones” que hiciesen a los padres o madres del derecho que hayan de tener o puedan tener en los bienes de aquéllos “per dret de naturalesa o llegítima porció” sean válidas y tengan “fermentad”, si eran mayores de doce años las hembras y de catorce los varones.

Moll (363) recogió estas disposiciones que extraxó en sus *Ordinacions*.

Ripoll en su “Memoria” (364) expuso que “este privilegio fue concedido tan sólo a las hijas casadas, con intervención de su marido y teniendo edad legítima para ello”, pero que “con igualdad de razón fue extendido por antiguos usos y práctica general a los varones, siempre que por cualesquiera de los medios legales hubiesen quedado fuera de la patria potestad, y por consiguiente emancipados”, y recomendó “con toda eficacia su subsistencia, porque lejos de ofrecerse en la práctica dificultades o perjuicios sobrevenidos por su aplicación, ella nos enseña que ha constituido un aumento de armonía y hasta de tranquilidad en la familia, como puede serlo para una persona de buena administración el solventar paulatinamente sus compromisos, aun de carácter futuro, sin esperar que todos caigan de una vez sobre él o sobre la persona de su heredero”. Propuso, en cambio, modificar la edad hábil de los hijos e hijas para efectuar la “definición”.

El citado auto del Presidente de la Audiencia de Palma de 11 junio 1940 (que resolvió un recurso contra el Registrador de Inca, que no llegó a la Dirección al no ser apelado) declaró la vigencia de la “definición”, que desde entonces no fue discutida en los Registros de la propiedad.

Se señalaban (365), como formas más usuales de “definición”, las donaciones por razón de matrimonio, las remuneratorias o simples, hechas todas en concepto de pago anticipado y finiquito de legítima, generalmente hechas en pleno dominio, aunque también algunas a veces con reserva de usufructo. La Compilación, en su citado artícu-

(363) ANTONI MOLL, “Ordinacions i sumari dels Privilegis, consuetuts y bons usos del Regne de Mallorca”, Palma 1663, pp. 274 y 327.

(364) PEDRO DE RIPOLL Y PALAU, “Memoria sobre las instituciones del Derecho Civil de Baleares”, II, al final (la hemos consultado en “Derecho civil vigente en Mallorca”, de la colección “Legislación foral de España”, de la Biblioteca Judicial, Madrid 1888, pp. 222 y s.).

(365) Cfr. LUIS PASCUAL Y GONZÁLEZ, “Derecho Civil de Mallorca”, Mallorca 1951, Tit. III, cap. IV, Sec. 1.^a, p. 162.

lo 50, confiere la máxima amplitud al admitirlas en contemplación de alguna "ventaja".

De la propia norma se deduce evidentemente que la legítima liquidada y finiquitada por *definición* acrece al heredero y no a los demás legitimarios.

Por otra parte, como hemos visto antes, la Compilación de Baleares, en su artículo 49 regula la validez de la *cautela socini* usada con cierta frecuencia en Baleares (366), único supuesto en el cual se pueda repudiar la herencia o renunciar el legado, si son ofrecidos alternativamente con la legítima "libre de toda carga y limitación", y aceptar ésta.

En todo lo demás relativo a esta materia creemos en general aplicable al Derecho balear lo que antes hemos expuesto con referencia al viejo Derecho común, en el cual, salvadas algunas peculiaridades específicas, se basa el Derecho de sucesiones en las Islas Baleares.

d) La renuncia de la legítima en el Derecho civil especial de Cataluña.

69. Causas de extinción de la legítima catalana.

La Compilación del Derecho civil especial de Cataluña en su artículo 144, señala las causas y efectos de la extinción de las legítimas:

"La renuncia pura y simple de la legítima, la desheredación justa, la declaración de indignidad para suceder y la prescripción, extinguen la respectiva legítima individual. Los mismos actos con relación al único o a todos los legitimarios la extinguen totalmente. En todos estos casos la legítima será absorbida por la herencia sin que acrezca nunca a los demás legitimarios, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 130."

