

Apuntes de Derecho sucesorio

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

JUAN VALLET DE GOYTISOLO

Notario de Madrid

II

Medios de atribución y concreción de las legítimas y consecuencias de su respectiva atribución

SUMARIO: § 1.º Los principios romanos de la necesidad de institución de heredero, de su universalidad y de la incompatibilidad de las sucesiones testada e intestada, y su posterior atenuación o derogación en Derecho histórico castellano y en el Código civil.—§ 2.º La institución en cosa cierta como medio de individualizar la legítima en bienes predeterminados.—§ 3.º La individualización de la legítima en la partición hecha por el testador. Examen del párrafo segundo del artículo 1.056 del Código civil.—§ 4.º Atribución expresa o tácita de la legítima como legado de parte alicuota.—§ 5.º ¿Pueden atribuirse eficazmente en pago de legítimas legados de cosas que no pertenezcan a la herencia del causante?—§ 6.º Consecuencias de la atribución de la legítima a título de herencia y a título de legado.

Dos son los objetivos que perseguimos en esta segunda parte de nuestro trabajo. Primero: Precisar los medios de que dispone el testador para individualizar las legítimas; diferenciando expresamente, de una parte, la concreción conseguida en la partición verificada por el propio testador y, de otra, la efectuada a través de legados e instituciones *in re certa*. Segundo: Determinar las consecuencias prácticas—ventajas e inconvenientes—que derivan de atribuirse la legítima a título universal o singular. Concretamente, según la institución se otorgue *in re certa*, *in universitatae*, o *in quota*. Bien en concurrencia con otros herederos testamentarios o con los señalados abintestato en el supuesto del artículo 764 Código civil. Y según el legado sea de universalidad, de parte alicuota, de cosa cierta, de especie o cantidad, o de cosa ajena—de ser eso posible.

Pero, tanto para poder dominar el primer objetivo enunciado, que supone el estudio de las instituciones *ex re certa*, como para acotar el ámbito del artículo 764 del Código civil y para explicar la derogación de la doctrina justiniana en el artículo 815 del mismo Código, nos será preciso examinar sucintamente la evolución y estado actual de los viejos principios romanos de la necesidad de la institución de heredero, de su universalidad y de la incompatibilidad de las sucesiones testada e intestada.

Por eso comenzaremos con ese examen, que simplificaremos cuanto podamos, reduciéndolo a un bosquejo lo más claro y todo lo preciso en sus líneas fundamentales que nos sea posible.

§ 1.º.—LOS PRINCIPIOS ROMANOS DE LA NECESIDAD DE INSTITUCIÓN DE HEREDERO, DE SU UNIVERSALIDAD Y DE LA INCOMPATIBILIDAD DE LAS SUCESIONES TESTADA E INTESTADA (1), Y SU POSTERIOR ATENUACIÓN O DEROGACIÓN EN DERECHO HISTÓRICO CASTELLANO Y EN EL CÓDIGO CIVIL

A) *Principio de la necesidad de la institución de heredero para que haya testamento.*

Este axioma sienta la recíproca consustancialidad de testamento e institución de heredero; derivando de ahí, como consecuencias, que «donde hay institución de heredero hay testamento»; y que «si hay testamento debe haber necesariamente institución de heredero».

a) *En Derecho romano*, positivamente se apoyó este principio en los siguientes textos:

Digesto XXVIII-V, Ley 1.ª párrafo 3.º, Ulpiano: «Qui neque legaturus quid est, neque quenquam exheredaturus, quinque verbis potest facere testamentum, ut dicat, *Lucius Titius mihi heres esto*. Haec autem scriptura pertinet ad eum, qui non per scripturam testatur, qui poterit etiam tribus verbis testari, ut dicat: «Lucius heres esto»; nam et «*mihi*», et «*Titus*» abundat» (2).

Instituta, II-XXIII, párrafo 2.º: «In primis igitur sciendum est, opus esse, ut aliquis recto jure testamento heres instituat... alioquin inutile est testamentum, in quo nemo heres instituitur».

E, Instituta II-XX, párrafo 34: «... quia testamenta vim ex-

(1) Sobre estos y los demás principios sucesorios ver la magnífica obra de MARTÍ MIRALLES *Principis de Dret Successori*, Barcelona, 1925, especialmente para el principio de la *necesidad* de la institución, pág. 12 y ss.; para el de la *universalidad*, pág. 21 y ss., y para el de la *incompatibilidad* de las sucesiones testada e intestada, pág. 28 y ss.

(2) «El que no ha de legar cosa alguna ni ha de desheredar a nadie, puede hacer testamento con cinco palabras, como diga: *Sea Lucio Ticio mi heredero*. Mas esta escritura corresponde al que no testó por escrito, el cual podrá testar con tres palabras, diciendo: *Sea heredero Lucio*; porque sobran el *mi* y el *Ticio*» (Traducción de GARCÍA DEL CORRAL.)

institutione heredis accipiunt, et ob id veñti caput atque fundamentum intelligitur totius testamenti heredis institutio.»

Pero no debemos olvidar que ya en la época imperial el testamento no era el único instrumento de disposición *mortis causa*. A su lado aparece el codicilo. Su origen arranca de una disposición singular de Augusto, que por primera vez consideró como disposición válida de última voluntad a un apéndice no formal de un testamento (3).

A fines de la época clásica se llegó a admitir el otorgamiento de codicilos no sólo como complemento de un testamento anterior, sino también con plena independencia de toda disposición testamentaria (4).

A la par que esta institución se desarrolla una cláusula que se insertaba en los testamentos para prevenir su ineficacia sobrevenida. Es la *cláusula codicilar*, en virtud de la cual el testamento que como tal no valía se sostenía como codicilo, convirtiéndose la institución en fideicomiso universal a cargo de los herederos *abintestato*, mientras las demás disposiciones del testamento (v. gr. legados, manumisiones, etc.) se tenían por fideicomisos, que a su vez gravaban al fideicomisario universal, o directamente a los herederos *abintestato* si el testamento no contenía institución (5).

Los autores de Derecho común señalaron algunos casos en que la cláusula codicilar se entendía tácitamente contenida en los testamentos. Antonio Gómez (6) señaló los siguientes supuestos: 1.º «quando in testamento vel dispositione opponitur iuramentum: et hoc dupliciter, vel quod testator iurat velle omnia ibi contente servari vel quod iubet heredem iurare omnia ubi solvere et adimplere»; 2.º «quando testator dixit quod volebat quod dispositio sua valeret omni meliori modo quo possit»; (7); 3.º) y, «quando pater, mater, vel ascendens testator inter liberos et descendentes».

b) *En el Derecho castellano*, quedó borrada la diferencia de fondo entre codicilos y testamentos. Sea por entenderse *ex lege* con valor codicilar cualquier testamento, aunque no contuviere

(3) Ver JÖRS-KUNKEL, *Derecho privado romano* (traducción de la segunda edición alemana por L. Prieto Castro, Madrid, 1917), § 207, 1, pág. 461.

(4) Así JULIANO, en el texto recogido en el Dig. XXIX-VII, 3, pr., dice que: «Si quis, quum testamentum nullum habebat, codicillis fideicommissa hoc modo dedit: «quisquis mihi heres erit bonorumve possessor, eius fidei comitto», fideicommissa praestari debent, quia pater familias, qui testamenti factionem habet, et codicilos facit, perinde haberi debet, ac si omnes heredes eius essent, at quos legitima eius hereditas vel bonorum possessio perventura esset».

(5) JÖRS-KUNKEL, op. cit., § 207, núm. 5, nota 7, pág. 462. Codex VI-XVI, 8.

(6) «Ad leges Tauri Commentarius», Antuerpiæ, 1624, Ley III, núms. 73, 74 y 75, pág. 26.

(7) Algunos autores dieron mayor amplitud a esta cláusula «omni meliori modo...» que a la puramente codicilar. Ver al efecto lo que dijimos en la primera parte de este trabajo, nota 174.

dicha cláusula, o bien por prescindirse de la necesidad de la institución de heredero para la validez de los testamentos. Lo cierto es que éstos mantenían su eficacia, aunque no contuvieran aquella cláusula expresa, tanto si faltaba en ellos la institución de heredero como si conteniéndola el instituido no aceptaba. Así lo dispuso la Ley 1.^a, Tít. XIX del Ordenamiento de Alcalá (8), que pasó a ser la Ley 1.^a, título IV, Lib. V de la Nueva Recopilación y del título XVIII del libro X de la Novísima: «... y mandamos, que el testamento que en la forma susodicha fuere ordenado, valga en cuanto a las mandas y otras cosas que en él se contienen, aunque el testador no haya hecho heredero alguno; y entonces herede aquél que según derecho y costumbre de la tierra había de heredar en caso que el testador no hiciere testamento, y cúmplase el testamento...»

c) *El Código civil*, en su art. 764, también elimina, siguiendo la expresada tradición castellana (9), aquella regla romana.

Su art. 764 no puede ser más claro al respecto: «El testamento será válido aunque no contenga institución de heredero... y aunque el nombrado no acepte la herencia o sea incapaz de heredar, en estos casos se cumplirán las disposiciones testamentarias hechas con arreglo a las leyes, y el remanente de los bienes pasará a los descendientes legítimos.»

Pero cabe preguntar si el Código vigente no ha ido más lejos de donde llegaron sus precedentes castellanos.

En la Ley del Ordenamiento, después recopilada, sus palabras, antes transcritas, disponían que, a falta de institución de heredero o aceptación del instituido: «y entonces hereda aquél que según Derecho y costumbre de la tierra había de heredar en caso de que el testador no hiciere testamento, y cúmplase el testamento». Hoy, el Código civil se expresa invirtiendo el orden de los términos. Así dice primero, «se cumplirán las disposiciones testamentarias hechas con arreglo a las Leyes», y, después, que, «el remanente de los bienes pasará a los herederos legítimos».

Este tránsito de expresión se operó en el proyecto de 1851, que, en el artículo 621, párrafo 3.º, dispuso: «En uno y otro caso (falta de institución y falta de aceptación) se cumplirán las disposiciones del testamento y en el resto de los bienes que no hubiere dispuesto el testador, se heredará con arreglo al título siguiente.»

Al parecer, no se dió a esa redacción intención innovadora. Así vemos cómo el alma de este proyecto, García Goyena, escribe

(8) Las Partidas habían mantenido el principio romano. Así, el proemio del tit. III, de la sexta Partida, comienza con estas palabras: «Fundamento e rayz de todos los testamentos, de qual natura quer que sean, es establecer herederos en ellos».

(9) El proyecto de Código civil de 1851 decía en los dos primeros párrafos de su art. 625: «La institución de heredero no es necesaria para la firmeza del testamento. Tampoco lo es la aceptación de la herencia por el heredero».

la siguiente glosa: «*En el resto de los bienes*. Conforme la misma Ley recopilada» (10).

Pero en el Proyecto de 1882, en el título de las mandas y legados, numerado como artículo 876, se añadió un precepto que no existía en el Proyecto de 1851 (11). El Código civil lo ha recogido en el artículo 891: «Si toda la herencia se distribuye en legados, se prorratarán las deudas y gravámenes de ella entre los legatarios a proporción de sus cuotas, a no ser que el testador hubiere dispuesto otra cosa.»

Norma que el Tribunal Supremo, en Sentencia de 15 de enero de 1918, ha interpretado diciendo que el artículo 891, declarando innecesaria la institución de heredero para la subsistencia del testamento, permite al testador disponer de todos sus bienes en forma de legado. Y la Dirección General de Registros, en Resolución de 30 de diciembre de 1916, dice que este mismo precepto, «al permitir una forma especial de sucesión hereditaria, en la que se prorratan las deudas y gravámenes entre los legatarios y éstos ocupan el lugar de los herederos, transformando en cierta manera las cuestiones de representación del causante en problemas de liquidación del patrimonio, hace innecesaria la intervención de los sucesores a título universal».

Es decir, que, al parecer, *del principio castellano de la innecesidad de la institución de heredero para la validez del testamento, se ha pasado, en el Código civil, al principio de la innecesidad de la existencia de heredero en la sucesión*. Esta podrá deferirse distribuyendo la herencia en legados.

Manresa (12), comentando este artículo 891 del Código, dice:

«Pregúntase quién representa al testador en el caso del artículo 891, y quién ejercita los derechos que le competen y no hayan sido expresamente legados.»

«Constituye el activo de la herencia de una persona el conjunto de todos sus bienes y derechos transmisibles. Si todos estos bienes y derechos han sido distribuidos en legados por el testador, que es el caso a que el artículo 891 se refiere, no puede quedar derecho alguno que deba ser ejercitado por distintas personas que los mismos legatarios.»

«El pasivo de la herencia está formado por las deudas y gravámenes hereditarios, esto es, por cuantas obligaciones contrajo el testador durante su vida o impuso en su testamento, y todas ellas han de ser cumplidas proporcionalmente. Luego no hay más representación que la de los legatarios.»

(10) «Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español». Madrid, 1852. T. II, pág. 78.

(11) Según parece su norma fué tomada del art. 3.616 del Código de Méjico entonces vigente (reiterado en el actual 1.411), y del art. 1.794 del Código portugués.

(12) «Comentarios del Código civil español». T. VI (6.ª ed., Madrid, 1932), página 685.

«La única diferencia entre este acto y aquel en que hay herederos es que éstos responden hasta con sus propios bienes al cumplimiento de las obligaciones del testamento, a menos de aceptar a beneficio de inventario, mientras que los favorecidos con los legados no responden nunca, si no quieren, más que hasta donde alcance el valor de sus respectivas mandas. Borrada esta diferencia en el Código de Méjico, por entenderse siempre allí aceptada la herencia a beneficio de inventario, dice con razón el art. 1.286 que cuando todo el caudal se distribuye en legados, los legatarios serán considerados como herederos representantes de la herencia.»

Precisando Scaevola (13) que «puede un acreedor de aquél (del testador) reclamar de cualquiera de los legatarios nombrados su deuda, aunque ésta ha de ir siempre subordinada al importe de la herencia que aquél perciba. Lo cual no ocurre con el heredero, que tiene el derecho de repetir por exceso contra los demás coherederos, a los efectos del art. 1.085».

