

Titularidad y patrimonio hereditario

JOSE ANTONIO DORAL

Profesor de Derecho civil en la
Universidad de Navarra

SUMARIO: I. Planteamiento.—II. Fijación de los hechos problemáticos: 1. La idea clásica de la continuidad de la personalidad. 2. Su influencia doctrinal y jurisprudencial. 3. Posición jurídica del heredero.—III. Funciones típicas del Derecho sucesorio: 1. La transmisión y conservación de relaciones jurídicas. 2. La asunción de responsabilidades morales. 3. Los derechos de la personalidad pretérita. 4. El sello familiar en las sucesiones.—IV. El entorno social de la titularidad: 1. Generalización de corruptelas. 2. ¿Cambio de función o de naturaleza? 3. La unidad temporal del fenómeno sucesorio.—V. Elenco de principios: 1. Principios sucesorios dependientes de principios familiares: a) El principio de remanencia: el brocardo antes pagar que heredar. b) El principio de igualdad. c) El principio de retroactividad. 2. Principios sucesorios dependientes de principios patrimoniales: a) El principio de autonomía. b) El principio de conservación. c) El principio de subrogación real. d) El principio de libertad del dominio. 3. Remedios de carácter genérico o universal: a) Los actos propios. b) La buena fe: “falsa causa, falsa demonstratio”. c) El enriquecimiento injusto. d) El valor de la apariencia.—VI. Las grandes categorías: 1. Distinciones doctrinarias. 2. Influencias exteriores.—VII. El lenguaje sucesorio: 1. Conceptos de significado vacío. 2. Conceptos de significado variable. 3. Conceptos de significado plural.—VIII. La normatividad y su lógica interna: 1. Decantación del sustrato normativo. 2. Un caso paradigmático: la línea fronteriza entre actos *intervivos* y *mortis causa*. 3. La lógica jurisprudencial. 4. ¿Desplazamiento de la base para analogía?—IX. Autocrítica depuradora: 1. En la doctrina. 2. En la jurisprudencia.—X. Los puntos clave de la parte general: 1. La formación y el contenido del título de heredero: a) Título de heredero y cualidad de heredero. b) Equivocidad del término título: a') Vertiente personal. b') Vertiente patrimonial: titular y adquirente. c) Titularidad plural. d) El tema de las acciones. e) Expectativas reales de adquisición: titulares futuros. 2. El doble proceso de concentración y dispersión: a) La fase de concentración. b) La fase de dispersión. 3. La configuración del patrimonio hereditario: a) El aglutinante familiar. b) Características de los bienes. c) Conexión patrimonio-personalidad.—XI. Conclusión: El sentido de la continuidad sucesoria: 1. La vertiente moral. 2. El nuevo reto de la doctrina. 3. La conservación del patrimonio. 4. El acceso a la titularidad.

I. PLANTEAMIENTO

El heredero, indiscutiblemente, es el protagonista del Derecho de sucesiones.

Esta su condición eminente cualifica también de modo decisivo su papel en la dinámica jurídica de la sociedad. De ahí que según la concepción que se tenga, de una parte, del carácter específico de las funciones a desarrollar por el heredero, y, de otra, de la sociedad en cuyo escenario debe moverse dependa, nada menos, que el concepto mismo del heredero: su titularidad, su alcance, su contenido.

La dogmática tradicional nos ofrece un concepto que la moderna doctrina comienza a someter a una crítica severa. A mi entender, la crítica arranca de la misma raíz; porque el heredero, ni es continuador de la personalidad del causante, ni su función se reduce a la de un simple adquirente de bienes; y, a su vez, las interrelaciones sociales en que se mueve hoy el heredero desbordan por completo el pacífico cuadro patrimonial y familiar que sirvió para su originaria configuración jurídica.

Hace ya tiempo que pretendía yo exponer dónde se sitúan, a mi juicio, las fronteras de ambas concepciones —la recibida y la que se está gestando— y cuál puede ser su proyección futura. En el fondo, estos diversos enfoques giran en torno a un núcleo jurídico fundamental que, como se verá a lo largo de este trabajo, está constituido por la idea de titularidad y la de patrimonio hereditario.

Las páginas de un prólogo escrito por Núñez Lagos (1) veinte años atrás, en 1951, contienen una advertencia y señalan un vacío: “Buena falta le hace al Derecho sucesorio que se ocupen de él. Fuera de algunos escritos de autores catalanes —Martí Miralles el primero—, el Derecho sucesorio es la cenicienta, cuando no el ludibrio de los juristas españoles. Está sin hacer. Y no ciertamente porque en la práctica cotidiana haya dejado de vivir con intensidad para convertirse en algo pretérito, si no en fósil, como le ha acontecido a buena parte del Derecho de familia (dotes, hipotecas legales, etc.). El Derecho sucesorio está todos los días presente en la mesa del jurista práctico, juez o abogado, notario o registrador”. En nuestro Código civil, añade, es el libro más endeble, a pesar de que la Comisión de Codificación le dedicó mayor cuidado y esmero que al libro de las Obligaciones y Contratos”. Pero, fallaba, dice, el modelo, el Código Napoleón, porque el sistema sucesorio de este Código obedecía a principios y tradiciones divergentes de las españolas”.

Esas aseveraciones, tan sugerentes como apremiantes ¿han quedado desatendidas?

(1) R. NÚÑEZ LAGOS, *El Derecho sucesorio ante la tradición española y el Código civil*, en “RGLJ” 189 (1951), 385 ss. Prólogo al libro de M. Armero, *Testamentos y Particiones*, tomo primero (Madrid, 1951).

No deja de sorprender la coincidencia de que en la inauguración del curso de la Academia de Jurisprudencia y Legislación de Barcelona, alrededor del tema desarrollado —“Inquietud en el mundo de los Juristas”— se haya puesto como ejemplo especial de una situación general de crisis, referida al Derecho civil, la rama sucesoria. Pero, en cambio, ahora, veinte años después de aquellos reproches, se califica de anacronismo legal” lo que está acaeciendo; y, en consecuencia, conversión de la materia sucesoria “en algo pretérito, si no en fósil”.

Con su habitual penetración, Condomines, uno de esos “juristas prácticos” a que alude Núñez Lagos, cifra esa “aguda y tangible crisis” en la remoción de los puntos fundamentales que dieron vida al régimen jurídico de las sucesiones, los “supuestos demográficos, antropológicos, sociales o de organización familiar en que el Derecho sucesorio se ha basado” (2).

Si hiciéramos ahora recuento de las partidas *señaladas*, componiendo con ellas el balance del Derecho sucesorio, el saldo resultaría altamente deficitario:

- 1.º El descuido de los juristas españoles.
- 2.º La regulación de esta parte del Derecho civil de espaldas a los principios y tradiciones españolas.
- 3.º La superación de las normatividad vigente por la dinámica social de nuestra época.

Indudablemente el Derecho sucesorio es campo propicio a la reflexión y a la valoración crítica del fenómeno jurídico en su conjunto. De ahí que en el tiempo presente, mientras más sonoridad adquieren las voces divulgadoras de la crisis del Derecho, la materia sucesoria haya logrado centrar la atención de la doctrina.

Se han ocupado de ella los autores con extensión y calidad (3),

(2) Vid. F. DE A. CONDOMINES, *Crisis del Derecho sucesorio*, en “ADC”, 23 (1971), 702.

(3) Las obras de carácter general aparecidas en estos últimos años ponen a nuestro alcance un abundante material bibliográfico acerca del Derecho de sucesiones. Son cuantiosas las monografías en torno a temas sucesorios y hasta se podría afirmar que especialmente en este campo la doctrina científica ha asumido la función de “corregir, ordenar y depurar” la jurisprudencia. Se ha cumplido, en buena medida, esa indicación del profesor D’Ors de que “todo aquello que es notoriamente contradictorio, todas las impurezas que pueden afectar a las infinitas sentencias deben ser eliminadas”, cfr. A. D’ORS, de la “*prudentia juris*” a la *jurisprudencia del Tribunal Supremo*, en “J” (1947), 76.

Precisamente con ocasión de un tema sucesorio (el régimen de abintestato en los Derechos forales), el Tribunal Supremo emite un juicio sobre su propia Jurisprudencia. La S. 1 de julio de 1958 advierte, con energía, que es “ineludible” mantener y “obligado” acatar la doctrina jurisprudencial, lo que no quiere decir que sea absolutamente inalterable: “es ineludible mantenerla y obligado acatarla en tanto las circunstancias del vivir, un inequívico error, o una disposición legislativa, aconsejen o impongan la precedente rectificación”.

pero sigue siendo válida la afirmación de que el Derecho sucesorio, aunque no lo sea ahora por "cenicienta" ni "ludibrio" de los juristas españoles, "está sin hacer".

La lectura detenida del reciente libro de los profesores Lacruz Berdejo y Sancho Rebullida (4) me confirma, con horizontes ahora más despejados, en la necesidad de trazar la panorámica de ese nuevo Derecho sucesorio que, sin prescindir de sus componentes históricos, entroncando por el contrario con principios cuya trayectoria quedó bruscamente interrumpida, nos permita, a partir de la dinamicidad de estos principios, afrontar los problemas que la realidad actual ofrece.

Esto requiere señalar cuáles son aquellos principios que por su inspiración creadora llevan consigo suficiente energía para alumbrar las soluciones de los problemas actuales (5).

De ahí el interés de acertar con el método a seguir. Precisamente la encrucijada en que se encuentra nuestro Derecho sucesorio es, a mi entender, el resultado de las tensiones a que se han visto sometidas la realidad social de una parte, y de otra, la tradición jurídica, como consecuencia de una doble y paradójica recepción: la legislativa, de corte francés, y la científica, de cuño germánico.

Por eso, los presupuestos críticos del Derecho sucesorio han de replantearse a partir de esas tensiones operantes y contrastando los problemas reales con las soluciones de que son susceptibles, en lo que consiste propiamente la tarea de la ciencia jurídica.

Este trabajo pretende poner de relieve cuál es a mi juicio el sentido actual de la continuidad sucesoria y en qué medida el aglutinan-

¿En qué medida la mutabilidad de las "circunstancias del vivir" actual imponen esa rectificación?

¿Cuáles han de ser los criterios rectores para la solución de esos problemas a que da lugar el brusco mudar de la materia a que se aplican?

(4) J. L. LACRUZ BERDEJO y F. A. SANCHO REBULLIDA, *Derecho de sucesiones* (Barcelona, 1971).

Por tratarse de un libro escrito con seriedad científica, sin ningún deseo de originalidad, que recoge y se elabora contando con la doctrina civil actual, su valor es inapreciable para revisar los presupuestos críticos del Derecho de sucesiones. Precisamente por ser un libro actual de Derecho civil no se reduce a un archivo de opiniones ajenas, y cuenta de modo persistente con la referencia normativa de la jurisprudencia, sin tomar la cómoda postura de apoyarse en ella antes de centrar los "problemas" que se han resuelto, y de exponer la solución y la manera de enfrentarse con la realidad. Este estudio crítico de la doctrina jurisprudencial comprende más de 900 sentencias distribuidas a lo largo de sus páginas. En prensa ya este trabajo aparece el tomo segundo, que cierra el tratado del *Derecho de Sucesiones* (Barcelona, 1973). Este libro espasmo el pensamiento de sus autores por toda la problemática del fenómeno sucesorio, y contrasta las tesis mantenidas con las soluciones aceptadas o propuestas en materias tan angulosas como la legítima y las reservas.

(5) Con acierto y vivacidad señala Condomines algunos aspectos de lo que, sin duda alguna, pueden ser punto de partida para trabajos "profundos y enjundiosos que pueden alumbrar los eminentes juristas de España", cfr. F. A. CONDOMINES, ob. cit., pág. 710.

te familiar de una parte y de otra la específica configuración del patrimonio hereditario son ingredientes constitutivos de la formación y contenido del título de heredero.

II. FIJACION DE LOS HECHOS PROBLEMATICOS

1. *La idea clásica de la continuidad de la personalidad*

La muerte limita el área de la vida como un hecho inevitable. Señala la frontera de lo que constituye el impulso y la operatividad humanas.

Aunque con la muerte desaparece un titular algo queda que bien puede calificarse como su entorno vital; cabría decir que permanece la realización del sujeto, su trazado social.

Esto nos obliga a plantear la cuestión de cómo ha de tutelarse esa realidad que permanece y cómo haya de verificarse el cambio de titular.

La expresión que más ingenuamente confirma este realismo es la tradicional: el heredero continúa la personalidad del causante. Pero es indudable que ese pensamiento encierra algo más que una pura descripción, en cuanto que sintentiza la razón de interdependencia entre el entorno vital del causante y del heredero, lo que permite anudar en el tiempo el trasunto de deberes morales, derechos de la personalidad, relaciones jurídicas, etc.

¿Cuáles son las implicaciones principales que lleva en sí la formulación clásica y por qué razones la doctrina moderna ha puesto sobre ella la tacha de inautenticidad?

2. *Su influencia doctrinal y jurisprudencial*

Por fin, decía Valverde, luego de exponer la mecánica de los diferentes grupos de relaciones, el hombre desaparece con la muerte, su existencia es limitada, pero el tejido de relaciones jurídicas que ha mantenido en vida no puede en absoluto desaparecer; su patrimonio no se disuelve, y, en cierto modo, la vida jurídica continúa porque no se pueden extinguir con la muerte las relaciones jurídicas, ya que es menester continuar la personalidad jurídica del difunto al existir derechos y deberes que se transmiten por la muerte. Todos estos momentos y relaciones forman el derecho de sucesión *mortis causa*, que sirve de complemento a los demás" (6).

Elijo esta descripción del Derecho sucesorio, hecha por uno de nuestros tratadistas clásicos (7), por su simplicidad y, a la vez, por ser

(6) Cfr. C. VALVERDE Y VALVERDE, I. *Parte General*, 3.^a ed. (Valladolid, 1925), 70.

(7) La originalidad indudable que supuso la obra de Valverde, quien introduce la corriente sociológica con el matiz imperante en su tiempo, en la actualidad es objeto de apreciaciones diversas. Se censura la sistemática

expresiva de un modo de pensar que hoy se denota como insuficiente. La insuficiencia deriva de que para dar fijeza al hecho problemático que representa en la vida social la muerte de una persona axiomatiza una expresión cualificada con una significado propio. Para explicar unas consecuencias jurídicas a que da lugar el cambio de titular se acude a la imagen de que “continúa la personalidad jurídica del difunto”, expresión cargada de un específico sentido que adquiere rango de proposición apriorística.

En realidad, lo que en esa proposición se expone es, simplemente, que al asumir un patrimonio el sucesor universal sustituye otra personalidad con la suya propia. No es la personalidad del causante lo que el sucesor hereda, afirman Lacruz y Sancho Rebullida, pero sí —en parte— su esfera estrictamente personal. Dentro de esta esfera personalísima hay que señalar, dicen, la misión de tutela que compete al heredero sobre los bienes extra-patrimoniales del causante; la muerte extingue la personalidad, pero quedan los que podrían llamarse “derechos de la personalidad pretérita” (8).

A esa doble misión del heredero, en la esfera personalísima del causante y en la gestión del patrimonio hereditario se refería, sin duda, aunque de manera hiperbólica la clásica expresión aplicada a los herederos: “continuadores de la personalidad jurídica del difunto”.

Una de las conquistas del Derecho civil de nuestros días es, entiendo, el desvelamiento de formas de tutela y de protección de auténticos derechos de la personalidad, incluso, como se ve, “de la personalidad pretérita”, enmascarados antes en formulaciones dogmáticas.

Pero la vieja imagen “continuadores de la personalidad” es familiar, no obstante, a la jurisprudencia. Usa de ella a guisa de comodín para fines diversos, especialmente:

1.º Para referirse a la “personalidad” en sentido procesal, Sentencias 11 de noviembre de 1965, 14 de junio de 1968, 17 de marzo de 1969.

2.º Para fundamentar o excluir una posición procesal; así, los herederos son “parte en el proceso” cuando se trata de demandar la nulidad de los contratos celebrados por el causante (a través de todos los herederos “subsiste”, dice en uno de sus considerandos la

como “totalmente desacertada”, vid. M. MASA ORTIZ, *Del distinto valor de las inscripciones en el Registro Civil*, en “RCDI”, 26 (1950), 444. De él dice Castro, que “amigo de novedades” es quien primero postula y defiende en la doctrina española la recepción del término negocio jurídico y su concepto. Vid. F. DE CASTRO, *El negocio jurídico*, V. X del Tratado práctico y crítico de Derecho civil (Madrid, 1971), 21. Refiriéndose al acrecimiento, dice González Palomino que Valverde, “no contento con presentarlo bien disecado en una exposición de “tipo único”, lo considera injusto y pronostica su desaparición del Derecho civil futuro. Ambas afirmaciones, puestas completamente al revés, son del todo exactas”. Cfr. S. GONZÁLEZ PALOMINO, *El acrecimiento en la mejora*, en “AAMM”, II (1950) 517.

(8) J. L. LACRUZ BERDEJO y F. DE A. SANCHO REBULLIDA, *Derecho de sucesiones*, pág. 24.

Sentencia 17 de junio de 1971, la “personalidad patrimonial del causante”); en cambio, los legitimarios son “terceros interesados” porque no les alcanza la obligación de “estar y pasar” por las declaraciones del causante cuando resultan afectados sus derechos (“en tal supuesto” su condición jurídica no es la de “continuadores de la personalidad jurídica del “de cuius”, Sentencia. 12 de abril de 1944)..

3.º Por tratarse de un recurso fácil, para explicar la posesión civilísima (9). La Sentencia 25 de enero de 1936 llega a basar la adquisición hereditaria de la posesión en el “principio jurídico” de que los herederos son continuadores de la personalidad patrimonial del difunto (10).

4.º Para extender a los herederos la doctrina de los actos propios, “en cuanto que continuadores de la personalidad del *causante*”. Aspecto este de singular influencia en el régimen del patrimonio familiar, respecto de las relaciones entre las masas patrimoniales, confesión extrajudicial, reconocimiento de pertenencia privativa del dinero empleado para una adquisición con ánimo de excluirla de la presunción del artículo 1.407 del Código civil; Sentencias 2 de febrero de 1951, 28 de octubre de 1965, 10 de diciembre de 1969: “Los herederos incluso los legítimos, han de pasar por los actos realizados por su causante reconociendo el carácter de los bienes en cuanto no perjudique la legítima que en su caso les corresponde como herederos forzosos”.

Esa proposición apriorística a la que se atribuye el carácter radical de los principios jurídicos ha servido por tanto de cañamazo adecuado para cubrir de manera tosca intereses de la más diversa índole, entre ellos derechos de la personalidad. Como intereses precisos que entran en juego, señala la Sentencia 8 de julio de 1940, la garantía, seguridad, independencia y certeza de la voluntad privada que se trata de favorecer.

Pero el hecho problemático a que alude es también en la vertiente patrimonial una constante que permanece en el tiempo y en el espacio; sólo varía su formulación. Por eso, en último término, la

(9) El “principio jurídico” de que los herederos son continuadores de la personalidad patrimonial del causante, dice en uno de sus considerandos la S. 3 de junio de 1947, no tuvo en el Derecho romano la trascendencia de conceder a aquellos de pleno derecho la posesión de las cosas específicas que formen parte de la herencia: a esa doctrina se opone el Derecho patrio, puesto que el artículo 440 del C. c. no se inspira en el Derecho romano, sino en el artículo 724 del Código civil francés y responde a la idea germánica de la posesión. La necesidad de practicar la liquidación de la sociedad de gananciales no afecta al carácter hereditario de los bienes. La liquidación no constituye obstáculo legal para que los bienes conocidamente hereditarios estén en posesión de aquel a quien la ley se lo confiere de pleno derecho.

(10) Vid. sobre el tema, R. ROCA SASTRE, *La adquisición hereditaria de la posesión*, en “RGII”, 193 (1961), 337; A. CRISTÓBAL MONTES, *La transmisión hereditaria de la posesión en Derecho comparado*, en “RDP”, 52 (1968), 1037, y, recientemente, J. PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho civil*, III, 2.ª ed. (Barcelona, 1971), 86.

crisis de la formulación es periférica a ese hecho con relevancia jurídica que es la muerte. Podrá decirse que la personalidad se extingue con la muerte, que pensar en que aquella continúa después del fallecimiento es un residuo histórico que entra a formar parte de la "mitología", más no por eso puede ignorarse que la muerte es, respecto de la persona, un hecho trascendente y, en consecuencia, un hecho con alto relieve social y jurídico, la *conditio juris* del fenómeno sucesorio (11).

Este problema, que es permanente en el tiempo y en el espacio, puede recibir diversas soluciones. "La sucesión *mortis causa* existe por necesidad en cualquier sistema jurídico que atribuya a los individuos cierto poderío sobre las cosas materiales y la facultad de anudar relaciones entre sí". Entiendo que, en efecto, es esta la explícita y descarnada manifestación de un hecho natural cargado de relevancia jurídica.

La vieja idea en su primera representación, sirvió para justificar de modo razonable que el patrimonio conservara su indivisibilidad durante el cambio antes de la efectiva liquidación. Con la misma idea ahora se vislumbra algo en que entonces no se reparaba con nuestra atención.

Recientemente Blondel se apoya en esa configuración tradicional, continuadores de la personalidad del causante, como más cómoda para explicar la transmisión *mortis causa* de derechos extrapatrimoniales y de los que llama derechos patrimoniales de carácter personal (12).

Y autores tan significados como Mazeaud confirman que esa concepción sigue expresando la realidad: el principio de la continuación de la persona guarda hoy, dice, un alto valor moral y social, al traducir en el plano de los bienes la solidaridad que debe existir entre los miembros de una misma familia (13).

En el Derecho histórico de Castilla era ya conocido este punto de vista, que hoy destaca la doctrina como descubrimiento de que allí había una verdad insospechada. Como es sabido, los derechos inherentes a la dote (tácita estipulación e hipoteca) pasan tanto a los hijos como a los extraños de la mujer; en cambio, el "privilegio de prelación", relativo a ésta solamente, —una forma histórica de derecho patrimonial de carácter personal— no se transfiere a los herederos extraños, sino sólo a los hijos de aquel matrimonio. La razón que,

(11) "El acabamiento físico de la persona crea un vacío, dice Hernández Gil, en el orden físico. No se da tal vacío en el orden jurídico y sociológico. Podríamos decir que así como desde el punto de vista religioso se dota a la muerte de un sentido trascendente, así también desde el punto de vista jurídico. La muerte trasciende jurídicamente, y el problema ante el que nos encontramos es precisamente el de esa trascendencia." Vid. A. HERNÁNDEZ GIL, *Leciones de Derecho Sucesorio* (Madrid, 1971), 13.

(12) Cfr. P. BLONDEL, *La transmission a cause de mort des droits extrapatrimoniaux et des patrimoniaux a caractère personnel* (París, 1969), 37.

(13) Cfr. Henri et León y Jean MAZEAUD, *Leçons de Droit Civil*, V. 4.º n. 1208, París (1963), 946.

para explicar la diferencia de trato en uno otro caso, da Antonio Gómez, comentando la Ley 52 de Toro, es “por la identidad de personas que se estima tener (los hijos) con los padres” (14).

Cabe advertir que aquella *identidad de personas* no se limitaba a la vertiente patrimonial, sino que primariamente revela una circunstancia familiar.

3. Posición jurídica del heredero

Exigencia de continuidad y destino de un patrimonio que queda sin titular justifican y forman, de ese modo, la vertiente individual y social que delimita la posición jurídica del heredero. Por ese motivo, el heredero, en ningún caso, incluso el beneficiario, verdadero dueño de los bienes relictos, puede, sin incurrir en responsabilidad o perjudicar la persistencia del beneficio, imprimir un destino “arbitrario” a esos bienes (15).

III. FUNCIONES TÍPICAS DEL DERECHO SUCESORIO

1. La transmisión y conservación de relaciones jurídicas

La exigencia de continuidad presenta, dicen Lacruz y Sancho, tres aspectos según se refiera a los derechos, a las obligaciones o a la posesión: “la extinción de los derechos y la posesión sería fuente de grave desorden social, determinando una carrera para la ocupación de las cosas *núllius* o son poseedor actual”. Y la extinción de las obligaciones produciría una situación peor que el concurso y la quiebra “pues en ellos, aparte la posible garantía que puede representar un deudor desgraciado pero activo, dispuesto a pagar honradamente cuanto pueda, quedan algunos bienes para responder de las deudas, que en todo caso no se han extinguido, mientras que la extinción de las obligaciones por muerte del obligado, destruiría las bases del crédito y haría imposible el tráfico. Así, a fin de que la relación de crédito y deuda pueda continuar su vida normal, se sustituye al deu-

(14) Cfr. *Compendio de los comentarios extendidos por el maestro Antonio Gómez a las ochenta y tres leyes de Toro* (Madrid, MDCCCLXXV), 292.

(15) Cfr. J. L. LACRUZ y F. SANCHO REBULLIDA, ob. cit., págs. 11, 21, 125. A veces la misma ley fija el destino del patrimonio, que, como en el caso de la reserva común, queda “individualizado, separado y afecto a un fin”. Vid. A. HERNÁNDEZ GIL, ob. cit., pág. 154, y al reservista se le impone entonces un “deber de gestión” tendente a asegurar aquel fin.

En los supuestos de repudiación, el destino del patrimonio requiere una nueva determinación: “el repudiante” se aparta por completo del negocio hereditario y deja por su parte la herencia desierta, sin determinación ni alusión siquiera al destino que haya de dársele”, S. 7 de abril de 1959. Por eso, no hay repudiación si hay “señalamiento” de un destino al patrimonio, además del que le corresponde como patrimonio afectado, vg. cesión de derechos hereditarios o legítimos en favor de la madre por respeto y atención a ella, supuesto a que se refiere dicha sentencia.

dor difunto por el heredero, e incluso, si los acreedores no tienen confianza en él, la ley consiente en concretar la garantía que ofrece el patrimonio hereditario mediante la separación de bienes" (16).

En el mismo sentido afirma Puig Brutau que el Derecho de sucesiones ha de tener en cuenta que la sociedad moderna, fundada en el crédito, no podría subsistir si las deudas se extinguieran al fallecer el deudor (17)

Tenemos así fijado el hecho jurídico y planteada su problemática, el escenario donde entra en juego una gama diversa de intereses concretos: (18) la voluntad del causante, sus acreedores, garantizados antes con la solvencia del patrimonio ahora relicto, y los acreedores del heredero, que pueden resultar perjudicados por un destino arbitrario de sus bienes o, simplemente, porque el patrimonio que se una al de su deudor cuenta con un pasivo superior al activo.

Pero el fenómeno sucesorio no se reduce a una transmisión de bienes, a un reparto de la riqueza, sino que es portador de formas concretas de protección de los derechos no sólo patrimoniales, sino también de derechos de la "personalidad pretérita"; de medios de garantía, de continuidad de relaciones jurídicas, y cumplimiento de deberes morales.

2. La asunción de responsabilidades morales

Al englobar todas estas partidas en expresiones sin matices se dificulta la verdadera comprensión del fenómeno hereditario.

Así se explica que con frecuencia la jurisprudencia se vea forzada a calificar de modo inadecuado actos jurídicos en formulaciones que permiten entrever algo que forma parte los deberes morales. En Sentencia 8 de enero de 1949, por ejemplo, estira el concepto de "cuasicontratos atípicos" para cubrir el interés que se estima justo de remunerar *post mortem* las prestaciones de alimentos y servicios de asistencia hechos en vida al causante por un tercero no obligado legalmente a ello.

Como indica el profesor Fuenmayor, el Derecho "que ha de tener en cuenta uno de los principios fundamentales, el principio de se-

(16) J. L. LACRUZ BERRIJO y F. A. SANCHO REBULLIDA, ob. cit., pág. 21.

(17) Cfr. J. PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho Civil*, pág. 9.

(18) La jurisprudencia recoge el término "terceros interesados" para calificar la titularidad de los legitimarios, a quienes no alcanza la obligación de "estar y pasar" por las declaraciones del causante cuando resultan afectados sus derechos: "porque en este caso los que les corresponden no derivan de la voluntad del testador, sino de la norma legal que se los otorga, sin posibilidad de desconocerlos ni siquiera de disminuirlos y, en tal supuesto, su condición jurídica no es, como sostiene la doctrina más autorizada, la de unos continuadores de la personalidad jurídica del "de cuyus", sino que se asimila en este aspecto, a la de los terceros interesados en la impugnación". S. 12 de abril 1944. Se trataba de un contrato de compraventa simulada, concertada con el propósito de privar de los derechos legitimarios a un hijo por la suelta vendedora.

guridad, ha de ser fiel a otro fundamental principio: el respeto a la personalidad que no puede forzarse exigiendo que se cumpla mediante coacción un deber puramente moral, pasa, en estos casos, de la "indiferencia" a la "consagración", por dos conductos:

- a) el cumplimiento voluntario por parte del deudor moral;
- b) la prueba de la causa por el adquirente. Y éste, en resumen, se queda con lo que era suyo según la moral, y lo es también desde ahora según el derecho, que legitima la adquisición al estimar justa su causa, causa subjetiva (19).

El deseo de que continúen las circunstancias congregadas en torno al causante suele motivar cláusulas de frecuente inclusión en los testamentos y no siempre resultan dichas cláusulas fáciles de calificar. Son cláusulas de convivencia que aseguran a sus allegados la "compañía, cuidado y asistencia", Sentencia 18 de diciembre de 1953; que permiten la continuidad de esfuerzos: "siempre que trabajen y le ayuden en el negocio mientras puedan", Sentencia 9 de julio de 1971, o garantizan la cooperación como, "satisfacer a la viuda una pensión vitalicia", Sentencia 28 de septiembre de 1956, "vivir juntas poseyendo, usufructando todo su haber en comunidad". Sentencia 28 de mayo de 1969 (20). Es en ese ámbito donde cobran sentido las disposiciones.

3. *Los derechos de la personalidad pretérita*

Entre los caracteres que la doctrina asigna a los derechos de la personalidad suelen señalarse: que pertenecen a todas las personas físicas, que no figuran en el patrimonio de su titular, en cuanto que no son susceptibles de una evaluación pecuniaria porque su fin primordial es asegurar la protección de intereses morales, que son indisponibles y que en principio, al ser inherentes a la persona acaban con la muerte del titular (21). Diferente por su fin de la "sucesión al patrimonio", dice Kayser (22) es la "sucesión moral"; difiere ésta de aquélla por su organización al tratarse de deberes de los miembros de la familia hacia el difunto. En este tipo de sucesión pesa mucho la *confianza* que tenga el testador en el heredero o en quien ejecute

(19) Cfr. A. DE FUENMAYOR CHAMPIN, *El cumplimiento post mortem de las obligaciones naturales*, en "AAMN", 10 (1958), 28.

(20) La idea de convivencia o dependencia familiar, uno de los ingredientes del vivir, es fuente de un amplio repertorio de posibilidades de protección que se arbitran por cauces convencionales o legales. En esa idea se basan también las prestaciones de protección familiar, Decreto 24 de noviembre de 1966 y Orden 28 de diciembre de 1966, artículo 6.º, Reglamento de Prestaciones de la Seguridad Social. Decreto 23 de diciembre de 1966, artículo 129, Ley de Seguridad Social, texto articulado de 2 de abril de 1966, artículo 160, y las pensiones de orfandad, Decreto 23 de diciembre de 1966, artículo 36.

(21) Con la muerte, dice Castán, acaba el derecho al secreto, pero es susceptible de transmisión a los herederos. Cfr. J. M. CASTÁN, *El derecho al secreto de correspondencia familiar*, en "ADC", 13 (1960), 34.

(22) Cfr. P. KAYSER, *Les droits de la personnalité, Aspects Theoriques et pratiques*, en "Rev. Trim. de Droit Civil", 70 (1971), 500.

su voluntad. En mérito a la confianza depositada, el testador manifiesta el ejercicio de auténticos derechos de la personalidad, en relación con cartas íntimas; designa con libertad la persona que después de su muerte ejercerá los derechos de la personalidad, porque le inspira más confianza, herederos "reservatarios de la herencia moral", etcétera (23).

Su delación, dice este autor, no se funda en un deber de familia del difunto, sino sobre la probable interpretación de su voluntad. Puede explicarse, afirma, por el principio de la continuidad de la persona del difunto. Esto permite que aunque el designado renuncie a la herencia conserve la cualidad en lo que concierne a los derechos de la personalidad de aquél (24).

4. *El sello familiar en las sucesiones*

Advertía Manresa, autor tan cualificado como intérprete del Código civil, esa íntima relación que existe entre la familia y las sucesiones. Al comentar la Resolución 21 de junio de 1906, relativa a la liquidación de los bienes gananciales de dos o más matrimonios contraidos por una misma persona a que deben concurrir los interesados en las distintas sociedades resultantes de cada uno de ellos, artículo 1.431, y a tal objeto admitirse toda clase de pruebas en defecto de inventarios y, caso de duda, dividir proporcionalmente las ganancias, afirma Manresa que es esta una demostración palpable de "la forzosa y recíproca relación o enlace que en tales casos existe para fijar el haber de las diversas sucesiones causadas por las personas que constituyeron diversas sociedades", Demuestra lo mismo, dice, el artículo 1.423, cuando señala el interés que en la liquidación de ambas sociedades tienen los herederos de los respectivos cónyuges, y su derecho, por tanto, para intervenir en ella (25).

Una de las constantes de nuestra época es precisamente la de despejar el cerco legal, mediante subterfugios convencionales, por vericuetos, tratando de fijar las bases que permitan la continuación por los herederos y el cónyuge del patrimonio común, evitando de ese modo las consecuencias a que da lugar la división del caudal. Es en este punto sensible la reacción frente a los temores del legislador, más respetuoso con las prevenciones francesas que con la genuina inspiración castellana. Ahora la jurisprudencia ha de afirmar explícitamente que el pacto de continuación de los gananciales no es

(23) Sobre los objetos con valor especial que trasciende del económico, Vid. SIMÓ V. L. SANTONJA, *Los recuerdos de familia*, en RDP (1960), 955.