El último apartado, que corresponde al criterio del artículo 130 (367), sienta la norma inversa a la del artículo 985 del Código civil que vimos al ocuparnos de la distribución de la legítima individual de los descendientes (368).

La *cuarta marital* se extingue por *pérdida*, por *renuncia* y por *caducidad*.

Art. 142: *"La viuda pierde su derecho a la cuarta marital: Primero. Por contraer nuevo matrimonio antes de reclamarla. Segundo. Por llevar vida manifiestamente licenciosa. Y tercero. Por abandonar y descuidar gravemente a los hijos comunes menores de edad."*

"En los dos últimos casos la viuda no deberá restituir los frutos percibidos."

Art. 143, § 1: *"El derecho a la cuarta marital será renunciable después de la muerte del marido."*

(366) Cfr. PASCUAL Y GONZÁLEZ, op. cit., Tít. IV, cap. IV, Sec. 3.^a, p. 209..

(367) Cfr. "Aspecto cuantitativo de las legítimas", 52, en ADC XXIV-I, enero-marzo 1971, p. 114.

(368) Cfr. "Distribución del derecho a la legítima individual de los descendientes en el Código civil", 5, en RDP LI, septiembre 1967, pp. 735 y ss., y "Aspecto cuantitativo de las legítimas", 43, en ADC XXIV-I, pp. 96 y s..

α) *Renuncia a la legítima futura.*

De la renuncia a la legítima futura se ocupa el siguiente art. 145: "Es nula toda renuncia de legítima no diferida, así como todo pacto o contrato de transacción o de otra índole sobre ella. Incluso el otorgado a favor del futuro causante por un legitimario que, por haber recibido de aquél bienes o dinero como pago anticipado de legítima, o en otro concepto, promete nada más pedir o reclamar por legítima o su suplemento."

"No obstante, será lícito:

"Primero. El pacto de sobrevivencia celebrado entre consortes en capitulaciones matrimoniales, por el cual el que de ellos sobreviva renuncia a la legítima que podría corresponderle, según lo previsto en la regla segunda del artículo 251" (369).

"Segundo. El pacto entre ascendientes y descendientes, en escritura de capitulaciones matrimoniales o de constitución dotal, por el que el descendiente que reciba a su contento de su ascendiente bienes o dinero en pago de legítima futura, renuncia al posible suplemento. Esta renuncia será, no obstante, rescindible por lesión en más de la mitad de su justo valor a partir del otorgamiento de la misma, atendido el importe a que ascendería la legítima del renunciante en la expresada fecha."

"Tercero. Los señalamientos o asignaciones a que se refiere el artículo 134." (Es decir, los señalamientos hechos en capitulaciones matrimoniales por el heredante, "en concepto de legítima, dote o dotación, cantidad o bienes determinados para alguno de sus hijos o descendientes legitimarios".)

Los autores catalanes habían entendido, fundándose en las leyes romanas (370), que era ineficaz la renuncia de herencia futura, como había declarado reiteradamente la antigua Audiencia de Cataluña (371).

Pero por aplicación del cap. *Quamvis pactum*, 2.º *De pactis* del Sexto de las Decretales I, XVIII, se dio eficacia a la renuncia de la

(369) Este supuesto se refiere a la renuncia por el cónyuge superviviente a la legítima que pudiera corresponderle *ab intestato* en los bienes troncales del hijo fallecido impúber, conforme al artículo 251: "La sucesión intestada del causante impúber, en defecto de sustitución pupilar, se regirá por las normas siguientes: ... Segunda. Si hay descendientes de otra línea, conservarán su derecho a la legítima sobre dichos bienes".