Sánchez Román (14) comenta que «la *regla especial* del artículo 891 no significa tampoco que, en tal supuesto de distribuirse toda la herencia en legados, por no contener el testamento institución de heredero, se varía la naturaleza del mismo como título singular de sucesión *mortis causa*, ni corresponde a los legatarios, en tal caso, la disposición y representación jurídica del causante, ni la misma de su patrimonio hereditario, sino en la medida del valor respectivo de cada legado conforme al párrafo 2.º del art. 858; dentro de cuyo límite tendrán siempre los acreedores toda preferencia a los legatarios, pudiendo utilizar aquéllos, por analogía, el derecho de intervención en la partición que les otorga el art. 1.083, «para evitar se haga en fraude o en perjuicio de sus derechos»; y, también, por analogía, el 1.084, al efecto de reclamar cualquier acreedor de uno o varios legatarios..., el pago de sus deudas por entero, si basta el importe del legado para cumplirlas o hasta donde alcance el mismo, sin perjuicio del derecho del legatario, con cargo a cuyo legado se satisface el crédito, a repetir el reintegro en la prorrata correspondiente del 891 de los demás colegatarios; porque, entendemos que al acreedor no puede obligársele a dirigir su acción prorrateando sus reclamaciones entre todos los legatarios, ni antes ni después de haberse hecho la partición a que él fué ajeno, ni exponerlo a una insolvencia, ulterior y parcial, de alguno, mientras haya bienes de aquella herencia que nunca pudieron aplicarse a los legados, sino después de satisfechas las deudas que formaban el pasivo de la herencia..., y también aplicable, por analogía, el 1.085, en cuanto al legatario que haya pagado más de lo que le

(13) «Código civil comentado y recordado extensamente», T. XV (4.ª ed., revisada y puesta al día por ORTEGA LORCA, Madrid, 1946), págs. 480 y ss.

(14) «Estudios de Derecho civil», tomo VI, vol. 2.º (2.ª ed., 1910), páginas 1342 y ss.

corresponda a su participación en la herencia, o cuando por ser la deuda hipotecaria o consistir en cuerpo determinado, la hubiese pagado íntegramente, en cuyo caso podrá reclamar de los demás su parte proporcional.»

Volveremos sobre este tema. Pero queremos anticipar que esta doctrina del art. 891 sólo la estimamos aplicable a los supuestos de legados que no sean de cuota o parte alícuota. Esa figura del legado parciario sólo la entendemos viable y lógicamente posible cuando el legatario de cuota, alícuota o remanente, coexiste con uno o varios herederos del causante o por lo menos con un contador con amplias facultades para liquidar la herencia y finiquitar sus deudas. Luego expondremos nuestras razones.

d) Cuestión distinta a la que resuelve si puede darse sucesión sin heredero, es la relativa a la posibilidad por parte de los legatarios de percibir sus legados, aunque los herederos testamentarios o legales no acepten la herencia.

Este extremo cuenta con interesantes antecedentes en nuestro Derecho histórico. Giran en torno a la polémica sostenida por los clásicos castellanos acerca de la interpretación de la citada Ley del Ordenamiento, después recopilada, en su inciso: «*Y si el testador instituyere heredero en el testamento, y el heredero no quisiere heredar, valga el testamento en las mandas, y en las otras cosas que en él se disponen.*»

De una parte, la mayoría de los autores sostuvieron que dicho texto derogó el Derecho común, pues admitió como válidos los legados, y todo lo demás contenido en testamento o en codicilo, aunque la herencia no fuese adida por los instituidos en el testamento ni por los herederos abintestato. Entendieron que en dicho caso los legatarios debían implorar el oficio del Juez, que nombraría un curador de la herencia yacente, ordenando el pago de los legados. De esta opinión, entre otros, fueron Gregorio López (15), Antonio Gómez (16), Tello Fernández (17), Matienzo (18), Juan Gutiérrez (19), etc. (20).

(15) Glosa 4, a la palabra «frutos», de la Ley 37, tit. IX, Sexta Partida: Después de exponer la posición contraria, la rechaza, diciendo que: «la generalidad de las palabras de la Ley del Ordenamiento nos inducen a creer que quiso subsistieran en todo caso las mandas, lo que no sucedería si fuese indispensable cuando menos la adición de parte de los herederos legítimos, de lo que no habla una palabra: así, pues, en virtud de dicha Ley, aunque por persona alguna no se haya admitido la herencia tendrán su derecho expedito los legatarios, y en ese caso implorarán el oficio del Juez, a semejanza de lo que respecto a las mandas piadosas opinaba Baldo». Añadiendo que «análoga es la decisión de Alejandro en la Ley 1 *Dig. d. leg. 1.*, sobre un estatuto parecido, la cual interpreta también Soccino, admitiendo como probables los dos sentidos que hemos indicado, y añade que tomada la ley en el último sentido, deberá nombrarse procurador para los bienes».

(16) «*Variae Resolutiones Juris Civilis Communis et Regii*» (Lugduni, 1701), volumen I, cap. XII, núm. 11, pág. 161: «*Hodie tamen in nostro Regno bene valent legata, et omnia alia, contenta in testamento, vel codicillis, haereditate non adita ex testamento, nec ab intestato, ita disponit l. 1, ff. de los testamen-*

Otro grupo de autores, por el contrario, entendieron que la Ley del Ordenamiento, en el inciso de que nos ocupamos, se refirió solamente a la falta de adición de la herencia por el heredero testamentario, sin decidir que no hiciera falta la aceptación por los herederos legítimos que debían entrar a suceder en virtud de la repudiación de los instituidos. Covarrubias (21) y Acevedo (22),

ios, lib. 5. Ord. (Nueva Recopilación) quae sic debet intelligi, quo caso competit conditio ex lege, vel officium iudicis».

(17) «Prima pars comentariorum in constitutionem Taurinas» (Granatae, 1566), Ley III, parte 3.ª, núm. 3, fol. 21 vto.: «Secunde etiam corrigitur, quae si ex testamento haereditas non adeatur, legata non debentur... Secundum vero hanc legem (la del Ordenamiento) et si haereditas non adeatur, valent legata, et caetera que in testamento continentur».

(18) Op. y loc. cit., gl. XIV, núms. 7 y 9, fol. 84. Dice refiriéndose a la mencionada Ley Regia: «Quo circa statuit, ex nulla causa testamentum solemne rumpi posse, quoad legata et fideicommissa in eo contenta, etiamsi ullo modo, praedictos non adeatur ex testamento, vel ab intestato» (núm. 7, ap. 1). En el núm. 9, afirma que sigue siendo la *actio ex testamento*, la acción correspondiente a los legatarios, en caso de repudiación de los herederos. En lo que disiente de la precedente opinión de GÓMEZ, que entendió les competía en este caso la *conditio ex lege*.

(19) «Opera Omnia», L. II. «Practicarum Quaestionum Civilium» (Colloniae Allobrogum, 1730), Quaest. XXXI, pág. 40

(20) Cuestiones conexas a la anterior fueron: la relativa a la derogación de las cuartas Falcidia y Trebellianica; la referente a si los legatarios tenían derecho a los frutos desde el fallecimiento del testador, y las relacionadas con la transmisión de la propiedad de la cosa legada.

Algunos autores, como GÓMEZ (loc. ult. cit.), resolvieron el primer problema entendiendo que al no requerirse la adición para la eficacia de los legados, para cuyo estímulo se establecieron la Falcidia y la Trebellianica, holgaba la razón para la aplicación de éstas. En cambio, la opinión opuesta la sostuvieron otros ilustres doctores como MOLINA, MATIENZO, PICHARDO, etc. Un breve y claro resumen de esta polémica puede verse en las «Additiones», de AYLÓN (vol. y cap. cit., Ad. al núm. II, vers. «Ex qua lege Regia inferes», pág. 79).

En torno a la segunda cuestión, escribió GREGORIO LÓPEZ (loc. ult. cit.): «Dado que en virtud de la citada ley no debe esperarse la adición de la herencia para la validez de los legados, parece consiguiente que los frutos se deban al legatario desde la muerte del testador; en efecto, según la *l. 86, § 2 D. de leg. 1*, y nuestras leyes de Partidas, los frutos no se debían, mientras la herencia no estuviere adida, porque, hasta haberse verificado la adición, los legados estaban como en suspenso; quitando pues ese obstáculo en la citada *l. del Ordenam.*, parece que ha desaparecido la consecuencia; sin embargo, el lector podría meditar más sobre este punto. ¿Qué diremos si la cosa legada no perteneciere al testador y sí al heredero o a un extraño?»

MARTÍ DE EIXALÁ (op. y vol. cit., págs. 633 y ss.) concluye su adición a esta glosa de GREGORIO LÓPEZ diciendo: «Aquí la Ley del Ordenamiento no ha hecho más innovación que declarar debido irrevocablemente el legado desde la muerte del testador; luego desde este instante queda el heredero constituido en mora *ex re ipsa*, y por consiguiente sujeto a la prestación de frutos».

Ahi tenemos claramente expuestos los antecedentes de los artículos 881, 882, 883 y 884 del Código civil.

(21) «Opera omnia» (Antuerpiae, 1614) Vol. I. «De testamentis» cap. Raynaldus XVII, § 3.º, núm. 14, pág. 104, donde hablando de la repetida ley, dice: «quae non aedeunte haerede instituto statuit legate relicte in testamento valere. Est enim necessarium haereditatem adiri ab his, qui legitime succedunt ab intestato: quae relectorem admonere volumus nihil constanter asseverantes, ex eo quod Regiae legis verba hanc interpretationem dubiam efficere videantur».

(22) Op. y vol. cit., gl. 136 a la citada Ley (p. 111).

cuentan entre los más destacados sustentadores de esta segunda tesis (23).

Sin embargo, notemos que, en la opinión de algunos autores, se atenuaban las diferencias, a primera vista tan radicales, planteadas entre ambas posiciones. Así Gregorio López (24), Tello

(23) Entre los argumentos y contrargumentos a favor y en contra de esta opinión podemos señalar los siguientes:

1.º) La citada ley se refiere únicamente, al parecer, a la falta de adición de la herencia por parte de los instituidos en el testamento, y no dice que no deba adirse por los sucesores legítimos. A lo que se contesta (vid. GUTIÉRREZ, loc. cit.) que la ley dispone que el testamento valga en cuanto a los legados y cuanto en él se contenga, en el caso en que dichos herederos escritos no acepten la herencia, no repitiendo para este supuesto las palabras que añade en el caso de falta de institución: «Y entonces herede...». Luego no se requiere la adición de la herencia en este otro caso.

2.º) A esta razón podría oponerse que las palabras citadas «Y entonces herede...», aunque añadidas sólo al primer supuesto de falta de institución, deben sobreentenderse en el segundo, quedando igualmente obligados a la prestación de las mandas dichos sucesores legítimos, cuyo gravamen no hubieran debido sufrir por Derecho común. A ello, objetó Gregorio López que la generalidad de las palabras de la ley del Ordenamiento inducen a creer que en todo caso quiso que subsistieran las mandas, como sucedía en Derecho común con las mandas piadosas, y que el mandato «*cúmplase el testamento*» puede ir dirigido al Juez.

3.º) Que no expresando la citada ley que se deban los legados, aunque la herencia no sea admitida por los herederos abintestato, no debía suponerse hasta tal punto corregido el Derecho común y las Leyes de Partidas. Argumento al que se opone igualmente la generalidad de las palabras de la ley, que revela la intención de querer en todo caso que se cumpla el contenido del testamento.

4.º) Que si la referida ley dió valor codicilar al testamento que no contuviera institución de heredero o en que el instituido no aceptara, debe aplicarse a estos casos igual doctrina que a los codículos, que requerían para su eficacia la aceptación, por lo menos, de los herederos abintestato. Oponiendo MATEIENZO (número 9): «*Hodie autem ius nostrum Regium has tollit subtilitates, et ambages, ut testatoris voluntas omnino adimpleatur. Et sustineatur, ne sit in voluntate haeredum scriptorem, vel legitimorum, excludere legatarios a legatus sibi in testamento relictis: nec abintestato legata debentur, sed ex testamento... Nec oberunt ea verba: «Y entonces herede quien deba...» quia non imponitur, necessitas haeredi legitimo adeundi haereditatem sed eius voluntate relinquitur, ut constat, non ergo inde sequitur quod legata non sustineatur absque eius aditione, imo hoc expressim decidit testum istud, iuxta nostra intellectum quia si ex testamento ipse censetur vocati, et instituti, sed verius substituti haeredes legitimi, ex tacita testantis voluntate, secum lege nostra conformantis, et deinde lex dicit, sustineri legata absque aditione haeredis instituti, ergo etiam valent absque aditione legitimorum, quippe qui instituti, vel substituti censentur, ex tacita testatoris mente».*

5.º) Que los herederos sólo pueden obligarse en virtud del cuasi-contrato que supone la adición. Argumento que entraña una petición de principio.

6.º) Que en el supuesto de reclamarse los legados mientras la herencia estaba vacante, podría suceder que para satisfacer cantidades de poca monta se distrajeran a bajo precio cosas de mucho valor, lo que es absurdo entender que entrase en la intención del testador. Las atenuaciones que, como luego veremos se admiten a la teoría de la innecesidad de la aceptación y las medidas que proponen sus sustentadores, reducen extraordinariamente este peligro.

(24) Glos. cit.: «Es indudable que el Juez, cuyo oficio se implora, deberá requerir a los sucesores legítimos, por sí quieren adir la herencia, esto es, antes que nombre dicho curador y de ordenar el pago de los legados».

Fernández (25) y Juan Gutiérrez (26) indicaron que el Juez, antes de nombrar curador y ordenar el pago de los legados, debía requerir a todos los presuntos herederos abintestato señalándoles un plazo para que aceptasen o repudiasen la herencia. Es decir, vinieron a conceder que no bastaba la repudiación de los herederos instituidos, ni de los abintestato de primer grado, para que el Juez, sin más, pudiera ordenar el pago de los legados. Era imprescindible la repudiación de todos los posibles herederos hasta agotar los llamamientos legales.

Por otra parte, Alfonso de Acevedo (27) admitió que, en caso de no ser adida la herencia por ninguno de los llamados abintestato, pudiera remediarse esa falta de aceptación por oficio del Juez, ordenando el cumplimiento de los legados previo proveer a la herencia de un curador.

En el régimen de nuestro Código civil no es posible una herencia repudiada por todos los herederos abintestato. Pues, conforme al artículo 956 de dicho Código, a falta de otras personas con derecho a heredar, corresponde la herencia al Estado (28).