(24) Acerca de su naturaleza extra-patrimonial, Vid. J. M. GROSSEN, *La protection de la personnalité en Droit privé* (Quelques problèmes actuels). Referate und Mitteilungen, 1 (Lichtenhahn, Basel (1960) 7, con amplia bibliografía sobre el tema, pág. 117, y F. DE CASTRO, *Temas de Derecho Civil* (Madrid, 1972), 8.

(25) Cfr. J. M. MANRESA, *Comentarios al Código civil español*, tomo 9, 3.^a ed. (Madrid, 1919), 777.

pacto prohibido, Sentencia 12 de noviembre de 1958, cuando nuestra tradición jurídica lo reconocía incluso implícitamente. En el Febrero Novísimamente redactado, relata Tapia cómo una presunción basada en la frecuencia de su empleo que “se entiende renovada y tácitamente continuada la sociedad conyugal”, la sociedad continuada con el cónyuge sobreviviente y los herederos del premuerto (26).

Esa aproximación del régimen del patrimonio familiar y el sucesorio ha introducido en el Derecho común soluciones procedentes de los sistemas forales.

Se califican hoy como “frecuentísimos” los supuestos de transmisión gratuita de bienes en beneficio de los hijos, con reserva de usufructo en favor de los cónyuges que garantice la decorosa sobrevivencia de los mismos. Pacto este que entraña una aparente liberalidad *inter-vivos* entre los esposos, que soslaya la prohibición del artículo 1.344 del Código civil porque en vida no hay enriquecimiento patrimonial (27).

Son frecuentes las adquisiciones con pacto de sobrevivencia, que revisten modalidades múltiples; así como las cláusulas de reserva, cuya función se liga a los pactos en materia de alimentos; está generalizado el seguro de vida concertado por ambos esposos con cargo a los bienes comunes y a favor privativo del cónyuge sobreviviente, es decir, un seguro para caso de muerte (28); la compraventa por mitades indivisas en pacto de sobrevivencia que son expresión concreta de lo que llama Vallet de Goytisoló la “elasticidad del Derecho vivido” que “llena mejor el cometido perseguido que las rigideces de las normas legales” (29).

Recientemente, con referencia a Cataluña, la Sentencia 23 de febrero de 1971 en un supuesto de adquisiciones pro indiviso de un inmueble y bajo el pacto especial de sobrevivencia entre cónyuges declara el Supremo que estas compras deben tener una más rigurosa defensa procesal en favor de la mujer que dentro del Derecho co-

(26) Cfr. E. DE TAPIA, *Febrero*. Novísimamente redactado, tomo 1 (Madrid, 1845), 83. Sobre la cuestión, Vid. J. ROURA ROSICH, *Los patrimonios de marido y mujer como un todo a efectos sucesorios*, en AAMN, 13 (1962), 91. Sobre las formas más frecuentes de transmisión del patrimonio urbano y sus inconvenientes, Vid. E. MENÉNDEZ VALDÉS, en RDN, 64 (1969), 394.

(27) Cfr. E. CASASÚS HOMET, *Actos dispositivos con reserva de usufructo que favorece al cónyuge del disponente*, en RDN, 51 (1966), 186. La S. 7 de junio de 1960 se plantea la cuestión de si es donación *mortis causa* la transmisión del usufructo reservado por el donante hasta el fallecimiento del último de los esposos en favor del cónyuge sobreviviente. El problema de fondo es la posibilidad revocatoria. Sobre una posible fórmula que trate de paliar la prohibición del 1.334 del C. c. Vid. “Boletín del Colegio Notarial de Granada”, 1960, pág. 525.

(28) Vid. S. 22 de diciembre de 1944 y el comentario de J. NART, *Contratos a favor de terceros*, en AAMN, V, pág. 462 y CALVO SORIANO, *Adquisiciones con pacto de sobrevivencia*, en RDP, 1952, pág. 380.

(29) Cfr. J. VALLET DE GOYTISOLO, *La compraventa por mitades indivisas y con pacto de sobrevivencia*, en RDP, 28 (1944), pág. 712.

mún, en virtud de lo dispuesto en los artículos 61 y 62 de la Compilación catalana.

En el sistema del Código civil se interfiere el temor a las donaciones indirectas a favor del beneficiario.

Por eso es preciso atender su verdadera finalidad. El usufructo a favor de ambos cónyuges simultánea o sucesivamente, muy frecuente en el medio rural, trata, por ejemplo, de proveer a las necesidades de subsistencia de los esposos, especialmente en la vejez, o del que sobrevive a la muerte del que procuraba con su trabajo los recursos ordinarios para la familia.

El temor infundado a una donación entre cónyuges, dice García Bernardo, ha desviado en algunos casos la práctica notarial, que en vez de acudir al usufructo sucesivo o al cusufructo, muy justos, si son gananciales ha preferido el arriesgado usufructo sobre la vida del marido usufructuario (usufructo ganancial), ruinoso negocio, dice para el matrimonio si fallece prematuramente (30).

Esta intercomunicación entre familia y sucesiones que la práctica tiende a estrechar, da lugar, por la diversidad de tantos obstáculos legales, que han de salvarse, a pleitos. Entre esos obstáculos figura el temor a los pactos sucesorios. El artículo 1.271 del Código civil, cuya inspiración recuerda la Sentencia de 12 de diciembre de 1958, responde a oponerse al dogma de que la voluntad *mortis causa* es esencialmente ambulatoria, “no impide que el dueño de los bienes disponga de ellos a los efectos de su explotación en la forma que estime conveniente a sus intereses”. En el caso concreto el otorgante creó una empresa mercantil cuyo carácter familiar trató de que perdurase a su fallecimiento (31).

Afirma de modo tajante Scaevola, al comentar la Sentencia 23 de octubre de 1886, que califica de “importantísima”, que “el testador no pacta, ejecuta libremente su designio”. Pero este criterio rígido admite matices cuando el designio es justamente un designio familiar. Al menos es preciso buscar en estos casos cuáles son sus límites y sus correctivos.

IV. EL ENTORNO SOCIAL DE LA TITULARIDAD

Me refiero aquí a esos “supuestos demográficos, antropológicos, sociales, o de organización social” a que alude Condomines, pero no quisiera limitarme a describir sus manifestaciones externas (32).

El simple intento de hacer un elenco descriptivo de dichos supuestos carecería, al objeto de este trabajo, de importancia, ante la

(30) Cfr. A. GARCÍA BERNARDO, *Usufructo sucesivo de cónyuges y cusufructo*, en RDN, 55-58 (1967), 60.

(31) Con relación al pacto celebrado entre los herederos de mantener la indivisión en espera de formalizar un contrato de sociedad, Vid. S. 9 de julio de 1940.

constatación de que, por acelerado que sea el ritmo vital de la sociedad de nuestro tiempo, aquél no impone a la temporalidad del Derecho un condicionamiento desplazante. En este sentido las instituciones jurídicas son de suyo intemporales. Sólo así se explica su permanente vaivén; el hecho de que figuras históricamente “archivadas” cobren de nuevo ímpetu vital, como ha ocurrido con la reaparición de ciertas formas de censos en el Derecho inglés, inspiradoras ahora de soluciones técnico jurídicas en tema de urbanismo.

Condomines, al denunciar el anacronismo del Derecho sucesorio, alude a una prohibición que “resulta inadecuada en nuestros días”, la contenida en el artículo 1.271 de nuestro Código civil respecto de los pactos sobre herencia futura (33); pactos de tanto vigor constituyente en épocas pasadas (23) y cuya riqueza entronaba con la histórica justificación socio-económica, hoy casi desusada, de las capitulaciones matrimoniales, a que se añadía el aglutinante familiar del *ius sanguinis*.

Los glosadores (35) fundaban el principio general de que no se puede renunciar mediante pacto a la sucesión de una persona viviente, en que no es posible perder “*nisi delinquendo*” los derechos que competen por *ius sanguinis* (36).

1. Generalización de corruptelas

Pero al permanecer algunas de sus funciones, en la práctica se generalizan, como se ha visto, corruptelas cuyos resultados se obtienen sorteando las prohibiciones legales (37), no pocas veces mediante

(32) La razón está—dice Puig Brutau—en que el Derecho de sucesiones en gran parte se ha derivado de una economía rural. Vid. J. PUIG BRUTAU, *El testamento del empresario*, en RDP, 44 (1960), 848. El asentamiento principalmente rural de la sociedad en que se elaboraron las disposiciones legales en vigor, se troca hoy en un asentamiento de principal textura urbana. Cabría decir, no sin cierta ironía, que los destinatarios de muchas de estas normas se muestran perplejos cuando al fenómeno sucesorio se superpone el fenómeno inmigratorio, lo que da lugar a un desplazamiento de los núcleos en que se produce el efectivo conflicto de intereses.

(33) Cfr. F. A. CONDOMINES, ob. cit., pág. 710.

(34) El acto *mortis causa*, dice Vismara, ha estado siempre conexo con toda la organización social de un pueblo; en particular en las instituciones familiares y con el ordenamiento de la propiedad privada. Por la particular fisonomía, Roma conoce como acto normal de disposición a causa de muerte el testamento, otros pueblos no tenían sino una serie de pactos y convenciones sucesorias. Cfr. SEGRES, *Ricerche di diritto ereditario romano* (Roma, 1920), 20.

(35) Las razones invocadas para prohibirlos eran éstas:

a) “quia liberam testandi facultatem impediunt”.

b) “quia haereditas, successio, a jure publico dependens, non pactus sed datur”.

c) “Contra bonos mores videtur quod ultima voluntas non fit ambulatoria usque ad mortem”.

(36) Vid. sobre la cuestión, G. VISMARA, *I patti successori nella dottrina di Paolo di Castro*, en S.D.H.I., 36 (1970), 267 ss.

(37) Con ocasión de la venta simulada de quien se propone hacer una disposición para después de la muerte, advierte el profesor de Castro que “la

eslabones de la cadena simulatoria que permite alcanzar una protección indirecta de intereses que no gozan aisladamente de tutela.

Además de que su importancia sería relativa, hacer un recuento lineal de instituciones "fossilizadas", que recobran formas nuevas, conducto apto, tanto para crear impresiones publicitarias como legítimos deseos y afanados propósitos de *jure condendo*, puede también avocar a una pérdida de sensibilidad jurídica: un fósil no es sólo algo desplazado, sino, sobre todo, sin vida propia, lo que no ocurre con las instituciones jurídicas cuya vida contiene un algo *a se* que no queda a merced del mero transcurso del tiempo ni de su vigencia social "aquí y ahora" sin que eso signifique atribuirles una supuesta supratemporalidad, en el sentido de ahistóricas (37 bis). Por eso mismo "revitalizar" las instituciones jurídicas no significa desnaturalizarlas, sino, acaso, basta con cambiar su función, con corregir sus frenos o sus límites.

2. *¿Cambio de función o de naturaleza?*

Recojo algunas muestras concretas del Derecho sucesorio en que se plantea esta cuestión con las certeras apreciaciones de los profesores Lacruz y Sancho Rebullida. Ante las nuevas concepciones sociales, y al no ser precisa la institución de heredero, la sustitución ha perdido la función que tenía en el Derecho romano, donde su uso era frecuente. Pero en la actualidad la sustitución se usa en la práctica como un medio de introducir el derecho de representación en la sucesión testada, a modo de equivalente (38). Ha cambiado por tanto de función, pero como instituto jurídico permanece con otra justificación práctica, si bien con las debidas correcciones, como la de tratarse de delaciones simultáneas, no sucesivas. Los redactores del Código civil español no intentaron "vencer la inercia" de la regulación histórica y en él, el derecho de representación es propia del

práctica generalizada de esta corruptela implica una llamada de atención al legislador, para la reforma de la legislación fiscal en materia de donaciones; contraria, incluso, dice, al bien común, al dificultar las donaciones en vida que favorecerían la distribución más rápida de la riqueza, la independización de los hijos y los matrimonios de los jóvenes, hoy tan dificultado. Vid. F. DE CASTRO Y BRAVO, *El negocio jurídico*, pág. 354.

(37 bis) Entre las características del Derecho positivo el profesor De Castro alude a su eficacia social. El Fuero Juzgo, dice, un proyecto de Ley, cualquier libro de Derecho civil, por ejemplo, tratan o contienen material jurídico (son de Derecho), pero no son (aquí y ahora) Derecho positivo. Cfr. F. DE CASTRO, *Compendio de Derecho Civil*, 5.ª ed. (Madrid, 1970), 14. ¿Dentro del Derecho positivo no hay también simples *materias* jurídicas? ¿Cómo calificar esos preceptos contenidos en el Código civil que son hoy desde el punto de vista de su eficacia social "letra muerta"?

(38) La S. 11 de febrero de 1943 traduce técnicamente por "sustitución" el verdadero sentido del término "representación" que emplea en una cláusula del testamento el otorgante... "si alguno de los sobrinos fallecen dejando hijos éstos heredarán en su representación". El testador, dice de uno de los considerandos, "quiso establecer una sustitución vulgar por medio de estos llamamientos sustitutos del heredero instituido".

ab intestato, Sentencia 5 de julio de 1966. La naturaleza tradicional de la llamada "representación sucesoria", al faltar la mención de tal derecho, se acomoda a los preceptos de la sucesión intestada. Pero, como los mismos principios de justicia imponen la representación en la sucesión por testamento, se busca ese resultado mediante la sustitución vulgar tácita, si hay base suficiente.

De la Cámara, con ocasión de la Sentencia 6 de diciembre de 1952, en un trabajo sobre el Derecho de representación en la sucesión testada, formula esta regla: "Siempre que el testador haya instituido a todos sus sucesores legales de un mismo rango, o a un grupo de ellos, sin discrepar de la regulación establecida por el legislador para el *ab intestato*, podrá acudir a las normas de éste a fin de interpretar y completar la disposición testamentaria en aquello en que la misma resulte oscura o insuficiente" (39).

En las recientes Compilaciones, vg. Aragón, artículo 141, se establece la representación en la sucesión testada, a la vez que en la intestada, y con iguales límites (40). Y el artículo 675 del Código civil "expresión recopilada de preceptos tradicionales del Derecho patrio", permite su reconocimiento si corresponde a la voluntad del testador, Sentencia 11 febrero 1943.

En suma, como puede advertirse, el "anacronismo" del Código no empece la prosecución de un resultado que se estima justo, aunque haya que estirar para conseguirlo la función de otras instituciones, mediante la virtual operancia de un mismo principio de justicia. Es ese mismo principio, que se toma en consideración como inspirador de la reforma ya introducida por la doctrina y la legislación el que opera en otros sistemas sucesorios españoles. De ese modo los principios son factores reales de formación del Derecho. La "inercia de la Historia", cabe por eso afirmar, no es paralizante cuando la virtualidad propia de la institución contiene un principio cuyo dinamismo sobrepasa el obstáculo de cualquier formal y atenuadora recepción legal. En el caso concreto, el respeto a la libertad dispositiva.

Veamos otro supuesto más ceñido a una efectiva transformación social. La organización familiar "autoritaria" ha desaparecido y, con ella, el ambiente histórico en que se gestaban las sustituciones pupilares. De ahí la discusión acerca de si el testamento es o no extensivo a todo el patrimonio del sustituido; los profesores Lacruz y Sancho, se

(39) Cfr. M. DE LA CÁMARA, *El Derecho de representación en la herencia testada y preterición de herederos forzosos*, en R.D.N., 7 (1955), 8 ss. Sobre la cuestión, Vid. también L. MARTÍNEZ CALCERRADA, *La representación en el Derecho sucesorio* (Pamplona, 1966), 138.

(40) Cfr. J. L. LACRUZ BERDEJO y F. A. SANCHO REBUDILLA, ob. cit., página 80. La representación hereditaria es, quizá, el punto sobre el que más han cuestionado los foralistas navarros. Vid. R. AIZPÚN TUERO, *La representación sucesoria en el Derecho Civil de Navarra* (Pamplona, 1957) y FRAUCA LLANAS, *La representación sucesoria en el Derecho navarro* (Zaragoza, 1956). En la Compilación del Derecho civil foral de Navarra, el derecho de representación procede tanto en la sucesión legal como en la voluntaria, Ley 309.

inclinan por la tesis restrictiva: cuando una hipótesis entraña problemas cuyo planteamiento —no la solución— resulta irracional, se ha de buscar, siendo posible, otra con más lógica interna. Y así, en nuestro caso: “al apartarse el Código civil del Derecho histórico y facultar para sustituir a cualquier ascendiente eligiendo sustituto entre cualquiera (y también al prescindir de la obligación de instituir al sustituido) el Código civil demuestra haber abandonado la institución tradicional, que por su propia naturaleza no podría confiarse a la vez por entero a varias personas en concurrencia sino en casos muy excepcionales y con cautelas que ahora no existen” (41).

(41) Cfr. J. L. LACRUZ y F. A. SANCHO REBULLIDA, ob. cit., pág. 682. A mi juicio, no es la “institución” la que se abandona, sino la “solución” tradicional. El sistema sucesorio francés estima peligrosas las sustituciones amparando tímidamente algunos supuestos, sin que estas prevenciones se deban siempre a ponderadas consideraciones prácticas. Pero en ocasiones la sustitución es el único cauce posible para lograr la permanencia de un negocio o empresa explotado en común cuando a la vez existe voluntad de mantenerlo en el ámbito de una familia. En torno a esta cuestión relativa al alcance del artículo 774. Vid. S. 28 de septiembre de 1956:

Por testamento ológrafo el causante había instituido heredero a su hermano y socio, a quien da y lega todos sus bienes presentes y futuros, entre ellos un negocio que explotaron en común (de aduanas), con la sola excepción de la casa que habita, la que atribuye en propiedad a su esposa “con todo lo que hubiera en la casa el día del fallecimiento” imponiéndole ciertas limitaciones, legados de alimentos y para el supuesto de que no aceptara nombrar sustituto vulgar suyo a su esposa. El heredero falleció antes que el testador quien muere tiempo después. El problema debatido es el de si nombrado sustituto para uno solo de los tres casos previstos en dicho precepto puede entenderse que tal sustitución se da también en los demás sin otorgar nueva disposición testamentaria. El Supremo mantiene la tesis, ya antes defendida en la Res. 25 de enero de 1916, de que el testador que prevee un caso no quiere hacer extensiva su previsión a los demás; presunción que “no es caprichosa y arbitraria”, sino homenaje al *principio de que la voluntad del causante es la ley suprema de la herencia*. Es también esa la solución que preconizaba Traviesas: si el testador señala una causa concreta de la sustitución, las demás causas quedan excluidas. M. M. TRAVIESAS, *Sustituciones hereditarias*, en RDP, 14 (1927), 404. Tal principio prevalece sobre el invocado en la controversia por el recurrente, según el cual donde existe la misma razón, idéntica debe ser la regla jurídica aplicable; son muchas las razones por las cuales quien instituye segundo heredero para el caso de prelación del primer instituido, puede no querer que se extienda la institución al caso de no aceptación de herencia y mucho menos a los de incapacidad o indignidad.

Los principios de la lógica aplicados al Derecho tienen, como puede verse, un sentido instrumental. La “lógica interna” puede desechar una solución cuando ésta resulta “irracional”, o cuando su empleo contradice otros principios jurídicos que se estiman prevalentes, sin ser por su carácter fundamental “arbitrarios o caprichosos”. Por eso la expresión de casos puede ser *ad exemplum* y estamos ante un problema de interpretación.

El Derecho, dice Puig Brutau, sólo de manera subordinada, ha de ser considerado como un engarce lógico de palabras, expresiones y conceptos; en su auténtica realidad consiste en un repertorio de soluciones prácticas para fenómenos reales, para conflictos de intereses que brotan de la convivencia social. *Fundamentos de Derecho Civil*, III, 2.^a ed. Vol. I (Barcelona, 1971), 117.

Esta es, a mi juicio, la importancia de penetrar en el examen del entorno histórico de las instituciones civiles, en cuanto que permite una interpretación liberada de artificios o adherencias residuales; en la medida en que explica el porqué de ciertas precauciones, acaso útiles en otros tiempos e innecesarias para cubrir esa misma finalidad en otro momento.

Otro ejemplo; la idea de que el acrecimiento es origen de una vocación solidaria, conduce a dar mayor fuerza persuasiva a la "formulación" del porqué de ese efecto —el derecho de acrecer— que a la norma que lo ordena, siendo así que el llamamiento solidario no es esencial, afirman Lacruz y Sancho, en el acrecimiento; ocurre que, como la vocación conjunta supone con más frecuencia la voluntad del testador de que hereden todos y cada uno de los llamados con preferencia a cualquier otro heredero, el legislador dicta una norma fundándose en "datos estadísticos". Esta norma no es, propiamente, interpretativa, "porque el intérprete nada puede hacer ante una vocación solidaria, mientras que el testador en el propio testamento no haya dispuesto de otra manera". Norma, por tanto, "no interpretativa, sino dispositiva" (42).

La frecuencia de una praxis reiterada en el tiempo, contribuye a desdibujar los contornos de hecho, respecto de los problemas de Derecho. El llamamiento conjunto es una cuestión de hecho, mientras que el alcance de la norma legal, ciertamente influida por aquella praxis, es un problema de Derecho (43).

(42) J. L. LACRUZ BERDEJO y F. A. SANCHO REBULLIDA, ob. cit., pág. 86. Dicha norma, art. 983, fundada en "datos estadísticos", a mi entender, se advierte con claridad al analizar la problemática a que dio lugar en el Derecho histórico esa institución, tan inmediatamente unida, al menos de hecho, a la particular entidad del objeto; su divisibilidad, su efectiva composición, su funcionalidad de algún modo eran determinantes de las reglas de hermenéutica, del porqué del llamamiento al todo de la herencia o de la cosa legada. Vid. J. GONZÁLEZ ACEVEDO, P. GÓMEZ DE LA SERNA, C. ALVAREZ, M. ALONSO MARTÍNEZ, *Consulta*, en RGLJ, XXXIV (1868), 294. En esa consideración al objeto radica su finalidad práctica y económica, impedir al excesivo fraccionamiento de la propiedad. Vid. A. HERNÁNDEZ GIL, *Lecciones de Derecho sucesorio*, página 132. No debe olvidarse en su justificación la ventaja práctica que significa la subrogación en las cargas impuestas sobre la cuota vacante.

(43) La afirmación de que el acrecimiento es un resultado del llamamiento solidario, vocación solidaria (de todos al todo), consecuencia, en expresión de González Palomino, casi física, del llamamiento o institución solidaria, ha servido como punto de partida para la debida interpretación de las normas reguladoras. González Palomino planteó la cuestión en estos términos: hay llamamiento solidario y acrecimiento, cuando a la totalidad de la herencia o del legado son llamados varios. La distribución (partes) es una consecuencia necesaria y exclusiva del concurso. Vid. J. GONZÁLEZ PALOMINO, *El acrecimiento en la mejora*, en AAMN, II (1950), 518. Este enfoque permitía aclarar múltiples cuestiones que quedaban sumidas en la oscuridad en las exposiciones que este autor califica "de tipo único", aligerando a la vez el "atormentado esfuerzo" de la construcción de la figura con requisitos supuestos, la "imaginaria" porción vacante y conjunción de llamamientos. En efecto, la idea de llamamientos simultáneos, de todos al todo, resuelve muchos problemas y enlaza con el criterio tradicional an-

Y así no es lo mismo, Sentencia 30 de junio de 1928, “interpretar un testamento o un contrato que definir la relación jurídica por ellos engendrada, pues lo primero tiende a fijar el verdadero sentido o alcance del texto de sus cláusulas con relación a la voluntad de los otorgantes, por lo que constituye una mera cuestión de hecho, cual es la realidad del acto jurídico tal y conforme las pruebas lo han plasmado en la conciencia del juzgador, siendo por ello de la exclusiva y soberana apreciación del Tribunal de instancia, mientras que lo segundo entraña un verdadero problema de Derecho, consistente en determinar la conformidad o disconformidad existente entre el acto contractual o disposición testamentaria, y la norma legal a cuyo cumplimiento no pueden sustraerse el otorgante u otorgantes; y como esta relación, puramente de Derecho, tiene su realidad en el orden jurídico, es materia de la casación” (44).

terior al Código civil: “cuando el testador llama a la universalidad de la herencia o al legado de una misma cosa, a dos o más personas, establece entre ellas una conjunción, una solidaridad que sólo puede cesar cuando las mismas concurren a la percepción de la herencia o de la cosa legada, creándose entonces la necesidad de la división por la imposibilidad de ejecutar de otro modo la disposición testamentaria”. Vid. la respuesta a la consulta hecha por los autores anteriormente referidos, pág. 291. En expresión de Lacruz Berdejo y Sancho Rebullida se trata de “un solo llamamiento de contenido variable”; llamamiento eventual en el contenido “a partir de un mínimo, el de concurrencia”.

La “norma”, a que estos autores aluden, recuerda, a mi entender, a una de estas normas que de modo implícito albergan una presunción; el hecho indicio o base sería la vocación conjunta del que se deriva el *hecho presunto* (acrecimiento) de no mediar un *hecho obstativo* (la especial designación de partes).

El artículo 983 del Código civil no sería en tal caso tanto un criterio de interpretación como de limitación de pruebas del hecho obstativo. Por eso, el acrecimiento es, en principio, “forzoso”, consecuencia “casi física” del llamamiento. Es, en tal sentido, expresiva la imagen que para explicar el fenómeno emplea Baldo: “cuando se cierra uno de los ojos la pupila del otro se dilata”. Por más que “no se trata de que el concurrente adquiera más, sino que el no concurrente no adquiere nada”. Este criterio se refleja en las Partidas, 6.^a, Ley 14, tít. 3.^o, que expresa que cada heredero tiene a su favor una vocación por la totalidad de la herencia, sólo limitada por la coexistencia de otros herederos. Pero en sentido amplio es el aumento de los restantes llamados sin especial designación de partes.

Beltrán de Heredia rechaza la opinión de que el acrecimiento sea un derecho subjetivo en base a ese criterio, generalmente admitido, de que es efecto de la vocación solidaria que se produce “ex lege”, Cfr. P. BELTRÁN DE HEREDIA Y ONIS, *El Derecho de acrecer* (Madrid, 1956), 56.

(44) Acerca de la interpretación del testamento ante la peculiar naturaleza y estructura del acto de última voluntad. Vid. J. JORDANO BAREA, *Interpretación del testamento* (Barcelona, 1958), 33 ss. Vid. además, J. L. LACRUZ BERDEJO, *Dicamen sobre donación obligacional de bienes usufructuados con facultad para disponer entre vivos* (Barcelona, 1967), 13. En fecha más reciente, F. DE CASTRO, *El negocio jurídico*, pág. 85. La jurisprudencia emplea en ocasiones el término “negocio hereditario”, S. 7 de abril de 1953. Sin duda “estirando” el molde negocial, ya que no son aplicables, vg. a la renuncia abdicativa, supuesto al que se refiere dicha sentencia, la doctrina de los “contratos”, como de modo también generalizador indica la Res. 3 de agosto 1944, acaso a la aceptación, etc. Pero, sin duda, son aplicables principios

3. La unidad temporal del fenómeno sucesorio

La referencia histórica, resulta asimismo imprescindible para desliar los principios respecto de los supuestos originarios, agruparles o separarles; en suma, para la tarea de clasificar. Una buena clasificación, dicen Lacruz y Sancho, sobre ser unívoca, ha de aproximar lo jurídicamente semejante y regulado por el mayor número de preceptos comunes, separándolos de lo desigual y lejano” (45).

A su vez, la acogida legal no impide la reiteración de los supuestos aludidos en la norma por cauces distintos a los previstos por el legislador. En este extremo, la influencia del fisco, por ejemplo, resulta decisiva. De hecho, la proliferación de actos simulados está en función directa de la presión fiscal. Del mismo modo, la corrección de determinadas medidas legales, suele atemperarse por impulsos sociales, que imprimen una nueva pauta a institutos antes de inusual aplicación. Así ocurre con la cesión de derechos hereditarios, que es, como advierte Martín Radó, frecuente en regiones con fuerte corriente migratoria lo que impulsa a corregir la disciplina del Código civil respecto al pago de la legítima; a enajenación de la herencia se troca ahora en instrumento jurídico cuya observancia adquiere realce merced a la emigración; unas veces el heredero no mejorado cede sus derechos hereditarios al que lo está, para, con su producto, emigrar, y otras son los herederos residentes fuera de España los que venden sus derechos al que se ha quedado al cuidado de la herencia y de la casa matriz (46).

de los contratos y obligaciones, tales como la responsabilidad patrimonial, el de *relatividad del contrato a la partición*, que, sin tenerlos en cuenta, se desfiguran los centros neurálgicos del fenómeno sucesorio. En el análisis de la tradición jurídica española y la combinación de estos principios con otros propios del Derecho de sucesiones basa sus tesis Peña Bernaldo de Quirós, de que se mantiene la autonomía del patrimonio hereditario, aunque el heredero pierda el beneficio de inventario y que la concepción patrimonialista del Código permite que las deudas sigan enteras y conectadas con el patrimonio hereditario en el que están “invisceradas”, a lo largo de todas las vicisitudes de la titularidad (acencia, aceptación pura o beneficio de inventario, partición). Cfr. M. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *La herencia y las deudas del causante* (Madrid, 1967), 333. Las consecuencias a que da lugar esa interpretación global o conjunta de los diversos principios en juego trae consigo una de las innovaciones más importantes de las experimentadas en los últimos años en la dogmática tradicional en torno al problema de las deudas de la herencia.

(45) Cfr. J. L. LACRUZ BERDEJO y F. A. SANCHO REBULLIDA, ob. cit., página 320.

(46) Creemos, dice este autor, que la interpretación debe conducir, ante todo, a no hacer de los artículos piezas fósiles de museo, sino instrumentos para la vida práctica. Vid. A. de la Esperanza MARTÍNEZ RADÓ, *Para una posible interpretación funcional del artículo 788 del Código Civil*, en Estudios de Derecho privado, I (Madrid, 1962), 286. Vid. Sobre la problemática actual de la venta de la herencia, R. ROCA SASTRE, *Problemas de la venta de la herencia*, en A. A. M. N., VII (1953), 668, que califica como figura “de tipo híbrido sucesorio-contractual”, donde “hay concentrada la mayor cantidad proporcional de problemas y cuestiones”, pág. 697. Vid. también, A. GULLON BALLESTEROS, *La venta de la herencia*, en RGLJ, 38 (1959), 359, que defiende el carácter aleatorio, puesto que el comprador puede ver disminuido su patri-

En suma, la dinámica social opera en el transfondo del Derecho, pero “su tiempo” no sirve como medida inexorable del entorno temporal de las instituciones jurídicas. Son magnitudes distintas. Una institución jurídica puede resultar en un momento dado desusada en su contexto social, mientras que su desenvolvimiento jurídico apunta las bases de una profunda germinación, de un enriquecimiento suscitado en su interior. Por eso no tienen por qué coincidir las apreciaciones de la sociología jurídica y de la Ciencia del Derecho. Sólo así se explica que reanudar una tradición jurídica, históricamente cortada, pueda resultar “lo progresivo” desde el punto de vista social.

A este extremo se refiere, en tema de filiación, la Sentencia 21 de noviembre de 1934 que señala como progresiva la “nueva concepción que, inspirada en el principio de veracidad, entronca con la tradición jurídica española frente a la corriente legislativa y doctrinal iniciada en Francia y propagada a la generalidad de los países” (47).

monio comprado por circunstancias que surjan con posterioridad (aparición de nuevas cargas, legado, etc.).

(47) La filiación en el Código civil carece hoy de conexión real con los principios fundamentales del ordenamiento. El artículo 52 del Reglamento del Registro Civil contiene el principio de igualdad jurídica entre los hijos, principio, valga la expresión, constituyente y, en esa medida de grado superior al Código civil, carente en la materia de justificación general. En consonancia con dicho principio se introduce en Derecho del trabajo el llamado *principio de dependencia económica*, que permite ampliar la gama de los beneficios a los descendientes ilegítimos. El artículo 7.º, apartado 3.º de la Ley 24/1972 de 21 de junio incluye los hijos ilegítimos, aunque no estén comprendidos en el apartado A del número 1 del artículo 167 de la Ley de Seguridad Social, y puedan causar la asignación mensual de protección a la familia por hijos. En reiteradas sentencias de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo se confirman prestaciones causadas por accidentes de trabajo, por muerte y supervivencia a los hijos ilegítimos. Requisito necesario para percibir pensión es la prueba de la relación paterna, pero, a tal efecto, “los artículos 140 y 141 del Código, reguladores respectivamente del ejercicio del derecho a los alimentos y de la prohibición de investigar la paternidad de los hijos ilegítimos en quienes no concurren la calidad de naturales, no establecen normas valorativas de determinados medios de convicción, como excepción a la libre apreciación de estos que impera en nuestra Ley de Enjuiciamiento”, S. 9 de julio de 1970, Sala de lo Social.

La convivencia con manifiesta dependencia económica, consecuente a la realidad del núcleo familiar de hecho establecido durante toda la vida de los menores, impone que se ampare a quienes reúnen los expresados requisitos, S. 23 de febrero de 1970.

Por su parte, la jurisprudencia civil, S. 1 de junio de 1969, con relación a una hija del testador nacida antes del fallecimiento de éste, aunque su condición como natural fue reconocida por sentencia firme posterior a su testamento y fallecimiento declara la preterición, por haber sido omitida como heredera; la razón que fundamenta el fallo —*ratio decidendi*— es que sus derechos “arrancan de la generación”, no pudiendo aceptarse que los efectos de tal declaración hayan de referirse sólo a la posteridad de la sentencia.