(370) Además de la citada ley 35, § 2, Cód. III-XXVIII, se invocaban la 32 *h. t.*, la 3, Cód. VI-XX, las 10, § 1, 23 y 25 Dig. V-XXII y el cap. III, Nov. XXVIII; y entre los autores que así lo entendieron se encuentran FONTANELLA, "De pactis nuptialibus", Claus. IX, gloss. única, Pars. I, nn. 25 y ss. y n. 44; cfr. ed. últ. Lugduni 1667, vol. II, pp. 553 y 556; CÁNCER, "Variarum Resolutiones...", Pars. III, cap. XV, nn. 5 y ss.; cfr. ed. Lugduni 1683, volumen III, pp. 268 y ss.; G. M. BROCA Y AMELL, "Instituciones de Derecho Civil Catalán, n. 132, cfr. 2.ª ed. Barcelona 1886, vol. I, p. 252; TOMÁS FONTOVA Y ESTEVA, "La lilegítima dels fills a Catalunya", en *R. J. de Catalunya*, volumen XX, 1914, p. 210; BORRELL I SOLER, "Dret Civil vigent a Catalunya", § 501, cfr. ed. Barcelona 1923, vol. V-I, p. 402 *in fine*.

(371) Cfr. la cita de FONTANELLA, loc. cit., nn. 25 y s., p. 555.

hija *dote contenta* verificada bajo juramento: "*Quamvis pactum patri factum a filia dum nuptui tradebatur ut dote contenta, nullum ad bona paterna regresum haberet, improbet lex civilis; si tamen iuramento non vi nec dolo praestito firmatum fuerit ab aedem, omnino servare debebit, cum non venant in aeternae salutis dispendium, nec redundet in alterius detrimentum.*"

Aunque esta disposición sólo se refería a la renuncia hecha por la hija bajo juramento, el Tribunal Supremo en S. 29 octubre 1907 entendió que el hijo varón podía renunciar sin necesidad de juramento, solución criticada por Borrell i Soler (372). Hoy el artículo 145, núm. 2.º Comp. admite la renuncia tanto a los hijos como a las hijas sin necesidad de juramento.

También se estimaba (373) que la renuncia ni el juramento del padre o de la madre obligaban a sus hijos que, por premorir el renunciante al *de cuius*, resultaban legitimarios de éste; pero la Sentencia 22 febrero 1879 entendió por el contrario que era precisa la relajación del juramento hecha por su madre. Nada dice la Compilación respecto de la eficacia de esa renuncia frente a los hijos del renunciante en caso de resultar éstos legitimarios; pero por los principios generales (art. 124, § 1.º) parece que no debe afectarles, y, en ese supuesto, será de aplicación el artículo 135 Comp., conforme al cual se imputará a la legítima de éstos, lo que por la renuncia hubiese recibido su padre o madre.

Para obtener la relajación del juramento y obtener la rescisión de la renuncia era preciso en el Derecho anterior que el renunciante probara que aquél estaba viciado de dolo, violencia o que sufrió lesión *ultra dimidium* (374). Hoy no se exige el juramento, ni por consiguiente es precisa su relajación para rescindir la renuncia, que es posible no sólo por vicios de la voluntad, sino también, como dice el inciso final del núm. 2.º, art. 145, "*por lesión en más de la mitad de su justo valor a partir del otorgamiento de la misma, atendiendo el importe a que ascendería la legítima del renunciante en la expresada fecha*". Acción de rescisión de la renuncia que se estimaba prescribía a los treinta años por aplicación del usatje *Omnes causa* (375), plazo que creemos vigente, porque en definitiva nos hallamos ante

(372) BORRELL I SOLER, op. y vol. cit., § 501, p. 403, donde comentó: "Como antes de dicha disposición del *Sexto* no se podía renunciar de ninguna manera, o bien debe entenderse que hoy hombre y mujer lo pueden hacer jurando—solución lógica—o que el hombre no puede hacerlo con juramento ni sin él, pero la solución adoptada por el Tribunal Supremo no tiene base legal".

(373) Cfr. G. MARÍA BROCA Y J. AMELL, op. y loc. cit., p. 253, y BORRELL I SOLER, loc. últ. cit., pp. 403 *in fine* y s.