(25) Op. y loc. cit., n.º 6, fol. 22 vto.: «Unde secundum hanc opinionem Succim (referida a un estatuto italiano semejante), stante lex nostra, si nihil minus requiritur adito venientium abintestato, vel haereditas adeatur, tunc dabitur actio personalis, et hypothecaria, et caeterae actiones, quae pro legato consequendo a iure disponuntur. Sin vero, etiam si haereditas non adeatur, in lex nostra debentur legatæ, tunc debitor curator haereditati iacenti, contra quem intentabantur actionem». Y, líneas después (en el fol. 23) añade, refiriéndose al mismo dictamen de SOCCINO, «quae etiam ex nostra lege procedit, quando nullus haeres voluit adire vel quia nullus fuit institutus, tamen venientes abintestatus adire noluerunt, itroque casu procedit Soccini sententia».

(26) Op. y loc. cit., n.º 6: «requirendi tamen sint ipsi (los herederos escritos y los llamados abintestato), an velint adire, necne, antequam iudex percipiat legata solvi, atque certum terminum brevem ad id iudex statuere, quibus venientibus vel tacentibus, transacto d. termino dabitur curator atque defensor hereditati iacenti vel bonis defuncti, qui conventi poterit pro legatis: ab eoque legatarii sua legata consequentur».

(27) Op. vol. y pag. cit., n.º 137: «et sic concordari possent (las dos contrapuestas opiniones), scilicet, quod vera sit prima opinio quod non debentur, nec peti possunt legata nisi aditam haereditate a venientibus ab intestato saltem nisi, per iudicem ad petitionem legatarium terminus ipsis venientibus ab intestato assignatur ad adendum, vel repudiandum, quo elapso si nihil horum fuerint, exequantur legata ipsa et solventur legatariis, prius proviso curatore bonis defuncti, qui respondeat legatariis, si opus fuerit, vel consentiat solvi eis legata, et sic etiam non aditam haereditate proveniente ab intestato, legata solventur ex remedio nostra legis, vel melius iudicis officio, cum curator ipse loco ipsorum venientium ab intestato nolentium tunc adire per iudicem nominetur...» «sequendum quod supra dictum est, itroque remedio uti etiam poterit exequutores testamentorum contra ipsos haeredes ab intestato, si nolit adire, vel distulerint declarare suam voluntatem».

(28) ACEVEDO (op. y vol. cit., n.º 139 y ss.) ya planteó si, en caso de que ni los herederos instituidos ni los llamados abintestato aceptasen la herencia, y los bienes por dicha razón vacantes pasaran al Fisco, debían ver satisfechos por éste los legados y fideicomisos dispuestos por el causante. A pesar de observar que dichos bienes corresponden al Fisco «tamquam vacantia, nam tamquam haereditaria» resuelve que «tamen Fiscus fungitur vice haeredis, et tenetur ad omnia onera haereditaria».

como heredero abintestato de último grado. Y, en este supuesto «se entenderá siempre aceptada la herencia a beneficio de inventario, sin necesidad de declaración alguna sobre ello» (art. 957). En consecuencia, deberán aplicarse los arts. 1.026 y siguientes del Código civil y los correlativos de la Ley de Enjuiciamiento Civil (29).

B) *Los principios de la universalidad de la institución de heredero y de la incompatibilidad de las sucesiones testada e intestada.*

a) *Derecho romano*

El principio de la universalidad de la institución deriva del propio concepto romano de heredero: «Heredes iuris successoresunt (30)»; «Heres in ome ius mortui; non tantum singularum rerum, dominium succedit (31)».

Heredero es tanto como sucesor en el *universum ius*, en todas las relaciones jurídicas del causante, comprendiendo todos sus derechos y obligaciones. El *concursum* de varios coherederos daba lugar a que fuese esa titularidad compartida (32), pero la universalidad resplandecía de nuevo al producirse la vacante de cualquiera de los coherederos.

Lo que no admitieron los romanos fué la coexistencia *in solidum* de varios herederos universales. «Uni duo pro solido heredes esse non possunt», expuso Paulo (33).

Nota Martí Miralles (34) que la imposibilidad no era sólo jurídica, o de mera forma legal, sino también lógica por aplicación del principio metafísico de no contradicción.

Rotundamente se expresa Antonio Gómez (35) en este sentido, siguiendo las exposiciones de los maestros Bartolo y Baldo: «si non accrescerent aliae partes haeredi instituto in re certa, vel in quota repraesentaretur defunctus tantum pro parte et non in totum quod esset monstruosum, et impossibile: quia fictio imitatur naturam: et id quod est impossibile per naturam, est impossibile per fictionem... unde sicut naturaliter non potest esse homo vivus pro parte, et pro parte non: ita per fictionem legis non potest post mortem repraesentari pro parte».

(29) Claro que, conforme determina el art. 958 C. c.: «Para que el Estado pueda apoderarse de los bienes hereditarios habrá de proceder declaración judicial de heredero, adjudicándole los bienes por falta de heredero legítimo».

(30) Dig. XXVIII-V, 9, § 12.

(31) Dig. XXIX-II, 37.

(32) El citado párrafo 12 de la ley 9 (Dig. XXVIII-V), prosigue «et, si plures instituantur, dividi inter eos a testatore ius oportet; quod si non fiat, omnes aequaliter haeredes sunt».

(33) Dig. L-XVII-141, § 1.º

(34) Op. cit., pág. 22.

(35) «Variae...» lib. I, cap. III, n.º 8, vers. «Sed licet», pág. 115.

Combinando esa imposibilidad con la universalidad del título hereditario conferido por el testador, llegaron los romanos al principio de la incompatibilidad de la sucesión testada con la intestada. Si el heredero testamentario lo era en la totalidad o universalidad del patrimonio del difunto, evidentemente no podía quedar residuo a disposición de los herederos abintestato (36).

Consecuentemente en la Ley 7, del título *De regula iuris* (Dig. L-XVII) se declaró por boca de Pomponio: «Ius nostum non patitur eundem in paganis (paisanos, en oposición a «miles») et testato, et intestato decessisse; earumque rerum naturaliter inter se pugna est, testatus et intestatus». Texto del que se sintetizó el apotema jurídico «nemo pro parte testatus et pro parte intestatus decedere potest».

Consecuente con estos dos principios enunciados fué la Ley «Si ex fundo» (37), que aplicó el principio de la universalidad y su corolario de la incompatibilidad.

No obstante, el propio Derecho romano ofrece dos interesantes excepciones del segundo principio enunciado. Una, en el testamento militar (38). Otra, en los supuestos en que se daba lugar a la rescisión *pro parte* de la institución de heredero en virtud del ejercicio de la *querela inofficioso testamento* (39).

Esto parece indicar que la contradicción lógica que, a juicio de los juristas romanos, existía de suceder en parte testado y en parte intestado, no era tan absoluta como en general se ha pretendido. Efectivamente, ¿es que no cabe dentro de lo posible que un testador quiera la coexistencia mancomunada con los herederos abintestato del designado por él en su testamento con señalamiento de parte? (40). He aquí el punto vulnerable de este principio, que no escapó a la perspicacia del jesuita Luis de Moli-

(36) MARTÍ MIRALLES: Op. cit., pág. 28.

(37) Dig. XXVIII-V, l.^a, § 4, del que luego nos ocuparemos.

(38) Codex VI-XXI, leyes 1 y 3. Ver la interesante monografía de HERNÁNDEZ GIL: *El testamento militar (En torno a un sistema militar romano)*, Madrid, 1946, págs. 80 y ss.

(39) Ver al efecto lo que expusimos en la primera parte de este trabajo, § 5.º a. y notas 151 y 157.

(40) ANTONIO GÓMEZ (*Variae*, loc. cit.) no deja de contemplar esa posibilidad, rechazándola en estos términos: «Nec obstat, si subtiliter dicas quod ista ratio non concludit, quia licet jus accrescendi non habet locum, tamen defunctus representaretur in totum per haereditatem institutum pro parte, et per haereditatem, vel haereditatem ab intestato in alia parte, vel partibus: quia ad hoc subtiliter respondeo, quod si haeres institutus in re certa non posset esse haeres, sed succederent venientes ab intestato, et ipse esset legatarius, quod repugnant voluntati defuncti et dispositioni legis; cum vere et realiter habeat directum titulum institutionis. Item dato casu, quod sit institutus in quota, puta in tertia vel quarta parte haereditatis, esset maximum et inconveniens, quod in una et eadem persona, et haereditate essent qualitates contrariae et repugnautes».

Esta última respuesta de ANTONIO GÓMEZ peca de petición de principio; porque apoya el principio básico (la universalidad de la institución del heredero escrito) en un corolario suyo (la incompatibilidad entre las sucesiones testada e intestada). Hay, pues, una falta de lógica: quiere sostener el punto débil del soporte con algo que precisamente debe descansar en él.

na (41). Es la brecha por donde varios regímenes legales se han apartado de ese principio clásico de la incompatibilidad de las sucesiones testada e intestada.

Por lo demás, debe precisarse que la indicada incompatibilidad no significó la incompatibilidad de toda disposición *mortis causa* del *decurus* con la delación *ab intestato* del título de heredero (42). Nada de eso, la incompatibilidad se limitaba al título de *heres*. No se admitía pudiesen compartirlo un instituido en testamento y un designado *ab intestato*. Pero, por el contrario, no sólo era posible, sino frecuente que, deferido el título de herencia por la ley, el designado tuviese que cumplir los fideicomisos, legados, manumisiones, etc., que el causante hubiere dispuesto en codicilo o en testamento que, inválido como tal, contuviera la cláusula codicilar.

b) Derecho castellano

En el Derecho histórico de Castilla, la citada ley 1.^a del título XIX del Ordenamiento de Alcalá planteó a los juristas una interesante y trascendental cuestión. ¿Supuso o no aquella ley la abolición del principio «*nemo pro parte testatus et pro parte intestatus decedere potest?*»

En cuatro grupos podemos clasificar las opiniones de los autores castellanos clásicos:

1.º) Tello Fernández (43), Ceballos (44) y Pichardo (45), en-

(41) *Los siete libros de la Justicia y del Derecho*, tomo I, vol. III (traducción y estudio preliminar de MANUEL FRAGA IRIBARNE), pág. 600. En la disposición C.I.V número 25 dice: «es ridiculo defender que se oponga al Derecho natural el morir en parte testado y en parte intestado, ya que esto no solamente se permite en el militar, sino que cuando el heredero sea incapaz de adquirir toda la herencia, puede el testador instituirle en los bienes de que sea capaz, muriendo intestado respecto a los demás, como se deduce claramente de la *lex 1.^a Cod. de secundis nuptiis*, confirmándolo la opinión de los doctores. Y es de suyo evidente que no hay absurdo alguno, en que del mismo modo que una persona puede morir integramente testado, si dice: *Instituyo a Pedro por heredero de tal fundo, o de la quinta parte de mis bienes, pasando el resto, de mis bienes a los herederos que deban sucederme abintestato*, pues, en este caso, los herederos abintestato serian herederos por testamento: lo mismo podría haberse establecido que los bienes de que expresamente no se disponga por testamento, pasen a los herederos abintestato».

(42) En este error incurre BURGOS DE PAZ (siguiendo la opinión—según él dice—manifestada por SOCCINO, con relación al supuesto de la *Authentica ex causa*). Ver al efecto Doctoris Burguensis Marci Solon de Pace. *Ad leges Taurinas insignes commentarii* (Pinciae 1568), n.º 868, fol. 283.

(43) *Prima pars commentariorum in constitutionem Taurinas* (Granatae 1566), Ley III, pars. 3.^a, n.º 2, fol. 21 vto., donde afirma: «Unde corrigitur et aliud, quod demus paganus testatus, et intestatus decedere».

(44) JERÓNIMO DE CEVALLOS: *Speculum aureum opinionum comunium contra comunis* (Venetis 1604), tomo II, Quaest. 707, pág. 04, n.º 5: «Testador potest iure Regio decedere pro parte testatus et pro parte intestatus». N.º 6: «et sic nihil interest quod testador pro parte moriatur testatus et pro parte intestatus, quod de iure comuni erat maximu inconveniens».

(45) ANTONIO PICHARDO DE VINUESA: *Comentariorum in quator Institutionum Justinianearum libros*, tomo I (Vallisoleti 1630) lib. II, tit. XIV, § Haere-

tendieron que esta Ley derogó aquel principio romano, y con él, las leyes *Si ex fundo* del Digesto y concordantes y la ley 14 del título III de la Sexta Partida (45 bis).

2.º) El doctor burgalés Marcos Solón de Paz (46), confundiendo la imposibilidad de ser a la par heredero testamentario y heredero abintestato en la misma sucesión, es decir, el verdadero supuesto prohibido por la regla romana, con la cuestión de la coexistencia de herederos abintestato con legatarios designados en codicilo o testamento que contuviera o no dicha cláusula (según la particular postura adoptada por la legislación de que se trate), afirmó que aquella ley Regia exceptuaba el principio romano de la incompatibilidad solamente en dos casos: por falta de institución de herederos y por falta de aceptación de los instituidos, existiendo en ambos casos legatarios cuyo derecho se mantenía. Pero que dicha excepción no podía extenderse a ningún caso más. Así entendió que seguían en vigor la leyes «*Si ex fundo*» y concordantes y la ley 4.ª del T. III de la Sexta Partida.

3.º) Contrariamente, Matienzo (47) aceptó la derogación, por el Ordenamiento de Alcalá, de la citada ley romana y de la indicada de Partidas, y, en cambio, cree que quedó incólume el principio de la incompatibilidad de las sucesiones testada e intestada. A su juicio, los herederos legítimos se entendían escritos, según estas palabras de la Ley castellana: «*y entonces herede aquel que según derecho y costumbre de la tierra había de heredar en caso que el testador no hiciere testamento, y cúmplase el testamento*»; y, así, «*nam testatus in omnibus dicitur decedere, cum haeredes legitimi scripti censeantur et vocati, id enim velle praesumitur tes-*

ditas 8, n.º 36, pág. 277: «*iure Regio potest qui decedere, pro parte testatus, et pro parte intestatus*».

(45 bis) AYLLÓN LAINEZ («*Additionii eruditissimas ad Varias Resolutiones Antonii Gomezii*»—Venetii 1747—Lib. I, cap. X, n.º 10, ver. «*An Autem*»), señala que CEVALLOS y PICHARDO, más tarde cambiaron de opinión (cosa que no hemos podido comprobar).