La cualidad legal subjetiva de heredero forzoso tiene su raíz y trae su origen de la persona y no de la entidad patrimonial. Por esa consideración el Supremo en otro supuesto de preterición de hijo natural, S. 22 de mayo de 1910 declara que no es admisible la teoría de que lo mismo el reconocimiento que el ejercicio de tal derecho hayan de ser revocados y perder su eficacia cuando no

Seguir el rastro de la tradición jurídica, nada tiene que ver con una propensión instalada en un quietismo social. Tampoco la constante renovación de la vida social consigo la ineluctable petrificación del Derecho. No tanto varían los principios cuanto las aplicaciones concretas de que son susceptibles.

V. ELENCO DE PRINCIPIOS

En los últimos años se insiste en la substantividad del lenguaje jurídico, subrayando la distinción entre el lenguaje del Derecho (lenguaje legal) (48) y el lenguaje de los juristas (49). El jurista, se ha dicho, construye con palabras como el albañil lo hace con ladrillos (50). Pero, sin menoscabo del destacado lugar que en la Ciencia del Derecho, y, de modo especial en la Lógica jurídica, ocupa la semántica, entiendo que, si se quiere construir sobre cimientos sólidos, ha de partirse de los principios jurídicos. De la construcción jurídica, las palabras componen más bien el artesanado, mientras que los principios, constituyen la cimentación, o siguiendo la metáfora, los principios son la "argamasa" que da solidez y confiere el especial significado al lenguaje jurídico (51).

existe, por la causa que sea, acervo de bienes materiales, sobre el cual deban hacerse efectivas las normas reguladoras de la sucesión.

(48) Con frecuencia el legislador utiliza términos jurídicos en sentido impropio: quizá, por eso, como advierte Camy, instituciones cuyo fondo es idéntico se expresan en diferente terminología. Así ocurre, a su juicio, entre la sustitución vulgar y representación. Vid. B. CAMY SÁNCHEZ CAÑETE, *Comentarios a la legislación hipotecaria*, III (Pamplona, 1970), 169.

(49) El científico, decía Windscheid, refiriéndose a la polémica en torno al concepto de negocio jurídico, está autorizado para construir este concepto como crea oportuno, con tal que no se ponga en contradicción con el lenguaje. Desde la 6.^a ed. de *Lehrbuch*, f. 59, nota 1. Cit. F. DE CASTRO, *El negocio jurídico*, pág. 22.

(50) E. RODRÍGUEZ AGUILERA, *El lenguaje jurídico* (Barcelona, 1969), 9.

(51) Advierte el profesor De Castro que las reglas imperativas se consideran destinadas a favorecer lo que se entiende por mejor organización social y no se pueden interpretar como establecimiento de caprichosas estructuras formales o como restos de anacrónicos formalismos. La persecución del fraude, dice, se ha centrado en nuestro Derecho, precisamente en el reconocimiento del carácter sustantivo de las normas imperativas en general, y en la necesidad de mantener su vigencia frente a las nuevas invenciones imaginadas para esquivar su aplicación. Cfr. F. DE CASTRO, *El negocio jurídico*, pág. 456. La diferencia entre una solución "inventada" mediante rodeos y una "solución" "jurídica" estriba, a mi entender, precisamente en que al elegir la norma aplicable se eludan o no los principios jurídicos que incorpora su verdadero *ratio* y que permiten plegar en cada caso lo que tiene de formalismo a la realidad social a que se pretende aplicar. Es expresiva en tal sentido la argumentación —*obiter dicta*— de la S. 22 de junio de 1948, que explica la evolución "dentro del propio Derecho", con motivo del testamento ológrafo en territorios forales: "esta evolución que trata de aproximar la norma, con su rigidez, generalidad, permanencia y abstracción, a las exigencias sociales que cambian y se modifican, no ha de entenderse estancada, sino que debe tenerse muy en cuenta para la interpretación actual de los textos, en consonancia con las ideas, nece-

Uno de los aciertos del Tratado acerca del Derecho de Sucesiones, de Lacruz Berdejo y Sancho Rebullida, que le presta, a mi juicio, solidez y consistencia, es, precisamente, el estar elaborando tomando en consideración los principios; y es esa también la línea de la moderna doctrina española; pero tal actitud metodológica obliga a hacer un elenco de los principios sucesorios, en torno a los que se agrupan las instituciones y reglas. Con el consiguiente esfuerzo que supone indagar "ad casum" su particular vigencia, su recepción jurisprudencial, sus desvíos y su proyección jurídica.

1. Principios sucesorios dependientes de principios familiares

Entre los típicamente sucesorios suelen señalarse dos que, más que principios, son reglas jurídicas, y carecen hoy de vigencia, la regla *semel heres, semper heres* y la antigua cautela *nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest*, "que era más bien una práctica testamentaria" (52). La constatación de su pérdida de

sidades, intereses y medios de vida, huyendo del severo rigorismo en servicio del ideal e intereses de la Comunidad..."

No obstante, qué duda cabe de que existen en el Código imperativos legales con difícil justificación, como la prohibición del testamento mancomunado entre cónyuges, que contrasta tanto con las legislaciones forales como con el antiguo Derecho Castellano. Vid. A. CELAYA, *El testamento mancomunado*, en "Estudios de Deusto" XVIII (1969), 175. El artículo 669 del C. c., que contiene la prohibición, es copia literal del 968 del Código de Napoleón. Lo poco razonable de dicha disposición legal se presta a tergiversar la verdadera voluntad del testador. Es, indica Celaya, "como si para constituir una sociedad, cada socio tuviese que otorgar su propia escritura".

El Tribunal Supremo, por fidelidad al texto legal, rechaza la calificación como mancomunado aun cuando los testamentos se otorguen el mismo día y existiera coincidencia de disposiciones; "se trata de actos separados y personalísimos", S. 5 de octubre 1970.

(52) Como manifestación del valor educativo de la jurisprudencia romana, se impuso una práctica testamentaria, dice Puig Brutau (al glosar una explicación de Schulz), que se resumió en aquella regla *nemo pro parte*. Cfr. J. PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho civil*, T. V. I (Barcelona, 1961). 160. Acerca de "los principios romanos" de la necesidad de la institución de heredero, de su universalidad y de la incompatibilidad de las sucesiones testada e intestada y su posterior atenuación o derogación en el Derecho histórico Castellano y en el Código civil, Vid. J. VALLET DE GOYTISOLO, *Apuntes de Derecho Sucesorio* (Madrid, 1955), 117 ss. Sobre la derogación de esta regla en relación con el derecho de acrecer, Vid. S. 13 de marzo de 1868, número 69. Jurisprudencia Civil, publicada por los Directores de la Revista General de Legislación y Jurisprudencia, 18 (Madrid, 1868), 266. La jurisprudencia S. 20 de febrero de 1952, 23 de mayo de 1955, cree ver en la *ratio juris* del artículo 997 (la irrevocabilidad de la aceptación) una aplicación del principio *semel heres, semper heres*. Puig Brutau advierte, no sin fundamento, una supervivencia "racional" de la regla romana *semel heres, semper heres* en el hecho de que "cuando se llega a determinar el remanente líquido de la herencia, el que ha sido heredero ya no puede dejar de serlo por la poderosa razón de que ya no hay motivo, necesidad ni posibilidad de repetir la liquidación", y eso, incluso si el causante ha llamado a varios de manera sucesiva. Cfr. J. PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho Civil*, V, II, página 455.

vigencia tiene importancia especialmente al examinar las modalidades accesorias en la disposición *mortis causa*. En el Derecho actual, la regla *semel heres, semper heres*, no tiene ya vigencia, y, por tanto, el Código civil admite la condición y el término resolutorios: así resulta de los artículos 791, 793, 805 y 790, y, en el mismo sentido lo confirma también la jurisprudencia, Sentencia 17 de mayo de 1966 (53).

Pero los principios jurídicos no tienen un juego independiente, sino que están conexos con otros que articulan en su conjunto el ordenamiento jurídico.

De aquí que en este trabajo hagamos una sistematización que tienda a destacar su intercomunicación con otros cuya sede suele adscribirse a la familia o a las relaciones de carácter patrimonial.

Es preciso hacer notar que la doctrina propende a encuadrar también en el marco de los principios jurídicos lo que son remedios de carácter general. Así ocurre con el reenvío genérico a una idea inspiradora del ordenamiento jurídico en su conjunto, la buena fe, que es versión moderna de la "excepción", ese medio "ordinario" de oposición a la ley, tan característico del Derecho romano.

a) *El principio de remanencia: el brocardo antes pagar que heredar.*

Entre los principios tradicionales, Lacruz Berdejo y Sancho Rebullida conceden singular relieve, lo que es natural dada la impronta que marca la personalidad histórica de nuestro sistema sucesorio como ha puesto de relieve Peña Bernaldo de Quirós, al principio formulado con el brocardo castellano "antes pagar que heredar"; principio tan riguroso que "si no hay remanente no herencia".

Un concepto, dicen, que precisa ulterior aclaración es el que, deducido de las Partidas y la doctrina de nuestros clásicos, pasa a la

(53) La obligación impuesta a los herederos de vivir juntos, poseyendo y usufructuando todo su haber en comunidad, da lugar en la práctica a problemas de interpretación en torno al carácter condicional o modal de la disposición. La fijación del contenido y alcance de este tipo de cláusulas requiere analizar la finalidad que se pretende. Con frecuencia se trata de asegurar prestaciones de asistencia. Vid. sobre esta cuestión la S. 28 de mayo de 1969. En los últimos años la temática del modo ha dado lugar a una abundante bibliografía. Vid. V. TORRALBA SORIANO, *El modo en el Derecho Civil* (Madrid, 1967); LÓPEZ VILAS, *Sobre la distinción entre legado e instituciones modales hechas en testamento*, en "ADC", 19 (1966), 575. Bien puede decirse que la doctrina no es pacífica en relación a los problemas fundamentales a que da lugar el modo en Derecho de sucesiones; si el beneficiario del modo tiene o acción directa para exigir el cumplimiento de la prestación en que consiste; la diferencia entre el modo y el legado; las consecuencias a que da lugar su incumplimiento. Acerca de la susceptibilidad de configurar la atribución de la explotación agrícola en virtud del artículo 1.056 como una disposición modal. Vid. E. FOSAR VENLLOCH, *Más sobre el artículo 1.056 del Código Civil y la explotación agrícola. El principio general de derecho de la atribución sucesoria unitaria de la explotación familiar*, en "RCDI", 47 (1971), 232 ss.

jurisprudencia posterior al Código civil, (art. 1.082 del Código civil recogido también, en su vertiente procesal, por el art. 1.093 de la L. E. C.). Sobre todo hasta los años veinte, numerosas sentencias del Tribunal Supremo definen la herencia como el conjunto de bienes, derechos y obligaciones del causante después de sacar del caudal de la sucesión las deudas y mandas dejadas por él, Sentencia 5 de diciembre 1941. Con la consecuencia de que, si no existe remanente, se dice que “*no hay herencia*” (54).

De ese modo se reconstruye en su totalidad el brocardo histórico: “Que es primero pagar que heredar, y que no hay herencia hasta que las deudas estén satisfechas” (55).

Advierten Lacruz y Sancho que ello no podría tomarse al pie de la letra, puesto que esa concepción de la herencia excluiría las deudas (*etiam sine ullo corpore iuris intellectum habet*). Pero lo que se quiere destacar es la afección del patrimonio herencial al pago de las deudas del causante y luego de los legados; en suma, que el acreedor conserva la antigua garantía patrimonial, “siquiera en manos de otra persona física, que sustituye al antiguo deudor de un modo sólo relativo, es decir, sin novación, y manteniendo los mismos medios de pago (56).

Tales obligaciones pasan al heredero inmutadas; el nuevo titular no sucede en éstas por causa de los bienes, sino independiente de ellos y “porque el Derecho positivo ha organizado en tal modo la persistencia de las responsabilidades del causante: por eso, aunque la parte sustancial de los bienes se distribuya en legados, sigue siendo el heredero el sujeto clave de la satisfacción de las obligaciones relictas. Es lo que se desprende de los artículos 659 y 661 del Código civil. La sustitución o sucesión de las deudas no parece, por tanto, que se realice por el hecho de constituir éstas, junto con los bienes,

(54) Cfr. J. L. LACRUZ BERDEJO y F. A. SANCHO REBULLIDA, Ob. cit., página 480.

(55) Vid. E. DE TAPIA, *Febrero Novísimo o librería de jueces, abogados y escribanos*, 3.^a ed. L. VI (Valencia, 1837), 123. Vid., además, R. GÓMEZ DE LA SERNA Y MONTALBÁN, *Procedimientos Judiciales*, II (1848), III. La S. 5 de noviembre de 1920, señala como “principio general de Derecho”, sancionado por nuestra legislación, a partir de las leyes de Partida y constantemente aplicado por nuestro Tribunal, que la herencia de una persona la constituye el remanente de sus bienes después de satisfechas sus deudas y obligaciones.

(56) El heredero, advierte Peña Bernaldo de Quirós, sucede en la titularidad del patrimonio hereditario y deviene deudor *en cuanto que* nuevo titular del patrimonio relicto al que las deudas afectan. Las deudas del causante siguen conectadas con el patrimonio hereditario, que no se confunde con el patrimonio personal del heredero, lo que estaría en contradicción con las normas imperativas que regulan el patrimonio (artículos 1.911, 1.912, 1.925 del C. c.), y supondría admitir un efecto novatorio o modificativo por la simple voluntad del nuevo obligado, que es el heredero, y para lo que no hay base legal (artículos 1.205 y 1.257 C. c.). Para una exposición sucinta de los puntos fundamentales de las tesis sostenidas por este autor, Vid. F. J. ROVIRA JAÉN, *En torno a las deudas de la herencia*, en “RCDJ”, 45 (1969), 1587.

una cosa universal. Lo que no excluye, antes por el contrario, confirma, la interrelación entre bienes y deudas.

Esos principios, el principio histórico “antes pagar que heredar” y su plasmación jurisprudencial “no hay herencia sino en el residuo”, aceptados por nuestra doctrina hasta después de la Codificación “vienen a indicar que la herencia, a efectos de las responsabilidades del causante, conserva su cohesión mientras tales responsabilidades persisten”, y ello aunque haya aceptación pura y simple, incluso tras la partición, si no concurren los acreedores del causante en el oportuno procedimiento, artículo 405 del Código civil (57).

De ahí también que en la práctica tradicional española aparezcan los juicios *ab intestato* y de testamentaría como procedimientos, no de mera división de la herencia, sino de intervención y liquidación del patrimonio hereditario en beneficio de acreedores y legatarios. Gómez de la Serna y Montalbán fundan ya, con anterioridad a la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855, tales juicios en el principio de justicia según el cual “en tanta herencia en cuanto están cubiertas las obligaciones pecuniarias del finado” (58).

(57) La cohesión de los bienes relictos permite que los acreedores del causante sigan teniendo sobre tales bienes el derecho que les concedía en vida de éste el artículo 1.911 C. c. sobre su patrimonio sujeto al principio de responsabilidad universal. La tesis de la *universitas* es una “deficiente explicación del fenómeno sucesorio”, pero lleva consigo una intuición, la de que los acreedores del causante tienen un derecho sobre tales bienes, lo que no impide que sean acreedores del heredero y no del *decurius*.

(58) Peña Bernaldo de Quirós, ha planteado el verdadero “mollo de la cuestión en estos términos: ¿a consecuencia de la sucesión pasan las deudas al patrimonio del heredero de manera que el patrimonio del causante deja de ser “centro de responsabilidad”? De ser así, parece lógica la postura que defiende la “responsabilidad *ultra vires*, la doctrina de la confusión de patrimonios y la tesis dominante de que el heredero “representa” a la persona del difunto; en cambio, si a consecuencia de la sucesión las deudas no cambian de patrimonio, sino que es el patrimonio el que cambia de titular, parece lógico decidirse en pro de la responsabilidad *intra vires*, y afirmar la persistencia de la autonomía patrimonial. Desde este enfoque se llega, ciertamente, a resultados más justos, sobre todo respecto de los acreedores del causante. De este modo se sitúan como principales focos de atención para la doctrina moderna, las tres grandes cuestiones: el problema de las deudas del causante, la responsabilidad del heredero y el alcance de la confusión de patrimonios. Pero el planteamiento actual difiere de la dogmática tradicional, surgida como explicaciones diversas a un mismo interrogante, ¿por qué pasan las deudas? ¿Cuál es la causa? Se denotan así como mal planteadas las corrientes doctrinales que tratan de resolver un problema inexistente; concebir la figura del heredero a través de la tesis de la sucesión en el plano familiar y personal con distintas versiones (continuidad de la personalidad del causante, continuador de la personalidad patrimonial, representación, personificación de la herencia); mediante la sucesión en el patrimonio, la doctrina de la *universitas* con la consecuencia automática de la responsabilidad *ultra vires* o la explicación, por último, en base a la sucesión en los bienes, se sitúan en el plano dogmático en el “cielo de los conceptos”. En el plano de lo real, la única exégesis suficiente será la que explicité debidamente los distintos aspectos de la sucesión entendida como un “cambio de titular” de un patrimonio que sigue siendo “centro de responsabilidad”. La verdadera cuestión se

Este mismo principio de justicia impone un orden de preferencia que, conforme al Derecho tradicional y de acuerdo con el vigente tiene el acreedor de la herencia respecto de los legatarios, *nemo liberatis nisi liberatus*, que le legitima para interponer recurso de terceraía de mejor derecho mientras los bienes están en poder del heredero; prelación que rige, incluso, frente a los legados de cosa cierta y determinada, a pesar de que el legatario adquiera directamente; así se deduce del artículo 1.029 del Código civil —del que resulta, en favor de los acreedores, una especie de acción revocatoria y del 1.027 del Código civil, que coloca al legado, incluso de cosa específica y determinada, en la posición jurídica del beneficiario de una liberalidad condicionada por esa preferencia de acreedores y legitimarios.

A mi juicio dicho principio, antes pagar que heredar, es expresión concreta tanto del ensamblaje entre el Derecho de familia y sucesiones como de la plasmación jurídica de auténticos deberes morales que reclaman un cauce para su cumplimiento.

En el comentario a la Ley 30 de Toro, Alvarez Posadilla explica el porqué de este principio: “antes de saberse cuál es la legítima dice, se ha de pagar a los acreedores, porque sólo es caudal lo que reste deducidas primero las deudas”. Dicha Ley es correctora del Derecho común que antepone las expensas funerarias a los acreedores y es correctora con razón: “¿por qué ha de querer que se haga de cuenta de los acreedores? ¿podrá el testador y el testamentario en justicia disponer a favor del fausto funeral, o del alma a cuenta de los acreedores? Claro está que no” (59).

Por lo que se refiere a la conexión con el régimen de bienes del matrimonio cabe establecer un paralelo entre el principio sucesorio “si hay deudas no hay herencia” con el aforismo, empleado por la doctrina clásica, “si no hay sobrante no hay ganancias” (59 bis).

reduce a delimitar el alcance de ambos presupuestos del fenómeno sucesorio. En torno a las deudas de la herencia, Cfr. M. ALBALADEJO, *La responsabilidad de los herederos por deudas del causante, antes de la partición*, en “ADC”, 20 (1967), 481, y el nuevo planteamiento de M. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *La herencia y las deudas del causante*, pág. 355.

(59) El argumento, aunque referido a un supuesto concreto, es contundente; “el testador cuando muere no tiene más que lo que resulta del caudal deducidos los débitos, con que de nada más podrá disponer, ni el testamentario por más facultades que el testador le haya dado, ni los clérigos, sacristanes, cereros y otros interesados deberán ser de mejor derecho, más que sobre los bienes verdaderos de la herencia; y supuesto de que tienen obligación a enterrar a los muertos sin interés siendo pobres, ¿qué razón habrá para que al que lo es, o en realidad no tiene más que dos, v. gra., le entierren con más ostentación de la debida a su caudal a cuenta de los acreedores? ¿Qué podrá aprovechar a aquella alma los sufragios hechos, no a cuenta de su caudal, sino del de el prójimo, contra su voluntad?”. Cfr. J. ALVAREZ POSADILLA, *Comentarios a las leyes de Toro* (Madrid, MDCCXCVI), en la Imprenta de la Viuda de Ibarra, pág. 188.

(59 bis) “Hasta la liquidación no hay ganancias”, S. 28 de enero de 1898, y “sólo después de liquidar podrá averiguarse si hay remanente”, S. 27 de mayo de 1905. La idea de remanente recoge así el principio tradicional *Bona*

Es, desde luego, natural, dice Manresa, que no se hable de ganancias mientras no se haya devuelto a cada socio íntegramente su capital, y no se hayan pagado todas las deudas: pero ¿por qué es preferente el reintegro del capital de la mujer aun al cumplimiento de las obligaciones de la Sociedad? ¿por qué el marido ha de quedar relegado a un último término, expuesto a perder el total caudal que aportó, mientras su mujer lo recibe íntegro? ¿no es esto una desigualdad injusta o irritante? (60). La razón *de lege data* no es otra que la de haber configurado la posición jurídica de la mujer respecto de su patrimonio privativo como un acreedor del dominio con derecho preferente; a la mujer corresponde el primer crédito en el tiempo, *prior tempore potior jure*. En último término, en ambos supuestos ocupan lugar preferente los acreedores. Cuestión distinta es la de si tal criterio resulta o no adecuado en la actualidad ante el nuevo principio de equiparación jurídica, principio que reclama una protección del patrimonio del hogar más bien que establecer formas discriminatorias de tutela de intereses individualmente considerados. Y este es, insisto, el enlace con el espíritu, no la forma, de la histórica "familia castellana": "si el marido se fuese empobreciendo, puede la mujer pedir la dote, aún durante el matrimonio, no para enajenarla, sino para mantener su casa y familia: o solicitar se ponga en secuesro para que su producto se aplique al propio destino" (61).

b) *El principio de igualdad*

Especial interés ofrece el principio de proporcionalidad en la partición, recogido también por la jurisprudencia con esta formulación: "lo que interesa en las particiones es observar la debida proporcionalidad", Sentencias 24 de noviembre de 1960 y 25 de febrero de 1969. Dicho principio cobra realce para valorar el cálculo de la lesión, que se hace en relación al valor total del lote mismo, a la proporción respecto del total partible.

Como "principio de igualdad" se recoge en Sentencia 2 de octubre de 1964.

non sunt nisi deducto aere alieno. En este sentido, se emplea como cláusula usual en los formularios notariales: "... cumplido e pagado, de todo lo remaneciente establezco e de dexo por mi heredero...". Nota de Carta de testamento. L. CUESTA GUTIÉRREZ, *Formulario notarial castellano del siglo XV* (Madrid, 1948), 163.

(60) Cfr. J. M. MANRESA, *Comentarios al Código Civil español*, IX, 725..

(61) Cfr. *Compendio de los comentarios extendidos por el Maestro Antonio Gómez, a las ochenta y tres leyes de Toro* (Madrid, 1785), Imprenta: D. Joseph Doblado, pág. 284. En la actualidad ha de inclinarse por la salvaguarda de los intereses familiares que resultan en ocasiones torpemente dificultados. Así ocurre en casos de separación convencional. Debería facultarse a la mujer para aceptar por sí misma a beneficio de inventario que salvaguarda totalmente los intereses de la sociedad de gananciales. Cfr. J. OGAYAR AYLLÓN, *Separación de hecho de los cónyuges*, en "RGLJ", 65 (1972), 148. La redacción del artículo 995 del C. c. impide esa interpretación.

También aquí se advierte una temática paralela a la del régimen de bienes del matrimonio. Manresa pone de relieve ese enlace, como ya se dijo anteriormente, con motivo de la liquidación de los bienes gananciales de dos o más matrimonios contraídos por una misma persona (62).

En caso de duda se establece, artículo 1.431 del Código civil, que para determinar el capital de cada sociedad se dividan proporcionalmente los gananciales.

De las dos formas en que puede presentarse la igualdad, matemática o de proporcionalidad, a Manresa le parecía más justa la segunda como criterio ordinario de liquidación de la sociedad de gananciales. El remanente líquido de los bienes gananciales se dividirá por mitad entre marido y mujer o sus respectivos herederos, artículo 1.426: “¿no sería preferible, dice, acortar las distancias, huir de exageraciones, dar a la mujer más derechos durante la unión y menos después de disuelta la comunidad”? (63).

Como “principio jurídico” “a la vez que aritmético”, recoge la jurisprudencia la regla según la que a la suma de todos los coherederos corresponde íntegramente la titularidad sobre el patrimonio hereditario y sobre las cosas que lo integran, Sentencias 30 de abril 1935, 15 de marzo de 1947, 19 noviembre de 1956, 23 de octubre de 1957, 17 de marzo de 1966, aspecto sobre el que volveremos más adelante.

Con carácter auxiliar, el principio de *unanimidad* preside junto con el de igualdad el régimen de la partición contractual. Este principio da lugar a inconvenientes tanto por la posibilidad de dilaciones y gastos que puede ocasionar un heredero rebelde o caprichoso, advierte Roca, como porque al llevar implícito un *ius prohibendi* individual de los partícipes, acaso, razonablemente disidentes, puede dificultar la finalidad misma que se pretende, “el efecto multiplicador de la libertad de los coherederos de crear situaciones jurídicas de plena y absoluta eficacia, en defecto de personas que pueden válidamente atacarlas, Sentencia 21 de octubre de 1958.

Al principio de unanimidad en la partición sancionado por el artículo 1.059, se refiere, en fechas más recientes, la Resolución 6 de febrero de 1907, con motivo de la necesaria presencia del cónyuge viudo en las operaciones de liquidación de una herencia. De dicho principio se derivan consecuencias en orden al Registro; la Resolución 14 de mayo de 1903 confirma la no inscripción de una escritura en que no intervenía el viudo ni se le adjudicaba su cuota usufructuaria y la Resolución 12 de junio de 1930 desautoriza también la práctica en virtud de la que se realice la partición sin su concurso ni representación.

(62) Cfr. J. M. MANRESA, *Comentarios al Código Civil*, IX, pág. 777.

(63) Cfr. J. M. MANRESA, ob. cit., pág. 727.

c) *El principio de retroactividad*

Otro principio del Derecho sucesorio entre los que articulan nuestro sistema, es el principio de retroactividad de la aceptación al momento de la muerte de la persona a quien se hereda, artículo 989 del Código civil.

En el Derecho español la herencia se adquiere por la aceptación. La “animada” discusión entre las soluciones romanistas y germanista, es —dicen Lacruz y Sancho— de escasa importancia práctica” (64).

Como principio general es aplicable a la aceptación y repudiación de los legados; aunque no existe disposición legal expresa es aplicable por analogía la norma, artículo 989, que contiene dicho principio.

Su enlace con el régimen patrimonial de la familia se advierte en la posesión civilísima respecto de la liquidación de la sociedad de gananciales. A este problema concreto se refiere la Sentencia 3 de junio de 1947. La liquidación de la sociedad de gananciales no puede constituir, afirma, obstáculo legal para que los bienes conocidamente hereditarios estén, mientras llegue el momento de tal liquidación, en la posesión de aquel a quién la ley se la confiera de pleno derecho, artículos 885, 660, 661 y 911 del Código civil.

El Tribunal Supremo en Sentencia 14 de junio de 1963 se basa en este principio para apoyar en él la “presunción lógica” de que al momento de aceptar la herencia con expresa declaración de que conocían el testamento aceptaron también el testamento y la doctrina de los actos propios impide que prosperen las causas de impugnación que ahora alegan.

2. *Principios sucesorios dependientes de principios patrimoniales*

a) *El principio de autonomía*

No sin fundamento pudo calificarse este principio, aunque hace particular relación a la materia de contratos, como “uno de los más fecundos y de los más trascendentales de nuestro Derecho histórico”. En la Comisión del Senado que era, en expresión de Silvela, a la vez comisión “confrontadora” (de la sujeción del Código a las Bases) y Comisión “crítica” del naciente cuerpo legal, el disputado señor Fabré elogiaba la inclusión de dicho principio en estos términos: habiéndose recogido en este Código, aunque con expresión y formas distintas; ese “fecundísimo principio, entiendo yo que no proceden las acusaciones que se le dirigen, suponiendo que en materia de contratos no es susceptible de ser aplicado a las necesidades modernas” (65).

Pero el principio espiritualista tiene también múltiples manifestaciones en el Derecho sucesorio (66).

(64) J. L. LACRUZ BERDEJO y F. A. SANCHO REBULLIDA, ob. cit., pág. 264.

(65) Cfr. *Debates sobre el Código Civil*, en “Revista de los Tribunales, XIX (Madrid, 1889), 414.

En el testamento, dice el profesor De Castro, juegan dos principios que parecen llevar a conclusiones contrarias. El testamento se concibe como un poder del testador para regular su sucesión, artículo 667, a su propio arbitrio (dentro de los límites legales); de aquí que se le considere tan unido a la propia persona, que se califique de "mentis nostrae" y de "voluntatis nostrae". Mas también es negocio solemne ("solemniter factum"), y por ello será nulo el testamento en cuyo otorgamiento no se hayan observado las formalidades establecidas en la ley (art. 687) (67).

Conforme a este principio ha de interpretarse el artículo 675 del Código civil, y, también, aquellos otros en que, como el artículo 783. 1.º del Código civil, requieren constancia formal de modo suficientemente claro. Ante esta exigencia de expresividad del Código civil difícil de matizar, dirá Castán, un excesivo rigor formal resultaría absurdo dentro de los principios espiritualistas que el Código civil, y, en general, el Derecho moderno sustentan en orden a la forma de las declaraciones de voluntad. Afirma Jordano Barea que la sustitución fideicomisaria puede resultar establecida no sólo *apertis verbis*, a pesar de la dicción de los artículos 783 y 785, 1.º del Código civil, sino también *re ipsa*, dentro de la normal interpretación de la voluntad del testador. Estamos en presencia de una *quaestio voluntatis*. Estos preceptos, dice, han abolido las sustituciones sobre-

(66) En cuanto a los principios generales sobre interpretación de cláusulas testamentarias, Vid. SS. 23 de octubre de 1925, 8 de julio de 1940, 21 de mayo de 1942, 11 de febrero de 1943, 6 de marzo de 1944, 1 de junio de 1946.

(67) Doble carácter del testamento, que se busca armonizar en el Código, diciendo que, en caso de duda sobre el sentido de lo declarado, "se observará lo que aparezca más conforme a la intención del testador, según el tenor del mismo testamento" (art. 675). El valor preferente de la voluntad respecto al tenor de la declaración, dice De Castro, no se pone en duda, y hasta admiten aquí el poder soberano de la voluntad y la interpretación subjetiva, o psicológica, los más extremos defensores de la teoría declaracionista. Cfr. F. DE CASTRO, *El negocio jurídico*, pág. 86.

Entre los principios testamentarios figura el de la ilimitada revocabilidad del testamento, que el Tribunal Supremo ha considerado aplicable también a los territorios forales, S. 10 de mayo 1898 y 27 de febrero de 1914. En mérito a dicho principios, el artículo 737 dispone que se tengan por no puestas las cláusulas derogatorias y "ad cautelam"; cláusula que no figura en las Compilaciones de Derecho especial de Cataluña y de Baleares, disp. trans. 3.ª Comp. Cat.; disp. final 2.ª y disp. trans. Comp. Bal.

La revocabilidad, consecuencia inmediata de la regla "ambulatoria est voluntas hominis usque ad supremum vitae exitum", recogida en el artículo 737 del Código civil, se declara como principio general por la jurisprudencia, S. 18 de diciembre de 1958.

La desaparición de esas cláusulas *ad cautelam* produjo desconocimiento, y quizá influyeron más que razones dogmáticas motivaciones prácticas por la "facilidad de falsificar". Desaparece así lo que no sin ironía calificaba Silvela de "candado de letras", cuya combinación queda en la memoria del testador "y ya nadie absolutamente más que aquel o a quien haya confiado dicha combinación, puede abrir el testamento; nadie más que el puede derogarla". Cfr. Debates, ob. cit., pág. 446. Se conservan en Derecho Catalán.

entendidas, pero no la normal interpretación de la voluntad del testador”.

En la duda entre dos posibles soluciones, hay que seguir la más acorde con el sentido general de nuestro Derecho sucesorio, tan favorable a la voluntad del causante que el principio “voluntas spectanda” es orientador de la interpretación testamentaria (68). Así, por ejemplo, la palabra “segundo grado” que emplea el artículo 781 puede entenderse referida a grados de *parentesco* (Manresa, Sánchez Román) o de *llamamiento*, criterio este por el que se inclinan Lacruz y Sancho; los antecedentes de las Partidas y las Leyes de Toro y en el artículo 629 del Proyecto 1.851, deciden que *grado* equivale a *llamamiento*. Cuestión distinta es la de cómo han de contarse los llamamientos, si debe incluirse o el fiduciario (69).

Aunque de modo incidental, la Sentencia 9 de diciembre de 1970 se refiere también al término grado en sentido de llamamiento, tal como se recoge en la Ley 5, Título 33, Partida 7 y la Sentencia 4 de enero de 1889 (70).

De esta suerte se combinan el principio general “*in dubio semper contra fideicommissum*”, que hace que, caso de duda, prevalezca el criterio más favorable a la libertad de los bienes, a la vez que se flexibiliza su carácter absoluto con el principio espiritualista, “que enlaza el sistema civil tradicional y actual”. Al principio espiritualista se refiere la Sentencia 16 de octubre de 1940, en torno al legado de parte alícuota.

En definitiva, la voluntad se mueve en un entorno de hechos y de situaciones, familiares y sociales, su manifestación como libertad dispositiva se abre pero tanto en los umbrales de la ley como en una atmósfera de usos y costumbres, y la naturaleza de las cosas le impone correcciones.

b) *El principio de conservación*

Tiene en el Derecho sucesorio un ámbito específico el principio de conservación; sus manifestaciones más concretas se plasman en la conservación de la disposición *mortis causa* y en la partición (71), Sentencias 5 de mayo de 1920, 17 de abril de 1933, 17 de abril de

(68) Cfr. J. JORDANO BAREA, *Interpretación del testamento*, pág. 17.