(374) Cfr. FONTANELLA, loc. cit., n. 29, p. 555; PEDRO NOLASCO VIVES Y CEBRIÁ, "Usatges y demás Derechos de Cataluña", Lib. IV, Tít. V, nota 1, cfr. 2.ª ed. Barcelona 1862, vol. II, p. 263; BROCA Y AMELL, loc. cit., pp. 253 y s.; FONTOVA, loc. cit., p. 210; BORRELL I SOLER, loc. cit., p. 403. El Tribunal Supremo así lo entendió reiteradamente (cfr. la jurisprudencia citada por BROCA Y AMELL).

(375) Cfr. FONTANELLA, loc. cit., n. 29, p. 555; BROCA Y AMELL, p. 254; FONTOVA, pp. 210 *in fine* y s.

una acción de reclamación del suplemento de legítima, a la que asigna este mismo término el artículo 146, § 1. También, por algunos autores (376), se consideraba transmisible a los herederos aunque fueran extraños.

β) *Renuncia de la legítima deferida.*

Fallecido el causante, no hay limitación a la posibilidad de renunciar a la legítima y a su suplemento; pero, como las renunciaciones no se presumen y deben interpretarse restrictivamente, una renuncia imprecisa de derechos hereditarios no comprende la legítima (377). Cáncer (378) recogió la opinión de los autores de Derecho común, que antes hemos repasado, de que la legítima y su suplemento no se comprendían en una "generale renuntiatione", pues "requirant specialem renuntionem". E igualmente debemos entender, con igual criterio, que la aprobación del testamento o la renuncia a impugnarlo no comprenden la renuncia al suplemento de legítima. Ni que la aceptación de la herencia o de un legado *pro legitima* significan la aceptación de los gravámenes impuestos en cuanto afecten al *quale legitimario*, fuera de que expresamente se acepte éste o así resulte concluyentemente, v. gr., por atribuirse alternativamente con la legítima pura, pero estricta, conforme la cautela prevista en el artículo 133, ap. 2.º Comp., que antes hemos expuesto.

B) PRESCRIPCIÓN DE LA LEGÍTIMA.

70. Si normativamente la legítima consiste en un haz de derechos dirigidos a proteger la obtención de un contenido material, cabe que las acciones que la protejan tengan distintos plazos de prescripción o de caducidad.

Así lo fue en Derecho romano, del que lo recogió el Derecho común y desarrollaron sus autores.

Antonio Gómez (379), al exponer las diferencias entre el *ius discendi nullum* y la *querella inofficiosi testamento*, señaló en primer lugar la duración de la respectiva acción, de treinta años aquélla y de un quinquenio la segunda.

Al contraponer la *querella* con la *actio ad supplementum*, Gregorio López (380), Rodrigo Suárez (381) y Antonio Gómez (382) sub-

(376) Así, BROCA y AMELL, loc. cit., p. 254, que se apoyaron en la opinión de CÁNCER (op. cit., Pars I, cap. III, n. 42; cfr. ed. Lugduni 1712, volumen I, p. 70), acerca de la *actio ad supplementum*, aunque este autor no se refiere a la rescisión de la renuncia a reclamarla.

(377) Cfr. BORELL I SOLER, loc. últ. cit., p. 404.

(378) CÁNCER, op. cit., Pars I, cap. III, n. 73, p. 74.

(379) ANTONIO GÓMEZ, "Variae resolutiones...", Lib. I, cap. XI, cap. 4 (cfr. ed. Lugduni: 1701, p. 136).

(380) GREGORIO LÓPEZ, gl. a las palabras *gelo compliesen* de la ley 5, título VIII, 6.ª Partida, cfr. ed. y vol. cits., p. 667.

(381) RODRIGO SUÁREZ, Repetitio Legis "Quoniam in prioribus", Declaratio legis Regni II additio a, ed. cit., p. 498.

(382) A. GÓMEZ, op. y cap. cits., n. 23, p. 146.

rayan que mientras aquélla prescribe a los cinco años el *ius agendi ad supplementum, durat per 30 annis*.