(46) Op. y loc. cit.: «*Ex quo illa lex Ord. clare insinuat et permittit, testatem pro parte testatum, et pro parte intestatum, decedere posse: siquidem lex illa Ord. palam disponet (etiam nullo haerede instituto) legata ex testamento legatariis, et haereditatem ab intestato successuro deberunt ut et in similem idem permittitur in Authentica ex causa... (citando aquí su apoyo la opinión de SOCCINO). Sed his non obstantibus certe existimo, dicta iure (el de la Ley *Si ex fundo* y l. 4.ª título III, 6.ª P.) praedicta lege Ord. nament, non esse abrogata. Tum quia, casus dicta l. Ord. nament, dissimilis est a praedictis iuribus: ex quo in ea de hac specie non agatur, nec lex illa concedit quem ex parte intestatum decedere posse: nisi quando nullus heres instituitur: seu institutus repudiat, eo modo quo explicuimos... Verum nec in eadem Regia lege disponitur haerodem in re certa institutum nullo alio coharede relicto, a caeteris rebus haereditatis excludi: et ab id non est dicendum, regulam *texti*, in l. *nostrum ff. de reg. iur.* in hoc casu esse correctam nec leges ei consimiles ex iuribus nostrisimis quae excludunt leges correctionem».*

(47) *Comentarios* (Mantuae Carpetanae 1597) Glos. X, núms. 47 y 56 a la Ley 1.ª, tit. IV, lib. V de las *Leyes Recopiladas* (fols. 80, 80 vto. y 81).

tator ope leges cum velle praesumunt)... «praesumitur ergo voluisse cohaereditem sibi universalem dare eum, qui abintestato a lege vocantur ad haereditatem, quo haerede universali instituto, clarum est eum, qui est instituto in re certa loco legatarii haberi».

4.º En cambio, la mayoría de los autores clásicos limitaron el contenido de esa discutida ley de acuerdo con su expresión literal. Su letra sólo se refiere a la validez de las «mandas y otras cosas que en el testamento se contienen», cuando «el testador no haya hecho heredero alguno» o «si el testador instituyere heredero en el testamento y el heredero no quisiere heredar» (48).

Lo único que según su texto ocurría era que los testamentos, que cuando se diesen estas hipótesis según el Derecho común sólo podrían valer como codicilos, en caso de contener la cláusula codicilar, en cambio, por Derecho real eran válidos, como testamentos, sin requerir cláusula especial alguna. Es decir: a falta de institución, o por repudiación del instituido, eran herederos aquellos a quienes *ab intestato* les correspondía serlo, y estos herederos legítimos debían cumplir las mandas y demás cosas que en el testamento se ordenaban. Lo mismo que ocurría en Derecho romano, cuando el causante fallecía sin testamento, pero con codicilo, o con testamento inválido como tal, pero eficaz como codicilo gracias a contener la cláusula codicilar.

De esa inmensa mayoría, de los autores clásicos castellanos, gran parte ni siquiera plantearon expresamente esa cuestión de la posible abolición, por el Ordenamiento, de los principios de la universalidad y la incompatibilidad de las sucesiones testada e intestada. Dieron por supuesto indiscutible la vigencia de esas reglas fundamentales: Gregorio López (49), Covarrubias (50), Antonio Gómez (51), el jesuita Luis de Molina (52). Otros, en cambio, recogen la opinión contraria y la discuten expresamente,

(48) Como vimos en la primera parte de este trabajo (nota 176, §§ 7 y ss.), A. GÓMEZ (*Ad legem Tauri...* Lib. 24, n.º 1 vers. quinto, pág. 166) y LUIS DE MOLINA, el jesuita (op. y vol. cit., Disp. 154, n.º 11, pág. 583) amplían el ámbito de la ley que comentamos al caso de incapacidad del heredero instituido. Y ALFONSO DE ACEVEDO (*Comentaria iuris civilis in Hispaniae Regiae Constitutiones—Lugduni 1737—*tomo III, págs. 112 y 181, glosando la Ley 1.ª, tit. IV, gls. 152 y 153, y la Ley 8.ª, tit. VI, gl. 4.ª del lib. V de las *Leyes Recopiladas*) planteó la duda de su aplicación en el supuesto de invalidez de la institución por vicio de preterición: a efectos de que la institución del extraño se sostuviese en cuanto al quinto, sin duda como fideicomiso, de modo que tampoco contradiciera el principio de la incompatibilidad de las sucesiones testada e intestada.

(49) Gl. 3. palabras «deve haver todos los bienes», de la Ley 14, T. III, Partida sexta, y gl. 4.ª, palabra «frutos» a la Ley 37, Tit. IX, de la misma Partida.

(50) *Opera omnia* (Antwerpiae 1516), T. I, «De testament.», cap. Raynuius XVI, § 1.º, «De haered. instit.», n.º 14, pág. 67.

(51) *Variae...* Lib. I, cap. III, n.º 8, pág. 115.

(52) Op. y vol. cit., Disp. CLV, págs. 587 y ss.

como Vázquez de Menchaca (53), el fiscal Luis de Molina (54), Acevedo (55), Ayllón Lainez (56), etc.

Febrero (57) mantuvo todavía en toda línea esa interpretación de la ley de que nos ocupamos, afirmando que, del testamento, «valdrán las mandas, mejoras y todo lo demás que contenga, siendo conformes a Derecho y se estimará como codicilo o última voluntad».

Pero en el siglo pasado se operó en este punto una curiosa transposición, iniciada a fines del anterior, por la cual la posición clásicamente ortodoxa pasó a ser heterodoxa y viceversa. En efecto, entre los anotadores y reformadores del Febrero, sólo Eugenio de Tapia (58) acepta y sigue la doctrina de su autor. En cambio, tanto el primero de sus anotadores, Joseph Marcos Gutiérrez (59), como posteriormente García Goyena, Aguirre, Montalbán y Vicente y Caravantes (60), afirman que la cuestionada ley

(53) *De successionum creatione progressu effectuq. et resolutione tractatus* (Salamancae 1559), L. II, n.º 149, fol. 198 vto.

(54) *De primogeniorum Hispanorum origine ac natura* (Lugduni 1749) L. I, cap. XVII, n.º 22, «quinta conclusio», in fine, pág. 164.

(55) Op. y vol. cit., p. 115 en la gl. 163, in fine, a la Ley 1.ª, tit. IV, lib. V

(56) *Adiciones* al T. I, cap. X, n.º 10, vers. «An autem» pág. 59.

(57) Ver, v. gr., la edición *Febrero reformado y anotado o librería de Escribanos*, reformado, anotado y adicionado por JOSEPH MÁRCOS GUTIÉRREZ (Madrid 1805), P. I, T. I, cap. I, § 1.º, n.º 35, pág. 26.

(58) *Febrero notísimo* (Nueva edición, Valencia 1837), T. I, lib. II, tit. II, cap. II, n.º 1 (págs. 381 y ss.). A su juicio, por las Leyes de España, en todo caso valen y subsisten las mandas y demás disposiciones testamentarias, *sin otra diferencia que darse al testamento el nombre de codicilo o de última voluntad*. Ver también el cap. VIII, hoc. tit., nota al n.º 7 de la pág. 438.

(59) Op. y vol. cit. En la nota 1.ª de la citada pág. 26, comentando la transcrita afirmación de FEBRERO, dice: «En vista de lo que previene la Ley de la Recopilación citada, es una sutileza vana y ridícula que en el presente caso no vale el testamento como tal, sino como codicilo o última voluntad. El testamento sin institución de heredero es un verdadero y válido testamento, una vez que esta formalidad no la exige la Ley».

En la nota 1.ª de la pág. 29, dice: «El principio, *nadie puede morir en parte testado, y en parte intestado*, que ha abolido la Ley 1.ª, t. 4, lib. 5 de la Recopilación (se refiere a la nueva Recopilación), con disponer que valga el testamento en las mandas y demás que contenga, aunque no se haya nombrado heredero, y que herede quien a falta de testamento heredaría». (Como se ve, confunde el principio de la necesidad de la institución para la validez del testamento, con los de la universalidad y de la incompatibilidad de las sucesiones testada e intestada.)

El propio JOSEPH MÁRCOS GUTIÉRREZ, en su *Compendio de las varias resoluciones de Antonio Gómez* (Madrid, 1798), ya discrepó de la opinión clásica de GÓMEZ (ver pág. 65, nota 1).

(60) *Febrero o Librería de Jueces, Abogados y Escribanos*, reformada por FLORENCIO GARCÍA GOYENA y JOAQUÍN AGUIRRE, corregida y aumentada por JOAQUÍN AGUIRRE y JUAN MANUEL MONTALBÁN: 4.ª ed., reformada y aumentada por JOSÉ VICENTE y CARAVANTES (Madrid, 1852). En su tomo I, n.º 1.127, pág. 344, VICENTE CARAVANTES, refiriéndose a la nota de JOSEPH MÁRCOS GUTIÉRREZ, que acabamos de transcribir en segundo lugar en la nuestra anterior, dice: «Creemos, pues, sumamente acertada la nota del Sr. GUTIÉRREZ al Febrero y su adopción por los Sres. GOYENA, AGUIRRE y MONTALBÁN, al paso que es de extraño, como observa el Sr. ESCRICHE, art. *heredero extraño o voluntario*, que al cabo de trescientos años que lleva de existencia esta doctrina vengan autores, incluso el Fe-

del Ordenamiento de Alcalá, derogó totalmente el principio «nemo pro partetestatus et pro parte intestatus decedere potest», y, con él, la Ley 5 en el título VIII de la sexta Partida. Opinión compartida por Sala (61), Martí de Eixalá (62), Escriche (63), Benito Gutiérrez Fernández (64), Navarro Amandi (65), La Serena y Montalbán (66).

c) *Posición del Código civil.*

Ante esa nueva postura dominante (67), nó es de extrañar que el art. 627 del Proyecto de 1851 dispusiera: «Si el heredero

brero novísimo (y nosotros—es VICENTE Y CARAVANTES quien habla—añadimos el *Febrero novísimamente redactado* en 1845), adoptando la doctrina de las Leyes de Partidas». Comentario y crítica que denotan un lamentable olvido de la doctrina de los clásicos castellanos.

(61) *Ilustración del Derecho Real de España*, 2.ª ed., Madrid, 1820, T. I, página 153. «Entre las Leyes Romanas había una muy famosa que decía no poder morir uno parte testado y parte intestado... Pero la de d., célebre l. 1, tit. 18, libro 10 de la Nov. Rec..., convence que arruinó y corrigió este decantado axioma de los romanos. Podrá, pues, en España, después de esta Ley de la Recop. morir uno parte testado y parte intestado». Entendiendo corregidas las doctrinas clásicas de la institución en cosa cierta, hasta cierto tiempo y desde cierto tiempo.

(62) Adición a la gl. 64 de GREGORIO LÓPEZ al tit. III, Part. 6.ª, en *Las siete Partidas al Rey Alfonso X, con las variantes de más autores y con la glosa del licenciado Gregorio López*, traducción de dichas glosas con nuevas notas de MARTÍ DE EIXALÁ, SANPONS y BARBA, FERRE y SUBIRANA (Barcelona, 1843), T. III, páginas 449 in fine y s.

(63) *Diccionario razonado de Legislación y Jurisprudencia* (3.ª ed., Madrid, 1847), T. I, pág. 17: *Heredero extraño o voluntario*, VIII, y pág. 117: *Institución de heredero*, y T. II, pág. 85 y ss.: *Acrecencia o acrecimiento*.

(64) *Códigos o estudios fundamentales del Derecho civil español* (Madrid, 1863), T. III, pág. 224, donde parece algo indeciso al decir: «Deroga esta Ley (la 19 del Ordenamiento) el principio de la universalidad, mas como lo hace en términos tan vagos, no ha dejado de producir dificultades: en primer lugar se duda de si la derogación es general o se ha de entender limitada a los casos que expresa; es también un defecto haber confundido la universalidad con la incompatibilidad, suponiendo que puede haber testamento sin heredero, que puede la herencia ser consumida en legados, es decir, entre personas que teóricamente no son responsables a las obligaciones del difunto». Más decidido se muestra en las págs. 462 y ss., donde entiende derogado por la citada Ley I, t. XVIII, l. 10 Nov. Rec., el que denomina derecho de acrecer necesario, adoptado en la ley 14, tit. VI, Partida sexta, respecto al nombramiento de heredero en cosa señalada.

(65) *Curso histórico-crégético del Derecho romano* (4.ª ed., Madrid, 1869), T. I, pág. 431.

(66) *Código civil de España* (Madrid, 1860), T. I, págs. 473 y ss., art. 940: «Por consecuencia de lo expuesto en esta Ley—dice refiriéndose a la 1.ª tit. XIX del Ord. de Alcalá—, hoy se puede morir parte testado y parte intestado, o, lo que es lo mismo, la herencia de una persona puede deferirse en parte por la voluntad del hombre, y en otra parte por la disposición de la Ley, doctrina que de ningún modo admitieron las Leyes romanas». Ver también en la pág. 587 su comentario a su art. 1.128.

(67) Notemos que en nuestro siglo, sin conocer en este punto la doctrina de los clásicos castellanos, sino sólo la muy posterior opinión de TAPIA, un jurista catalán, el eximio MARTÍ MIRALLES, interpretó esta discutida ley que comentamos totalmente de acuerdo con la posición que entre aquellos autores castellanos se consideró como ortodoxa (op. cit., págs. 35 y ss.).

o herederos no han sido instituidos en la totalidad de los bienes, sino en una parte o cosa determinada, el remanente pasará a los herederos legítimos con arreglo a lo dispuesto en el título siguiente, a menos que haya otro u otros coherederos instituidos sin designación de parte» (68).

Del mismo tono es el art. 764 del Código civil vigente: «El testamento será válido aunque no contenga institución de heredero, o ésta no comprenda la totalidad de los bienes... en este caso se cumplirán las disposiciones testamentarias hechas con arreglo a las Leyes, y el remanente de los bienes pasará a los herederos legítimos».

Como dijimos en otra ocasión (69): «Ciertamente que en el régimen del Código civil, igual como sucedía en el Derecho romano, cuando es instituida heredera una sola persona sin determinación de cosa ni de cuota, se entiende que ésta ha sido llamada al todo. Así la Sentencia de 16 de abril de 1947 dice que el heredero se encuentra llamado en principio a la totalidad de la herencia. Igual sucede cuando se instituye indistintamente a varias personas, sin perjuicio de la recíproca comprensión que entre ellas suponga tal *concursum*».