(69) J. L. LACRUZ y F. A. SANCHO REBULLIDA, ob. cit., pág. 618. J. JORDANO BAREA, *Interpretación del testamento*, págs. 143 y 144.

(70) La referida S. 9 de diciembre de 1970 se basa en la valoración, que estima correcta, del que en el caso concreto resulta facilitado por tratarse de un testamento abierto. El notario traduce en términos jurídicos la voluntad del causante y rechaza la calificación de fideicomiso de residuo a un usufructo con facultad de disposición caso de necesidad, que aparece claro en el tenor literal.

(71) El artículo 1.284, en cuanto expresión de un principio general de conservación, común a toda categoría de negocios, opera también, dice Jordano Barea, en el campo de los actos de última voluntad, donde tiene una específica razón de ser por la imposibilidad de renovación del testamento, tras la muerte del testador y, la norma del artículo 1.284 puede, por tanto, ser

1943, 30 de abril de 1958, etc., que añade al fundamento tradicional —la indivisión de los bienes que la herencia comprende es incompatible con la función asignada a la propiedad, por lo que la provisionalidad no ha de mantenerse—, uno de base psicológica, aceptación tácita, por cultivar los bienes adjudicados.

El Tribunal Supremo ha aplicado, expresa o implícitamente, el artículo 1.284 del Código civil, coherente con el principio de conservación de la disposición *mortis causa*. “En la duda sobre el contenido de una disposición testamentaria, indica la Sentencia 26 de junio de 1951, debe preferirse la interpretación que le permita producir efecto”.

En último extremo se trata de una expresión concreta de la regla tradicional, *testador praesumitur se conformare cum dispositione iuris* (72), de la que se deriva el axioma *latet enim sunt verba interpretanda, ut actus sustineatur*, por lo que “si non valet iure testamenti, valet iure codicillorum, vel donacionis causa mortis”.

Este mismo principio ha de aplicarse también en la interpretación del grado de ineficacia a que se refiere el artículo 1.081 del Código civil, “la partición hecha en uno a quien se creyó heredero sin serlo, será nula”. Es discutible, dicen Lacruz y Sancho Rebullida, la clase de invalidez, que no precisa el texto legal. Siguiendo el principio de conservación de la partición, tan caro a nuestra jurisprudencia, y a falta de ulterior especificación en la ley, cabría inclinarse por la nulidad relativa, conservando su vigor, como partición parcial, las adjudicaciones a los coherederos reales, mientras estos no la impugnen y calificar, en cambio, como nulas de pleno derecho las hechas al heredero aparente. Es la solución más simple y económica (73). Pese

aplicada analógicamente a los testamentos, cuya disciplina está inspirada en el principio de conservación. Cfr. J. JORDANO BAREA, *Interpretación del testamento*, pág. 67.

En la actualidad el problema de la amenaza que para la conservación de la empresa mercantil puede significar la división y liquidación, pone de relieve la insuficiencia de las soluciones del Código pensadas para una economía agraria. Pero por tratarse de un principio más general ha de tomarse en consideración a la hora de la aplicación concreta de estas normas. Sobre este tema. Vid. J. PUIG BRUTAU, *El testamento del empresario*, en R. D. P., 44 (1960), 846. Sobre la cuestión, en fecha más reciente, *La transmissio mortis causa de l'empresa mercantil en el Dret Catala*, en B. J. C., IV (1971), 783. Acerca de la atribución integral de la explotación agraria familiar como principio general de Derecho y su alcance. Vid. E. FOSAR BENLLOCH, *Más sobre el artículo 1.056, 2 del Código civil y la explotación agrícola. El principio general de Derecho de la atribución sucesoria unitaria de la explotación familiar*, pág. 271.

(72) En las disposiciones o actos expresados con palabras de sentido indefinido, cuando concurre la misma razón, se han de entender comprendidos todos los actos a los cuales pueden tener aplicación tales palabras: *indefinita aequipollet universalit, quando subest eadem ratio omnium sub indefinita comprhensorum*. Vid. M. MIRALLES, *Significado y alcance de la palabra “coherederos”*, en R. D. P., 20 (1933), 33.

(73) Cfr. J. L. LACRUZ BERDEJO y F. A. SANCHO REBULLIDA, ob cit., página 261.

al antecedente de García Goyena, la mayor parte de los autores se pronuncian por la nulidad absoluta de toda la partición.

La jurisprudencia señala como "principio de doctrina" que no puede instarse la nulidad sin demandar a los interesados en su validez, Sentencia 18 de diciembre de 1958. otra manifestación concreta del referido principio de conservación.

El principio de conservación de las disposiciones, expresivo de la regla general *magis valeat quam pereat*, concuerda con el de *favor negotii, favor matrimonii*, etc. y hoy se extiende incluso al que ha sido llamado principio de conservación de la empresa; en sede de testamentos está subordinado al principio *voluntas spectanda* (74).

Semejante al *favor testamenti*, el *favor donationis* permite que las donaciones de padres a hijos en el Derecho histórico se convaliden sólo *post mortem donatoris*. Del mismo modo en Derecho romano vulgar en virtud de un criterio de extensión de la eficacia (*favor donationis*) se termina configurándoles como típicas donaciones *mortis causa* revocables en vida y confirmadas por el hecho de no revocación (75).

c) *El principio de subrogación real*

El principio de subrogación real tiene en el ámbito sucesorio su particular zona de influencia; sometida la herencia a un régimen especial de administración, uso, disposición, se aplica dicho principio (76). El negocio de enajenación de la herencia, vg. transfiere el activo hereditario, tal como se halla, y queda obligado el transmitente a suplir los bienes o frutos confundidos, enajenados o consumidos, sin que se anulen sus actos válidos frente a terceros. Es decir, opera también la subrogación real: "el precio adquirido en lugar de la cosa debe transmitirse, y así todo lo que sustituye a objetos hereditarios que han desaparecido, aunque posiblemente no ha de irse más allá, y no ha de entenderse que lo adquirido con el precio se subroga en lugar del precio invertido" (77).

(74) J. JORDANO BAREA, *La interpretación del testamento*, pág. 69.

(75) Cfr. F. SAMPER POLO, *La disposición mortis causa en el Derecho romano vulgar*, en AHDE, 38 (1968), 147.

(76) Resulta innecesaria la base conceptual de la *universitas* para explicar la aplicación de dicho principio, precisamente por no ser exclusivo de la sucesión; entendida como *universitas iuris* la doctrina fundaba la exactitud de dicha construcción precisamente por ser aplicable el principio de subrogación. La subrogación real existe, se dice, en la *herencia reivindicada*, por ser la herencia *universitas*; existe en la situación de herencia vendida, porque también aquí la herencia vendida funciona como *universitas*, y después de la partición, a pesar de que esta "extingue el proceso sucesorio", en el caso de sustitución fideicomisaria se aplica el principio de la subrogación real, porque en todo lo que se refiere a la devolución de la herencia a los fideicomisarios ésta es considerada como *universitas*. Cfr. J. E. GONA SALCEDO, *La universitas como posible objeto de derecho*, en Estudios de Derecho privado, bajo la dirección de A. de la E. Martínez Radio (Madrid, 1962), 311.

(77) J. LACRUZ BERDEJO y F. A. SANCHO REBULLIDA, ob. cit., pág. 303.

El principio de subrogación real se aplica asimismo a la sustitución fideicomisaria, respecto de los elementos resultantes de un cambio o mutación sufridos por necesidad en los bienes fideicomitidos (dinero o crédito obtenido por vía de indemnización por causa de expropiación forzosa, seguro, responsabilidad, redención de censos, pago de créditos, etc.) (78).

Jerónimo López entiende que se da la subrogación real si se llama a suceder al fideicomisario en el residuo, y no se autoriza expresamente al fiduciario para disponer (79).

Las Sentencias de 10 de julio de 1947 y 10 de julio de 1954 rechazan la subrogación real. En realidad depende de la voluntad del testador, que habrá de averiguarse a través de todas las circunstancias que concurren en el caso.

Recogen el principio de subrogación real la Resolución 13 de enero de 1965 y la Resolución 2 de marzo de 1956, entendiéndose que ésta, más que premisa que sirve para autorizar el acto dispositivo—sujetándola también a la condicionalidad de la posible supervivencia— de nuevos descendientes, funciona como resultado al que se llega a través del cambio o fluctuación operada. Como puede advertirse, la gama y amplitud de todos estos principios operantes es amplia. Su formulación y adecuación requiere un estudio profundo de cada una de las reglas o instituciones en que intervienen.

d) *El principio de libertad del dominio*

Entre estos principios podemos señalar, el principio histórico de la *libertad del dominio*, que permite comparar servidumbres y prohibiciones de disponer (80). El Código civil enfoca, dicen Lacruz y

(78) A. GUILLÓN BALLESTEROS cree que ese principio es el que inspira el artículo 1.533, *La venta de la herencia*, en RGLJ, 38 (1959), 633. El principio de la subrogación real permite combinar la posición jurídica del heredero aparente en relación con los terceros adquirentes de buena fe y la del heredero real. De este modo se coordinan en la práctica el principio de responsabilidad y el de confianza con el carácter de negocio unilateral no recepticio del testamento, principal motivación del principio *voluntas spectanda*, Cfr. J. JORDANO BAREA, *La teoría del heredero aparente y la protección de los terceros*, en ADC (1950), 668. La autorresponsabilidad del disponente y la confianza que en ella fundó justificadamente el beneficiario constituyen, en cambio, principios interpretativos de los pactos sucesorios. Acerca de la subrogación real por voluntad del fiduciario. Vid. L. PUIG FERRIOL, *El heredero fiduciario* (Barcelona, 1965), 222.

(79) Cfr. J. LÓPEZ, *La regulación del fideicomiso de residuo en el Código Civil español*, en ADC, VIII (1955), 789.

(80) Este principio impone, quizá, un reparo a la sugerente opinión del profesor López Jacoíste en torno a si la obligación de abonar en metálico por el mejorado a los demás interesados constituye una "obligación, propter rem" que se concreta como una afección en la cosa o explotación agrícola atribuida al mejorado. Esa particularidad de "imponer un hacer positivo" permite a la norma, artículos 829, 1.056, 2.º, una funcionalidad de que, a mi juicio, ahora carece, pero, no obstante, una interpretación teleológica actualizada así lo aconseja. La duda que puede ofrecer esa interpretación es la de si al añadir a la función típica de las normas una función de garantía casi

Sancho el tema de las prohibiciones testamentarias de disponer exclusivamente desde el punto de vista de la limitación de las vinculaciones, artículo 785, 2.º. No obstante, “la doctrina actual, y en cierta medida la jurisprudencia (referente casi toda a Cataluña), sobre la base del Derecho histórico, del principio de la libertad del dominio, e incluso (Albadalejo) de la analogía con la regulación de las servidumbres (que sólo se mantienen en cuanto sirven a una real necesidad) considera subsistente un cierto requisito causal, exigiendo que la prohibición se funde en un interés legítimo” (81).

Cabe afirmar, haciéndose eco de la voz autorizada de la jurisprudencia que el progreso del Derecho sucesorio “trata de aproximar la norma, con su rigidez, generalidad, permanencia y abstracción, a las exigencias sociales que cambian y se modifican”, Sentencia 22 de junio de 1948; pero esta adopción ha de responder a una trayectoria permanente, la evolución dentro del propio Derecho.

Evolución imposible de captar sin penetrar en los principios que la impulsan; en esos principios portadores, diría mejor, de una constituyente onda expansiva.

De aquí que esa profundización rechace cualquier forma de dogmatismo cerrado; el vigor científico cede en la medida en que las “opiniones” coarten o de algún modo aprisionen su fuerza expansiva y su progresivo perfeccionamiento. Los principios jurídicos captan con mayor sensibilidad el eco mismo que resuena ante el clamor incesante del común sentimiento de justicia.

3. Remedios de carácter genérico o universal

Ciertamente, construir con principios jurídicos enriquece la panorámica y pone de relieve la desdichada “provincialización” del Derecho, tan justamente denunciada en otro tiempo por Carnelutti (82).

Veamos ahora remedios de carácter genérico o universal que suelen incluirse también, sin duda de modo traslativo, entre los principios generales. Su común denominador consiste en excepcionar la rigurosa aplicación de la ley para evitar que se consolide un *injustum*: es decir, la corrección de la ley para sonseguir el *ius*.

Los principios jurídicos constituyen el verdadero fundamento en la genuina expresión de Azón: *habet qualibet scientia principia et radices, super quibus regulariter constitutum fundamentum*” (83).

real, dichas obligaciones, que es complemento indispensable de *jure condonado*, no las desnaturaliza de *lege lata*. Vid. J. J. LÓPEZ JACOISTE, *La mejora en cosa determinada* (Madrid, 1961), 219.

(81) Ob. cit., pág. 599.

(82) Cfr. F. CARNELUTTI, *Natura giuridica dell'ipoteca*, en Riv. dir. proc. civ., 16 (1939), 3.

(83) AZZONE, *Summa Institutionum, Proemium*, 11.º, 2 (Venetiis, 1584), c. 1.043.

a) *Los actos propios*

La jurisprudencia ha aplicado como elemento interpretativo el principio *venire contra factum proprium* (83 bis), valorando la conducta o el comportamiento del heredero, Sentencias 20 de febrero de 1943, 30 de junio de 1947, 8 de marzo de 1956 y Sentencia 14 de junio de 1963 como elemento de prueba extrínseca. En cambio, la Sentencia 23 de mayo de 1970, en una declaración, quizá excesivamente general, afirma que el principio de la inalterabilidad de los actos propios, aunque reúne esencialmente trascendencia en materia contractual, carece de ella en materia sucesoria, en la que domina el principio de la revocabilidad de las cláusulas testamentarias, principio, que, como norma general, actúa salvo que una norma especial y concreta la derogue (84). Afirmación que, a mi juicio, resulta forzada por acomodarse al supuesto de hecho: contrapone la sucesión testada la contractual, entendiéndose esta última como una excepción al principio de revocabilidad del testamento; en cualquier caso es esta una configuración jurídica inexacta de los pactos sucesorios.

b) *La buena fe: "falsa causa, falsa demonstratio"*

Al ser el testamento modelo de los actos de disposición *mortis causa* es natural que le sea extensible la doctrina de la buena fe, como inspiradora de la doctrina del *favor negotii* (84 bis).

Los principios *falsa causa, falsa demonstratio non nocet*, permitirían mitigar la rigidez en supuestos vg. de no precisar indicación del año, mes y día en el testamento ológrafo, que la jurisprudencia, sin admitir salvedad o excepción alguna, califica de carencia de una condición esencial para su validez, Sentencia 11 de abril de 1945 (85).

c) *El enriquecimiento injusto*

La invocación, por *analogía juris*, de los principios que rigen el enriquecimiento injusto, que el Código civil aplica al pago de lo indebido, permitiría moderar las consecuencias de la prescripción de

(83 bis) Acerca de los actos propios, Vid. L. DÍEZ PICAZO, *La doctrina de los actos propios* (Barcelona, 1963) y J. PUIG BRUTAU, *Estudios de Derecho Comparado*. La doctrina de los actos propios, en ADC, IV (1951), 1552. Sobre la aplicación de la doctrina de los actos propios en relación con la tesis del heredero como continuador de la personalidad del causante, Vid. S. 24 de marzo de 1971.

(84) No se aplica la doctrina de los actos propios para los legitimarios en actos perjudiciales: sus derechos están sustraídos a la disposición del testador. S. 12 de abril de 1944.

(84 bis) Cfr. J. L. DE LOS MOZOS, *El principio de la buena fe*. Sus aplicaciones prácticas en el Derecho civil español (Barcelona, 1965), 143.

(85) La jurisprudencia—ya aludida—recoge como "principio de doctrina" el de que no puede decretarse la nulidad de un acto o contrato sin demandar a cuantos puedan estar interesados en la validez, "principio de aplicación a los actos u obligaciones de carácter unilateral por imperio del artículo 1.254 del Código civil" S. 18 de diciembre de 1958.

las acciones sucesorias, Aún aceptando, dicen Lacruz y Sancho Rebullida “contra la opinión que me parece más probable, la tesis de la usucapibilidad independiente, siempre parece posible reclamar al *possessor hereditatis* el caudal relicto no en cuanto poseedor, sino por acción personal, conforme a los principios que rigen el enriquecimiento injusto invocados por *analogia juris*. A ella ya no podrá oponer aquél la usucapición, y sí sólo la prescripción de quince años, o la de la concreta acción de Derecho de sucesiones que sirve de fundamento a la demanda, o bien siendo de buena fe el límite de su enriquecimiento” (86).

d) *El valor de la apariencia*

En cambio, la aplicación del principio general de *protección a la apariencia jurídica* tiene un régimen peculiar. Un problema que ha tenido eco en la doctrina y la legislación ha sido el de las enajenaciones de bienes relictos realizadas por el heredero aparente. Algún autor considera que son válidas precisamente por ser obra de un titular aparente, como consecuencia de un *principio general de protección a la apariencia jurídica* (siendo el adquirente de buena fe). Pero los diversos casos de apariencia tienen predispuesto cada uno su propio régimen en la ley, y a él habrá de atenerse quien adquiere de un supuesto sucesor (87).

VI. LAS GRANDES CATEGORIAS

La particular permanencia de los principios jurídicos lleva consigo una exigencia de historicidad y de objetivación, una vivencia social; por eso son susceptibles de explícita captación. Pero ocurre que, con frecuencia, se confunde esa virtualidad permanente con su especial formulación histórica; la forma absorbe al fondo, su inmanencia se entiende como exclusiva y excluyente de la trascendencia, de su influjo organizador.

De ahí que resulte imprescindible en todo trabajo de construcción jurídica excluir aquellas formulaciones a las que en un momento dado sólo corresponde su portada, una cobertura formal, cuando ya no se pliegan a la realidad y a la fuerza vital de los principios jurídicos a que acaso antes aludían. Esas formulaciones, incluso vacías de con-

(86) Cfr. J. L. LACRUZ BERDEJO y F. A. SANCHO REBULLIDA, ob. cit., página 315.

(87) Cfr. J. JORDANO BAREA, *La teoría del heredero aparente y la protección de los terceros*, en ADC, III (1950), 668. El tema del heredero aparente enlaza de modo directo con principios hipotecarios, entre ellos, el trato sucesivo, y requiere combinar la doble finalidad de no interrumpir el tráfico jurídico de los inmuebles y garantizar en lo posible los derechos del heredero real. Vid. R. 9 de marzo de 1945. Vid. además A. HERNÁNDEZ GIL, *Lecciones de Derecho sucesorio*, pág. 216.

tenido, fuera del cuadro social en que se cobijaron originariamente conservan la fuerza y el vigor de lo ritual en el Derecho: son palabras que dictan normas, que tienen un mágico cariz vinculante. Son, en último término, formulaciones dogmáticas (88). Percibir su carácter dogmático facilita su comprensión y permite su empleo como concepto, sin otorgarles mayor valor que el instrumental (89).

(88) Pero esto no nos ha de llevar al extremo opuesto, adoptar una posición de desinterés ante la construcción jurídica. Estas construcciones llevadas a cabo con seriedad científica facilitan la tarea del intérprete. A eso se refiere la S. 13 de febrero de 1943 lamentándose uno de los considerandos de que la dogmática de las disposiciones en el residuo “no acusa todavía perfiles lo suficientemente precisos para levantar construcciones absolutamente seguras”. Esta sentencia parte, para intentar una sistematización de la materia, de un elenco de “proposiciones razonables y ajustadas al sentido de la doctrina y de nuestro ordenamiento positivo”.

(89) Así ocurre en el Derecho sucesorio con la “creencia básica” de que el heredero se coloca en el lugar del causante y adquiere el conjunto de sus bienes, derechos y obligaciones. ¿Cómo pueden conciliarse un dogma y una necesidad práctica? ¿el dogma de la *successio in ius* y la necesidad de una liquidación del patrimonio relicto?; “Hasta qué punto semejante creencia, dice Puig Brutau, merece ser considerada como un dogma o sólo representa un criterio aproximado o una regla con muchas excepciones ocupa la cuestión capital de la parte general del Derecho de sucesiones: “si el heredero se coloca en lugar del causante o si la adquisición de la herencia implica todo un proceso de liquidación patrimonial”. Cfr. J. PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho civil*, V. I, pág. 390. Esta apreciación no resulta exagerada. Por eso, al tratar de las deudas de la herencia se dan cita las “directrices cardinales” del sistema sucesorio. Vid. M. DE LA PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *La herencia y las deudas del causante*, pág. 159. Afirma este autor, “se subvierten muchas de las ideas tenidas como cardinales de nuestro sistema sucesorio”. Por admitir las soluciones dadas a estos problemas a la luz de la *successio* romana y su recepción francesa, saltando los siglos de nuestro Derecho intermedio, la concepción hasta ahora dominante, sistematizada por este autor, era la siguiente: a) La sucesión implica una sustitución, en cada deuda, de la persona del deudor; b) la responsabilidad “ultra vires” del heredero es la consecuencia natural de la sucesión, regla general que se evita excepcionalmente a través de la aceptación a beneficio de inventario; c) lo que implica, como regla general, la confusión del patrimonio hereditario y el patrimonio personal del causante. Persiste, por excepción, el patrimonio hereditario del causante en los casos del beneficio de inventario, de la proindivisión y del beneficio de separación.

A esta triple recepción de soluciones conceptuales cabría añadir la que, a mi juicio, es nuclear, una concepción no realista de la idea de patrimonio y de titularidad. De ahí que se haya desplazado el verdadero centro de responsabilidad. Al despojar a la noción de patrimonio de su anterior configuración abstracta, de su concepción unilateralmente subjetiva y objetiva, cobra realce su verdadero significado, aquello que tiene de instrumental y la razón de ser de la afección de bienes a fines, la comunidad de fines entre patrimonio y personalidad. Vid. A. DE COSSIO Y CORRAL, *La teoría del patrimonio*, en *Estudios de Derecho Público y Privado*, ofrecidos al profesor Serrano y Serrano, I (Valladolid, 1965), 154.

De aquí que la contestación a la pregunta formulada por Peña acerca de si cambian las deudas de patrimonio —en cuyo caso el patrimonio del causante deja de ser centro de responsabilidad— o si lo que cambia es el titular del patrimonio, lleva consigo una previa postura sobre cómo ha de entenderse la vinculación patrimonio-titularidad.

1. Distinciones doctrinarias.

En definitiva, la calidad de un trabajo científico, con utilidad práctica, se muestra en que proyecta sobre los problemas la luz clarificante de los principios sin enmascararlos bajo formulismos opacos carentes de luminosidad propia.

Así ha ocurrido en la dogmática del Derecho sucesorio, donde esta actitud de ocultamiento se advierte hoy sin salida, como expresión de una crisis insalvable. Dicen a este respecto Lacruz y Sancho Rebullida "La ilimitación de la responsabilidad del heredero se atribuye, por algunos autores, a la continuación de la persona del causante por aquél, que le obliga a responder con todos los bienes; por otros, a la confusión de patrimonios, que tiene la misma eficacia. Para los más, la causa es la ley, que atribuye las deudas al heredero y le hace responsable con todos sus bienes, sin consideración a su voluntad y sin necesidad de guardar las formas requeridas para la transmisión de deudas a título particular. Procede así por motivos de política jurídica, que no tiene mucho que ver con la falsa idea de la continuación de la personalidad, y sí con las necesidades del tráfico y las concepciones sociales, según las imaginó el legislador, con criterio hoy muy discutido" (90). Contra lo que ocurría en el Derecho romano clásico, y siguiendo el sistema de las Partidas (6,6,10), el Código

(90) Cfr. J. L. LACRUZ BERDEJO y F. SANCHO REBULLIDA, ob. cit., pág. 161. El sistema angloamericano, que considera a los sucesores como meros destinatarios del remanente de la herencia, por lo que los bienes del fallecido pasan a un ejecutor con misión de liquidar el patrimonio relicto, se ha propuesto en Francia como sistema adecuado para la atribución de bienes hereditarios al "hijo adulterino". A tal efecto se confiere a un tercero el poder exclusivo e irrevocable de representarle. La constitución de este representante legal que la E. M. del proyecto de ley sobre filiación comparaba a un *trustees* es una "garantía" a que la ley subordina la eficacia del anticipo de herencia a través del pacto sucesorio. Vid. G. CORNU, *La naissance et la grâce* (à propos du projet de loi sur la filiation, en Rec. Dalloz, XXIV (1971), 172 La contradicción entre estipulaciones usuales y el mito del pacto es, en la jurisprudencia francesa, especialmente acusada. Savatier abrigaba la esperanza de que se provocase una reforma legal que sacara de la historia de la prohibición de los pactos sobre sucesión futura todo el "desdichado capítulo de la ofensiva emprendida contra cláusulas útiles y equitativas que el uso había introducido en los contratos de matrimonio y en los pactos de sociedad", Vid. las diversas formas empleadas en la práctica y la presunción desfavorable de la *Cour* con una reiterada tendencia calificada por este autor de "ostracista"; sobre promesa de venta y pacto de sucesión futura, S. 11 de enero de 1933, en Revue, LV (1960), 141, 692, con un comentario comparativo con la jurisprudencia belga. Acerca del pacto de continuación, que este autor califica, siguiendo a Capitant, de "clásicas estipulaciones a término, cuyo término incierto es la fecha de la muerte del asociado", Revue, 54 (1956), 160. Acerca de la cesión de acciones bajo condición de muerte del cedente, Revue (1962), 234; sobre una cláusula de retrocesión y su configuración como pacto sucesorio, Revue, 41 (1963), 581.

Como puede advertirse la súbita revitalización del pacto sucesorio en tema de "filiación natural", "adulterina", ha de representar una brusca conmoción en el Derecho francés, donde la regla prohibitiva sirve de pauta incluso a la validez de la transmisión de derechos actuales y eventuales.

civil hace responder ilimitadamente al heredero, también por los legados.

Solución que, advierten estos autores, es criticable, porque en efecto, los legados no son verdaderas deudas, puesto que el difunto no las ha contraído en vida; "son gravámenes que surgen al tiempo de la muerte del testador, dispuestos por éste en beneficio de otras personas, y constituyen una liberalidad".

Por eso, en principio parece que la liberalidad debería disminuir el patrimonio del donante y no el de sus sucesores, de manera que éstos se limitasen a responder con los bienes recibidos, ya que fallan aquí las razones de tutela del crédito y de los derechos anteriormente adquiridos por los terceros que justificaban la solución contraria en tema de obligaciones del *decurjus*. Si el testador no deja bienes, no puede legar lo que no posee" (91).

Otro de los dogmas, admitido en el Derecho de sucesiones, es el de la naturaleza meramente declarativa de la partición, que "finge que los bienes proceden directamente del causante prescindiendo de la real existencia de la comunidad hereditaria. De llevarlo a su último extremo los Códigos latinos, que admiten esa formulación dogmática, deberían prescindir de la garantía de los lotes para asegurar la efectiva igualdad o proporcionalidad". Bien se comprende, dicen Lacruz y Sancho que la veneración de los dogmas y ficciones no podrá llegar hasta este punto" (92).

Pero esa solución, forzosa y trepidante dentro del sistema sucesorio francés, responde a su peculiar concepción de la herencia. Se trata, en último término, de garantizar una suma al hijo adulterino en la herencia del autor y la calificación de "heredero" no cuadra con el juego normal de fenómeno sucesorio. No existe en Derecho francés, como en el sistema español del Código civil, en la formulación de Peña, la posibilidad de atribuir a los acreedores *podere*s especiales de intervención en la liquidación de la herencia, en su doble vertiente sustantiva, esto es, impedir la entrega de los bienes hereditarios a los herederos mientras no se paguen las deudas (art. 1.082 C. c. y 1.093 L. E. C.) y procesal, es decir, facultar a los acreedores para que promuevan el juicio de testamentaría. De ahí la necesidad de instaurar el *pacto sucesorio*, como garantía de la institución de heredero y la propuesta de una representación legal, recibida como inspiración, del *trustee* anglosajón. El artículo 762 de la *Réforme du Droit de la filiation*, ley de 3 de enero de 1972 permite al autor de un hijo "natural" concebido durante el matrimonio hacerle en vida una atribución suficiente de bienes "*enréglement anticipé de sus droits successoraux*".

(91) Cfr. J. L. LACRUZ BERDEJO y F. A. SANCHO REBULLIDA, ob. cit., pág. 161.

(92) J. L. LACRUZ BERDEJO y F. A. SANCHO REBULLIDA, ob. cit., pág. 252. Sobre la finalidad específica del "contrato" de partición de herencia (poner término a la comunidad entre coherederos, practicar la liquidación y lograr que cada interesado obtenga aquello a que tiene derecho), Vid. Res. 30 de octubre de 1943.

2. Influencias exteriores

Ha de ser cautelosa preocupación la de no llevar las cosas a “formulismos sin contenido” (93). Así, por ejemplo, al interpretar el artículo 983, 2.º afirma Lacruz que “pretender establecer diferencia entre la cláusula en que un testador deja la mitad de sus bienes a Juan y la mitad a Pedro, aquélla en que deja herederos a Pedro y a Juan por mitad, es llevar las cosas a un “formulismo sin contenido” y conduciría, además, a una contradicción interna en el artículo 983, 2.º, pues la frase “por mitad o por parte iguales”, no sólo designa parte alícuota, sino que la fija numéricamente, y la fija así porque no hay otro procedimiento de fijarla”.

La concepción “pseudosubstantialista” propia de nuestro Derecho codificado, que, como advierte Puig Brutau, concibe el traslado de las cosas y de los derechos en un sólo momento (94), que ya es entorpecedora en el campo contractual, dificulta también la recta inteligencia del fenómeno sucesorio. Una de sus manifestaciones es la concepción de la sucesión en el patrimonio, que, como afirman Lacruz y Sancho Rebullida, “cosifica lo que no es sino un concepto de relación” (95). Se sucede, dicen estos autores, en las cosas y en los derechos: “cuando la sucesión es a título universal, entran en ella las deudas, y bienes y obligaciones conservan entre sí y frente a

(93) En la S. 8 de febrero de 1968 declara el Tribunal Supremo que toda interpretación que conduzca al absurdo debe rechazarse y otorga a esta máxima el contenido de “principio general”. Sin duda los principios de la lógica interna puede desechar una solución que resulta irracional o si su empleo contradice otros principios que resultan prevalentes. Con frecuencia el Tribunal Supremo se refiere a las reglas de la lógica imprescindibles para el razonar jurídico, pero consciente de que el Derecho no es sólo un “saber para la vida”, sino también una “forma de vida”. Las “reglas del criterio humano” a que alude el artículo 1.253 del C. c. no son otras que las de la lógica, S. 6 de abril de 1911, la “recta razón” equivale a “criterio racional”. S. 30 de septiembre de 1926, a las reglas de la “sana crítica racional” se cita la S. 13 de mayo de 1890.

(94) Cfr. J. PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho Civil*, II, II, Contratos en particular (Barcelona, 1956), 187.

(95) J. L. LACRUZ BERDEJO y F. SANCHO REBULLIDA, ob. cit., pág. 44. A esta “cosificación” que, como se advierte, dada la insistencia de la doctrina moderna, es tema propicio al estudio de todas sus manifestaciones en los diversos ámbitos del Derecho civil, se refiere también recientemente Vallet de Goytisolo al analizar “los problemas que suscitan los cocientes”, el tema sugestivo de la fungibilidad y comunicabilidad entre cuotas. La herencia, dice, no se halla dividida en compartimentos estancos: no hay en la realidad división en tres tercios. El tercio de legítima no es un compartimento estanco, es un *nomen juris*, un orden puramente contable y nada más que contable. Esto es, no hay compartimentos estancos, pero sí límites cuantitativos a la disponibilidad. La cosificación de las cuotas convirtiéndolas en compartimentos estancos es una visión conceptual de la realidad jurídica que da lugar a pseudos problemas. Vid. J. VALLET DE GOYTISOLO, *Aspecto cuantitativo de las legítimas*, en ADC, 24 (1971), 117. Y lo más grave, cabría añadir, es que estos pseudos problemas distraen del verdaderamente fundamental la incidencia en la organización patrimonial de la familia o del matrimonio.

los sujetos y objetos externos a ellos, la misma posición relativa que tenían en la titularidad del causante; empero que el conjunto de bienes y deudas, en su intervención, se apellide "patrimonio", no borra la individualidad de cada uno de sus elementos: se sigue sucediendo en bienes y deudas singulares, siquiera conservando interna o externamente, en manos del nuevo titular, su antigua vinculación. Es en ésta, en la que necesariamente se sucede, y no en la cosa vinculada...". De aquí la característica fundamental de la sucesión: "lo característico de la sucesión universal es la necesaria asunción, por el sucesor, de las obligaciones relictas con su garantía, y el posible aislamiento de todo ello frente a los bienes y deudas del heredero (con la consiguiente dualidad, más o menos acusada, de patrimonios en manos de un mismo titular), lo cual sólo puede explicarse o describirse mediante la fórmula "sucesión en el patrimonio" previa advertencia de que así no sucede en *algo distinto* de los bienes, que lo integran, sino de otro modo (96).

Con expresión de la jurisprudencia, Sentencia 10 de enero de 1929, al interpretar el artículo 668 del Código civil, hay que alejarse de "distinciones doctrinarias, a veces de puro nombre", y quedarse con lo que "de acuerdo con la realidad y la justicia, se acomode a la verdad y a las leyes".

Es forma frecuente de establecer distinciones doctrinarias, que a nada conducen, el trasplante de concepciones extrañas a los supuestos propios de que parte nuestro Derecho, porque se importa acaso la formulación desnuda del principio al que corresponde. Así suele ocurrir con el "excesivo apego a la doctrina francesa". La interpretación dominante considera que en el Código civil la responsabilidad del heredero es ilimitada, aunque limitable: que la regla general es la situación no beneficiaria y la excepción el beneficio de inventario. Interpretación nacida, sostiene Peña, de un apego excesivo a la doctrina francesa, que considera la responsabilidad *ultra vires* consecuencia natural de la sucesión sobre la base de la identidad de persona entre el difunto y el sucesor universal que goza de la *saisine* (97).