Por otra parte, la legítima atribuida a título hereditario y la deferida como legado podían reclamarse respectivamente por la *actio petitio hereditatis* y por la *de legatis*, que prescribían a los treinta años. Argumento esgrimido por los autores para justificar la prescripción trentenal de la *actio ad supplementum*. Así Gregorio López (383), a la razón generalmente esgrimida a favor de su duración trentenal de que se trataba de una *condicione ex lege*, agregó que “*patendum supplementum legitimae, sive petatur petitione hereditatis, non prescribetur minore tempore tringinta annorum*”, pues si “*petitionem hereditatis tringinta annorum durare*”... “*per consequens legitimae totius, sique neque partis ius minori tempore tringinta annorum praescribetur*”.

71. En el *Código civil* no tenemos ninguna disposición expresa que determine el plazo de prescripción de la legítima.

En otro lugar (384) hemos sostenido que subsistía la diversidad de plazos para ejercitar la querrela por preterición o por desheredación injusta con respecto a la acción de reclamación de legítima.

Notemos que ésta puede reclamarse por la *petitio hereditatis*, *ex testamento* o *ab intestato*, o por la *actio de legatis*, o por la *actio ad supplementum* o mediante las acciones de reducción de legados o de donaciones.

Ahora bien, cuando existe un testamento, aunque adolezca de los vicios de preterición o de desheredación, es preciso impugnarlo (385), para abrir paso a la acción de petición de legítima (aunque sea simultáneamente ejercitada) como modalidad de la *petitio hereditatis* (386). De ese modo la prescripción de la querrela puede cerrar el paso a la posibilidad de reclamar aquélla.

Pero, con esta salvedad, la petición de la legítima, por cualquiera de los títulos indicados (*ex testamento* o *ab intestato*) prescribe a los treinta años, como la petición de herencia, según resulta sin duda alguna (387) de los antecedentes históricos (ley 5, tít. VIII, Lib. XI Novísima Recopil. o ley 63 de Toro; ley 7, tít. XIV, Partida 6.ª; ley 7, tít. XXXI, Lib. III y ley 3, tít. XXXIV, Lib. VII del Código de Justiniano) y la jurisprudencia (Ss. 18 mayo 1932, 12 abril 1951, 12 noviembre 1953, 12 noviembre 1964).

(383) GREGORIO LÓPEZ, glosa últ. cit.

(384) “El deber formal de instituir herederos y la preterición...” 29, en *ADC XX-I*, pp. 83 y s.

(385) *Ibid.*, n. 28, pp. 85 y ss.

(386) *Ibid.*, n. 23, p. 75, con referencia a la opinión de A. GÓMEZ, locución últ. cit., n. 7, p. 138.

(387) Cfr. DE DIEGO, “Instituciones...”, vol. III, Lec. 98, p. 468, y BONET RAMÓN, “Compendio...”, vol. V, n. 175, pp. 889 y s.

En el Derecho civil especial de Cataluña.

72. La Compilación catalana recoge los antecedentes del Derecho común en esta materia, que concreta en su artículo 146, que dice así:

“La acción para exigir la legítima y su suplemento prescribirá a los treinta años a partir de la muerte del causante.

”No correrá este tiempo respecto del legitimario en tanto viva en casa y compañía del heredero o del usufructuario universal de la herencia, pero si falleciese en esta situación habiendo transcurrido el tiempo para la prescripción de la legítima, se considerará ésta prescrita, siempre que no la hubiere reclamado judicial o extrajudicialmente ni la mencionare en su testamento o codicilo.

”La acción para pedir la nulidad del testamento por causa de preterición errónea o la reducción o supresión de dote y donaciones inoficiosas, prescribirá a los cinco años a contar de la muerte del causante.”

Respecto de la cuarta marital, el § 2.º del art. 153 Comp. dice:
“La acción para reclamar la cuarta marital es de naturaleza personal, no se transmite a los herederos de la viuda que hubiere fallecido sin haberla ejercitado y caduca a los cinco años a contar del fallecimiento del marido.”