«Pero cuando se instituye heredera a una sola persona, o, conjuntamente, a varias en una cuota o parte alícuota de la herencia sin disponer de las restantes, en Derecho romano prevalecía el título sobre la asignación y se entendía el heredero instituido en el todo, dada la incompatibilidad de la sucesión testada con la intestada. En cambio, en nuestro Código civil, al ser posible la existencia de heredero de ambas clases, resultan llamados conjuntamente, como copartícipes en el todo, el designado por el testador en una cuota y los designados por la Ley».

«Así, pues, en una misma delación podrán concurrir varios herederos nacidos de distinta designación o vocación a la misma masa. Vocación testamentaria la de unos y legal la de los otros.»

Ahora bien, no hay que confundir la universalidad del título de heredero con la universalidad del heredero escrito o testamentario. De no haber dispuesto el causante totalmente de la herencia, el Código civil excluye la universalidad del heredero escrito, pues acepta que éste debe suceder conjuntamente con aquellos que lo sean *abintestato*. Pero esto no roza la universalidad del heredero, de la que coparticipan conjuntamente el escrito y los *abintestato*. Conjuntamente, unos y otros, se subrogan en todas y en cada una de las relaciones jurídicas del causante, transmisibles por herencia.

(68) Ver la glosa de este artículo por GARCÍA GOYENA (*Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, Madrid, 1852. T. II, pág. 78), que lo encuentra concordante con la repetidísima Ley del Ordenamiento de Alcalá y recopilada.

(69) *Imputación de legados otorgados a favor de legitimarios*, Rev. Derecho Privado, T. XXXII (abril, 1948), pág. 318.

C), Consecuencias en la doctrina de la preterición originadas por la derogación de los principios de la necesidad de la institución y de la incompatibilidad de las sucesiones testada e intestada.

Al admitir la repetidísima Ley 1.^a del título XIX del Ordenamiento de Alcalá, que luego fué 1.^a del título IV, libro V de la Nueva Recopilación y también 1.^a del título XVIII, libro X de la Novísima, la validez de los testamentos que no contuviesen institución de heredero, se planteó si en estos supuestos, cuando hubiese sido omitido algún legitimario, debía declararse irrito el testamento por vicio de preterición o si, por el contrario, conservaba toda su validez, gracias a esa ley castellana.

Esta última opinión la defendieron Matienzo (70), Pichardo (71) y Ayllón (72), quien sintetiza la solución en estos términos: «In quo (praeterito filium) certa resolutio est, quod si pater nullo instituto haerede, suum faciat testamentum, illud valet, nec filius jus dicendi nullum habeat, cum ipse censeatur heres *ex d. lege* 1.^a (es decir, la cuestionada, 1.^a del tit. IV, libro V de la Nueva Recopilación, tomada del Ordenamiento de Alcalá).

El criterio de estos autores lo recoge Sala (73), señalando que «es la razón de la diferencia (entre la solución dada para el supuesto de preterición verificada en testamento que contenga institución de heredero y la correspondiente a la hipótesis de haber tenido lugar en testamento carente de institución) que en este último caso se entiende el hijo instituido con la obligación de pagar las mandas que dexó el testador, en quanto no mengüen su legítima, y en ello no recibe agravio, como lo recibiría en el primero, si en su lugar se nombrase heredero a un extraño».

Creemos que esta doctrina es aplicable en el régimen de nuestro Código civil, y ampliable, conforme al mismo, al supuesto, que innova, de preterición de un heredero forzoso en testamento en el cual el testador instituya a otra u otras personas, solamente en parte de los bienes, sin disponer del resto.

La razón que, a juicio nuestro, justifica esa afirmación, la encontramos en el § 2.º del art. 764:

«En estos casos—dice, refiriéndose a los supuestos de falta de institución de heredero, de institución en parte y de repudiación o incapacidad del instituido—, se cumplirán las disposiciones testamentarias hechas con arreglo a las Leyes, y el remanente pasará a los herederos legítimos.»

Por lo tanto, si el testador en sus llamamientos expresos no

(70) Op. cit. gl. 10, n.º 49, a la Ley 1, tit. IV, lib. V, fol. 81.

(71) Op. y vol. cit., L. II, Inst., tit XVIII, § Igitur quartam, n.º 26, página 337. Donde distingue «casu pater aliquem haeridem in suo testamento scripsit ad hunc enim casum illa nova lex non pertinent». Por el contrario «si nullum haeridem scribere velit (quod ei licet) quocumque titulo poterit filio legitimam relinquere».

(72) Op. cit. Add. ad lib. II, cap. XI, n.º 2, § Dubitatur autem, pág. 66.

(73) Op. y vol. cit., pág. 171.

agota el haber hereditario, realiza implícitamente un llamamiento tácito a favor de los herederos legítimos. Siendo así, éstos no pueden entenderse preteridos.

Si los legados dispuestos excedieren de la parte disponible a favor de sus beneficiarios, nos halláramos ante el supuesto del artículo 817 C. c., pero no en el art. 814 (74). Así lo ha resuelto la Sentencia de 15 de enero de 1918, en un caso en que el testador legó cuanto poseía al hijo que esperaba tener, expresando que si falleciese o naciese muerto lo legaba en propiedad a su esposa. El Tribunal Supremo consideró que, por tratarse de un legado, debía declarar improcedente la petición del padre del testador contra la viuda de éste para que se declarase la nulidad de aquella disposición, por haber sido ordenada con preterición del demandante. Sólo concedió que la mitad de la herencia pasase al demandante como heredero forzoso, a quien perjudicaba en su legítima el legado que, por lo tanto, debía reducirse.

Y si fuesen las cuotas asignadas a los herederos testamentarios, sin agotar el «as», las que excedieran del expresado tope, creemos que estaríamos ante un caso que tampoco encajaría en el precepto del art. 814, sino en la norma del art. 815 (75).

D) *Naturaleza jurídica del heredero instituido en una cuota cuando el causante no dispuso en su testamento de toda la herencia.*

Como veremos en el epígrafe siguiente, en el régimen de nuestro Código civil, el instituido en cosa cierta es considerado como legatario. Tanto si el testador designó otro u otros herederos universales o de cuota, como si no dispuso del resto de sus bienes. Ahora nos interesa examinar la posición jurídica que, en nuestro régimen común vigente, corresponde al instituido en una determinada cuota hereditaria cuando el testador no hubiere dispuesto de todo su haber.

Recientemente nuestro buen amigo Francisco Ginot Llobateras, en un magnífico e interesante trabajo (76), ha sostenido que

(74) ¿Quid si en forma de legados fueren distribuidos todos los bienes? ¿El hijo en cuestión podrá apoyarse en el supuesto del art. 814 o en el art. 817? A nuestro juicio, el art. 891 inclina la aceptación de la primera solución. No obstante, lo contrario ha sido entendido por la citada Sentencia de 15 enero 1918.

(75) Más dudosa nos parecería la solución si el testador, al nombrar a sus hijos, olvidase a alguno de ellos, del que tampoco hiciese mérito en parte alguna de dicho testamento incompleto. Caso que guardaría ciertas analogías con el supuesto examinado por A. GÓMEZ (*Ad legem Tauri...* ley XXIV, n.º 3. vers. «sed his non obstantibus», ap. 2.º, p. 169), de preterición verificada *ignoranter*, ya que el detalle indicado parece dar pie para suponer en el testador esa ignorancia o, por lo menos, un total olvido.

(76) *La responsabilidad del heredero simple por deudas y legados en Derecho común y foral*, en ANUARIO DE DERECHO CIVIL, T. III, fasc. IV, ocupándose de la cuestión que aquél nos interesa en las págs. 1093 y 1097.

el heredero parcialmente instituido, así como el heredero legítimo que reciba el remanente no dispuesto en el testamento, no son sucesores universales, sino «adquirentes de bienes del testador».

Su tesis la sintetiza diciendo que el art. 764 C. c., «tanto por sus precedentes como por su contenido, es un precepto que descansa en el sistema germánico de la herencia». Y lo defiende con los siguientes argumentos:

a) *Históricamente*, cree que la ascendencia del precepto «es netamente germánica, pues es la concreción actual de lo dispuesto en la Ley única, título XIX del Ordenamiento de Alcalá» (77).

b) *Literalmente*, se fija en los términos del párrafo 2.º del artículo 764 C. c., que dice: «Se cumplirán las disposiciones testamentarias con arreglo a las Leyes, y el *remanente de los bienes* pasará a los herederos legítimos». De lo que deduce: «que los tres supuestos contemplados en el párrafo 1.º dan lugar a una *liquidación* de la herencia, en que primero habrá de pagarse a los acreedores del causante, después cumplirse las disposiciones testamentarias y, por último, si quedan bienes, entregar el sobrante a los herederos llamados *abintestato*. Es la solución a que ha de llegarse si se interpreta debidamente el concepto «*remanente*», ya que éste sólo puede ser el resultado de restar el pasivo del activo» (78).

Y, más adelante, analizando sucesivamente las figuras del heredero parcialmente instituido y del que *abintestato* lo sea en el remanente, razona: «Según la expresión del artículo comentado, el heredero lo es «*de los bienes*» o, más concretamente, en parte de los mismos. Luego no es sucesor universal, sino «*adquirente de bienes del testador*». Si es heredero en «*parte*», no puede serlo universal; si es heredero en los bienes, las deudas quedan excluidas de la sucesión y han de funcionar como afección recayente sobre los bienes hereditarios. En caso de institución en parte y entrada de los herederos *abintestato* por no comprender el testamento toda la posición jurídica del causante, éstos últimos serán también herederos en parte» (79).

De todo lo cual deduce como conclusión: 1) Que los herederos del art. 164, a diferencia del heredero de los arts. 660 y 661, no subentran en la total *posición jurídica* que tenía su causante tanto activa como pasiva; 2): Que, también a diferencia del heredero de los arts. 660 y 661, los del art. 764, «al no ser herederos universales, no se les puede aplicar el principio de responsabilidad ilimitada, por no suceder en las deudas. Como se ha dicho, éstas actúan como afección sobre los bienes hereditarios, y de aquí la precedencia de la liquidación» (80).

Reconociendo el rigor dogmático con que desenvuelve su tesis,

(77) Loc. cit. pág. 1093.

(78) Pág. 1094.

(79) Pág. 1095.

(80) Págs. 1095 y 1096.

no compartimos las conclusiones de Ginot, por la razón básica de que valoramos en forma distinta los datos, históricos y de contenido del artículo, en que se apoya su razonamiento. He aquí los extremos por los que rechazamos su bien hilvanada opinión:

a) *Históricamente*:

1.º) Creemos aventurada la afirmación de que la ascendencia del precepto sea netamente germánica por ser concreción de la famosa Ley del Ordenamiento de Alcalá a que continuamente aludimos. Nos parecería tan excesivamente simplista la afirmación de que es germánico todo el contenido del Ordenamiento de Alcalá, como si se asegurase que toda norma histórica de procedencia no romana es de ascendencia germánica. No olvidemos que otra ley famosa de este mismo Ordenamiento, la Ley única del título XVI, que sentó el principio espiritualista en la contratación totalmente reñido con el formalismo romano, no tenía ninguna raíz germánica, puesto que era de inspiración canónico-escolástica. Pues bien, la ley 1.ª del título XIX, que también significó una reacción contra el rigorismo romano (que para la validez de los testamentos exigía que contuviesen institución de heredero y que el instituido aceptase), lógicamente, hay que hacerle derivar de la misma tendencia a desformalizar el Derecho, dando eficacia a la voluntad de los disponentes por encima de las reglas puramente formulistas.

2.º) Además, como hemos visto, la opinión ortodoxa entre los clásicos castellanos, entiende la referida ley, de acuerdo con sus términos, en el sentido de que autorizaba la validez de los testamentos que no contuvieran institución de heredero o cuando éste no aceptase—y, según algunos, también cuando fuera incapaz—«en cuanto a las mandas y otras cosas que en él se contuvieren», siendo heredero «aquél que según Derecho y costumbre de la tierra había de heredar en caso de que el testador no hiciera testamento». A él, sin duda, se dirigía el mandato que a continuación añadía la Ley: «y cúmplase el testamento». Es decir, sucedía ni más ni menos lo mismo que, conforme al Derecho romano, hubiera ocurrido de contener el testamento la cláusula codicilar.

Y aun, entre los clásicos heterodoxos, vimos cómo Matienzo (81) entendía que los herederos *abintestato*, en el supuesto de esta ley «scripti censeatur et vocati», quedando encargados de cumplir el testamento.

3.º) Cuando el siglo pasado predominó la interpretación de la Ley recopilada, opuesta a la que habían seguido la mayoría de los clásicos, diósele el significado de derogar el principio de la incompatibilidad de las sucesiones testada e intestada, pero sin pretender—como antes expusimos—que el heredero de la parte de la herencia dispuesta en el testamento, ni el que lo fuere

(81) Op. y loc. cit.

abintestato en el remanente del caudal, tuvieran naturaleza diferente de los que testamentariamente hubiesen sido instituidos en distintas porciones de una herencia totalmente dispuesta por el causante.

Son los arts. 625 y 627 del Proyecto de 1851 los primeros textos que hablan al respecto de «*resto de bienes*» y de «*el remanente*».

El primero, ocupándose del supuesto de distribución en legados de parte de la herencia y falta de institución de heredero, concluye diciendo que: «*en el resto de los bienes de que no hubiere dispuesto el testador, se heredará con arreglo al título siguiente*». Glosando García Goyena las palabras que hemos subrayado, con la indicación de ser «conforme a la misma Ley recopilada» (82). Es decir, que si dicho art. 625 habla primero de cumplir las disposiciones del testamento y después de heredar en el remanente, no es con el fin de darle un sentido distinto al que tenía la exposición en orden inverso de la ley del Ordenamiento, «herede... y cúmplase el testamento». Sufrió, pues, el artículo 625 del Proyecto un defecto de expresión cuya tara vemos recogida en el vigente artículo 764 del Código civil. Falta de propiedad que ha dado pie a Ginot para confundirse viendo, en esa expresión incorrecta, un origen y una concepción germánica del precepto, de que éste carece.