La solución francesa y la española no coinciden ante el problema idéntico: la necesidad de deslindar las responsabilidades *ultra vires* y lo que puede ser mero incidente de la liquidación. Piensan, en cambio, Lacruz y Sancho Rebullida que la responsabilidad *ultra vires* parece un efecto (retardado) de la sucesión y no un mero incidente de la liquidación, (lo cual no ocurre cuando la aceptación se hace con exclusión definitiva del beneficio de inventario (98).

(96) J. L. LACRUZ BERDEJO y F. A. SANCHO REBULLIDA, ob. cit., pág. 44.

(97) Vid. sobre la cuestión, M. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, ob. cit., página 159.

(98) Existen casos, observa con acierto Díez Picazo, en que las deudas del causante pesan de alguna manera sobre el legatario, si el testador les impone el pago de alguna de las deudas como carga o condición, 858 C. c. si

También el verdadero carácter de la donación *mortis causa* resulta oscurecido porque “entre la doctrina clásica y el Código civil se interponen la influencia francesa y el temor a los pactos sobre la sucesión futura” (99).

En general, la doctrina entiende que la donación es inter vivos si el donante *condiciona* la entrega a una determinada fecha o suceso, vg. la muerte del donante, que no por ello deja de ser inter vivos, Sentencias 28 de enero de 1898, 13 de junio de 1900 (100). 1900 (100) y sí opera la *transmisión real*, con la puesta a disposición del donatario, Sentencia 27 abril 1972.

Una cláusula (corriente en Mallorca) es la que dispone que “sea valedera de presente y efectiva luego de ocurrida la muerte del donante”, Resolución 24 de noviembre de 1925. En tal caso no hay condición; como donación es válida de presente, ¿qué tipo de *efectividad* es esa que trata de alcanzarse ya desde ahora, pero con vistas a la muerte?

¿Dónde radica la diferencia entre donación intervivos y *mortis causa*? Por lo común la jurisprudencia atiende al *momento* en que ha de comenzar su eficacia, Sentencia 27 de marzo de 1957. Pero la verdadera diferencia estriba en si la muerte figura como causa o como condición (101). A mi juicio, la donación *mortis causa* tiende a anticipar un *señalamiento* de bienes, con desvío de los fines generales del patrimonio sucesorio; a afectar unos bienes ya desde su otorgamiento, adscribiéndolos a una función específica respecto de los bienes constitutivos de la herencia.

VII. EL LENGUAJE SUCESORIO

Destacar la importancia de la semántica en el Derecho no es una conquista de la actual Ciencia del Derecho. Pero qué duda cabe de

todo la herencia se distribuye en legados, artículo 891, en el artículo 1.029, caso de herencia beneficiaria si aparecen después de pagados los legados otros acreedores. Vid. L. Díez PICAZO, *Lecciones de Derecho Civil, IV, Derecho de sucesiones*, pág. 345.

(99) Cfr. J. L. LACRUZ BERDEJO y F. A. SANCHO REBULLIDA, ob. cit., página 322. Sobre este tema tengo un trabajo pendiente de publicación que aparecerá próximamente.

(100) Se trata de una donación simple con entrega *post mortem*.

(101) Recoge una fórmula típica la R. 19 de mayo de 1917 “el que de ellos sobreviva adquiera la mitad de dicha finca correspondiente al premuerto, en términos que el sobreviviente queda dueño de la totalidad”. Sobre la distinción de ambos tipos de donaciones, Vid. S. 8 de julio de 1943; es *mortis causa* la que se hace por causa de muerte o peligro mortal sin intención de perder el donante la cosa ni su libre disposición en caso de vivir, como sucede con las disposiciones testamentarias. Una fórmula histórica castellana podría ser esta: “Doña María, viuda de Gil el Pato, da al Cabildo de los clérigos de Cuéllar unas casas *post mortem*, obligándose a entregar cincuenta maravedis anualmente, a condición de que los clérigos celebren cada año un aniversario por Gil el Pato y por ella”. 24 de abril de 1371, núm. 86, *Colección diplomática de Cuéllar*, A. UBIETO, Segovia, 1961.

que, en los últimos años, el cultivo de la lógica jurídica ha puesto de relieve la necesidad de explorar en los confines del lenguaje del Derecho para captar el peculiar significado que asumen las palabras (102).

Quizá el escenario del Derecho sucesorio ofrezca en este extremo una riqueza singular por tratarse de una zona del Derecho civil colindante con otras parcelas de que es complemento, especialmente con el patrimonio familiar. Y, sobre todo, por ser su técnica particular tan proclive al entronque histórico de sus instituciones más características (103).

1. *Conceptos de significado vacío*

Hay conceptos que son elementos simples del lenguaje (104), aptos para permitir expresiones sobre los hechos o sobre las normas, pero provistos de una consistencia propia. Son conceptos que podemos llamar de significado vacío. No tienen de suyo un legítimo significado.

Así ocurre con el término "disposiciones de última voluntad", empleado en el artículo 620 Código civil, que puede aplicarse como contrapuesto a actos inter vivos, o designar instituciones tan dispares como donaciones *mortis causa*, legados, fideicomisos, pactos sucesorios.

La vacuidad intrínseca al término disposiciones de última voluntad se alcanza mejor desde aquellos sistemas abiertos donde, como ocurre en Navarra, las liberalidades, en sus diversas formas y modalidades, siguen una línea de continuidad que permite enlazar sistemáticamente las donaciones y sucesiones. Con mayor propiedad en estos sistemas se emplea el término disposiciones *mortis causa* o disposiciones sucesorias.

Lo que con el nombre de legado, dicen Lacruz y Sancho, regula el Código civil, en los artículos 858 y siguientes, es el producto Justiniano de la fusión de dos instituciones clásicas romanas —legado y fideicomiso—. El Código civil no lo define. Pero el empleo del término legado se usa con mayor propiedad aplicado al favorecido

(102) La dificultad semántica ocasiona con frecuencia una "confusión babélica". El Profesor de Castro recuerda, recientemente, la originada con el vocablo negocio jurídico. Vid. F. DE CASTRO, *El negocio jurídico*, pág. 22. Ciertamente, un ejemplo claro de cómo unas mismas palabras y expresiones pueden servir para expresar reglas diferentes, es el artículo 464 del C. c. Pocos preceptos cabe hallar que sean más significativos. Los conceptos de "posesión", "bienes muebles", "adquisición", "buena fe" y "título", dice Puig Brutau, han sumado todo su contenido problemático para formar una regla que carece de sentido si intentamos desligarla de la trayectoria histórica que nos lo ha proporcionado, Cfr. J. PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho Civil*, III, 2.^a ed., pág. 123. En el ámbito del Derecho de sucesiones cabría decir lo mismo de muchos preceptos, entre otros. art. 1.056.

(103) La jurisprudencia toma en consideración el "lenguaje inteligible que aparezca como expresión de un pensamiento homogéneo y manifestación de una voluntad eficaz en Derecho". S. 8 de julio de 1940.

(104) Cfr. F. CALASSO, *Il negozio giuridico* (Milán, 1959), 4.

que tenga una pretensión autónoma e independiente para reclamar lo atribuido (105).

2. Conceptos de significado variable

Por la dificultad semántica de los significados que llevan consigo una carga histórica, se mezclan a veces conceptos distintos expresados con términos análogos. En concreto, “el artículo 660 del Código al establecer que se llama heredero al sucesor a título universal, y legatario al que sucede a título particular, pone en relación dos series de conceptos fundamentales para el Derecho sucesorio: de una parte, los de sucesión universal y particular, y de otra, los de heredero y legatario (106). La tesis de la *universitas* engloba una concepción ficta de lo que estos autores designan como *cohesión* en los bienes relictos (107). la *universitas* explica la cohesión de los bienes relictos como un *prius* de la sucesión, como un presupuesto, no como consecuencia, es decir, como *posterius*. La unificación entre bienes y deudas tiene el carácter de “consecuencia y no de presupuesto”. La ley unifica limitadamente y en determinados supuestos las relaciones patrimoniales que forman parte de la herencia, en servicio de la seguridad del tráfico, de los acreedores, del causante, y del ordenado disfrute de los bienes indivisos por los propios herederos”.

Otras veces con el mismo término se significan instituciones distintas. Son términos polifacéticos. Así sucede con el término “comunidad, que lleva consigo una tendencia a identificar el patrimonio de la comunidad con el causante, identificación frecuente en la jurisprudencia, Sentencia 21 de mayo de 1968, por no distinguir entre los tipos de titularidad plural”, la cotitularidad de los herederos en cuanto tales, y la correspondiente a los diversos partícipes por cuotas en el caudal relicto no destinado especialmente (108).

3. Conceptos de significado plural

El legislador utiliza también términos como “expreso” y “tácito” con pluralidad de sentidos, (arts. 463, 476, 901, 905, 1.090, 1.100,

(105) Cfr. J. L. LACRUZ y F. SANCHO REBULLIDA, ob. cit., pág. 548. Es necesario, afirma Díez Picazo, para averiguar el verdadero concepto del legado partir de los antecedentes históricos de la institución. Cfr. L. DÍAZ PICAZO, *Lecciones de Derecho Civil*, IV Sucesiones, pág. 324.

(106) Cfr. ob. cit., pág. 19.

(107) El concepto de *universitas* como unidad orgánica ha quedado ya trasnochado. *Universitas* alude con mayor propiedad a una categoría lógica, apta para explicar esa consideración unitaria del patrimonio del causante. Vid. L. FERRANDIS VILLELA, *La comunidad hereditaria*, y L. DÍEZ PICAZO, *Lecciones de Derecho Civil*, IV, pág. 520.

(108) Cfr. J. L. LACRUZ BERDEJO y F. A. SANCHO REBULLIDA, ob. cit., página 181. A esta cuestión nos referimos más adelante. Pero como puede advertirse en éste también un problema de lenguaje jurídico. Indica De Castro que “al decirse titularidad se alude muchas veces a las que no resultan de un Derecho subjetivo”. Vid. F. DE CASTRO Y BRAVO, *Compendio de Derecho Civil* (Madrid, 1970), 127. Sobre el empleo de los términos técnicos para “distinguir y designar las normas”. Vid. este autor, oc., pág. 125.

1.153, 1.169, 1.588, 1.610, 1.755, 1.767, 1.768, 1.827). El término “expreso” puede entenderse como sinónimo de efectivamente, específicamente, de modo explícito, verdaderamente. Y por “tácito” lo presunto o conjetural. Así, se dice, es mejora tácita la del artículo 1.056, 2.º. El Código civil, afirma Roca, bloquea toda posibilidad de inducir conjeturalmente un sistema de mejoras fundadas en la voluntad presunta del testador. Pero no exige que la voluntad de mejora se manifieste de un modo formalista, empleando la palabra “sacramental” mejora (109).

El término “herencia forzosa”, de tanto realce en el Derecho sucesorio, es asimismo susceptible de dos significados; como cuota de bienes del caudal relicto “consideración demasiado unilateral” y como un “derecho a bienes del patrimonio del causante en proporción determinada, pero que no ha de ser forzosamente satisfecho, por título de herencia, ni aún por sucesión, que tampoco se calcula exclusivamente sobre el caudal relicto” (110).

La doctrina moderna ha profundizado en los significados jurídicos de otros términos acaso procedentes del campo de la economía como la idea de explotación (111), conjunto patrimonial que constituye una unidad orgánica. En Sentencia 7 de abril de 1945 se otorga a la palabra “industria” el significado jurídico de “unidad patrimonial”. La Sentencia 16 de marzo de 1948 trata de incorporar como concepto jurídico la noción de empresa. En cambio, el término titularidad, de tanta raigambre jurídica y consecuencias prácticas, requiere aun acotar sus verdaderos perfiles, sus matices cuando la titularidad recae sobre la empresa (112).

Los profesores Lacruz y Sancho plantean en este orden un problema de gran interés para la exégesis del artículos 1.056, 2.º: si se permite o no considerar como empresa individual el paquete de acciones mayoritario o total que representa la titularidad de la empresa. Para que dicho precepto sirva hoy a su finalidad inicial se precisa, dicen, una interpretación más amplia.

Son muchas las palabras del lenguaje jurídico susceptibles de

(109) Para una exposición de los términos “expreso”, “tácito”, “presunto”, Vid. J. VALLET DE GOYTISOLO, *Notas para la interpretación del artículo 783, 1.º y 785, 1.º, del Código Civil*, en “ADC” (1961), 56, y *la mejora tácita. Hacia la fijación de un concepto y concreción de una prohibición*, en “AAMM”, VII (1954), 5; en torno al problema acerca de si la “revocación tácita” es una forma de revocación o una de las formas de ineficacia genérica. Vid. F. PASTOR RIDRUEJO, *La revocación del testamento* (Barcelona, 1964), 190.

(110) Cfr. J. L. LACRUZ BERDEJO y F. A. SANCHO REBULLIDA, ob. cit., página 91. “La expresión *herederos forzosos* ha de considerarse una impropiedad de lenguaje”, o. c. II, pág. 19.

(111) Cfr. J. J. LÓPEZ JACOISTE, *La idea de explotación en el Derecho Civil actual*, en “RDP”, 44 (1964), 351.

(112) Sobre el significado y alcance de la palabra “coherederos”, Vid. J. MARTÍ MIRALLES, oc. pág. 33.

nuevos significados y de matices más acomodados a la finalidad que pretenden. No trato de hacer un recuento exhaustivo, sino connotar su trascendencia científica (113).

Entre otras muchas, vg. la distinción de términos que suelen elegirse como análogos a pesar de que no significan el mismo concepto, como "iliquidez" e "insolvencia", de tanto relieve en el análisis del pago de las deudas: Si hay simplemente iliquidez y no insolvencia, el heredero acreedor puede hacerse pago de su crédito, y oponerse ese pago a los acreedores que se presenten luego, precisamente porque no debe ser de peor condición que ellos" (114).

A veces el significado preciso permite una interpretación más acomodada a las exigencias actuales, como sucede con la palabra "expresos" del artículo 785 referida no a personas, sino a llamamientos, la significación de las palabras "segundo grado" como limitación de la temporalidad de las sustituciones fideicomisarias. (115).

(113) Basta pensar en los diversos significados de que es susceptible el término "grado" que recoge el artículo 781, y, que la doctrina admite según sea su concepción acerca de la sustitución fideicomisaria; grado puede entenderse como *llamamiento*, lo que implica que se puede nombrar un solo fideicomisario puesto que el primer llamamiento a favor del fiduciario ya se ha dado; puede entenderse también por grado el *llamamiento de sustitución*, en cuya virtud sólo se computan los nombramientos de fideicomisario, opinión más común que sigue la S. 23 de junio de 1940; grado significa también *generación*, lo que permite un número indeterminado de llamamientos que no exceda de la segunda generación. Vid. sobre la cuestión, J. LÓPEZ Y LÓPEZ, *La regulación del fideicomiso de residuo en el Código civil*, pág. 787.

Otras veces son las mismas reglas de la gramática quienes permiten una u otra significación; la famosa "coma", en las oraciones de relativo a que se refiere, interpretando el artículo 781 del C. c., Jerónimo López en torno al fideicomiso de residuo; el empleo del plural en lugar del singular "las mismas partes" del artículo 779, que da a entender, dicen Lacruz y Sancho Rebullida, que la expresión apunta al numerador olvidando el denominador, etc.

Como regla general es válida la que indica Puig Brutau; para fijar la verdadera inteligencia de las frases que tienen una significación definida en las leyes hay que atender al sentido legal y no al vulgar, Vid. J. PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho Civil*, pág. 487. Criterio éste recibido por la jurisprudencia, S. 28 de junio de 1947.

En cambio, las palabras o cláusulas empleadas en las disposiciones testamentarias son "el medio, el cuerpo con que adquiere realidad visible" la verdadera voluntad del testador, y en ellas ha de buscarse la "fijación del sentido" que el testador quiso darlas, S. 25 de mayo de 1971.

Al uso de la palabra "podrá" que emplea el artículo 905, se refiere la S. 6 de febrero de 1966: "término potestativo y no imperativo", siendo principio de la incumbencia judicial la apreciación de las razones y circunstancias en que el albacea funda su petición de próroga.

(114) J. L. LACRUZ y F. A. SANCHO REBULLIDA, ob. cit., pág. 177. Otras veces ocurre al revés; instituciones cuyo fondo es idéntico emplean diversa terminología; acerca de los términos "sustitución vulgar" y "representación" y su afinidad institucional, Vid. CAMY, *Contador-partidor y personas a quienes válidamente puede adjudicar bienes*, en "RDP", 52 (1968), 311.

(115) M. DE LA CAMARA, *Partición, división y enajenación de bienes sujetos a sustitución fideicomisaria*, en "RDP", 42 (1958), 637.

Las alusiones a lo que el Código civil llama *bienes futuros*, artículos 2.º, 1.271, 1.º, 1.315, pueden asumir un significado más exacto, “bienes que una persona deja a su muerte, con independencia de si existen o no en su patrimonio en cualquier momento” (116), que resulta más útil para enfocar el problema de la línea divisoria entre el acto *inter vivos* y el *mortis causa*, a que más adelante se hará referencia (117).

A veces son frases estereotipadas a que tanto la doctrina moderna como la jurisprudencia han prestado su atención, como la establecida en una añeja cláusula de estilo: “en el remanente de sus bienes”, que da lugar a un problema de calificación, ¿atribuye la cualidad de heredero? Esa frase reproduce una frecuente, aunque incorrecta, fórmula notarial y responde, dice la Resolución 29 de noviembre de 1956, “más a un concepto económico de la herencia que al jurídico imperante en nuestra legislación”. (arts. 659 y 661 Código civil. Ordinariamente se emplea con la finalidad de que se respeten las disposiciones a título singular establecidas previamente en el mismo testamento, pero no es ese, como se ha visto, su recto significado histórico.

Entre tantas interpretaciones sobre el sentido de los términos destaca la que emplea el artículo 675 del Código civil: “tenor del testamento”, a que alude, se refiere al conjunto de disposiciones útiles para aclarar el sentido de la cláusula dudosa, atendidas las circunstancias que tuvo el testador para ordenar su última voluntad (118).

(116) J. LACRUZ BERDEJO y F. A. SANCHO REBULLIDA, ob. cit., pág. 323.

(117) El término *prelegado* es también susceptible de significados diversos que se cargan de contenido histórico. Sobre el significado romano del *praelegare*, Vid. N. PALAZZOLO, *Dos praelegata. Contributo alla storia del prelegato romano* (Milán, 1968). Pone de relieve la concepción justiniana de legado extensible a toda disposición testamentaria a título particular que sea a cargo de la herencia. Los clásicos empleaban el término *praelegare* como disponer en cualquier forma a favor de personas no herederos. En orden al prelegado, la S. 5 de mayo de 1965 se inclina por su validez, interpretando el artículo 675 del C. c. en el sentido más favorable a la voluntad real del causante. En el testamento deja un prelegado e instituye heredera a una hija natural del testador, cuya inscripción en el Registro se anula, lo que plantea la controversia acerca de la “inexistencia” jurídica del título por el que es llamado al faltar la identidad. El Supremo confiere realce al nombramiento: “conocida por los nombres que se la designa” y la afirmación de paternidad “el testador la reconoció como hija”, reconocimiento confesión, al que, añadiendo la interpretación favorable a la voluntad real, hace prevalecer sobre la impugnación del título jurídico, aun despojado del título legitimador al anularse la inscripción. Frente al formalismo, la decisión recoge dos principios, la autonomía de la voluntad y el favor de la prole apoyada en la afirmación del hecho natural de la generación a pesar de no coincidir con la validez del título de estado.

(118) Es función del Tribunal Sentenciador fijar el verdadero sentido de las cláusulas testamentarias y esa interpretación sólo puede ser combatida con éxito en casación cuando se patentiza de modo manifiesto el error cometido en la sentencia, debiendo prevalecer el criterio del Tribunal *a quo* frente al recurrente, si no aparece haber sido contrariada de modo evidente la voluntad del testador, S.S. 11 de junio de 1964, 18 de diciembre de 1965.

VIII. LA NORMATIVIDAD Y SU LOGICA INTERNA

La tarea del verdadero intérprete no se reduce a señalar los preceptos aplicables. Entre otras razones porque, afirma Puig Brutau, la pregunta acerca de cuál sea el Derecho vigente no puede contestarse sin tener en cuenta los Tribunales (119).

El transcurso del tiempo nos ha hecho olvidar aquella imagen tan pintoresca de Silvela de lo que hoy se entiende como "jurisprudencia correctora": "para las deficiencias, omisiones y vaguedades del Código va a ser preciso buscar una buena ama montañesa, y esta buena ama montañesa serán los Tribunales de justicia ("Revista de los Tribunales", XIX, 1889, 446).

Es preciso, por otra parte, determinar tanto el lugar y la efectiva vigencia que dentro del sistema ocupan las normas, como, lo que Núñez Lagos designa con acierto, "la lógica de su dinámica", que reclama una concreta valoración crítica (120).

Considero como más destacables estos tres aspectos que dan luz en torno a esa particular actitud ante la normatividad que permite fijar en nuestro tiempo el Derecho en vigor: la decantación del sustrato normativo, la penetración de la línea fronteriza entre los actos *inter vivos* y *mortis causa*, que permite determinar cuáles son los principios extensibles, y el análisis de la lógica jurisprudencial en la materia.

1. *Decantación del sustrato normativo*

En el Derecho de sucesiones, Lacruz y Sancho, de cada precepto suelen ofrecer alguna particularidad que tiene relevancia dentro del conjunto normativo. Así, son frecuentes cautelas como esta, al tratar de explicar el porqué de la antinomia 759-799, (121):

(119) Cfr. J. PUIG BRUTAU, *Cómo ha de ser invocada la doctrina civil del Tribunal Supremo*, en "RJC", 60 (1953), 40 ss. En este trabajo sale al paso de la "falsa teoría", que en gran parte inspira la actuación de nuestra práctica, de creer que los Códigos civiles contienen soluciones para todos los problemas objeto de discusión ante los Tribunales.

(120) Ha de rechazarse cualquier interpretación que dé lugar al absurdo. S. 7 de diciembre de 1970. Basta el carácter de posible heredero legítimo para poder ejercer acciones de nulidad de testamento, sin que obste la existencia de otras personas con derecho preferente. S. 7 de diciembre de 1970, y no es preciso justificar la cualidad de heredero para la transmisión de los perjuicios materiales y morales. S. 17 de febrero de 1956. Argumentación rechazada por absurdo legal: la negativa de alimentos a un hijo mayor de edad que accidentalmente los necesitase constituye causa legal de desheredación y el rompimiento absoluto por toda la vida de la relación paterno filial desentendiéndose desde la infancia no sólo de la obligación de alimentarle, sino también de las de acompañarle, educarle y representarle en el ejercicio de las acciones para él provechosas si no había sido "expósito" (Vid. arts. 756 y 854), no sería causa de desheredación, S. 3 de diciembre de 1946.

(121) M. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, ha puesto de relieve que el llamado Anteproyecto de Código Civil explica cómo no existe tal contradic-

el “imperativo de la Ley de Bases, señalando como guía del legislador al Derecho histórico y al Proyecto del 51; el hecho de que tras el Proyecto del 84 no se introdujeron modificaciones especiales; y que, en cambio, las modificaciones de estilo de última hora fueron precipitadas y no muy afortunadas. En tal circunstancia se concibe perfectamente el error del legislador aquí, y no hay motivo para canonizarlo, sobre todo si hay que desnudar a un santo para vestir a otro” (122).

ción. Cfr. *El Anteproyecto del Código Civil español (1882-1888)*, en Centenario de la Ley del Notariado. Estudio preliminar, pág. 49. El Anteproyecto, dice, aporta luces nuevas sobre la antinomia entre los artículos 759 y 799 del Código civil. Los textos correspondientes no están en contradicción. Y los antecedentes invocados en el Anteproyecto deben ser tenidos en cuenta para la interpretación de los mismos.

(122) Cfr. J. L. LACRUZ BERDEJO y F. A. SANCHO REBULLIDA, ob. cit., página 494. Esta manera de proceder puede decirse que es común a la doctrina moderna española. Se advierte, al cabo de los años de vigencia del Código civil el entorpecimiento que en la evolución de nuestro Derecho de sucesiones significa la incorporación de un sustrato normativo recibido de nuestra tradición jurídica, cuya línea evolutiva se alcanza con claridad, y otro que procede de una recepción extranjera, cuyos desenvolvimientos se entrecruzan aprisionando la fuerza creadora de sus respectivos principios expansivos. Refiriéndose al problema de cuáles son los negocios jurídicos de derecho patrimonial que la mujer casada puede realizar por sí sola en la administración de bienes gananciales, afirma De la Cámara que el artículo 995, en tema de adquisición de herencia, “se aparta de la solución de la Ley 54 de Toro” sin razones suficientes que justifiquen el abandono de la tradición; deviene por eso éste un “precepto oscuro” que plantea una serie de cuestiones, entre otras la de justificar por qué se exige la licencia en todo caso. Si la aceptación a beneficio de inventario salvaguarda los intereses de la sociedad de gananciales y por tanto del marido, hubiera sido razonable aceptar sin licencia a beneficio de inventario. Cfr. M. DE LA CÁMARA, *Capacidad patrimonial de la mujer casada*, en “Estudios en honor del profesor Castán”, VI, págs. 147 ss. Hay normas que introducen, a través de un intermediario, preceptos romanos. El artículo 885 del C. c. nos ha transmitido, indica Díez Picazo, a través del Código Napoleón una norma procedente del Derecho romano, donde el legatario no podía tomar posesión de la cosa legada sin consentimiento del heredero, a quien corresponde la posesión de derecho de los bienes hereditarios (art. 440), Vid. L. Díez PICAZO, *Lecciones de Derecho Civil*, IV, pág. 340.

En la sesión 20 de marzo de 1889 en el Congreso de los Diputados, el señor Maluquer Viladot se tomó la molestia de transcribir los artículos que procedían del Código Napoleón “un total de más de doscientos cincuenta artículos copiados del Código de Napoleón”. Cfr. *Djario de las sesiones de Cortes, Congreso de los Diputados. Legislatura de 1888-1889*, t. IV (Madrid, 1889), 1976. Entre estos artículos figuran el tratado de la representación, que es “casi literal”, todo lo referente al “orden de suceder en la línea recta descendente” “es copia”, etc. Por eso, ofrece verdadero interés estudiar cómo ha sido la interpretación y la aplicación de estos preceptos en el país de origen y en la doctrina y jurisprudencia española. Sobre este tema tengo un trabajo en elaboración que arroja mucha luz a la hora de explicar el porqué de las ambigüedades y contradicciones de la doctrina. En último término cabe hoy advertir las consecuencias perturbadoras de adaptar, en expresión del profesor De Castro, el propio Derecho a sistemas extraños a costa de forzar la interpretación de las leyes y vio-

Advertir la particular influencia o procedencia de las disposiciones legales, el dato histórico, resulta imprescindible para su debida interpretación; los antecedentes inmediatos del artículo 886 “sin precedente en el Derecho español (no lo es Part. 6, 4, 8, que algunos señalan como tal) son los artículos 1.810 Código civil portugués y 1.854 Código civil italiano, copiados aquí casi a la letra” (123); los errores de transcripción, art. 755: “bajo forma de contrato oneroso”. Es éste, dicen Lacruz y Sancho, un error derivado de la reproducción literal del artículo 760 del Código civil italiano, correspondiente al 911 del Código Napoleón, que consideraba conjuntamente la incapacidad de recibir por testamento y por donación. Referido a una sucesión *mortis causa*, no es fácil concebir el caso de un negocio unilateral y de última voluntad, como el testamento que pueda ocultarse bajo la forma de un contrato oneroso” (124).

Tanto la interpretación lógica como los razonamientos de lógica jurídica (125) develan la armonía interna de las soluciones, permiten dar realce a lo que tiene de efectiva aportación cada sentencia, de distinguirse con seriedad científica el orden del razonar, *obiter dicta*, y la verdadera *ratio decidendi*.

Con frecuencia nos encontramos en la doctrina con exclamaciones como estas, que recojo del libro de Lacruz y Sancho: “importante Sentencia”, 20 de marzo de 1967 (126), (respecto de la institución y sustitución); “intuición muy defendible” (la diversa eficacia a efectos de la usucapion de un título universal, Sentencia 12 de abril de 1951) (127); la singularidad de que la jurisprudencia mantiene en vigor artículos ya derogados (128); “explicando magistralmente este punto de vista” (partición *inter vivos* del art. 1.056, Sentencia 6 de marzo de 1945) (129); explicitando líneas jurisprudenciales “no

lentar el sentido de las instituciones fundamentales, Cfr. F. DE CASTRO, *Negocio Jurídico*, pág. 29.

(123) Cfr. J. L. LACRUZ BERDEJO y F. A. SANCHO REBULLIDA, ob. cit., página 489.

(124) Ob. cit., pág. 111. Entiendo que la doctrina con frecuencia adopta una visión monolítica de la Historia, confundiendo la idea de progreso con el condicionamiento de hechos irrepetibles. La Historia juega de dos modos distintos, como *límite* es un “a partir de”, esto es, el último eslabón de hechos irreversibles, pero juega también como *tensión*, en cuanto que es proceso vital y en esta medida no opera “a saltos”. En la vertiente histórica particular del fenómeno sucesorio la apertura de la sucesión es un hecho irrepitable, en cambio, la dinámica de todo el proceso se mueve por la tensión a que está sujeta la continuidad de un patrimonio.

(125) Acerca de las diferencias entre interpretación lógica y razonamientos de lógica jurídica, Vid. ULRICH KLUG, *Juristische logik*, 2.^a ed. (Berlín, 1958), 146.

(126) J. L. LA CRUZ BERDEJO y F. A. SANCHO REBULLIDA, ob. cit., página 685.

(127) Ob. cit., pág. 314.

(128) Ob. cit., pág. 301.

(129) Ob. cit., pág. 276.

defendibles”, pese a su uniformidad” (como la asimilación entre el fideicomiso de residuo y disposición condicional) (130).

2. *Un caso paradigmático: la línea fronteriza entre actos inter vivos y mortis causa*

Especial interés ofrece la perspectiva que este tema abre para una manera de adentrarse en el estudio del Derecho sucesorio, situar el centro de atención en torno a la zona fronteriza entre los actos *inter vivos* y *mortis causa* (131).

Nuestro Código civil carece de una teoría de los actos, que ha ido elaborándose mediante la doctrina y la jurisprudencia. “El Código civil regula con normas distintas los negocios jurídicos de atribución patrimonial *inter vivos* y los *mortis causa*: aquéllos, relativos a movimientos de valores en vida de las partes, y éstos, a la suerte de las relaciones patrimoniales de una persona natural después de su muerte”. En sus especies más vulgares, la separación de unos y otros es evidente: la venta o el arrendamiento, frente a la institución de heredero o el legado. Sin embargo, hay variedades en las que la distinción resulta más difícil: la atribución por medio de mandato *post mortem* o contrato en favor de tercero; la compraventa con pacto de sobrevivencia; el seguro de vida; la donación para después de la muerte del donante en sus diversas modalidades...” (132).

Importa entonces mucho señalar con cuidado los exactos caracteres de ambas clases de negocios, a fin de discernir la última diferencia entre unos y otros y delimitar su frontera (133). Como advierte

(130) Ob. cit., pág. 647.

(131) Compilación del Derecho civil foral de Navarra, el libro segundo presenta como “formas conjuntas por un mismo fin” donaciones y sucesiones, pactos o contratos sucesorios y testamento. “La asociación de donaciones y sucesiones es profundamente genuina en el Derecho Civil de Navarra, el cual presenta una riquísima gama de formas y modalidades de liberalidad, desde la donación *inter vivos* al más solemne testamento, pasando por las capitulaciones matrimoniales, pactos sucesorios, testamentos de hermandad, etc., sin verdadera solución de continuidad. De este modo se resuelve con toda naturalidad un antiguo problema sistemático que abrumaba a juristas y legisladores de otros Derechos”. Cfr. Prólogo a la Recopilación privada del Derecho privado foral de Navarra, redactada por J. García Granero, J. J. Nagore, J. Aizpún, A. D’Ors, J. J. López Jacoiste, J. Arregui Gil.

La calificación *inter-vivos*, dice Jordano Barea, se refiere al plano de los sujetos y al modo de ser de los efectos del acto con relación a los mismos sujetos; la calificación *mortis causa* se refiere, en cambio, al elemento objetivo-funcional del acto (causa-función de éste), Cfr. J. JORDANO BAREA, *Teoría general del testamento*, en “Estudios de Derecho público y privado” ofrecidos al profesor doctor don Ignacio Serrano y Serrano, I. “Estudios de Derecho civil”, Valladolid (1965), 433.

(132) J. L. LACRUZ BERDEJO y F. A. SANCHO REBULLIDA, ob. cit., pág. 319.

(133) El análisis histórico de las Instituciones permite observar cómo institutos que actualmente son típicamente sucesorios responden a un proceso de desarrollo que conduce desde actos *inter-vivos* a *mortis causa*, alterándose la forma pero no la función. Ejemplo claro de estas mutaciones es en Roma

Puig Brutau, un mismo interés puede quedar calificado diversamente y, a través de la calificación puede recibir una protección jurídica de características peculiares en cada caso (134).

Pero aparte ya de ese deslinde es también inaplazable la necesidad de estudiar la intercomunicación entre ambas clases de negocios, cuya relevancia advierte con especial interés la doctrina moderna. De esta toma de conciencia han de surgir nuevos criterios interpretativos que articulen los límites de la autonomía de voluntad con la coherencia de lo que puede llamarse “armonía sistemática” (135).

De tal cuestión se hace eco la Sentencia 3 de abril de 1965: a diferencia —afirma— de lo que ocurre con los negocios jurídicos *inter vivos*, en que al interpretarlos debe tratarse de resolver el posible conflicto de intereses entre el declarante y el destinatario de la declaración, la interpretación de los actos testamentarios aunque tenga también un punto de partida basado en las declaraciones del testador, su finalidad primordial es la de investigar la voluntad real, exacta, o, al menos, probable de dicho testador, a causa precisamente de que no cabe imaginar un conflicto entre los sujetos de la relación sucesoria, es decir, el causante y sus sucesores...

Entre tantas implicaciones prácticas cabe señalar:

a) La diferencia de trato, en tema de rescisión por lesión, artículo 1.293 y 1.074, entre la partición y los demás negocios jurídicos “está justificada por la ausencia de espíritu de especulación, e, incluso, la necesidad de partir pidiéndolo cualquier coheredero. Todavía cabe añadir que en los contartos, generalmente, las partes manejan bienes o intereses propios, por lo que no es fácil que se produzca lesión inadvertida; por el contrario, en la partición de herencia, se manejan bienes ajenos (del causante) cuyo conocimiento menos directo, personal, y por tanto, exacto, justifica también el trato desigual en esta materia. Pero, junto a la admisión de este remedio, la limitación en la cuantía de la lesión, responde al *principio de conservación*, el cual se manifiesta también en la subsidiariedad de la acción” (136). Como ya se ha dicho, los artículos 1.069 a 1.080 del Código civil consagran el principio de conservación en la partición; (137).

la evolución de la *mancipatio familiae* que asume la función de testamento. El mecanismo de la *mancipatio*, acto patrimonial por excelencia, se presta a tal adaptación por su finalidad concreta, lograr una transferencia del patrimonio para la época de la propia muerte. El adquirente no era heredero, si bien, dice Gaii (2.103) “heredem locum optinebat”.

(134) Cfr. J. PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho Civil*, “Contratos”, página 652.

(135) Esos preceptos que vierten normas de Derecho necesario fuera del ámbito de la autonomía de la voluntad negocial y cuya actual formulación es jurisprudencial, Vid. A. CALVO SORIANO, *Adquisiciones con pacto de sobrevivencia*, página 387.

(136) Cfr. J. LACRUZ BERDEJO y F. A. SANCHO REBULLIDA, Ob. cit., página 261.

(137) Hace notar Palá Mediano que ese principio referido a la conserva-

b) "El testamento ológrafo, no tiene ordinariamente en el tráfico valor idéntico a un documento privado, mientras no sea adverado y protocolizado, vale menos: luego deviene documento público: caduco sin protocolizar, vale, salvo —pienso— si todos los interesados (en este y en otros testamentos, herederos *abintestato*) reconocen su validez, y, entonces, lo que vale es el contrato, y el testamento sólo como una especie de causa" (138). La intuición es, a mi juicio, rica en consecuencia, ya que pone de relieve cómo en el entramado causal cuenta menos la adscripción de la causa a un tipo determinado que la voluntad y la finalidad práctica pretendida.

c) Más aún, un acto *mortis causa* tipo, como puede serlo el testamento, da lugar, o mejor, puede albergar negocios o actos *inter-vivos* como el reconocimiento de un hijo natural. Tal reconocimiento es, en todo caso, un negocio o acto *inter-vivos*, pues no atribuye *mortis causa* el patrimonio o el cuidado de las relaciones personales del causante (además, la muerte no actúa en él como condición, ni pierde su validez aún cuando el testamento se revoque, art. 741). Su inclusión en el acto *mortis causa*, se permite por evidentes razones de conveniencia" (139). Ahora bien, el testamento no es título constitutivo del estado de hijo natural, por eso sólo vale como reconocimiento en vida si se acompaña de las formalidades del hecho en escritura pública (140).

ción y permanencia de la organización y fines de los negocios sociales rechaza la aplicación de conceptos de la dogmática tradicional. Cfr. F. PALÁ MEDIANO, *Los problemas de la sucesión en los derechos de socio*.

(138) Ob. cit., pág. 418. La S. de 28 de junio de 1948 declara que el testamento ológrafo como forma válida de testar en los territorios de Derecho foral, es expresión de "una línea interpretativa de adaptación de los textos a las exigencias sociales y al perfeccionamiento de los conceptos", línea evolutiva que recuerda, y la sentencia referida lo compara a la que conduce en Roma desde "el rígido formulismo del "jus civile" al Derecho creado por el pretor.

(139) J. L. LACRUZ BERDEJO y F. A. SANCHO REBULLIDA, ob. cit., página 357.

(140) El reconocimiento de hijos naturales en forma de testamento es frecuente en la práctica. Su mayor riesgo, como indica Beltrán de Heredia, es el de amparar un fraude a la ley. Vid. el comentario a la S. 22 de diciembre de 1964 de J. BELTRÁN DE HEREDIA, *El reconocimiento de hijo natural en testamento*, en "RDP" (1965), 184. Tal reconocimiento no puede ser considerado como acto de última voluntad. Por ser acto peculiar del Derecho de familia es incompatible, dice, con la eficacia "post mortem" del testamento y si la intención no es testar sino reconocer sería tanto como apropiarse de una forma de instrumentación reservada para los específicos negocios jurídicos *mortis causa*. El reconocimiento hecho de esta manera, con forma de testamento, es, en cuanto tal ineficaz, con sanción de nulidad por ir contra los artículos 131 y 133 del C. c.

Pero el tema ofrece gran complejidad. En Res. 27 de diciembre de 1965 se plantea el problema de si puede inscribirse el reconocimiento de filiación sólo incidental, muy frecuente en los testamentos que puede injertarse en una cláusula a efectos del artículo 187 RRC, declarando bajo su responsabilidad la capacidad legal para contraer matrimonio al tiempo de la concepción del reconocido. La cuestión estriba en el modo en que haya de interpretarse, si ha de ser o no literalista esa declaración. Vid. Díez DEL CORRAL Y RIVAS, *Reconocimiento incidental*, en ADC, 21 (1968), 577.

d') El adecuado deslinde entre atribuciones *inter-vivos* y *mortis causa* permite a la vez aproximar lo jurídicamente semejante y regulado por el mayor número de preceptos comunes. Especial interés ofrecen los negocios *mortis causa* con estructura y eficacia de *inter-vivos*, así como la recíproca influencia del régimen jurídico del Derecho de obligaciones respecto del sucesorio.

Entre esos preceptos comunes hemos de incluir los principios extensibles a unos y otros.

1) El principio de mancomunidad es igualmente aplicable a las relaciones sucesorias. La responsabilidad prevista en el artículo 1.071 se aproxima a la solidaria al poner a cargo de los restantes coherederos la falta de cumplimiento de uno de ellos (artículo 1.145 frente al 1.139), pero no hay aquí propia solidaridad, cuya característica esencial —dice Pío Cabanillas— no es la responsabilidad por insolvencia, sino la existencia de una pretensión por el crédito total, que puede dirigirse contra cualquiera de los deudores. En nuestro caso, una posible solidaridad de los coherederos choca con el artículo 1.137 y con el propio texto del 1.071 (141).

2) El principio de buena fe es asimismo relevante: “del principio de buena fe en el cumplimiento de las obligaciones, artículo 1.258, aplicable a las condicionales y, por ende, a las disposiciones a causa de muerte, artículo 791, se deduce que queda incumplida la condición cuando su realización se procura contra la buena fe (142).

3) Pero al lado de una directa aplicación, los principios comunes permiten el *juego de la analogía*.

Así ocurre, tal vez, en orden al artículo 798, 2.º, que suscita la duda de si se refiere a la condición o al modo, y si, de no referirse a la condición, es aplicable por analogía el 1.119 (143).

¿Hata qué punto supone el artículo 884 una excepción a la regla

A la misma temática responde la S. 20 de enero de 1967, ante un reconocimiento hecho en testamento cuya nulidad se solicita por falta de existencia de filiación biológica. El Tribunal Supremo considera que el reconecedor puede atacarlo por estar legitimado para ello, artículo 138 del C. c.: “dado el perjuicio material y moral que tal negocio jurídico puede causarle”, sin que rija por tanto el principio de los actos propios. En la otra vertiente, la influencia de actos no testamentarios en el testamento, ofrece interés la S. 5 de marzo de 1965; el testador deja un prelegado e instituye heredero a una hija natural. Al anularse con posterioridad la inscripción se plantea el problema de la nulidad de la institución. La sentencia opta por la negativa, basándose en la voluntad real del testador. Sobre un supuesto análogo, S. 14 de marzo de 1964.

(141) Cfr. J. L. LACRUZ BERDEJO y F. A. SANCHO REBULLIDA, ob. cit., página 254. Peña Bernaldo de Quirós entiende por aplicación directa o analogía del artículo 1.071 que el coheredero “que paga el entero paga una deuda de la cual todos los coherederos todavía responden frente al acreedor”. El pago resulta en beneficio de todos y por lo tanto “la insolvencia del, entre ellos, primeramente obligado debe repercutirse entre todos”. Cfr. M. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *La herencia y las deudas del causante*, pág. 347.

(142) Cfr. J. L. LACRUZ BERDEJO y F. A. SANCHO REBULLIDA, ob. cit., página 487.

(143) Sobre la cuestión, LACRUZ y SANCHO, pág. 594.

del 1.095? Depende de la interpretación que se da a este último precepto. Las obligaciones pecuniarias sólo producen interés cuando el deudor se constituye en mora (o en los otros casos del art. 1.100); es de suponer —ello se discute en la doctrina— que ocurre lo mismo en tema de legados, y en relación con los de cualquier clase (144).

Siendo igual el tratamiento legislativo del modo en las liberalidades *mortis causa* e *inter-vivos*, es de creer que también se aplican los artículos 619 y 622 a la institución o legados modales (145).

3. La lógica jurisprudencial

Principio axiomático para la jurisprudencia es que el testamento es la ley suprema. Sentencia 27 de enero de 1899.

Como el Derecho sucesorio toma como base los negocios testamentarios cabe aplicar por analogía a este “modelo de los actos de disposición *mortis causa*” normas ubicadas en la disciplina de los contratos.

En ciertos aspectos la situación del heredero respecto del objeto legado es semejante, dicen Lacruz y Sancho Rebullida, a la del depositario con relación a la cosa mueble depositada: parecen aplicables aquí los artículos 1.767 y 1.770. Las ventajas obtenidas por el heredero empleando el objeto legado sin dañarlo, sólo pueden reclamarse cuando se den los presupuestos de la acción de enriquecimiento.

En el tema de impensas y gastos del gravado en la cosa legada o por causa de ella, parece también aplicable, por *analogía juris*, el 1.779 del Código civil, complementado por los artículos 453 y siguientes. En suma, pues, todas las impensas resultantes de una ad-

(144) Ob. cit., pág. 560.

(145) Ob. cit., pág. 587. Las opiniones a este respecto son dispares. En todo caso la voluntad del testador es árbitro de esa actividad que el modo implica. S. 18 de diciembre de 1965. Por eso, la institución modal, en forma de carga real o mera obligación personal, ha de estar bien formulada. A la necesidad de evitar cláusulas modales con defectuosa redacción, se refiere la S. 18 de diciembre de 1953. Este tipo de cláusulas están generalizadas en la forma de obligaciones de “vivir juntos”, de “asistencia” y “alimentos”. Vid. S. 28 de mayo de 1969. Los términos “acompañe, cuide y asista”, denotan una cláusula modal. S. 18 de diciembre de 1953; “mantener a sus padres mientras vivan sanos o enfermos, siempre que trabajen y le ayuden en el negocio”. S. 9 de julio de 1971. A veces la institución resulta como una forma de resarcir el pago de alimentos prestados en vida sin *obligatio ex lege* ni contrato, cuya calificación resulta difícil. La S. 8 de enero de 1949 trata de fijar los límites entre los servicios exigibles y las obligaciones morales. De aquí que la diferencia entre legado y modo basada en que en el legado hay siempre *atribución* no es segura, aunque sin duda puede apoyar una presunción. Sobre los problemas que plantea la calificación en sede de alimentos, Vid. mi trabajo *Pactos en materia de alimentos*, en “ADC” (1971). El principio de *favor*, de que gozan estas prestaciones ha de tomarse en consideración a la hora de interpretar cláusulas oscuras o dudosas.

Acerca de la distinción entre manifestación tácita y presunta, Vid. J. PUIG BRUTAU, *La interpretación del testamento en la jurisprudencia*, en “A.A.M.N.” XIII (1962), 521. Sobre el criterio jurisprudencial en torno a las conjeturas como “deducciones y presunciones *ab homine*”, S. 10 de diciembre de 1969.

ministración regular que no tengan la consideración de los “gastos de entrega”, del artículo 886, serán de cuenta del legatario, y asimismo los daños que ocasionen la cosa legada sin culpa del poseedor. Un caso de posesión de mala fe por resistencia a entregar el legado viene contemplado en la Sentencia 12 de mayo de 1967 (146).

Del mismo modo, la situación de deuda del heredero (ante la pretensión personal del legatario) en lo no previsto por las normas sucesorias del Código civil se rige por los preceptos de las obligaciones: el gravado debe indemnizar, caso de incumplimiento doloso o culposo, y puede incurrir en mora, Sentencia 29 diciembre de 1951, con las consecuencias de los artículos 1.096, 1.101, 1.106 y siguientes del Código civil, según la Sentencia 26 de junio de 1907, incurre en el heredero desde que vence el término fijado por el testador.

En tema de capacidad para aceptar el legado, parecen asimismo aplicables las reglas de las donaciones. La Resolución 24 de mayo de 1930 admite que la “doctrina relativa a la aceptación y repudiación de legados, tanto por lo que respecta a la capacidad de las personas otorgantes como a la forma y efectos del acto jurídico, se apoya en el Derecho francés, italiano y español, más que en las normas que regulan las adquisiciones a título gratuito de naturaleza singular que en las directamente aplicables cuando se trata de la aceptación o repudiación de la herencia, entendida como conjunto de bienes, derechos y obligaciones de una persona que no se extinguen por su muerte” (147). En consecuencia, en dicha resolución se declara inscribible la escritura de repudiación de un hijo menor no emancipado sin autorización judicial, así como la otorgada, en igual sentido, por una señora “en representación de una Conferencia de San Vicente de Paúl”, por estimar inaplicable a los legados el artículo 993 Código civil.

Como consecuencia de la aplicación del principio *nerminem laedere*, sobre el que se ha desarrollado la doctrina del abuso del derecho, los legados son ineficaces en cuanto afectan a la porción legítima. Los legados inoficiosos constituyen actos abusivos del causante, nulos en cuanto perjudican el derecho de los herederos forzosos (148).

Para averiguar el verdadero significado de las palabras empleadas por el causante en su disposición, son aplicables muchas de las normas de interpretación de los contratos, en particular, los artículos 1.281, 1.284, 1.283 y 1.289; preceptos estos propios “no ya de toda

(146) Cfr. J. L. LACRUZ BERDEJO y F. A. SANCHO REBULLIDA, ob. cit., página 559.

(147) Las garantías y requisitos de capacidad—art. 992 del C. c.—para aceptar o repudiar herencias están justificadas, observa Díez Picazo, por ser éste un acto que compromete los bienes propios del menor o incapacitado, pero este fenómeno no se produce como consecuencia del legado, que es sólo una adquisición a título singular, Vid. L. DÍEZ PICAZO, *Lecciones de Derecho Civil*, IV, pág. 337.

(148) Cfr. J. L. LACRUZ BERDEJO y F. A. SANCHO REBULLIDA, ob. cit., página 162.

hemenéutica testamentaria, sino fundamentalmente de los legados y cargas, cuyo aspecto de liberalidad tanto los asemeja a las donaciones, al acentuarse en ellos la contraposición de partes (causante), sustituido por el sucesor universal y legatario” (149).

Precisamente, en tema de realización de la preferencia sobre bienes singulares, se pone de relieve la diferencia práctica: “el legado, y aún el de cosa específica y determinada, antes de ser hecho efectivo, se muestra dentro del caudal como una liberalidad condicionada a la preferencia de acreedores y legitimarios (artículos 1.027 y 1.093 L. E. C.). No es como una promesa de donación (el heredero no podría enajenar la cosa específica y determinada si no se produce el supuesto legal), pero tampoco equivale a una liberalidad incondicionada: su efectividad depende de la cuantía de las cargas preferentes (créditos, legítimas, arts. 820, 821, 822, 1.027 Código civil y Sentencia 6 de noviembre de 1934), y además el legado remuneratorio es preferido al de la cosa cierta y determinada (150).

4. *¿Desplazamiento de la base para la analogía?*

La determinación de los preceptos específicos y los aplicables por analogía es, por tanto, de interés palpante y actual (151). La Sentencia 17 de mayo de 1966 parece entender que las condiciones resolutorias se rigen exclusivamente por los artículos 1.113 y 1.124 Código civil: “mas con error, dicen Lacruz y Sancho, pues, de una parte, hay en los artículos 790 y siguientes preceptos aplicables a ellas; y, de otra parte, entre los que regulan las obligaciones condicionales sólo se podrán aplicar aquellos que sean compatibles con la especial idiosincrasia del negocio mortis causa, extremo que ya especificaba el Proyecto de 1851 en precepto que no fue recogido luego (152).

La aplicación a la materia de los principios generales sobre ineficacia, aparece explícitamente recogida por Sentencias 25 de febrero de 1966, 23 de marzo de 1968, refiriéndose a las particiones. Pero es preciso hacer constar que la partición es un negocio *inter vivos* y que la interpretación restrictiva de las reglas sobre invalidez viene

(149) Ob. cit., pág. 477. El testamento es acto o negocio jurídico que tiene como elemento esencial una declaración de voluntad, sujeta a las reglas generales concernientes a las manifestaciones de voluntad. S. 8 de julio de 1940. Sobre la aplicabilidad de las reglas de interpretación de los contratos, Vid. J. M. CASTÁN VÁZQUEZ, *La interpretación del testamento en el Derecho común*, en RDP, abril (1973), pág. 293.

(150) Cfr. J. L. LACRUZ BERDEJO y F. A. SANCHO REBULLIDA, ob. cit., página 165.

(151) Quizá haya de reflexionar suficientemente sobre la afirmación de Puig Brutau de que “las deducciones lógicas a base de la idea de contrato no puede resistir la presión de los intereses”, Cfr. J. PUIG BRUTAU, *Contratos en general*, pág. 289.

(152) Cfr. J. L. LACRUZ BERDEJO y F. A. SANCHO REBULLIDA, ob. cit., página 486.

impuesta por la tendencia a conservar en lo posible la partición ya hecha (153).

También ocurre a la inversa, la aplicación, por analogía, de criterios que rigen en materia sucesoria o incluso instituciones del Derecho de obligaciones o de Derechos reales. Así, el artículo 1.708 del Código civil se remite a las reglas de la partición de herencia (154.)

Por último, quisiera destacar otro aspecto de singular interés en la pauta que ha de seguir la civilística moderna y se usa ya en el libro de Lacruz y Sancho, al emplear en su elaboración el conjunto de los Derechos sucesorios hispanos. No se trata, por tanto, de un tratado sobre Derecho sucesorio recogido en el Código civil. Precisamente, por eso, al analizar cada uno de los problemas se advierte la variedad de las posibles soluciones, sin arrancarlas del marco institucional en que se insertan. Es esa una vía fértil para tender hacia un Derecho sucesorio adecuado a la propia idiosincrasia española (155).

(153) Ob. cit., pág. 258.

(154) También remite a éstos el artículo 406 del C. c. Lo que debe ser entendido, dice Albaladejo, con la salvedad de aquellos preceptos de la partición hereditaria incompatibles, por la razón que sea, con la naturaleza o regulación de la sociedad, Cfr. M. ALBALADEJO, *Derecho Civil*, II, Derecho de obligaciones, Parte especial (Barcelona 1972), 246. En esta línea afirma Puig Brutau que constituye un buen método para progresar en el conocimiento jurídico, averiguar y precisar qué caso concreto está en el fondo de las proposiciones abstractas y generales. Cfr. J. PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho Civil*, III, 2.^a ed., pág. 156. La Jurisprudencia registral aplica también por analogía a la enajenación de bienes gananciales de una sociedad disuelta, pero no liquidada el régimen jurídico correspondiente a la enajenación de los bienes de la herencia en estado de indivisión, Res. 17 abril de 1957. Vid. sobre la cuestión B. CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE, *Comentarios a la legislación hipotecaria*, III, pág. 145. En cambio, no cabe, a mi entender, la analogía, por lo que respecta a la cuota. La cuota del cónyuge es inalienable e inepta para provocar la liquidación anticipada, Vid. J. LACRUZ BERDEJO y F. A. SANCHO REBULLIDA, *Derecho de familia* (Barcelona, 1966), 206, nota 1.

Recuerda recientemente Savatier que la muerte de un esposo disuelve su comunidad al mismo tiempo que abre la sucesión. Las dos indivisiones están tan estrechamente unidas que las partes interesadas son generalmente las mismas. Cfr. R. SAVATIER, *La communauté conjugale nouvelle en Droit français* (París, 1970), 145.

(155) Sobre los principios fundamentales del Derecho sucesorio en los Derechos forales, Vid. L. MARTÍN BALLESTERO Y COSTEA, *Los Derechos hispánicos*, comparados a través de la compilación de Derecho Civil de Aragón. Trabajo presentado como ponencia en las Jornadas de Derecho Foral de Jaca, 1971, págs. 67 ss. Principio básico a que responde la específica personalidad los Derechos forales, es que "el Derecho de sucesiones ha sido históricamente un Derecho de familia". Existen efectivamente, dice, unos principios fundamentales de los que hay que partir, para situarnos antes de llegar a la norma concreta de diferenciación entre Aragón o el Código Civil o Baleares...".

IX AUTOCRITICA DEPURADORA

Indudablemente, el camino está lleno de dificultades, lo que obliga a una continua reflexión, a una seriedad y solícita objetividad. Es, por otra parte, señal evidente de madurez intelectual y de solvencia científica, repensar una y otra vez las posturas, cotejarlas con otras también fundadas, analizar los pros y los contras que tiene cada punto de vista; en suma, una actitud dialogante y respetuosa con opiniones ajenas.

1. *En la doctrina*

Es constante en el Derecho de sucesiones de Lacruz-Sancho la exposición de otros puntos de vista acaso discrepantes, vg.: “la doctrina no comparte mi opinión”, al interpretar el artículo 751, respecto de la aplicabilidad de las normas sobre sucesión intestada (156); la rectificación de opiniones mantenidas en otro tiempo: “en mi opinión —distinta de la que mantuve en otro tiempo— la fijación del elenco de vicios de la voluntad y la declaración ha de hacerse prescindiendo del artículo 743, si bien ello no arguye la aplicación indiscriminada de los artículos 1.265 y siguientes al acto *mortis causa*, dada la distinta situación de intereses en uno y otro supuesto” (157); “a mí me parece —y rectifico ahora opinión anterior, aproximándola a la de los autores citados—” (Roca, Vallet de Goytisolo y Puig Brutau), en relación a la responsabilidad del fideicomisario de las deudas del fideicomitente (158), etcétera.

2. *En la jurisprudencia*

Esa autocrítica depuradora se extiende también a la jurisprudencia. Es expresiva de esta tendencia la corrección que hace de anteriores criterios o líneas jurisprudenciales como ocurre con la naturaleza del albacea. El concepto jurídico del cargo de albacea es, “como ya tiene reconocido esta Sala, entre otras sentencia 4 de julio de 1895 24 de febrero de 1905, 5 de julio de 1947, el de ser mandatario del testador”, mientras que la S. 18 de diciembre de 1958 hace un elenco de las posiciones defendidas por la doctrina (fideicomiso, fiducia, institución modal, teorías del órgano, de la tutela y del *officium*), otras fundadas en la idea de mandato (teorías del arbitraje, del mandato y del cuasi contrato y las que descansan en la idea de representación: representación de los legatarios, de los herederos, de la herencia, del testador). Desecha en esta sentencia la tesis de que el albacea sea mandatarario del testador ya que “no es rigurosamente exacto y

(156) Cfr. J. LACRUZ BERDEJO y F. A. SANCHO REBULLIDA, ob. cit., página 451.

(157) Ob. cit., pág. 458.

(158) Ob. cit., pág. 636.

está hoy abandonada o muy atenuada por la doctrina científica y por la misma jurisprudencia de este Supremo Tribunal (159).

Lo mismo cabe decir de la vacilación de la jurisprudencia ante las reservas. Respecto de la lineal, la Sentencia 27 de febrero de 1971 rechaza ahora como "absurdos" criterios que había mantenido con anterioridad a la Sentencia 8 de octubre de 1930, en Sentencia 4 de enero de 1911; y repudia también la jurisprudencia, en relación con la reserva del artículo 968, como "superada" la asimilación de los derechos de reservista a los del usufructuario, Sentencia 17 de junio de 1971.

X. LOS PUNTOS CLAVES DE LA PARTE GENERAL DEL DERECHO SUCESORIO

Llegamos ahora al punto crucial de este trabajo, en que cobran unidad esas cuestiones básicas planteadas en el Derecho sucesorio español, que aún constituirán, a mi modo de ver, zona de atención preferente en los próximos años en cuanto que núcleo básico de los problemas concretos de la llamada Parte General (160).

Entiendo que estos puntos fundamentales del Derecho sucesorio se reducen a dos: a perfilar la formación y el contenido del título de heredero y a configurar el patrimonio hereditario con su específica función de garantía dentro de una jerarquía de fines.

Veamos ahora cada uno de estos extremos separadamente (161).

(159) Ciertamente, como indica Albaladejo, más interés que hacer un repaso de la jurisprudencia sobre lo que ha dicho en torno a la naturaleza del albaceazgo es ver por qué lo ha hecho. Vid. sobre la Cuestión, M. ALBALADEJO, *El albaceazgo en el Derecho español* (Madrid, 1969), 35.

(160) Es discutible desde el punto de vista sistemático la conveniencia de una Parte General del Derecho de sucesiones. Puig Brutau dedica un volumen de sus *Fundamentos de Derecho Civil* al "criterio de formar la parte general del Derecho de Sucesiones con todo lo relacionado con la cuestión de si el heredero se coloca en el lugar del causante o si en la adquisición de la herencia existe un proceso de liquidación patrimonial", Vid. J. PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho Civil*, V, I, págs. 366, 390, etc. También Lacruz y Sancho recogen este criterio al colocar como subtítulo del primer volumen de *Derecho de sucesiones*, Parte General. En sentido contrario, Díez Picazo advierte del peligro de la inflación de partes generales y el riesgo de hacer cortes longitudinales en fenómenos que no son siempre unitarios y armónicos. Cfr. L. DÍEZ PICAZO, *Lecciones de Derecho Civil*, pág. 10.

De lo que no cabe dudar es del cambio de función que ha experimentado en la actualidad la Parte General, entendida históricamente como la base dogmática de todo el Derecho privado. Es tendencia moderna la de insertar los principios generales en la sede de las diferentes materias, y, en este sentido, parece aconsejable reunir las reglas que sirven de guía a la peculiar disciplina del fenómeno sucesorio.

(161) La voluntad del causante manifestada en testamento, constituye la ley de la sucesión al regular dentro de las normas legales el destino y la titularidad de los bienes de la herencia. Res. 13 de enero de 1965.

1. La formación y contenido del título de heredero

Conviene no confundir el título de heredero y el título de herencia. Como advirtiera Núñez Lagos, el heredero es antes que la herencia. Para construir el sistema sucesorio, en esta materia, afirma Núñez Lagos, hay que enlazar los preceptos siguiendo el hilo de su jerarquía, la lógica de su dinámica: “los hechos se desarrollan en la realidad jurídica de la siguiente forma: primero es el *hecho* de la muerte del causante. No encierra en sí todo el fenómeno sucesorio, pero no hay que quitarle su jerarquía, ni su procedencia. Después se produce, por ley o testamento, la *vocación hereditaria*, el llamamiento a los herederos, primer acto y primer ingrediente del título de heredero. El heredero es antes que la herencia. El título de heredero, bien latente o expectante, bien explícito y actual por la aceptación, es el que hace la herencia o título de herencia” (162).

Y naturalmente, no es la herencia quien engendra al heredero, aunque ese sea su contexto, su sede propia, ni el título de heredero algo que surge *uno icto*, de modo automático.

a) Título de heredero y cualidad de heredero

Pero, podemos preguntarnos, qué posición ocupa ese heredero” que es *antes* que la “herencia”. Sin duda alguna el heredero es, como advierten los profesores Lacruz y Sancho, “algo más que un adquirente”. En tal sentido, el título de heredero corresponde a una “cualidad” que permite “el subingresso en una posición compleja”.

b) Equivocidad del término título

Pero, a mi modo de ver, se entrecruzan con frecuencia diversas acepciones del término *título*. Entre las posibles quizá la más usual para calificar la titularidad hereditaria sea la que concuerda con la locución romana postclásica como de causa, razón o pretexto jurídico” que justifica la entrada y salida de bienes en el patrimonio. Cabe también otra acepción que se centra más bien en la persona. Según ella título que era nuestro Derecho histórico sinónimo de “honor y de nombre”, puede explicar actualmente el porqué de la “protección y amparo” (163): “Heredar y gozar de todos los demás efectos civiles” es algo inherente, en nuestra tradición jurídica, el honor; aunque responda a concepciones sociales distintas, es expresivo ese criterio tradicional: “honra con muy grande pro, viene a los hijos en ser legítimos. Ca han por ende las honras de sus padres (Partidas 4, 2, 1, 13)... e aun heredan a sus padres é a sus abuelos, é a los otros sus parientes,

(162) Cfr. R. NÚÑEZ LAGOS, *El Derecho sucesorio ante la tradición española*, pág. 409.

(163) Cfr. D.ORS, *Titulus*, en “AHDE” (1953), 495. Justiniano exigió que la legítima se asignase a título de herencia por razón de honor del título. Novela CXV. 5.

así como dize en el *título de las erencias*: lo que no pueden facer los otros que non son legítimos". En el reconocimiento por testamento, vg., "el Rey sabiendo que aquel que fizo el testamento non avia otros fijos legítimos, develo otorgar. E dende adelante eredan los bienes del padre é aurán honra de fijos legítimos" (Partida 4.^a, 6-15). Nuestro Derecho histórico establece así un estatuto de concurrencia en la sucesión del patrimonio, que es etimológicamente, "lo que se hereda de los padres".

a) *Vertiente personal*

De ahí que la cualidad de heredero no se reduzca a una única vertiente patrimonial y que la concepción patrimonialista del fenómeno hereditario desdibuje los verdaderos perfiles del título de heredero (164). En ese sentido entiendo que el de heredero difiere de un título de adquisición; puede, incluso, no ser un adquirente de bienes sin dejar por eso de ser título hereditario, así como sus atribuciones no quedan enervadas ni pierden eficacia cuando no exista acervo de bienes materiales. Como también la personalidad del causante y su patrimonio, material y espiritual, el que posea a su fallecimiento, son "conceptos y entidades bien separados". La Sentencia 22 de mayo de 1950 afirma que la "cualidad subjetiva de heredero forzoso tiene su raíz y trae su origen de la persona y no de la entidad patrimonial. El problema debatido en dicha sentencia es si la legítima pierde su eficacia cuando no existan bienes sobre los que pueda hacerse efectiva.

La cualidad de heredero, pone de relieve Peña, tiene una doble vertiente: extrapatrimonial (interponer acciones de filiación, las relativas al Registro civil, defensa de apellidos, derecho moral del autor, etcétera) y patrimonial. En esta vertiente el heredero sucede en la titularidad del patrimonio y deviene deudor en tanto en cuanto es el nuevo titular del patrimonio a que las deudas afectan. Como titular de ese patrimonio le son exigibles ciertas responsabilidades y deberes morales inherentes, y debe, por eso, ajustarse en la gestión del patrimonio a un régimen impuesto en garantía de acreedores y legatarios. Y así, incluso la responsabilidad, se fundamenta en un deber moral exigible.

Del mismo modo Lacruz y Sancho destacan la esfera personal del título de heredero a quien compete una misión de tutela sobre "los derechos de la personalidad pretérita". Es, en tal sentido, dicen,

(164) "La gran complejidad de los fenómenos jurídicos, advierte Díez-Picazo, que se producen cuando, a la muerte de una persona, es preciso decidir la suerte y el destino de las relaciones jurídicas de que esta persona era parte o titular, que no se agota en un puro hecho adquisitivo de propiedad o de derechos reales, ha obligado a la doctrina moderna a un unánime abandono de la idea de la sucesión como modo de adquirir y a la búsqueda de nuevas soluciones. Cfr. L. DÍEZ PICAZO, *Lecciones de Derecho de sucesiones* (Madrid, 1967), 3.

un “curador de la memoria del causante”, y esa esfera personal es tan característica que el heredero es heredero con misión aunque no existan bienes en la herencia (165).

Así se explica también la existencia y función de los tipos de titularidad plural, la cotitularidad de herederos en cuanto tales y la de los diversos partícipes por cuotas en el caudal relicto no destinado especialmente. En ambos casos se trata de titularidades distintas, aún cuando confluyan en las mismas personas (166).

(165) Cabe calificar como “sucesión moral”, diferente por su fin a la sucesión en el patrimonio, la que tiene en cuenta de modo específico la tutela de esos derechos de la personalidad pretérita. El testador puede designar con libertad la persona que después de su muerte ejercerá esos derechos de la personalidad porque le inspira más confianza, bien a herederos “reservatarios” de la “herencia moral” bien a un tercero; así, por ejemplo, la prioridad del derecho de divulgación de una obra póstuma, la conservación de cartas íntimas expresivo de la tutela del derecho a la intimidad, etc. Vid. Sobre la cuestión, P. KAYSER, *Les droits de la personnalité*, Aspectos Théoriques et pratiques, pág. 448. Se explica así que para poner de relieve la importancia de esa condición se haya calificado la que corresponde al heredero como “estado civil”, en una acepción extensiva. Cfr. F. DE CASTRO, *Compendio*, página 169.