El art. 627 del mismo Proyecto de 1851 atacó el principio de la incompatibilidad de las sucesiones testada e intestada, así como el 625 vulneró el de la necesidad de la institución de herederos para la validez del testamento. El 627 se refiere al supuesto en que «el heredero o herederos no han sido instituidos en la totalidad de los bienes, sino en una parte o cosa determinada». Un simple examen de sus términos claramente nos demuestra que las palabras *heredero* o *herederos* se emplean en su normal significado. El artículo determinado «*el*» demuestra que se habla de la figura prototípica, no de una variante, o adaptación especial, en cuyo caso el artículo indeterminado «*un*» hubiese resultado más adecuado.

Ahora bien, se refiere a «el heredero o herederos» en el supuesto de no haber sido instituidos «*en la totalidad de los bienes*». Del contexto enunciado resulta que contrapone en única alternativa, los instituidos «*en la totalidad de los bienes*», a los instituidos «*en una parte o cosa determinada*». Por tanto, podemos deducir que emplea la primera expresión como análoga a ser instituido «*en toda la herencia*», usando como equivalentes, con imprecisión técnica, pero con adecuación al uso común, los términos «*herencia*» y «*totalidad de los bienes*». Sobre esta base, el texto de dicho artículo concluye disponiendo que «el remanente (es decir, deducida la parte o cosa determinada en que se instituyó al heredero o herederos escritos) pasará a los herederos legítimos con arreglo a

(82) *Concordancias...* vol. cit. pág. 78.

lo dispuesto en el título siguiente, *a menos que haya otro u otros coherederos instituidos sin designación de partes*). Juicio, este último, con el que se asimilan el heredero instituido sin designación de parte y el que lo sea abintestato, cuando en uno y otro caso haya otro u otros herederos instituidos en una parte o cosa determinada, dando así a entender que los considera de igual naturaleza.

Todos estos detalles confirman que tanto el art. 627 como el 625 del Proyecto de 1851 recogieron la figura normal, clásica de heredero. García Goyena (83), que al comentar el art. 625 insistió en que en éste se rechaza la afirmación romana de que la institución de heredero era «caput atque fundamentum totius testamenti», al glosar el 627, hace resaltar que contradice la regla: «earumque rerum naturaliter inter se pugna est testatus et intestatus». Señalando que de ella exceptuó el Derecho romano a los testamentos militares, «como si lo que es natural no debiera obrar igualmente en todos». Observación que nos confirma que los redactores del Proyecto no pensaron en resucitar un tipo de heredero al estilo germánico, sino que tan sólo quisieron derogar aquel principio de la incompatibilidad de sucesiones. Permitiendo, en suma, que un heredero testamentario pueda serlo conjuntamente con otro u otros *abintestato*, como podría serlo, a la par, con otros instituidos por el testador. Tanto es así, que el propio García Goyena (84), glosando dicho artículo, cita un inciso de la Ley 17, título III, Partida 6.^a: «e el otro, quier sea uno o más a quien non señaló parte, heredará todo lo que fincare de más junto».

Es decir, que el precedente de la palabra *remanente* está precisamente en un texto romanizado, una Ley de Partidas, en los términos «*todo lo que fincare de más*».

b) Según el contenido del artículo :

Como hemos visto, Ginot basa su interpretación del contenido del art. 764 C. c. en dos expresiones: que «ésta (por la institución) no comprenda la totalidad *de los bienes*»; y «*el remanente de los bienes*».

Si nuestro Código civil fuese un cuerpo de Derecho rigurosamente técnico, es posible que estas expresiones debieran considerarse como decisivas para la interpretación de la norma. Pero no es así.

El propio Código en los arts. 667, 673, párrafo 1.º, y 952, aplica la expresión «*todos sus bienes*» en el sentido de «*su herencia*», y con igual significado utiliza los términos «*sus bienes*», en los ar-

(83) Págs. 77 y 78.

(84) Págs. 78 in fine y 79.

ticulos 668, párrafo 1.º, y 703, párrafo 2.º (85). Por lo tanto, en buena lógica, si con propiedad o impropiedad atribuye a estas dos designaciones un sentido equivalente, no ha de extrañar que, asimismo, hable de «*parte de los bienes*» en el sentido «*parte de la herencia*».

No olvidemos que ya la Ley 6.ª, título III, Partida 6.ª, hace equivalentes las expresiones «*sea mio heredero*» y «*sea señor de todas mis heredades*», o «*haya todas mis heredades*».

La afirmación de que «el remanente de los bienes pasará a los herederos legítimos», sólo puede tomarse como expresiva del resultado económico a que se llegará después de satisfechos los legados. Sus antecedentes, expuestos al examinar los arts. 625 y 627 del Proyecto de 1851, así lo demuestran.

No olvidemos, tampoco, que es frecuente en la práctica la misma incorrección que señalamos en el artículo 764. Usándose por su gráfica expresividad del resultado económico con que se quiere favorecer al instituido, pero sin querer modificar el significado jurídico del término heredero, diciendo el testador que «en el remanente de sus bienes instituye...» La Resolución de 23 de agosto de 1923, la califica de «corriente e incorrecta fórmula notarial» (sin perjuicio de añadir unas gratuitas suposiciones histórico-jurídicas que no brillan por su exactitud), y el mismo Ginot censura su utilización (86). Y otra Resolución de 19 de mayo de 1947 la interpreta dando carácter universal a la institución, en un supuesto en que el causante legó a su hermano una finca urbana, y en otra finca, así como en el remanente de sus bienes, instituyó herederos, por terceras e iguales partes, a las personas que designó. En consecuencia, la Dirección General exigió que la finca legada fuese entregada a su asignatario por los herederos instituidos en el remanente; ya que de aquella cláusula sencillamente dedujo «la coexistencia de una institución de heredero y de un legado de cosa específica que determinan a rigurosa observancia el art. 885 del Código civil».

(85) No olvidemos tampoco que a pesar de que para instituir heredero basta decir: «Designo heredero a X», es frecuentemente usada, como cláusula de estilo, con estos o parecidos términos, la que expresa así: «En todos sus bienes muebles e inmuebles, derechos, créditos y acciones, presentes y futuros, instituye y nombra heredero universal y libre a Z.» ¿Cabría decir que por el hecho de añadir el testamento que se instituye al heredero «en tales bienes», no se le nombra heredero en el sentido aceptado en los artículos 660 y 661 del Código civil, sino en su acepción germánica, por lo que le libra de su responsabilidad personal, ilimitada y solidaria, sin necesidad de que acepte a beneficio de inventario? He aquí un argumento *ab absurdum*, que nos parece de gran fuerza para demostrar la inaceptabilidad de la tesis que discutimos.

(86) Nota 145, cuyo trabajo citamos, pág. 1006, que concluye diciendo: «Ahora bien, en la práctica no es admisible, pues en Cataluña, país netamente romanista y sin artículo 764, es bastante corriente dicha fórmula, principalmente en testamentos notariales del primer tercio de este siglo y anteriores, y, además, el artículo 764 carece del debido desarrollo legislativo y doctrinal para dar valor a dicha fórmula».

Esto confirma lo que dijimos en otra ocasión respecto de las instituciones en el remanente, que creemos aplicable tanto en los supuestos de institución expresa como tácita en el caso del párrafo 2.º del art. 764 C. c. «Creemos—escribimos entonces (87)—que si concurre con otros herederos—legales o voluntarios—de cuota, el así instituido será heredero de la cuota que reste por distribuir del total as (sea aquélla o no divisor exacto de éste). Si concurre sólo con legatarios (o, lo que es lo mismo, en virtud del art. 768, con *heres ex re certa*), habrá que aplicar la doctrina romana del *heres excepta re certa* («Si ita quis heres institutos fuerit excepto fundo, excepto usufructo, heres esto perinde erit iure civilii atque si sine ea res heres institutus esset»), Ley 74 Dig., tít. «De hereditibus instituendis»), y, como tal heredero universal deberá ser él quien haga la entrega de sus asignaciones concretas a los legatarios e instituidos *ex re certa*, toda vez que es sabido que éstos deberán recibirlas del heredero, conforme al artículo 885 del Código civil.»

Es cierto, como dice Ginot (88), que la existencia de los herederos *abintestato* a que alude el art. 764, «está supeditada a que haya *remanente*, de manera que si no hay remanente falta la base para la efectividad del llamamiento hereditario, lo cual posibilita la aplicación del art. 891». Así lo hemos reconocido anteriormente.

Pero una cosa es que cuando la herencia se distribuya en legados, sólo si queda remanente se entiendan llamados los herederos *abintestato* y otra diferente que, éstos, nada más sean herederos de dicho remanente. Si lo hay, serán en principio herederos universales, aunque económicamente sólo se lucren con el residuo líquido. Y como tales herederos universales, y no meramente en el remanente, serán quienes deban hacer entrega a los legatarios de sus respectivos legados (89) y responderán directamente ante los acreedores del causante. Así lo han entendido Manresa (90), Sánchez Román (91) y Valverde (92), diciendo en parecidos términos, que transcribimos del primero: «Si ocurriese que algún derecho no hubiere sido especialmente legado o que algún legado quedase sin efecto y debiera refundirse en la masa de la herencia, habría alguna porción vacante, algo de que el testador no dispu-

(87) «Imputación de legados...», loc. cit., pág. 618, nota 14.

(88) Pág. 1095 in fine.

(89) Como dice en uno de sus considerandos la citada Res. de 19 mayo de 1947 «no cabe desconocer la existencia de situaciones en que por falta de activo hereditario o escasa cuantía del mismo, los herederos carezcan de interés para aceptar la herencia y dificulten con su actitud pasiva la entrega de los legados establecidos, supuestos en los que sería de desear un procedimiento más flexible que impidiera mayores perjuicios; mas estas anomalías sólo podrán ser corregidas mediante una reforma legislativa».

(90) Op. y vol. citc. pág. 686.

(91) Op. y vol. citc. pág. 1343.

(92) *Tratado de Derecho civil español* (4.ª ed., Valladolid, 1939), tom. V, página 334.

so, y procedería respecto a esa porción la sucesión intestada, con arreglo al núm. 2.º del art. 912. Al haber heredero legítimo, éste representaría la personalidad del causante, con todas las consecuencias que el carácter heredero lleva consigo». A lo que Sánchez Román añade: «quedando obligado (ese heredero ab intestato) al pago de deudas ulteriores, que no se hubieran prorrateado entre los legatarios, sin limitación o con ella, si se hubiese aceptado dicha herencia a beneficio de inventario».

c) *Teleológicamente*, según el *sistema* de nuestro Código civil:

Bajo este ángulo el examen de la cuestión ha de partir de que es norma general, en nuestro Código civil, que por la aceptación «pura y simple, o sin beneficio de inventario», «quedará el heredero responsable de todas las cargas de la herencia, no sólo con los bienes de ésta, sino con los suyos propios» (art. 1.003 C. c.), responsabilidad que, si los herederos son varios, será solidaria (artículo 1.084). Y, en segundo lugar, de que la aceptación a beneficio de inventario debe hacerse en forma y plazos determinados (artículos 1.011 y 1.016) y, especialmente, se ha de formalizar, a su debido tiempo, previa citación de los acreedores y legatarios, el inventario de la herencia así aceptada (art. 1.017).

Es decir, que a los acreedores se les compensa la merma de garantía que para ellos supone la liberación del heredero de su normal responsabilidad ilimitada y solidaria, mediante el cumplimiento, impuesto a éste, de ciertas formalidades y a través de una administración separada, con especial procedimiento de liquidación y medidas de garantía, establecidos por el propio Código (artículos 1.025 y ss.).

Sin el cumplimiento de estos requisitos y garantías no cabe eliminar, en nuestro Derecho, esa responsabilidad ilimitada y solidaria del heredero. Así resulta de los arts. 1.018 y 1.024 C. c.

Se alegará que el testador puede burlar esta regla, distribuyendo la herencia en legados. Y que así, por aplicación del art. 891, los beneficiados sólo responderán a prorrata de sus asignaciones, y de modo limitado como legatarios que son (93). Pero, contestaremos que esta afirmación no es exacta. Si los legados son de cosa específica, o aun siendo de cosa genérica son de especie y cantidad determinada, dicha concreción fija de modo preciso la responsabilidad *cum viribus* de cada legatario, y surte los efectos de un inventario determinativo de la entidad del caudal. Y, si son de parte alícuota todos los legados en que se distribuye la herencia, sus beneficiarios sólo el nombre tendrán de legatarios. Pues, como

(93) Notemos que el art. 891 sólo dice que «se prorratearán las deudas y gravámenes de ella entre los legatarios a proporción de sus cuotas, a no ser que el testador hubiere dispuesto otra cosa». No habla, pues, de limitar su responsabilidad. Pero sobre este extremo volveremos luego.

después intentaremos demostrar, estimamos que no cabe la existencia de legatarios de parte alícuota cuando, a la par, no exista heredero en la misma sucesión.

El testador no puede limitar los derechos de sus acreedores. Por eso, si bien podrá distribuir sus bienes, no le es posible asignar sus deudas con efectos externos, es decir, afectando al acreedor. Con igual motivo, tampoco puede disponer de su herencia favoreciendo a sus sucesores con una responsabilidad limitada que no vaya acompañada de las garantías que, como compensación, se ofrecen a los acreedores en caso de aceptación del heredero instituido a beneficio de inventario, o bien de las que supone la concreción de todos los bienes del caudal, con la consiguiente individualización de los mismos a través de legados o instituciones *ex certis rebus*. Lo que supone un verdadero inventario testamentariamente hecho, eficaz para evitar la total confusión de los bienes asignados en el patrimonio del beneficiario. A la vez que señala a los acreedores los bienes contra los que pueden dirigir sus respectivas acciones y sobre los cuales, y sus subrogados, les cabe solicitar las convenientes medidas de seguridad.

Resumiendo, en el art. 764 C. c., debemos distinguir, en principio, los siguientes supuestos:

1.º *Falta de institución de heredero y total distribución de la herencia en legados*: Los legatarios perciben directamente las mandas a su favor dispuestas (Res. 30 diciembre 1926) y responden limitadamente, pero en forma directa, a los acreedores del causante (art. 891 C. c.). Trátase de un caso excepcional de sucesión sin heredero, ni testamentario ni abintestato, sin precedentes en el Derecho de Castilla.

El hecho de que los legados absorban la totalidad de la herencia, debe probarse, según la Res. de 19 de mayo 1947. Si posteriormente apareciesen nuevos bienes, antes desconocidos, nos hallaremos ante el supuesto siguiente. Pero si los bienes legados ya hubieren sido ocupados por los legatarios e inscritos a su nombre en el Registro, deberá respetarse el hecho.

2.º *Falta de institución de herederos, y disposición de parte de la herencia por medio de legados o instituciones en cosa cierta*: Se aplica la solución del Ordenamiento de Alcalá, recogida de las Leyes recopiladas, y que es la que, según resulta de los precedentes legislativos del Código civil, se quiso adoptar al redactarlo. Es decir, serán herederos universales aquellos a quienes abintestato les corresponda, y éstos serán los encargados de cumplir el testamento, pagar las deudas del causante y entregar los legados y mandas dispuestos (Res. 19 mayo 1947). Hay que asimilar a este caso el supuesto de distribución total de la herencia en legados, sin institución de heredero, cuando alguno de los legatarios repudiare su manda, premuriere, no se cumpliera la condición a que se sometió su nombramiento o fuese incapaz de recibirla sin tener sus-

titutos señalados ni darse el supuesto legal para la actuación del acrecimiento.

3.º) *Institución de un heredero en parte de la herencia, o de varios en distintas cuotas sin agotar el «as»*: En la parte no dispuesta, heredarán los que fueren abintestato, como afirma el artículo 912, núm. 2.º Es el verdadero supuesto de excepción al principio «nemo pro parte testatus, et pro parte intestatus decedere potest». Había quedado fuera de la letra de la famosa Ley castellana, y, según opinión dominante entre los clásicos, igualmente fuera de su espíritu. En cambio, a fines del siglo XVIII o por lo menos en la primera mitad del siglo XIX, la mayor parte de la doctrina lo entendió totalmente comprendido en el espíritu de aquella Ley.

Excluído lo que nuestros autores llamaban derecho de acrecer forzoso, entra parcialmente en juego la sucesión abintestato si instituídos varios herederos, en cuotas distintas de la herencia, sin darse los requisitos del derecho de acrecer calificado de voluntario por nuestros clásicos—que es el único que recoge el Código civil—, uno de los llamados a una cuota repudia su parte, es incapaz, incumple la condición puesta a su institución o premueve al testador sin tener señalados sustitutos (art. 912, núms. 3 y 4 en rel. con el núm. 2.º, ap. 2.º del mismo artículo).

Si el heredero o herederos instituídos lo fueran en cosas ciertas nos hallaríamos fuera de este supuesto 3.º. Bien en el 1.º o bien en el 2.º, según que dichas instituciones agotasen o no el caudal hereditario. Pero sobre esto volveremos más adelante.

También veremos, en cambio, que deberán situarse en este tercer supuesto los casos de disposición de un legado universal, o del remanente, y de disposición de toda la herencia, o de la restante parte no individualizada, sea por otros legados o en instituciones de cosa cierta, siempre y cuando falte la institución de heredero. Ahora sólo adelantaremos que la base de esta opinión, que avanzamos, se encuentra en la disposición del artículo 668, párrafo 2.º

E) *Síntesis de la evolución de los principios enunciados a través del Derecho real y del Código civil.*

Nuestro estudio hasta aquí realizado, nos brinda de momento las siguientes conclusiones:

a) *El Ordenamiento de Alcalá*—en el año 1348—derogó el principio romano de la *necesidad de la institución* de heredero y de la aceptación por éste, para la efectividad del testamento. En cambio, según su letra y conforme la opinión dominante entre los juristas clásicos castellanos, no derogó el principio de la universalidad de la institución, ni de la incompatibilidad de las sucesiones testada e intestada.

b) *A fines del siglo XVIII y en los primeros tercios del XIX,*

vemos preponderar en la doctrina el criterio contrario de considerar igualmente derogados por aquella ley los principios de la *universalidad de la institución* (con lo cual suprimían lo que llamaban derecho de acrecer necesario, al quitar su fuerza expansiva al *nomen*, supeditándolo a la *assignatio*, en contra de lo que había sido criterio del Derecho romano) y el *de la incompatibilidad de las sucesiones testada e intestada* (consintiendo que se llamase a un heredero designado en testamento para compartir su título con los llamados abintestato por la ley, coparticipando de la herencia conjuntamente con ellos).

c) *El Proyecto de 1851*, en sus artículos 525 y 627, aceptó esta doctrina.

d) *El Código civil*, en sus artículos 658, párrafo 3.º, 764, 891 y 912, núm. 2.º, siguiendo al Proyecto de 1882, *llega aún más allá admitiendo la posibilidad no ya de testamento sin heredero, sino incluso de herencia sin heredero* distribuída totalmente en legados. El único antecedente histórico castellano de esta innovación puede hallarse en la opinión dominante entre los comentaristas de la trascendental ley recopilada procedente del Ordenamiento de Alcalá, a que tanto hemos hecho mérito, de que dicha ley admitió que, de no aceptar la herencia heredero alguno, los legatarios podían dirigirse al Juez para reclamar el cumplimiento de las mandas y legados dispuestos en el testamento.

§ 2.º.—LA INSTITUCIÓN EN COSA CIERTA COMO MEDIO DE INDIVIDUALIZAR LA LEGÍTIMA EN BIENES PREDETERMINADOS.

A) *Evolución de la institución en cosa cierta, desde Aquilio Gato a Justiniano.*

El principio de la universalidad del título de heredero se puso a prueba en los casos de institución *excepta re certa* o *detracta re* y de institución *ex re certa*. Ambas expresiones suponían para los romanos una evidente paradoja. O sobraba en ellas la palabra heredero, que, por lo tanto, sería impropia y usada, o, por el contrario, era improcedente la mención de la *res* asignada o exceptuada.

La cuestión era especialmente grave en la institución *excepta re certa* si el testador no había legado expresamente la cosa exceptuada (94), y en la institución *ex re certa*, si no se había dis-

(94) Si ésta fué expresamente legada, resultaría clara la verdadera voluntad del testador. Su defecto sólo radicaría, como también hoy es frecuente, en haber sido expresado de modo vulgar, atendiendo solamente al resultado económico perseguido. Se quiso que el heredero obtuviese todos los bienes de la herencia, excepto el objeto expresamente legado a otra persona, y así se expresó, sin atender a su incorrección técnica, ni indicar el camino que jurídicamente debía recorrerse para llegar a dicho resultado: primero, la atribución al heredero de todo el *ius* del causante; luego el cumplimiento por el aceptante de la voluntad del *decius*, entregando al legatario la cosa legada.

puesto del resto de la herencia. Ya que, como vimos, los romanos consideraron absurdo llamar a los herederos abintestato habiendo herederos nombrados en el testamento.

La solución del primer problema—*detracta re*—, que según juzga Bonfante (95) fué «más que oportuna, inevitable», se debe, al decir del mismo autor, «a un célebre jurisconsulto de la época de Cicerón, Gallo Aquilio, el más fecundo creador de remedios y expedientes». En ella se hizo prevalecer el *nomen* sobre la *asignatio*, prescindiéndose de la exclusión o detracción expresadas en el testamento (96).

Este mismo criterio de Aquilius Gallus fué aplicado, más auzadamente, a la institución en cosa cierta (97).

Tal vez fué Sabino (98) quien primero llegó a esta solución. Lo cierto es que Ulpiano en el libro primero de sus Comentarios al propio Sabino, en un famoso fragmento recogido en el Digesto, la sintetizó en estos términos: «Si ex fundo fuisset aliquis solus institutus, valet institutio detracta fundi mentione.» Doctrina que recoge otro texto de Papiniano, igualmente recopilado (99).

Este criterio de prescindir de la *mentio rei* se aplicó en el Derecho clásico en todos los supuestos de institución *ex re certa* (100). Tanto si en dicha forma se designaba a un solo heredero, o a varios, o si el testador señalaba partes sobre la misma cosa cierta

(95) *Instituciones de Derecho romano*, traducción de la 8.^a ed. italiana por BACCI y LARROCA, revisada por CAMPUZANO, Madrid, 1929, pág. 525.

(96) LICINIO RUFINO así lo expuso en un fragmento que pasó a ser la Ley 74 del Digesto XXVIII-V: «Si ita quis heres institutus fuerit: *exceptio fundo exceptio usufructu heres esto*, perinde erit iure civili, atque si sine ea re heres institutus esset, idque auctoritate Galli Aquilii factum est».

(97) El «favor testamenti» aconsejaba resolver benignamente la hipótesis. Así lo prueba un inciso del texto de PAULO (*Dig.* XXVIII-II, 19), que ocupándose de un supuesto de desheredación *in caetera parte*, que consideró inválida, concluía: «nec fundi exheres esse iussus recte exheredatur, aliamque causam esse institutionis, quae benigne, acciperetur. exheredationes autem non essent adiuvandae».

(98) BONFANTE: *Op. cit.*, pág. 596. nota 3, afirma que, a su juicio, «hasta ahora se ha atribuido, sin razón, a este célebre jurisconsulto una influencia fundamental en la teoría de la *institutio ex re certa*». En cambio, BIONDI (*Sucesiones testamentaria*: DONAZINI, T. X del *Tratato di diritto romano*, dirigido por ALBERTARIO, Milano, 1943, n.º 90, págs. 228 y s.), siguiendo a MANCALEONI, DERNBURG y SUMAN, la estima propuesta por el mismo SABINO, aunque seguida, incluso, por su rival PRÓCULO. El propio BIONDI (n.º 90, página 228) coloca esa doctrina de la institución *ex re certa* en el mismo plano de la famosa regla sabiniana sobre las condiciones imposibles en los testamentos y del principio por el cual el plazo añadido a la institución de heredero se tiene por no escrito. Supuestos todos ellos de aplicación de la doctrina del *favor testamenti*.

(99) Lex «Si ex fundo» *Dig.* XXVIII-V, 1. § 4.º

(100) *Dig.* XXVIII-VI, 41. § 8.º, inciso final «qui certae rei heres instituitur coherede non dato, bonorum omnium hereditatem obtinent». Ver también: *Dig.* XLIX-XVII, 19, § 2.º (TRIFONINO), «castrensis peculii heres scriptus universa bona habebit, perinde ac si pauperrimus facto testamento decessisset ignorans se locupletatum per servos alio loco agentes». Así como el texto de MARCIANO, *Dig.* XXVI-I, 29, de que luego nos ocuparemos.

o sobre diversas *res certae*, como si junto a los así designados se instituía a otro u otros "*sine parte*" o "*ex certa parte*" (101). Los herederos *ex re certa*, deducida esa mención de la cosa, se enendían instituidos herederos "*sine parte*" y se les aplicaba la misma doctrina que a éstos (102); pudiendo, incluso, adjudicarse en la partición a cualquiera de aquellos la cosa cierta asignada a otro por el testador (103).

El rigor de esta solución vulneraba, evidentemente, la voluntad del causante. Salvaba la eficacia de la institución y con ella la del testamento, si no habían sido instituidos *ex asse* otros herederos, pero incumplía las atribuciones y asignaciones concretamente expresadas en el mismo. Por eso la jurisprudencia clásica primero y las constituciones imperiales luego trataron de suavizar esa rigidez, adaptándola en lo posible a la voluntad del testador. En este camino emprendido podemos señalar los siguientes hitos:

a) Mediante un fideicomiso podía obligarse al heredero *ex re certa* a restituir fideicomisariamente el resto de la herencia a los herederos legítimos, o a los propios herederos instituidos *ex asse* en el mismo testamento, o a los escritos en un testamento anterior, reteniendo solamente para sí la *re certa* expresada (104). A partir de la época de los Severos, ese fideicomiso podía inferirse en los casos de otorgamiento de un segundo testamento en el que sólo se

(101) Son al efecto explícitos los siguientes textos:

ULPIANO, fr. 9, § 13, *Dig. XXVIII-V*: «Si hubieran sido instituidos dos herederos, uno, en la tercera parte del fundo Corneliano, otro, de las dos terceras partes del mismo fundo, CELSO sigue la muy clara opinión de SABINO, que, prescindiendo de la mención del fundo, sean los herederos dueños de la herencia, como si hubieran sido instituidos sin designación de parte, si evidentemente no se opone la voluntad del padre de familia.

PAULO, fr. 10, eod. tit.: «Si alterius atque alterius fundi pro partibus quis heredes, instituerit, perinde habebitur, quasi non adiectis partibus heredes scripti essent, nec enim facile sed divesitate partium portiones inveniuntur; ergo expeditius est, quod Sabinus scribit, perinde habendum, ac si nec fundum, nec partes nominasset».

JAVOLENO, fr. 11, eod.: «Attius fundo Corneliani heres esto mihi, duo Titii illius insulae heredes suntos; habebunt duo Titii semissen, Attius semissen; idque Proculo placet, quid tibi videtur? Respondit, vera est Proculi opinio». Es decir, los dos Ticios tendrán la mitad de la herencia y Actio la otra, prescindiéndose de la mención de la casa y del fundo.

(102) Expuesta por ULPIANO (Coment. a Sabino, L. VII), *Dig. XXVIII-V*, 17 pr., determinando que en concurrencia con el heredero al que se le asigne parte, aquél otro a quien no se le señaló, tendrá «quod assi deest», conforme la opinión de Sabino y Labeón.

Si fuesen varios los herederos, y todos ellos sin designación de partes, conforme a la Instituta (II-XIV, § 6), «nullo partibus nominatis, ex aequis partibus eos heredes esse». En igual sentido *Dig. XXVIII-V*, 9, § 12.

Según el fr. 17, § 4.º (ULPIANO, L. VII ad Sabinum), «si unus sine parte, duo conunctim sine parte instituantur, non tres trientes fieri, Celsus libro sextodecimo scripsit, sed duos semisses». Doctrina que, siguiendo a Próculo, acepta Celso en el frag. 59, § 2, h. t.

(103) Ver BONFANTE, loc. cit.; JÖRS-KUNKEL, op. cit., § 204, 3, pág. 456; BIONDI, op. y vol. cit., núm. 93, pág. 232.

(104) Ver BONFANTE, loc. cit., págs 595 y s.; BIONDI, op. cit. núm. 92, página 231.

instituyeran herederos en cosas ciertas y se ordenase la validez del primer testamento (105).

Papiniano adoptó semejante solución en supuesto de contener el testamento una cláusula que ordenaba al heredero que se contentase con una cantidad dada. Resolviendo que era válida como fideicomiso a favor de los coherederos, de haberlos instituido, o de los herederos legítimos, en caso contrario (106).