El testamento no obstaculiza el efectivo cumplimiento de deberes morales; si arrancan desde la generación, caso de nacimiento de un hijo natural antes del fallecimiento del testador y reconocido por sentencia firme posterior a su testamento y fallecimiento determinan la petición, S. 1 de julio de 1969. Uno de los considerandos de la S. 27 de diciembre de 1935 afirma que la tradición jurídica patria dio carta de naturaleza a la fórmula restrictiva —art. 808— del *jus disponendi mortis causa*, contra testadores “olvidadizos de sus deberes familiares”. A esa tutela de deberes familiares proveen también las normas de indignidad, hasta el extremo de que el mismo principio de inviolabilidad de la legítima no puede prevalecer, por ser inconciliable con la sucesión, cuando el heredero se encuentra incurso en “tan graves motivos” como el de no prestar a su hijo los cuidados debidos. S. 28 de febrero de 1947, criterio éste reiterado en S. 3 de diciembre de 1946, etcétera.

En la práctica este tipo de disposiciones de contenido no patrimonial se arbitran mediante las que denomina el profesor Jordano Barea declaraciones anómalas testamentarias atípicas, no previstas por la ley, y sobre las que existe un *numerus apertus*. Como ejemplo de ellas aduce las disposiciones sobre la suerte de la correspondencia, epistolarios y memorias del difunto; sobre el derecho de autor; sobre la publicación, reproducción y puesta en comercio del retrato del *de cujus*...

Ese *numerus apertus* permite, a mi juicio, garantizar la continuidad *post mortem* de auténticos derechos de la personalidad, Vid. J. JORDANO BAREA, *Teoría general del testamento*, pág. 438.

(166) En la reforma francesa sobre la ley de filiación, siguiendo la orientación general de lograr la igualdad jurídica dentro de un estatuto no discriminatorio, se instaura un sistema transaccional caso de concurrencia en la sucesión de hijos legítimos y adulterinos. Para solventar el conflicto de intereses entre los diversos herederos se introduce, como ya se dijo, una institución originariamente inglesa el *trustee* que confiere a un tercero el poder exclusivo e irrevocable de representar el beneficiado en las operaciones particionales. Vid. G. GORNU, *La naissance et la grâce*, página 172. Con ello se pone de relieve tanto la diferente concepción de la herencia como las dificultades específicas del Derecho sucesorio francés, de cuño patrimonialista, para configurar la cotitularidad de herederos. Pero

El término titularidad, advierte el profesor De Castro, ofrece la ventaja de mostrar la íntima relación entre el porqué del poder (título) y este mismo (167).

En definitiva, por título puede entenderse:

1. Una cualidad con trascendencia extrapatrimonial. Este es el significado más apto para advertir el alcance de aquella expresión “continuadores de la personalidad” atribuida a los herederos. Un significado metafórico que recoge el sentido popular con siglos de antigüedad.

2. Por título se entiende también la causa, el acto justificativo de una adquisición o de una retención. En ese eslabonamiento causal título de herencia presupone una serie de momentos, un proceso. Un antes y un después. El momento terminal de ese proceso de formación de la titularidad hereditaria en la vertiente patrimonial culmina con la aceptación. El carácter retroactivo de ésta es claro indicio de ese proceso que permite enlazar la titularidad de la relación hereditaria con el momento en que se inicia su formación, esto es, con el hecho de la muerte, con la apertura de la herencia: es entonces cuando el patrimonio del causante deviene herencia (168).

3. En sentido técnico, titular es el sujeto de derechos. Titular y sujeto de derechos pueden estar temporalmente disociados, lo que imprime a la titularidad una peculiar *tensión* hacia la concreción en derechos individualizados. La titularidad fiduciaria, de tanta importancia en el Derecho sucesorio, es portadora, como instrumento técnico, de esa tendencia de la titularidad hacia la consolidación en el sujeto receptor.

b') *Vertiente patrimonial: titular y adquirente*

Veremos ahora sus manifestaciones concretas en tema de comunidad hereditaria. Pero cabe ya anunciar, desde ahora, una conclusión importante: nada obsta a que ante una misma sucesión hereditaria —en su vertiente patrimonial— pueda uno cualquiera de los herederos adoptar simultáneamente la posición de titular y de *tercero*. Es esta, por otra parte, una disociación indispensable para conciliar la cabe añadir, haciendo uso de la observación de Nussbaum, que “la valiosa sencillez del Derecho Civil continental, en este caso el francés, quedará muy disminuida con la adopción del concepto de *trust*. Una nación puede tomar prestado un concepto jurídico extranjero, pero no puede hacer lo mismo con una tradición de siglos. Cfr. *Sociological and comparative aspects of the Trust*, en “Columbia Law Review” (1938), 420.

(167) Cfr. F. DE CASTRO, *Derecho Civil de España*, Parte General, I (Madrid, 1955), 630, y *Compendio de Derecho Civil*, pág. 126. Define la titularidad como “la cualidad jurídica de una persona, que deriva del estar en una concreta relación jurídica y que determina (según título) la correspondiente atribución y facultades. Puede señalarse como una de las formas de titularidad la de la relación hereditaria creada por la aceptación, la titularidad hereditaria.

(168) Por tratarse de un proceso unitario, vg., no es necesaria la inscripción previa a nombre de la mujer de su mitad de gananciales para poder inscribir la adjudicación a los herederos. Res. 3 y 6 de junio de 1863.

regla según la que el heredero hace suyas las obligaciones del causante con la idea de que el patrimonio del *decurjus* permanece unificado como centro de referencia, como garantía genérica de dichas obligaciones. La calificación jurídica, más coherente con la finalidad que pretende la comunidad hereditaria es, entiendo, la que parte de la idea de titularidad, empleando el término en su correcto sentido. Como advierte Díez Picazo en el caso de la herencia indivisa no hay una copropiedad sobre los distintos derechos, sino una cotitularidad patrimonial (169). A cada heredero corresponde una titularidad global.

c) *Titularidad plural*

Se explica así que con el término “personalidad” —continuadores de la personalidad— se quisiera significar la titularidad, dual o plural, al no estar bien delimitados ambos conceptos. El fenómeno es general en el Derecho civil y en esa medida perturbadoras las consecuencias que de tal sinonimia se siguen. Entre otras, de esa confusión se deriva, en sede de régimen matrimonial, la mal entendida regla general de prohibición de los cónyuges de contratar entre sí, que se basaba en la búsqueda ingenua de una única titularidad, la del marido, sobre el patrimonio común, como expediente unificador tanto *del régimen* de bienes como de lo *regido*, actos y relaciones entre las masas patrimoniales.

La Sentencia 19 de diciembre de 1932 alude a dicha identificación, a la que se adhiere, aceptando la “incapacidad que en general existe entre los cónyuges para crear relaciones contractuales por constituir una sola personalidad”. En fecha más reciente la Resolución 16 de marzo de 1959 afirma, por el contrario, que no existe en nuestra legislación un precepto que establezca la incapacidad general de contratar entre esposos, ya que lo establecido en los artículos 1.334, 1.458 y 1.677 del Código civil, entre otros, contemplan “situaciones especiales” (170). Hay que distinguir, por consiguiente, la *personalidad* de los cónyuges, que es independiente, distinta y autónoma (bienes de la personalidad), de la *capacidad especial* para otorgar determinados contratos, y de la *titularidad* del patrimonio común, que es, dice De Castro, un “típico patrimonio colectivo” (170 bis).

Sujeto se emplea por metonimia como titular, pero si bien sujeto de un derecho es un titular, no todo titular, dice De Castro, es un sujeto de derecho; por ejemplo, no lo es el titular de una masa de

(169) Cfr. L. DÍEZ PICAZO, *Lecciones de Derecho Civil*, IV, Derecho de sucesiones, pág. 523.

(170) Sobre la cuestión, Vid. M. DE LA CÁMARA, *Capacidad patrimonial de la mujer casada*, en “Estudios en honor del profesor Castán”, VI (Pamplona, 1969), 111.

(170 bis) Cfr. F. DE CASTRO, *Temas de Derecho Civil*, pág. 65. En S. 17 de abril de 1967 se califica de “patrimonio especial”, vinculado al cumplimiento de los fines del matrimonio, sobre todo al levantamiento de las cargas comunes, siendo titulares del mismo conjuntamente marido y mujer.

bienes (patrimonio) (171). Esta distinción me parece fecunda para delimitar por ejemplo la respectiva posición jurídica del cedente de la herencia y del cesionario. El cedente sólo es titular del la herencia entendida la titularidad como "cualidad personal", y el cesionario es sujeto de un derecho, el derecho a pedir la división; en orden al interés que le reporta ya desde ahora esa posición puede intervenir en la partición, etcétera. La partición hereditaria es, entonces, el acto por el que aquella titularidad de la relación hereditaria se dispersa en sujetos de derechos exclusivos sobre los bienes concretos y determinados que se adjudiquen (172). He aquí el doble proceso de concentración o formación de la titularidad del patrimonio hereditario, y de *dispersión* en sujetos de derechos sobre bienes concretos.

En último término origen de confusiones es siempre el mismo, entender que el concepto de título evoca, por ese empleo casi exclusivo (173) la noción de contrato, su sinonimia con el título de adquisición de la propiedad; me parece importante distinguir entre el título, entendido como "el porqué de una *cualidad*" y el título como "causa inmediata de una *atribución* o de una *retención*". Las consecuencias prácticas que de dicha distinción se derivan aclaran aspectos confusos en orden a la interposición de acciones y, sobre todo, al alcance de los pactos.

d) *El tema de las acciones*

No es suficiente el título acreditativo de la "cualidad de heredero o de comunero" para ejercitar una acción reivindicatoria en beneficio propio, y sí lo es, en cambio, para interponer la acción declarativa de la cualidad de heredero y la acción de petición de herencia.

Es reiterado el criterio jurisprudencial que declara improcedente

(171) Cfr. F. DE CASTRO Y BRAVO, *Compendio de Derecho Civil* (Madrid, 1970), 126.

(172) Por eso entiendo con De la Cámara que la división o partición no determina una adquisición, ya que el derecho del copartícipe está por hipótesis en su patrimonio con anterioridad a que aquella se otorgue; pero disiento de su fundamentación. Para este autor la partición, ordinaria, es acto de disposición que se dirige a operar la "modificación de un derecho subjetivo". A mi modo de ver, tiende a expansionar, o si se quiere, "modificar" una titularidad, aquella que permitía, ya antes de la división, conexionar esos "derechos" con el patrimonio del adjudicatario. Vid. las implicaciones en torno a la capacidad de la mujer casada que se siguen de configurar la partición en su sentido tradicional y el que defiende este autor. M. DE LA CÁMARA, *Capacidad patrimonial de la mujer casada*, en Estudios en honor del profesor Castán, VI, pág. 147.

(173) A ese concepto genérico de título alude la S. 3 de febrero de 1928: "se entiende por título en Derecho civil, tanto la causa en cuya virtud es poseída o se adquiere alguna cosa, como el instrumento con que se acredita el derecho que sobre la misma cosa pertenece a quien la ostenta y para lograr la efectividad ejercita la acción, ya que ésta nace del derecho en la cosa y ordinariamente de las mismas fuentes que las obligaciones y es consecuencia de los modos de adquirir la propiedad". J. C. 182, págs. 146 a 160.

por sí solo el título universal de herencia para reivindicar fincas determinadas, Sentencias 13 de marzo de 1954, 21 de febrero de 1941. Ni los testamentos ni las declaraciones judiciales bastan para reivindicar “porque no constituyen título de dominio”. Procede únicamente pedir por acción declarativa, Sentencia 6 de junio de 1960, que se declare que forman parte de la herencia determinadas fincas por quién haya sido reconocido como heredero universal. De suyo el título de heredero no atribuye a quien lo ostenta el *título de propiedad*, Sentencia 28 de enero de 1970; no es *causa* de la concreta atribución. Pero esto no es óbice, por su incidencia en la esfera patrimonial, al deber de defender su propio patrimonio así como las legítimas expectativas. En consecuencia, quien se arroga la *cualidad* de heredero de una persona puede ejercitar no sólo las acciones *singulares* que correspondían al causante en vida, sino que también puede ejercitar aquellas que, sin corresponder a dicho causante, derivan del título sucesorio; estas acciones pueden ser a su vez de dos clases: *universales*, que protegen el derecho hereditario en su consideración unitaria —*actio petitio hereditatis*, interdicto de adquirir, etcétera— y, *particulares*, aquellas que el heredero tiene a su favor, en defensa de sus concretas facultades, dentro de la relación hereditaria, entre las que figuran las acciones de protección de la legítima —*ad supplementum, querella inofficiosi testamenti*, reducción de donaciones inoficiosas o el derecho de hacer cesar la comunidad hereditaria— *actio familiae erciscundae*, Sentencia 23 de diciembre de 1971.

En ningún caso la titularidad hereditaria es, como puede advertirse, un marco vacío, sin operatividad propia.

De otra parte, el título hereditario en orden a la atribución de un derecho sobre cosas concretas, tiene un ámbito distinto y son también diferentes su régimen jurídico y su protección efectiva. Así, para reivindicar no basta, como título, la partición, a pesar del artículo 1.068, sino la continuidad en el eslabón causal de la titularidad dominical del causante, Sentencia 6 de julio de 1920. La Sentencia 24 de diciembre de 1928 parece llegar a una solución contraria, pero no es así de tenerse en cuenta los elementos intervinientes; el título hereditario y la partición parecen ser suficientes de analizar superficialmente sus considerandos. El título hereditario “da derecho” —dice— a la parte ideal correspondiente a la herencia y la partición que es “título legítimo y concreto” a los bienes adjudicados. Pero, en el supuesto debatido, el eslabonamiento causal está probado en dicha partición dada la intervención del causante en la transmisión anterior (174).

(174) “La sentencia recurrida no se funda sólo en el título hereditario que da derecho, después de todo, a la parte ideal correspondiente a la herencia, sino en la partición que, si por regla general, es un título legítimo y concreto, en el presente caso es de más fuerza, porque sea cualquiera la forma en que se hiciera la adjudicación por contrato, como en él intervino el padre.

c) *Expectativas reales de adquisición: titulares futuros*

La diferencia entre la *titularidad* hereditaria y la condición de sujeto de derechos sobre bienes hereditarios tiene importancia práctica en orden a la intervención de los terceros en la esfera patrimonial. A este tema se refiere la Resolución 3 de agosto de 1944, que recoge las consecuencias prácticas de la renuncia abdicativa y traslativa: la renuncia abdicativa pone de manifiesto es un acto de carácter absoluto, eminentemente voluntario y unilateral, no sujeta en ningún caso a condición, plazo ni pacto (artículos 988 y 990 del Código civil), mientras que el párrafo tercero del artículo 1.000, en su final, niega a la renuncia no traslativa el carácter de aceptación de herencia y a los renunciantes el de heredero. El caso de que se ocupó esta resolución es el de la renuncia de la viuda del causante al usufructo sobre todos los bienes de la herencia que dispuso a su favor en el testamento su esposo; la viuda después de la renuncia adjudica por escritura los bienes a los herederos. El Registrador se negó a practicar la inscripción.

A esa diferencia obedece también que el cadente no pierda la cualidad —titularidad de heredero— por más que el cesionario resulte *sujeto* de un derecho con contenido patrimonial o, mejor, de una expectativa real de adquisición, el derecho a pedir la división, Sentencia 21 de marzo de 1968, y cuente con la protección registral y extrarregistral, de las expectativas de naturaleza eventual que no se traducen en derechos definidos y ciertos hasta el cumplimiento de condiciones, Resolución 14 de diciembre 1960 (175).

Es entonces fácil analizar la tan debatida cuestión acerca del carácter del legitimario. Se explica que los *derechos* en los bienes de la herencia que corresponden a los legitimarios no deriven necesariamente de la voluntad del testador, sino de la norma legal en que se les otorga, y que el testador no tiene, respecto de aquellos derechos, la posibilidad de desconocerlos, ni siquiera de disminuirlos. Respecto de estos derechos los demás herederos son *terceros*.

En tal caso, esto es, desde el punto de vista del título de atribución pueden no ser los legitimarios herederos “continuadores de la personalidad jurídica del *de cuius*”; su posición jurídica se asimila entonces, Sentencia 12 de abril de 1944, a los *terceros interesados en la impugnación*. Distinción, conforme indica uno de los considerandos de dicha sentencia, “razonable a los ojos del Derecho y aún de los de la equidad”, que los legitima para el ejercicio de la acción impugnatoria. El principio de intangibilidad de la legítima

de la recurrente, es obligatorio para el mismo y sus sucesores”. Vid. el jugoso comentario a esta sentencia de J. PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho Civil*, III, I, pág. 195.

(175) Acerca de los “privilegios” que conserva el titular hereditario frente al cesionario y los problemas a que da lugar, Vid. E. MENÉNDEZ VALDÉS-GOLPE, *Cesiones de Derecho hereditario*, en RDN, 53 (1967), 1222. En este trabajo plantea la cuestión, ¿a cambio de un precio qué ha adquirido el cesionario?

cumple, a mi modo de ver, una función paralela a la del principio de relatividad del contrato.

Ahora bien, desde el punto de vista de la “cualidad personal” qué duda cabe de que el legitimario mantiene un *vínculo* que, como declara en uno de los considerandos la referida sentencia, “a los demás efectos” liga a estos con el causante de la sucesión. ¿Cuáles son, podemos preguntarnos, “esos *demás efectos*”?

A mi entender sería inícuo desvincular, por simples disquisiciones dogmáticas al legitimario respecto de la esfera personal del causante. A los herederos corresponde efectuar y dar cumplimiento a deberes personales del causante, Resolución 21 de agosto de 1887, y en todas las obligaciones de esta clase, ¿está exento de esa *responsabilidad* el legitimario que no haya sido designado heredero?

Creo que en este punto pesa sobre el legitimario nombrado heredero una doble condición; respecto de la persona del causante surte los efectos de la *cualidad personal*, y está en la vertiente patrimonial *viculado* a respetar la voluntad del causante “en el marco de su institución” (S. 12 de abril de 1944) mientras que, el no instituido, en orden a la susceptibilidad de ser sujeto de derechos patrimoniales, su interés jurídico se compendia en la reserva de bienes acotada por la ley; es ese su *interés jurídico tutelable*, cuya protección legal tiende precisamente a asegurar la correspondencia respecto del plano personal del causante (garantizar el cumplimiento de deberes morales por causantes acaso “olvidadizos”). Por eso al sucesor legitimario puede atribuírsele la legítima a título particular. Y aún el título de institución de heredero no implica necesariamente el pago de las deudas que es *anterior* a la herencia. En cambio, por razón de la “reserva en bienes” es cotitular de una cuota del patrimonio —una parcela de valor— o cotitular de los bienes de la herencia o de una suma de percepción asegurada.

De nuevo es fuente de equívocos esa equivalencia legal que puede formularse así: “herencia es a legado lo que sucesión a título universal es a la sucesión a título singular”.

El heredero no legitimario es, si concurre con estos, como un propietario sin pleno poder de disposición respecto de los bienes reservados. En tal sentido los legitimarios son *terceros*, tanto respecto del testador como de los herederos, ya que el verdadero disponente —título adquisitivo— de quien deriva su derecho, es la ley. La legítima, dice en uno de sus considerandos la Sentencia 24 de junio de 1972, es el derecho sobre una porción de bienes de propiedad individual, cuya disposición se niega al propietario y se concede a la ley.

Al unirse a la *cualidad legal* de legitimarios el nombramiento de heredero subingresa en la posición jurídica del causante y es continuador de éste en la titularidad patrimonial incluso en la esfera *no especialmente reservada*. Su poder de disposición en orden a los bienes se basa, por tanto, en doble fuente, por lo que no es aplicable la doctrina de los actos propios sólo en aquello que perjudica la legítima; al es-

tarle reservado ese ámbito de poder figura *in actu* en su patrimonio personal como un bien —porción de bienes— aunque no haya sido concretado. Así, a mi modo de ver, ha de entenderse el término legal “porción de bienes” sean o no del caudal relicto. Esa “cualidad subjetiva de heredero forzoso” —Sentencia 22 de mayo de 1950— tiene su raíz y trae su origen de la persona y no de la entidad patrimonial”. Su derecho a los bienes (sustancia) o al valor (capital) podrá o no satisfacerse *in actu* —según existan o no al deferirse la herencia —pero persiste en *potencia* —*ese derecho a bienes*— mientras ostente aquella cualidad legal (*in actu*). No se trata, por tanto, de una simple cualidad honorífica, como tampoco en el caso del cónyuge viudo no designado heredero por el testador.

En suma, aunque a la condición de legitimario no sea inherente la posición de heredero, le son atribuidos las consecuencias de la titularidad hereditaria en la vertiente extrapatrimonial. Así se explica el porqué de aquella parificación entre *heredero* y *adquirente* a título universal que conducía a la contradictoria expresión didáctica de que “los legitimarios son unos herederos forzosos que no es forzoso que sean herederos”. A esa misma dificultad dogmática se debe la concepción, ya superada, del patrimonio como fraccionado en sectores comunicables. (175 bis).

2. El doble proceso de concentración y dispersión

La expresión continuidad en la titularidad del causante no es unívoca ni acaso exacta:

a) La fase de concentración

Sólo continúa, sin identificarse con ella, en la vocación, título de heredero pero no de herencia: *viventis nulla est haereditas*. La dación es el primer núcleo de la titularidad de heredero que supone la apertura y cuyo contenido es el *ius adeundi*. La adquisición permite consolidar la titularidad y conexas con el patrimonio hereditario. La partición convierte al titular del patrimonio hereditario en sujeto de derechos. En ese sentido la partición es complemento del testamento, acto determinativo de derechos.

En la efectiva composición del patrimonio hereditario tiene lugar una concurrencia de titularidades —fase de concentración— no homogéneas, activas y pasivas, con funciones también diversas, de garantía, solutorias, etc. (176). No es extraño que se confundan actos solutorios —actos dispositivos— con otros típicamente particionales.

(175 bis) La legítima puede satisfacerse por título de donación o mediante legados y el legitimario no puede reclamar la posición de heredero, Cfr. J. L. LACRUZ y F. A. SANCHO, ob. cit., II, págs. 21 ss.

(176) Con relación a la reserva ordinaria, “desconocida en la generalidad de los Códigos europeos”, de honda raigambre en el Derecho patrio”, la jurisprudencia reciente destaca las dos fases de su desenvolvimiento, una primera fase de “inseguridad”, mientras viven reservistas y reservatarios, y otra segunda de “perfección o efectividad”, que se abre a la muerte del reservista

b) *La fase de dispersión*

Desde el punto de vista de la titularidad se observa, por tanto, un verdadero proceso de formación de la titularidad hereditaria y su tendencia hacia la concreción del sujeto. Esa tendencia o tensión del titular a convertirse en sujeto es lo que otorga un carácter provisional a la comunidad hereditaria, que se ha llegado a parificar, a mi juicio equivocadamente, con una forma especial de copropiedad. En último término, es un proceso de dispersión que convierte los "derechos abstractos" en "derechos concretos" (177).

Como vemos, el fenómeno hereditario lleva consigo un doble proceso de *concentración* (bienes y titularidades) y de *dispersión* (sujetos y derechos concretos). La titularidad dual o plural, pero unitaria sobre el patrimonio se dispersa con la división en titularidades adscritas a los correspondientes sujetos de derechos. En la vertiente patrimonial la primera fase, con la apertura de la herencia, se ordena a la concentración, que significa la destinación o afección del caudal relicto a su fin de garantía; garantía respecto de los acreedores y de las expectativas sucesorias (178).

La segunda fase engloba la composición del patrimonio después de la etapa solutoria de las titularidades pasivas, y, por último, tiene lugar el momento final de dispersión que permite formas concretas de mancomunidad o individualización de derechos.

3. *La configuración del patrimonio hereditario*

No sin fundamento advertía Núñez Lagos que "una preocupación definitoria de Cátedra pretende encontrar el concepto de herencia en el artículo 659 "cuando este artículo no dice lo que la herencia es, sino lo que la herencia *comprende*", y un tributo, afirma, "a la moda científica del siglo XIX, que venera lo objetivo" (acto de comercio

cuando sobrevivan los reservatarios. Estos tienen en la fase de inseguridad una mera "expectativa asegurada", una predeterminación sucesoria. S. 17 de junio de 1967.

(177) Se explica así que con un *título único*, la herencia del causante, único transmisor, pueda haber dos adquisiciones, como ocurre en la reserva del 811 del C. c.; según la jurisprudencia el ascendiente reservista adquiere del causante y luego del descendiente: dos masas hereditarias y un único transmisor. S. 27 de febrero de 1971. Los reservatarios suceden al causante de la reserva y no al reservista. De aquí que los reservatarios puedan renunciar a la herencia del reservista y conservar, sin embargo, sus derechos a la reserva.

(178) La voluntad del causante, manifestada en el testamento, constituye la ley de la sucesión al regular dentro de las normas legales el destino y la titularidad de los bienes de la herencia, lo que origina, dice en uno de los considerandos la Res. 13 de enero de 1965, en supuestos en que se disocia el usufructo y la nuda propiedad y atribuye esta última no sólo a personas ya nacidas, sino a *nondum concepti*, una indeterminación sucesoria a veces simplemente cuantitativa en la titularidad hasta tanto llegue la fecha de la exacta determinación de sus derechos; todo ello puede traducirse mientras tanto en situaciones en las que se pone de manifiesto la contraposición de intereses entre lo ordenado por el testador y la realidad actual en orden a la conservación del patrimonio.

objetivo, criterio objetivo de la herencia, interpretación objetiva de los contratos, la declaración antes que la voluntad, *Interessen dogma* y no *Willens theorie*; entusiasmo materialista por las ciencias físicas y biológicas; la naturaleza antes que el hombre; el objeto antes que el sujeto), han deformado el Derecho sucesorio" (179).

El llamado criterio objetivo, dice este autor, responde a un concepto erróneo del patrimonio del causante.

La recta inteligencia de lo que deba entenderse por patrimonio hereditario se denota, por tanto, como fundamental para la concepción última del fenómeno sucesorio. Se trata ahora, a mi juicio, de analizar debidamente cómo se enlaza la voluntad con los elementos objetivos, la particular exigencia del patrimonio a un comportamiento en orden a su destino con relevancia económica y social (180).

La tesis de la *universitas iuris*, "gravísimo error dogmático", dice Núñez Lagos, era una frase "sin realidad histórica ni legal" (181). Como otras concepciones de la herencia pretende dar razón de un aspecto importante, el momento y el modo en que se produce la unificación del patrimonio ligando activo con pasivo.

De entender el patrimonio en su contextura clásica, patrimonio y personalidad están formalmente tan unidos que sustancialmente se confunden. Se trata de una visión tan "realista" del patrimonio que se le escapan los matices. El patrimonio, indivisible e intransmisible por actos *inter vivos*, se identifica con la capacidad patrimonial (182).

De ahí que la crítica de esta postura hiciera hincapié en la necesidad de distinguir el *ser* con el *haber*, la persona que *es* con el patrimonio que *tiene* (Ferrara). El patrimonio no es una masa unificada, abstracta, estática, indivisible.

Ese punto de vista pugna, como pone de relieve Peña Bernaldo de Quirós, con la idea tradicional de la "persistencia" del patrimonio hereditario. En virtud de dicha persistencia las deudas del causante siguen conectadas, a su juicio, en el patrimonio hereditario "a través de todas las vicisitudes de la titularidad".

A consecuencia de la sucesión, las deudas no cambian, dice, de patrimonio: es el patrimonio el que cambia de titular, con lo que se

(179) Cfr. R. NÚÑEZ LAGOS, ob. cit., pág. 404.

(180) Se formulan ahora nuevos interrogantes: ¿Cómo se compone la autonomía de la voluntad con los elementos objetivos?, ¿en qué medida la voluntad encuentra en sí misma su fuerza y eficacia, la posibilidad de modificar el núcleo patrimonial?, ¿cómo se combinan en concreto las tendencias subjetiva y objetiva? En último término, el análisis de la interacción de los factores subjetivos y objetivo en el mecanismo del acto jurídico, sus constantes y sus resultados. Vid. sobre la cuestión J. HAUSER, *Objetivismo et subjetivisme dans l'acte juridique* (París, 1971).

(181) Cfr. R. NÚÑEZ LAGOS, ob. cit., pág. 400.

(182) Esta teoría, dice De Castro, pone el acento en el aspecto subjetivo del patrimonio, en el patrimonio personal, en los bienes que están al servicio del titular del patrimonio. Lo que es acertado. Pero, entre otras cosas, olvida la existencia de masas patrimoniales (por ejemplo, herencia aceptada a beneficio de inventario, que existen independizadas de las personas, Vid. F. DE CASTRO, *Temas de Derecho Civil* (Madrid, 1972), 37.

producen resultados más justos, “sobre todo para los acreedores del causante”.

Abundando en esta construcción “más realista” porque tiene en cuenta los matices que la concepción clásica ignora, datos históricos, perfiles concretos de justicia, criterios legales, como las normas imperativas, artículos 1.911, 1.921, 1.925, etc., Lacruz y Sancho adoptan un enfoque que reclama fijar la estructura y contenido del patrimonio hereditario en nuestro Derecho.

La idea básica es, sin duda, la de “coherencia y adscripción de bienes de la herencia a efectos de la responsabilidad. Es esa adscripción de los bienes a la responsabilidad la que hace que, mientras ésta persista el patrimonio conserva su cohesión”. Y es esa cohesión la que permite configurar dicho patrimonio como “masa patrimonial autónoma” sometida a un régimen especial (183). La herencia no es, dicen estos autores, una cosa universal, y menos la parte no destinada a título singular; evidentemente los copartícipes no tienen un derecho sobre el patrimonio concebido como un objeto único; al contrario, cada cosa o derecho les pertenece directamente, pero de tal modo que la titularidad de cada uno, si bien recompone en unión de los demás, la totalidad del derecho originario, no tiene la misma determinación que la del copropietario de un objeto particular, definiéndose en función de la que compete a los restantes consortes, habida cuenta de la interdependencia que media entre todos los objetos pertenecientes al caudal.

A mi modo de ver, las deudas siguen conectadas con el patrimonio en cuanto que fondo de garantía, concretadas en bienes, y adheridas a la cotitularidad global que corresponde a cada heredero (184).

Es esa la mecánica interna y el dinamismo peculiar a la llamada comunidad hereditaria”. En último término, se trata de configurar jurídicamente una realidad compleja: una pluralidad de herederos, una masa patrimonial autónoma y la afectación de los bienes a las responsabilidades preexistentes —“deudas”— o surgidas después de la muerte del titular —“cargas”—.

La tesis de la universalidad es residuo de una concepción francesa del patrimonio, acaudillada por Aubry y Rau. El patrimonio es en esa concepción el conjunto de los bienes de una persona considerados éstos como universalidad de derecho. Como consecuencia de la personalidad humana cada persona tiene un patrimonio, incluso si

(183) Cfr. J. L. LACRUZ BERDEJO y F. A. SANCHO REBULLIDA, *Derecho de sucesiones*, pág. 183.

(184) Así como el proceso de formación del título de heredero culmina con la aceptación, que cierra el proceso mediante la retroacción, en la vertiente patrimonial, una visión temporal permite observar un proceso análogo que tiende a la dispersión de esa cotitularidad patrimonial hacia su individual condición de sujeto. El mecanismo de la sucesión entraña así un doble proceso inverso de *concentración* primero y de *dispersión* después. En ambos casos la retroactividad lleva, desde el punto de vista económico, a hacer coincidir la titularidad (concentrada) con el sujeto de derecho concretado en cosas (dispersa).

carece de bienes; el patrimonio es, además, indivisible y nunca una persona podrá tener más que un patrimonio. Sólo en ciertos casos, por ficción, se desdobra el patrimonio de una persona: por ejemplo, en el caso de una sucesión aceptada a beneficio de inventario. Pero esto no es sino una ficción legal, temporal, de aplicación y alcance restringido. Lo que cabalmente quiere dar respuesta a esa interrogante que abre la práctica, ¿cómo compatibilizar un *ius "universum"* con masas de bienes?

Esa íntima conexión de los conceptos de patrimonio y personalidad, es, dice Cossío, la gran enseñanza que conviene no olvidar en todo intento de reconstrucción de la teoría del patrimonio. Pero afirmar, con la escuela francesa lo hace, la identidad de patrimonio y capacidad patrimonial, equivale a confundir dos cosas, que, como continente y contenido, importa mantener distintas (185).

El caso exceptuado de la íntima conexión patrimonio-personalidad es muy expresivo: la sucesión aceptada a beneficio de inventario, uno de los extremos más debatidos en nuestro Derecho sucesorio y, precisamente, lo que se discute es su propio carácter de regla o de excepción.

Rasgo común a otra concepción del patrimonio, el designado por Cossío como "patrimonio-afectación", es su atractivo por lo teleológico, por la afectación de los elementos a un fin determinado. Esa afectación es protegida a través del arbitrio de recursos jurídicos por el Derecho objetivo. Las teorías de la afectación tratan de evitar todo intento de ficción (186).

La función y utilidad del patrimonio, dice Cossío, ha sido modernamente, y por influencia de la escuela objetiva, reducción a límites muy estrechos. De ser una emanación de la personalidad, como pretendía la escuela clásica, ha pasado a convertirse en un mero respaldo concedido al derecho de los acreedores.

Entre las funciones que de ordinario se le asignan figuran, precisamente, la de explicar que a la muerte del titular el patrimonio se transmite a los herederos en el estado en que se encuentre; explicar el derecho de garantía general que corresponde a los acreedores y hacer posible la subrogación real en los casos en que un patrimonio sea objeto de una demanda de restitución.

En efecto, el tema de la transmisión de las deudas gira en torno a la garantía patrimonial. El fundamento de la responsabilidad ultra

(185) Cfr. A. Cossio, *La teoría del patrimonio*, pág. 129.

(186) Precisamente el subjetivismo lleva consigo la necesidad de prodigar ficciones y presunciones. El Derecho comparado demuestra, dice Castán, que las legislaciones positivas no apoyan sus reglas en interpretaciones de sentimiento, sino en criterios más objetivos; y la técnica del Derecho va abandonando el sistema de fundar las instituciones jurídicas sobre presunciones de voluntad, que, sobre ser siempre arbitrarias, significan un resabio individualista. Cfr. J. CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español y común y foral*, tomo VI, Derecho de sucesiones, vol. 3.º, 7.ª ed. revisada y ampliada por J. L. de los Mozos (Madrid, 1971), 26.

vires, depende de la manera de enfocar estas funciones patrimoniales (187), y conviene no confundir *responsabilidad* con *garantía* que reclama concreción en bienes.

A su vez, el concepto de patrimonio hereditario sirve para la construcción de la teoría general del patrimonio; su sentido económico (188) se desprende del artículo 659, confirmado por varias sentencias del Tribunal Supremo, como las de 9 de febrero de 1901, 24 de noviembre de 1911 y 5 de noviembre de 1920, que describen la herencia como “el remanente que, después de pagar deudas y legados, quedare del conjunto de bienes y derechos del causante”; y su sentido jurídico se comprende en el artículo 661, al indicar que los herederos suceden al difunto, por el hecho de su muerte, en todos los derechos y obligaciones; es decir, en esa doble vertiente personal —o extra patrimonial— (189) y patrimonial extensiva, no sólo al activo, sino a todo el complejo de bienes, universalidades, titularidades reales y obligaciones.

a) *El aglutinante familiar*

A mi modo de ver, en la vertiente patrimonial cobran relieve a su vez diversos aspectos. Entre otros, los deberes patrimoniales exigibles a cualquiera que ocupa ante un patrimonio una posición especial (titularidad). Sus implicaciones son múltiples, entre otras las relativas a terceros interesados, deberes de administración en el sentido preciso de conservación, la interposición de acciones, defensa frente a desplazamientos injustificados, enriquecimiento injusto, acciones restitutorias y de reparación de daños por actos ilícitos que llevan

(187) Destaca Peña Bernaldo de Quirós el carácter de la sucesión como mera sustitución en la titularidad del patrimonio, el cual persiste diferenciado. Incluso tras la aceptación no deja de ser masa de bienes especialmente afecta a las deudas y cargas de la herencia, Cfr. ob. cit., pág. 116.

(188) Vid. A. DE COSSIO Y CORRAL, *La teoría del patrimonio*, pág. 139.

(189) La “trascendencia extrapatrimonial de la condición de heredero” es un tema quizá descuidado por la doctrina excesivamente defendida por la concepción objetiva de la herencia como masa patrimonial. Esto ha llevado a reducir verdaderas cuestiones de personalidad, vg. filiación legítima o extramatrimonial, a cuestiones de propiedad de bienes en que los herederos tenían un derecho propio nacido —se piensa— de su interés en la herencia. Vid. sobre el tema J. M. MANRESA, *Comentarios al Código Civil* (Madrid, 1914), 519.

Expresiva de esa concepción es la cláusula frecuentemente empleada como fórmula notarial de llamamiento “en el remanente de sus bienes”. Dicha cláusula, como expresan las Res. 25 de agosto de 1923 y 29 de noviembre de 1956, reproduce una “corriente e incorrecta fórmula notarial” que responde a un concepto económico de la herencia que al jurídico impuesto por nuestra legislación tradicional, y especialmente reflejado en los arts. 659 y 661 del Código civil. Las instituciones en el remanente, cuando no afectan a determinada categoría de bienes, comprenden la universalidad de ellos y no pueden estimarse desvirtuadas con el empleo del adjetivo calificativo “demás” que supone una redundancia en los términos usados. Sobre el empleo y consecuencias de esta cláusula, Vid. MARTÍNEZ SANTONJA, y la glosa de esa postura en RCDI (1951), pág. 486.

inherentes su específica responsabilidad, distinta de la herediaria, etc.

Aunque en efecto, el Derecho sucesorio guarda estrecho contacto con el patrimonio, su configuración histórica es anterior a la concepción de la propiedad individualizada; de aquí que no radique en ésta su último fundamento. El Derecho sucesorio *ab intestato*, vg. ha ido unido a la institución de la "propiedad familiar", tan característica de los pueblos germánicos.

Hugo Grocio trata del Derecho sucesorio en el libro seguido, que se ocupa de los derechos reales, de su *Inleidinge tot de Hollandsche Rechts-Geleerdheid* (190) y lo define como aquella parte del Derecho que regula el traspaso de los bienes del difunto a una o más personas vivas (herederos o legatarios). Este autor considera el Derecho sucesorio como un modo más de adquirir la propiedad.

La influencia de esta concepción se hizo sentir en los diversos sistemas europeos. El Código civil holandés ("Burgerlijk Wetboek", o B. W. de 1838) regula el Derecho sucesorio en el libro segundo; el artículo 584 B. W. considera como derecho real el derecho a ser heredero "erfgenaamschap". Al parecer, los autores del B. W. tomaron ese punto de vista defendido en la tesis doctoral de Heinrich Hahn (1939), titulada "*De iure rerum et iuris in re speciebus.*" En dicho trabajo Hahn configura cinco derechos reales que corresponden a las cinco acciones reales del Derecho romano: *reivindicatio*, *actio publiciana*, *actio confessoria*, *actio serviana* y *hereditatis petitio*. Este conjunto recibe en Holanda el nombre de la "Pentarquía de Hahn" (191).

Esa mentalidad subsiste entre los juristas contemporáneos a la publicación de nuestro Código civil: "la propiedad y la herencia son los dos polos sobre los que gira el sistema del Derecho civil y sus aplicaciones prácticas". Y este criterio, que refleja el Código civil, incluso a los menos partidarios de la redacción, parece bueno: "como yo, señores procuradores, no me propongo censurar el Código, sino hacer su crítica, no tengo inconveniente en declarar que "la parte que se refiere a la herencia es la menos defectuosa del Código, al menos a mi juicio". Incluso, refiriéndose a las innovaciones, dirá Bosch "las acepto, en conjunto me parecen mejoras" (192).

En la actualidad se destaca de nuevo el enlace del Derecho sucesorio con la familia, con el régimen económico (193). De aquí que

(190) Cfr. HUGO DE GROCIO, *Int. II ed. Universitaire pers Leiden*, 1952, pág. 1.

(191) La expresión "pentarquía de Hahn" es usualmente recogida en casi todos los tratados clásicos de Derechos reales y Derecho sucesorio holandeses. Vid. C. ASSER, *Handleiding Tot de Beoefening van het Nederlands Burgerlyk Recht*, 2.^a parte. Zakenrecht (Zwolle, 1957), 17 y 18.

(192) Discurso de Alberto Bosch apoyando el voto particular presentado por él en el Senado, sesión 2.^a de enero de 1889, en Revista de los Tribunales, XIX (1889), 69. El señor Bosch proponía que el proyecto de ley fuera otra vez a la Comisión de Códigos.

(193) En la actualidad se toma como criterio de interpretación del testamento, vg. la S. 22 de mayo de 1947 hace depender el problema de la impu-

la fundamentación del Derecho sucesorio se entienda mejor desde esa sede familiar donde se encuentran sus verdaderos presupuestos. Como veremos, el desenvolvimiento de los principios que rigen esta rama del Derecho civil discurre paralelo a los que gobiernan el régimen de bienes del patrimonio (194).

Pero además, son muchas las categorías dogmáticas del Derecho de sucesiones que sólo se alcanzan con rigor desde una perspectiva familiar. La expresión técnica "personalidad" cualificadora de una posición jurídica es usual en el ámbito de la familia. La sociedad de gananciales, dice Manresa, "queda en cierto modo independiente de la personalidad de los socios, y así, estos pueden ser indemnizados por aquélla"; mientras que, con relación a terceros, tan confundidas están sus personalidades como sus bienes" (195).

La expresión misma "mulier non est proprie socia sed speratur fore" se entiende mejor referida a la eventualidad de los derechos sucesorios, puesto que la mujer es para la ley al menos un acreedor del dominio, un acreedor con derecho preferente, "el derecho eventual a obtener una suma en la liquidación".

Y ese ensamblaje con el Derecho de familia es finalmente insustituible para la recta comprensión de aquellas instituciones sucesorias genuinas de los territorios españoles que tienen Derecho civil propio. Como afirma en uno de los considerandos la Sentencia 1 de julio de 1970 la finalidad de la institución del heredamiento foral catalán no es otra que el mantenimiento del patrimonio familiar sin división, que implica para el heredante una serie de limitaciones en su facultad dispositiva.

Es, además, cuestión previa para interpretar el alcance de frecuentes cláusulas testamentarias que tienden al logro de finalidades concretas de índole familiar, Sentencia 5 de octubre de 1970, especialmente dificultosas si se otorgan facultades de disponer de los bienes heredados caso de *necesidad*, Sentencia 17 de mayo de 1962; sin precisión de necesidad, Sentencia 9 de diciembre de 1970, etc.

Y con frecuencia, en la problemática a que da lugar en la práctica la partición interfieren típicas cuestiones conexas con la disolución del matrimonio, reintegros, aumentos de valor, restitución de bienes privativos, etc. Acerca de si la inclusión en la partición de un bien parafernál, mejorado constante matrimonio, como ganancial, es

tación del legado condicional a la legítima original de ésta de manera "importante y trascendental", condición de no contraer segundas nupcias, avala la finalidad de la cláusula testamentaria que lleva consigo un deseo de incrementar el haber de la esposa y facilitar su desenvolvimiento económico disponiendo que pueda enajenar los bienes caso de necesidad.

(194) La práctica contemporánea al Código era proclive a esa conexión familia-sucesiones. La S. 5 de octubre de 1877, J. C. 62, núm. 77, pág. 332. califica de frecuente el "pacto antiguo establecido por costumbre" que prevé la reversión a la familia de los propios y la mitad de gananciales, para el caso en que el matrimonio se disuelva sin hijos.

(195) Cfr. J. M. MANRESA, *Comentarios al Código Civil español*, t. IX, 3.^a ed. (Madrid, 1919), 674, 678 y 725.

causa de nulidad o solamente de su rectificación, Vid. Sentencia 30 de abril de 1958.

b) *Características de los bienes*

Entre las exigencias objetivas del patrimonio cabe destacar:

a') La destinación del patrimonio del causante a fines de garantía —fin *intrínseco*—. La alteración de ese fin de garantía entraña un *daño* patrimonial en la esfera de los acreedores. Precisamente porque, como tal fondo de garantía la alteración importa a su patrimonio particular. Es, en puridad, el principio general “antes pagar que heredar”. A este aspecto se refiere de modo especial el importante tema de la tutela de deudas y cargas.

b') El adaptar su régimen jurídico a la naturaleza de las cosas. Es este el fin *extrínseco* del patrimonio al que se aderezan el cumplimiento de su misión familiar y social. A este extremo se refiere la necesidad de establecer una jerarquía de fines, vg. los conflictos en orden al ejercicio del retracto, al mantenimiento de las explotaciones agrarias, de la empresa, etc.

Qué duda cabe de que la exigencia impuesta por la naturaleza de las cosas integra como elemento fáctico el acto de destinación de bienes, sea *intervivos* o *mortis causa*.

c') Es extensiva al patrimonio hereditario la diferencia entre “patrimonio económico” y “moral”, vertido éste último hacia el *consumo* inmediato familiar y a la satisfacción primera de obligaciones y deberes consorciales.

d') La particular “composición” del patrimonio es relevante en orden al alcance de los actos de conservación y, en general, de administración. El traslado de la idea de sustancia y de valor explica los problemas concretos en orden a titularidades *ob rem*, subrogación real, delimitación patrimonial “*pro viribus*” y “*cum viribus*”, etc., y a los actos de disposición sobre bienes, gravamen, desplazamientos, sustituciones de bienes por valores, etc.

e') Por último, la masa patrimonial no puede analizarse desde sí misma, desde el interior, sin asomarse a los *ámbitos* o *esferas* patrimoniales con que comunica y que reclaman sus propios mecanismos de defensa. En este punto adquieren singular relieve las situaciones con cierta eficacia o protección real, derechos expectantes, los llamados acreedores del dominio, atribuciones modales, etc., y en general, las expectativas reales de adquisición.

c) *Conexión patrimonio-personalidad*

Para desvelar el “secreto y la causa” de la transmisión de las deudas ha de acudirse por tanto a los principios que rigen la dinámica patrimonial; entre otros, el principio de responsabilidad, el principio de subrogación, y los principios jurídicos que presiden el de-

senvolvimiento de los elementos patrimoniales, tales como el principio de mancomunidad, el principio de transmisibilidad de los créditos, etc. (196).

La responsabilidad *ultra vires*, dice Peña, no es una consecuencia natural de la sucesión, y pasa a ser una *incidencia* de la liquidación, e, incluso, una sanción penal cuando se infringe el régimen de liquidación. Ese carácter de sanción es correlativo a la presunción de fraude a los acreedores, que se induce del hecho de no otorgar inventario, o resultado del incumplimiento de una carga, la de ajustarse en la gestión del patrimonio a un régimen impuesto en garantía de acreedores y legatarios.

El inventario es así el trámite normal y ordinario de liquidación, medida de garantía que cumple una función equivalente a aquella hipoteca general que era, en el Derecho histórico, la garantía jurídica correspondiente al principio tradicional “antes pagar que heredar”. El artículo 1.003 entiende Peña no establece *confusión*, sino que marca dos ámbitos de responsabilidad *intra vires* y *ultra vires* que emanan de fuentes diversas. La responsabilidad *ultra vires* trae causa no de la sucesión, sino del incumplimiento de un deber moral exigible o de una gestión culposa. La extensión de la obligación del heredero a su propio patrimonio depende del otorgamiento o no de inventario. Destaca, como puede advertirse, esa exigencia, antes aludida que tiene el patrimonio respecto de su adecuada administración. En lo que tiene de sugerencia, de intuición, me parece de alto valor esa tesis y acertadas sus conclusiones. Qué duda cabe de que las omisiones culpables, las ocultaciones de bienes, la posposición voluntaria de créditos, han de llevar consigo una correlativa sanción. Por más que, a mi entender, esa sanción, sin trastocar el régimen específico a que está sometido el patrimonio hereditario, se alcanza por la aplicación de la doctrina del acto ilícito, con el reenvío genérico a la buena fe y el empleo de acciones recuperatorias, comprendidas e nel cuadro dogmático del enriquecimiento injusto.

Ofrece interés en este orden de ideas la Sentencia 5 de julio de 1947, que señala como justa causa de remoción del albacea el uso malicioso —en perjuicio de los llamados a la herencia— de facultades. En el caso concreto se trataba de una venta en pública subasta sin motivo, “innecesariamente”, de una finca de relativa importancia contra la voluntad de los herederos y sin que entre las facultades

(196) El principio *favor testamenti* surgió con una clara finalidad protectora de la *heredis institutio* —*caput et fundamentum totius testamenti*—, pero al combinarse con otros principios como el de seguridad jurídica extiende su campo respecto de otras disposiciones a que antes se mostraba indiferente y llega a generalizarse como el principio *favor negotii* a su función de defensa de la eficacia jurídica de los actos. Cfr. B. BIONDI, *Successioni testamentaria e donazioni*, 2.^a ed. (Milán, 1955), 5, 22. En esta generalización, integrante ya de un criterio interpretativo, permite aunar lo subjetivo, el marco de la titularidad, a lo objetivo, la concepción teológica del patrimonio.

concedidas por el testador figurase la de vender los bienes relictos. Respecto a la administración de los bienes, arbitrando medidas de protección a la situación de pendencia —derechos y facultades de los no concebidos— la mejora de la finca —edificación— y conservación del patrimonio en favor de titulares futuros. Vid. Resolución 13 de enero de 1965.

Hacen notar Lacruz Berdejo y Sancho Rebullida, que la responsabilidad *ultra vires* es un efecto (retardado) de la sucesión, no mero incidente de liquidación. Si los acreedores del causante pueden agredir los bienes del heredero, es, en primer lugar, por ser este sucesor universal, lo cual constituye una condición necesaria, aunque no suficiente (197).

El artículo 1.084 pantea el problema de la solidaridad.

La duda está en si impone una responsabilidad solidaria típica, por lo que incluso hecha la partición, el heredero sigue respondiendo *cum viribus*, o si es mera secuencia de la regla general de solidaridad en cuya virtud ya antes de la partición los herederos responden como deudores solidarios por las deudas hereditarias.

La conexión —no confusión— entre los patrimonios había sido ya puesta de relieve por la doctrina histórica, al fundamentar la responsabilidad (luego de la aceptación) en un negocio con los acreedores merced al que el heredero “asume como propias” las deudas del causante: “quasi contraxisse” (198). Quizá sea esta apreciación un argumento en pro del carácter negocial de la *additio*, que, a mi modo de ver, no es sino uno de los actos en que se desarrolla el proceso de formación de la titularidad hereditaria.

En el fondo, nos encontramos ante una confluencia de *causas de atribución* (el causante, desde este punto de vista, tenía varias titularidades) y un vez más el juego del principio general de enriquecimiento injusto, correctivo de desplazamientos abusivos y expresión jurídica del “control” que los acreedores conservan en el patrimonio de su deudor originario. De otro modo, la titularidad de heredero, como continuador de titularidades diversas, podría llevar consigo

(197) Cfr. J. LACRUZ BERDEJO y F. A. SANCHO REBULLIDA, pág. 160. La condición de heredero, en efecto, puede no llevar consigo la responsabilidad *intra vires*. El cónyuge viudo que ostente la condición de heredero forzoso de su consorte, al efecto de poder actuar en defensa de sus derechos legitimarios, S. 26 de marzo de 1940, 30 de junio de 1950, 9 de julio de 1957, no por ello responde “ultra vires” del pago de deudas existentes contra la herencia, “por no disfrutar, afirma en uno de sus considerandos la S. 28 de octubre de 1970, más que el simple goce temporal de una porción hereditaria”. Es preciso que el cónyuge viudo sea convocado por tener interés directo al poder ver mermada su cuota legal usufructuaria, pero no debe ser condenado al pago.

(198) Para Pablo de Castro el heredero responde de las deudas, no porque ocupe el lugar del difunto, sino porque con la *additio* parece que el heredero *quasi contraxisse* con los acreedores de la herencia. Gayo Javoleno decía que aceptar la herencia es obligarse *haeridate*, Vid. R. NÚÑEZ LAGOS, ob. cit., pág. 411.

un “desvío de poder”, una “intromisión”, usurpación o violación no justificada —el porqué del poder— en un ámbito patrimonial que quedaría sin suficiente tutela.

XI. CONCLUSION: EL SENTIDO DE LA CONTINUIDAD SUCESORIA

Cabe deducir de lo hasta aquí expuesto que la doctrina moderna ha ido, en los últimos años “depurando” esa “atmósfera” en que, en expresión de Cossío, se nos presenta el patrimonio, dentro de la cual los bienes pueden desenvolver todo su dinamismo. Y a la vez se destaca la función o destino especial de los componentes del patrimonio hereditario, como garantía, lo que da realce a la idea de liquidación patrimonial. De no perderse de vista que el título de heredero se desenvuelve no a través de un acto, sino de lo que entiendo como un proceso escalonado; al comprobar que no se justifica dicho título por un poder acaso arbitrario de carácter patrimonial, y que tampoco el patrimonio pasa en un único momento, como un bloque compacto, se está centrando el problema en sus verdaderos límites, la jerarquía de fines generales y especiales dentro del patrimonio hereditario (199).

(199) Precisamente por eso la evolución contemporánea de lo que constituye el vasto dominio del Derecho patrimonial de la familia contiene ya de modo insoslayable la evolución del concepto de patrimonio hereditario, al alterarse la específica jerarquía de los fines generales. Testamentos, liberalidades, actos *intervivos* con función *mortis causa*, etc., se orientan con relación al Derecho patrimonial de la familia. La afección de bienes a los intereses familiares, las restricciones y limitaciones al poder de disposición se encauzan más que a fórmulas, concretas de protección de intereses individuales, protección a la mujer, al cónyuge viudo, etc., a la protección al patrimonio mismo, a la protección de la economía del hogar y de la familia. Vid. sobre la cuestión el estudio monográfico del ilustre jurista, recientemente fallecido, F. PALA MEDIANO, *La promoción de la mujer casada en la Compilación aragonesa y en el Derecho comparado*, en Estudios de Derecho civil en honor del profesor Castán Tobeñas, I, pág. 371, donde expresa el “deseo justificado o la necesidad sentida de reservar los bienes patrimoniales, mejor dicho, los patrimonios matrimoniales, para asegurar la pervivencia del hogar y la subsistencia de la prole y aun para constituir un patrimonio familiar que sirva de base para la dotación de nuevas familias en las generaciones futuras”. El patrimonio familiar ha de ser, en efecto, la verdadera antesala del patrimonio hereditario y por eso ha de sustituirse progresivamente la radical autonomía del individuo para disponer de sus bienes por auténticas funciones o potestades familiares. A fin de cuentas, ese criterio tiene ya un claro asentamiento en determinadas regiones españolas; bajo distintas potestades se organiza en Navarra la sociedad universal de conquistas, en Aragón la Comunidad legal continuada, etc. Es esa también la tendencia de recepción legislativa francesa al revisar ahora las consecuencias a que dio lugar la concepción del *Code*, Vid. J. RENAULD, *Droit patrimonial de la famille*, I (Bruselas, 1971), 31.

1. *La vertiente moral*

En consecuencia, queda delimitada la materia sobre la que habrá de operarse para alcanzar nuevas metas, con la certeza ahora de la falta de rigor y coherencia con el sistema sucesorio español de diversas corrientes admitidas que no tienen en cuenta los verdaderos pilares sobre que este se asienta, es decir, la jeraquía de fines, que permite destacar la relevancia de la esfera personal del patrimonio hereditario: facilitar el cumplimiento *post mortem* de auténticos deberes morales, y mantener la especial afección de los bienes a los fines de garantía; pero a su vez, la vertiente económica, aun la idea de liquidación con el equilibrio de las masas patrimoniales en que se insertan los complejos intereses en presencia; la posición jurídica del heredero, desde el punto de vista negativo atribuye la imputabilidad de perjuicios y daños, y, desde el punto de vista positivo, encarna la tutela y protección de auténticos bienes de la personalidad.

Resulta bien a las claras lo infundado de aquella concepción de la herencia, tan generalizada, que la considera como un acervo de bienes materiales que, por serlo, revisten fundamentalmente carácter económico, con desdoro del patrimonio espiritual que a su fallecimiento el causante posea, Sentencia 22 de mayo de 1950 y Sentencia 7 de febrero de 1962.

2. *El nuevo reto de la doctrina*

He aquí, en síntesis, lo que constituye una línea de trabajo de los civilistas en los últimos años en tema de sucesiones. El camino ya señalado por la doctrina moderna ha de llevarnos a depurar la dogmática de pretendidos dogmas, a destacar la importancia de la tradición jurídica sin instrumentaciones partidistas, y tender abiertamente hacia un realismo jurídico que afirme el Derecho como garantía de la libertad, como instrumento eficaz al servicio de la persona y de la sociedad entera.

No es otra la trascendental labor que incumbe a los juristas de nuestro tiempo: armonizar el Derecho positivo con la conciencia social de la época. En definitiva, el nuevo "*respondere*" que Cicerón había señalado como actividad principal del jurisconsulto (200); dar respuesta acomodada a la Justicia, a las nuevas demandas o exigencias actuales de la sociedad. Junto a ese "*respondere*", también "*cabere*", "*agere*" y "*escribere*". Queda a las claras que cuando se trate de instituciones de "conocido y marcado abolengo", la probidad científica aconseja el "ir a buscar en su raíz su genio" (201).

(200) Cfr. F. SCHULZ, *Storia della giurisprudenza romana* (Firenze, Sansoni, 1968), 202.

(201) Cfr. Consulta, *Derecho de acrecer y legados*, pág. 294.

3. *La conservación del patrimonio*

En una buena medida, la problemática contemporánea se ciñe al deseo individual y a la necesidad social de la conservación del patrimonio familiar.

Esa preocupación se advierte en gran número de cláusulas establecidas en los testamentos que han suscitado controversia judicial. Expresivas de esta tendencia son las cláusulas que permiten la disposición de los bienes caso de necesidad. La praxis usual, recogida de aquellas cláusulas que han dado lugar a decisiones del Tribunal Supremo, suele centrarse en precisar el límite y alcance de la idea de necesidad. La temática a que dan lugar sus posibles interpretaciones es muy rica; si entrañan o no condición, instituciones modales, cláusulas simplemente causales (202).

Especial dificultad plantea la necesidad de conservar el patrimonio en supuestos de indeterminación en la titularidad. Son muchos los avatares y circunstancias que pueden condicionar su mantenimiento; circunstancias que se agudizan cuando se trata de una expropiación forzosa por causa de utilidad pública, realización de la concentración parcelaria en la zona o imposición por la Administración de la obligación de construir en un solar. Resolución 13 de enero de 1965.

Desde dos puntos de vista puede contemplarse el acervo hereditario; como conjunto de bienes y derechos del causante, abstracción hecha de las formas y cualidades de las cosas, de manera que, en expresión del profesor López Jacoiste, estas se aprecien en su común denominador de valor y con independencia de su peculiar destino económico social o, según la peculiar aptitud de la cosas, para cumplir su función económica social (203).

El primer aspecto tiene indudables repercusiones prácticas; especialmente la de ser propicia para la aplicación técnica de la subrogación real, la de servir para formular la mejora entendida como

(202) Veamos algunas de ellas; la cláusula debatida en S. 3 de junio de 1947: lega en propiedad o para siempre a su esposa doña Purificación la casa..., propia del testador, la mitad de todos los valores y efectos públicos que sean o pertenezcan al otorgante, el labradío y robleda sitos en... Este legado es con la condición de que si contrae segundas nupcias quedará sin efecto pasando los bienes que comprende a favor del heredero del testador, sin derecho por parte de la expresada esposa de éste a llevar de la herencia más que la cuota usufructuaria. Sin embargo, de lo manifestado, que le prohíbe vender esos bienes legados, por estar sujetos a condición si se viere necesidad podrá vender libremente todos o parte de los bienes legados después de transcurridos los 15 años siguientes al fallecimiento si se viere necesitado. El problema controvertido es el de imputación del legado a la legítima. Otra cláusula, que suscitó la contienda acerca de si se trataba o no de un doble llamamiento, es la que recoge la S. 9 de diciembre de 1970: declara heredero usufructuario vitalicio a su esposo, con facultad de disponer por actos "inter vivos" si lo necesitaba, sin precisión de justificarlo y herederos en la nuda propiedad de sus bienes a sus sobrinos.

(203) Cfr. J. J. LÓPEZ JACOISTE, *La mejora en cosa determinada*, pág. 4.

“cuota parte de ese total indiferenciado”, etc. Y la segunda visión, enriquece los matices de acuciantes intereses actuales. Entre éstos señala el profesor López Jacoiste los que muchas veces responden a un plan noble y legítimo de los testadores, “no sólo en los supuestos de fincas cuya división acarree menoscabos, o cuando se trate de dar continuidad a una empresa organizada, sino en otros muchos fundados en motivos puramente subjetivos, la conveniencia de mantener en una sola mano una determinada entidad económica, o un conjunto de bienes, forme o no una unidad de explotación, puede merecer plena protección jurídica” (204).

A este aspecto cualitativo del acervo hereditario, a cuya tutela tienden principios jurídicos tales como el de conservación en las particiones, indivisión, etc., se refiere la Sentencia 25 de febrero de 1969, que con expresión acaso inexacta, pero con intuición certera, declara que dichos principios son “incompatibles con la función asignada a la propiedad individualmente”.

Pero, en términos generales, cabe afirmar que a la concepción clásica destinada a explicar la transmisión de la riqueza basada, dice Rodière, ya sobre los afectos presumibles del difunto, ya sobre derechos susceptibles de aprehensión de bienes ancestrales, tiende a sustituir una transmisión de los medios de consumo destinados a la subsistencia de los herederos y fundado sobre derechos y deberes morales del difunto, entre ellos los de alimentos (205).

El cambio de concepción es importante; al basarse lo primero sobre la idea de patrimonio como conjunto de bienes predomina la función real, hasta el punto de hacer coincidir la *hereditas* como *ius in re* sobre el patrimonio. Mientras que esos fundamentos realistas se pliegan ahora hacia la idea de afección, personalidad y, en último término, hacia la titularidad.

Cuando se está ante una “suspensión de la titularidad primitiva sobre la masa de bienes y por causa de fallecimiento, y pendiente, por tanto, del paso de ellos a otros sujetos, es obvio que el patrimonio subsiste como objeto de relaciones jurídicas que afectan al causante y a los que posteriormente hayan de asumir la titularidad de esos bienes”, Sentencia 14 de mayo de 1971.

4. El acceso a la titularidad

La sustitución en la titularidad del patrimonio relicto es el punto de partida del nuevo Derecho sucesorio; la zona más necesitada de atención especial.

Las notas características de esta nueva línea podrían fijarse así:

a) La nueva orientación de un viejo presupuesto: *haereditas*

(204) Ibidem, pág. 3.

(205) R. RODIER, *La vocation successorale ab intestat dans le projet italien de Code Civil*, en “Bulletin de la Société de législation comparée”. 1937, página 222. Cit. P. BLONDEL, *La transmission a cause de mort des droits extra patrimoniaux et des droits patrimoniaux a caractère personnel*, pág. 23.

non dicitur in bonis nostris, quando non est adita. El *ius delationis* intransmisible en el Derecho romano, es hoy uno de los derechos que integran la masa hereditaria de quien llamada a adquirir no puede hacerlo. Resolución 20 de septiembre de 1967, Sentencia 9 de diciembre de 1970.

b) La insistencia en matizar de modo oportuno la idea de gestión y de distinguir entre lo que son actos de mera conservación respecto de la liquidación. Y así el derecho a defender su propio patrimonio implica un *deber* de gestionar (206).

c) Haber clarificado la distinción entre la mención formal del asignatario y el título de atribución patrimonial (207 bis).

d) Resulta entonces que adquiere nuevos perfiles la razón última de la titularidad hereditaria, su porqué no estrictamente patrimonial y sus funciones; el motivo en cuya virtud el derecho de cada copartícipe está en su patrimonio con anterioridad a que la partición se otorgue.

e) Al entender como un proceso temporal el fenómeno sucesorio se ensancha también la gama de posibles titulares de derechos concurrentes con una "carta temporal"; derechos concurrentes que no fraccionan la simultaneidad del llamamiento; en que acaso concurren dos liberalidades, la nuda propiedad y el usufructo, ambas se adquieren a la muerte del causante con independencia y sin orden de relación sucesiva. Los nudo propietarios adquieren desde luego un derecho sobre los bienes (207).

De todo lo expuesto podemos deducir que las líneas que trazan el actual desenvolvimiento de las relaciones sucesorias enlazan con problemas típicamente familiares. Y es natural que si hoy tiende a situarse en el Derecho de personas el lugar que corresponde dentro del Derecho privado al Derecho de familia, esa temática está presente en las soluciones que reciben los problemas sucesorios.

(206) Quien actúa como administrador de los bienes de la testamentaria en la que no se ha procedido a la división y adjudicación es parte procesal para ejercitar acciones derivadas de la herencia yacente. Sobre lo diferencial entre actos de conservación y de administración, Vid. Gitrama, *La Administración de la herencia en el Derecho español* (Madrid, 1950), 197. En cambio, cuando la herencia se encuentra indivisa, en estado de comunidad, no es posible llevar a cabo actos de disposición sobre bienes concretos, S. 9 de diciembre de 1970. El derecho concreto no nace con la muerte del causante, sino con el acto de adjudicación, artículo 1.068 del Código civil.

(207) Derecho sobre los bienes cuya efectividad se halla aplazada, pero no condicionada a la muerte del usufructuario. Acerca de la diferencia entre usufructo con facultad de disponer y sustitución fideicomisaria de residuo. Vid. la importante Sentencia de 9 de diciembre de 1970.

(207 bis) El heredero forzoso, vg, no puede ser excluido por el testador de la herencia sin causa legítima. La mención en el testamento viene a ser el título que corresponde al deber genérico de atribución que tiene el testador. "Primero es, dice LACRUZ, heredero forzoso"; pero, desde el punto de vista de su satisfacción, los títulos pueden ser varios: *inter-vivos* o *mortis-causa*, donación en vida, legado, título de heredero. Cfr. J. L. LACRUZ BERDEJO y F. A. SANCHO REBULLIDA, *Derecho de Sucesiones*, II, págs. 18 ss.

Hemos analizado algunos de los más destacables, tales como el cumplimiento de deberes morales, el ejercicio *post mortem* de verdaderos derechos de la personalidad, de deberes familiares, continuidad del patrimonio, del hogar, etc.

De ahí que la titularidad del patrimonio hereditario se tiña también de estos matices personales y que los criterios interpretativos respecto del "llamamiento", llamamientos sucesivos, simultáneos, conjuntos, propendan a través de los diversos medios técnicos y sus plasmaciones concretas, derecho de transmisión, representación, sustituciones, acrecimiento, etc., a facilitar y ensanchar el acceso a la titularidad. De aquí también que la transmisión de titularidad del patrimonio hereditario haya de ser entendida como el cauce jurídico que hace posible la continuidad de lo que acaso ya en vida del causante ha surgido como fruto de esfuerzos comunes: esa realidad es la que como entorno social, como aglutinante familiar, permanece y conserva su virtualidad operativa incluso al producirse el cambio de titular.