Marciano, concretamente, se ocupó del otorgamiento de un segundo testamento limitado a las instituciones *ex re certa* (107). Recogió su doctrina la Instituta, con alguna variación (108).

b) En el testamento militar se impuso totalmente la voluntad del testador sobre cualquier fórmula o denominación en uso. Por

(105) Ver SOHM, *Instituciones de Derecho privado romano*, traducción castellana de la 17.^a edición alemana, por W. ROCES (Madrid, 1928), pág. 539 y § 101, II, pág. 580, nota 1.

(106) *Dig.* XXXI-único, 69, pr. He aquí las cláusulas examinadas por el príncipe de los juristas clásicos en el l. XIX de sus *Quaestionum*: «peto pro parte tua contentus sis, Luci Titii, centum aureis» y «peto pro hereditate, quam tibi reliqui, quae ad fratrem meum iure legitimo rediret, contentus sis centum aureis». Entendía más fácil en estos dos casos aprobar tales soluciones que resultan en semejante sentido en el Rescripto: «Peto Luci Titii, contentus sis centum aureis», ya que él, «fideicommissum petatur ab his, cum quibus testator non est locutus».

(107) *Dig.* XXXVI-I, 29: «Si alguno habiendo hecho un primer testamento hubiere hecho otro testamento posterior, aunque en el testamento posterior haya instituido herederos de cosas ciertas, quedó, sin embargo, revocado el testamento anterior, según respondieron por Rescripto también los Divinos Severo y Antonino, las palabras de cuya Constitución he mencionado porque además expresaron otras cosas en la Constitución: «Los Emperadores Severo y Antonino a Coceyo Campano. El testamento hecho en segundo lugar, aunque en él se hay instituido heredero en cosas ciertas, es válido en Derecho lo mismo que si no se hubiese hecho mención de las cosas; pero no se debe dudar que el heredero instituido está obligado, contentándose con las cosas que se le dieron, o completándose la cuarta en virtud de la Ley Falcidia, a restituirle la herencia a los que habían sido instituidos en el primer testamento, por razón de las palabras fideicomisarias inciertas, con que se expresó que fuese válido el primer testamento». Y esto se ha de entender así, si expresamente no se hubiere escrito alguna cosa contraria en el segundo testamento».

(108) Instituta, II-XVII, § 3.º GÓMEZ DE LA SERNA (*Curso...*, cit. T. I, página 460) comenta así las palabras «Quibus, ut valeret prius testamentum»: El hecho de decir el testador en el segundo testamento que el primero fuera válido, manifestaba claramente su voluntad de que los dos fuesen subsistentes. Esto repugnaba a los principios de Derecho romano: que no permitían que uno tuviese a la vez dos testamentos, siendo preciso, por tanto, que el primero quedase anulado por el segundo cuando era perfecto, según se ha expuesto en el párrafo que antecede. Mas los romanos venían a admitir por un medio indirecto, puesto que era lícito dejar fideicomisos, esto es, rogar al heredero instituido que restituyera la herencia, lo cual podía hacer el testador o con palabras que expresamente lo declararan, o con otras indirectas que implícitamente lo declarasen (como, v. gr., en el caso del § 1.º de la Ley de 29, *Dig.* XXXVI-I, en la que Paulo hacía equivalente la cláusula «Te rogo Luci Titii, hereditatem meam cum Attio partiaris» a decirle a Ticio «rogo hereditatem illam restituas»), se suponía en este caso que la voluntad del testador era nombrar heredero en el segundo testamento, y por fideicomisario al que lo era en el primero.

eso, en su régimen no existió incompatibilidad entre las sucesiones testada e intestada y se aceptó como indiscutible que «si certarum rerum heredes instituerit miles... valevit institutio» (109), y que «quantum ad residuum patrimonium intestatus decesisset; miles enim pro parte testatus potest decedere, pro parte intestatus» (110).

c) Por Papiniano, o tal vez antes de él (111), se encontró otro expediente para conservar en parte la voluntad del testador que hubiere dispuesto por medio de instituciones *ex re certa*. Los instituidos en esta forma seguían siendo considerados como heres *sine parte*, pero al ejercitarse la división el *arbiter familiæ erciscundæ* debía respetar las disposiciones del testamento, adjudicando los cuerpos hereditarios de modo que los instituidos *ex re certa* recibieran la cosa que el causante les había asignado (112).

Ulpiano (113) fué de la misma opinión: «Dicebam, receptum esse, rerum heredem institui posse, nec esse inutilem institutionem, sed ita, ut officio iudicis familiæ erciscundæ cognoscentis contineretur, nihil amplius eum, qui ex re institutus est, quam rem, ex que heres scriptus est, consequi.»

No obstante, las deudas y los créditos eran sustraídos a la división arbitral, ya que se entendían divididos *ipso iure* entre los herederos en proporción a sus cuotas y no al valor de las cosas adjudicadas. Así dictaminó Ulpiano (114): «Se que te preguntó en que se debiera reconocer la carga de las deudas, y refiere Papiniano, cuya opinión yo también aprobé, que ellos debían reconocer las deudas en proporción a las porciones de la herencia, esto es, por mitad (observemos que un fundo constituía tres cuartas partes del haber y el otro la restante cuarta parte); porque los fundos se han de recibir por vía de previa adquisición (fundos etenim vice præceptionis accipiendos).»

Cosa distinta ocurría si las cosas ciertas eran universalidades con activo y pasivo independiente («rerum provincialium et rerum italicarum», «bonorum maternorum et paternorum»). Entonces, deudas y créditos se atribuían, según su respectiva procedencia, al instituido en la correspondiente masa de bienes asignada, *exi-*

(109) *Dig.* XXXIX-I, 17 (Gayo L. XV. ad Edict. provinc.).

(110) *Dig.* XXIX-I, 6 (ULPIANO, L. V. ad Sabinum).

(111) BRONDI (op. cit. núm. 93, pág. 233) dice que no parece que en este punto hubiese introducido Papiniano ninguna novedad. En cambio, BONFANTE (op. cit., pág. 596) se inclina a atribuirle la paternidad de esta solución.

(112) Ver Ley 78 pr. (PAPINIANO, L. VI. Responsarum) *Dig.* XXVIII-V fragmento sobre el cual luego volveremos.

(113) *Dig.* XXVIII-V, 35 pr. (tomado del L. IV Disputationum), donde pone el siguiente ejemplo: «supón. que dos fueron instituidos herederos, uno en el fundo Corneliano, y otro en el fundo Livoniano, y que uno de los fundos constituía ciertamente los tres cuartos de los bienes, y el otro, el otro cuarto; serán ciertamente herederos por partes iguales, cual si hubieren sido instituidos sin porción, pero serán obligados por ministerio del Juez, a que se le adjudique o se le atribuya a cada uno de ellos el fundo que se le dejó».

(114) *Text. ult. cit.*, § 1.º

giéndose las correspondientes cauciones a cada uno de los instituidos (115).

d) Un nuevo avance se produjo gracias a un rescripto de Gordiano no recogido en el *Corpus Iuris* (116). Respetando los principios romanos, y utilizando los expedientes hasta aquí expuestos, en caso de instituirse unos herederos *ex re certa* y otros *ex asse*, concurrentes en la misma herencia, debían considerarse a los primeros como instituidos *sine parte*, pero en la división debían asignarse las *res certa* y, eventualmente, el residuo del *as*, hasta el complemento de su cuota, o del *dupondio* en caso de haberse agotado el *as* con las instituciones regulares. Dicho rescripto modificó este criterio, disponiendo que, de darse la expresada concurrencia, el *officium iudicis* en la división debía convenir, «*ut non plus emolumentum consequatur, quam esse habiturus, ac si ex re certa heres institui potuisset*». Así se llegó a admitir, para el indicado supuesto, que el *heres ex re certa* no recibiera más *corpora* que la *res* asignada, dejando de entenderse instituido *sine parte* a efectos de percibir la diferencia entre aquélla y ésta. La mención de la *res* se consideró no puesta al efecto de salvar la institución, pero conservó su eficacia positiva en cuanto determinaba el objeto de la adquisición. Incluso el acrecimiento de las onzas del *as*, no dispuestas por el testador, solamente actuó a favor de los instituidos *ex asse* (117).

En cambio, la responsabilidad por deudas siguió afectando al *heres ex re certa*, en concurrencia con *heres ex asse*, como si el

(115) En el proemio del citado ff. 78. Papiniano resolvió: «Uno que no era militar instituyó a un liberto heredero de los bienes maternos, que poseía en la Pannonia, y a Ticio, de los paternos que tenía en Siria; se determinó en Derecho, que ambos tenían cada uno la mitad de la herencia, pero que el árbitro de la partición de la herencia se atuviera, quedando salva la Falcidia, a la última voluntad, hechas las adjudicaciones e interpuestas las cauciones por razón de las acciones, a saber para que aquello a que se obligasen mutuamente se compensase por razón de dolo reteniéndose la cuarta parte del *as*».

La distinta solución atribuida por ULPIANO a PAPINIANO, en el § 1.º del cit. frag. 35 (D. XXVIII-V), y la sostenida por este mismo jurista en el acabado de transcribir, se ha explicado por BONFANTE (loc. cit., pág. 507 y nota 1 de dicho fragmento), a quien sigue BIONDI (pág. 234), haciéndola obedecer a seguirse un criterio distinto según las cosas ciertas fueran cosas singulares o masas patrimoniales distintas. Justificándose la diferencia por la especialidad de este segundo supuesto.

En cambio, MANCALEONI («Appunti sull' istituto ex re», en *Studi Sassaresi*, II, 1002, págs. 60 y ss.), pensó que el criterio de Papiniano, aplicable tanto en supuesto de referirse la institución a cosas singulares como a haciendas separadas, fué el señalado por ULPIANO (§ 1.º del frag. 35, ant. cit.) y que el transcritos frag. 78 fue interpolado por los compiladores a fin de dejarlo de acuerdo con las innovaciones Justinianas, así como los incisos del § 1.º del fragmento 38 comprendidos entre las palabras «quare» e «interponendas», así como el inciso «Quae erit», último del § 2.º del mismo fragmento.

(116) En cambio fué transmitido por el *Codex Gregorianus*, tit. «Fam. erc. et comm. div.» 3. 4 (3. 8 y 3. 6 según las ediciones) a través de la *Lex Romana Visigothorum*.

(117) Ver BIONDI (op. cit. núm. 94, pág. 438).

primero hubiere sido instituido *sine parte*. Así parece deducirse de la ley 1.ª, Codex IV-II, que recoge otra constitución de los Emperadores Severo y Antonino (118).

Biondo Biondi (119) explica esa evolución de la institutio *ex re certa*, expuesta en las anteriores líneas, a base de considerar que en el Derecho clásico se adquiría la *res* como *praeceptio*. La adquisición *vice praeceptionis* tenía lugar a título hereditario, por *adjudicatio*, sin entrar en la división. Venía a significar una pre-*via* detracción que el coheredero estaba autorizado a realizar de la masa hereditaria en el mismo acto de la división. Podía ser dispuesta *ultra parte*, de modo que el coheredero obtuviese la cosa asignada además de lo que le tocase en la división, o bien dentro de los límites de su cuota, imputándola a ella (120). La consideración como *praeceptio* de la adquisición *certa rei* fué, a juicio suyo, el punto de partida de la sucesiva evolución de esa forma de institución.

e) La constitución de Justiniano, dada en Constantinopla a 8 de los Idus de Abril del año 529, recogida en el Codex (VI-XXIV, 13), significó el último paso de esa evolución en el supuesto de que los así instituidos concudiesen con otros llamados *ex asse*: «Quoties certi quidem ex certa re scripti sunt heredes, vel certis rebus pro sua institutione contenti esse iussi sunt. quos legatariorum loco haberi certum est, alii vero ex certa parte vel sine parte, qui pro veterum legum tenore ad certam unciarum institutionem referentur, eos tantummodo omnibus hereditariis actionibus uti vel conveniri decernimus, qui ex certa parte vel sine parte scripti fuerit, nec aliquam deminutionem earundem actionum occasione heredum ex certa re scriptorum fieri.»

Así las acciones hereditarias pasaron a corresponder exclusivamente a favor y en contra de los herederos instituidos regularmente (*ex certa parte vel sine parte*); sin que los llamados *ex re*

(118) Ese texto, refiriéndose al pago de las deudas por dos herederos que a la vez eran prelegatarios, resolvió que debían pagarse con arreglo a las porciones de la herencia en que aquéllos se entendiesen instituidos y no según la cuantía de la cosa prelegada. Resumiendo: «cum sit explorate iuris, hereditaria onera ad scriptos heres pro portionibus hereditariis, non pro modo emolumenti pertinerent».

Sobre este punto de apoyo argumenta MANCALEONI (loc. cit., págs. 101 y ss.), a quien sigue BONFANTE (loc. cit., pág. 508), que se refiere solo a los *corpora*, la afirmación *et non plus emolumentum consequatur* de la c. 1. C. Greg. 8, 1.

En cambio BIONDI (núm. 95, pág. 240) cree que con esta expresión deben entenderse igualmente excluidos los derechos de crédito, puesto que la adquisición se limita a la *certa res*. Sobre esta base, en orden a los débitos (no obstante, reconocer que nada dice este texto, ni las demás fuentes, no se atreve a hacerse fuerte en estas consideraciones) entiende que si para el cobro de los créditos no se tiene en cuenta su cualidad de heredero, no parece lógico que para las deudas se deduzcan las extremas consecuencias de esa cualidad.

Por otra parte la c. 1 Codex, IV-II, no le parece decisiva, por referirse a hipotecas de cosas prelegadas a favor de herederos regularmente instituidos.

(119) Op. cit., núm. 94, págs. 230 y ss.

(120) BIONDI, op. cit.: núm. 87, págs. 220 y ss.

certa, en concurrencia con aquéllos, debiesen participar en porción alguna de los créditos ni de las deudas de la herencia.

El breve paso que mediaba entre la *praeceptio* y el *legatum per praeceptionem* se superó casi totalmente en la transcrita constitución.

B) *La institución «ex re certa» en el Derecho justinianeo.*

Para examinar la situación en que quedaron los instituidos con esta modalidad después de las reformas de Justiniano es necesario distinguir las siguientes hipótesis:

a) Primer supuesto: *Hay un solo heredero escrito al que se le ha instituido en cosa cierta.*

Siguióse al pie de la letra la doctrina clásica recogida de la ley *Si ex fundo* y concordantes, antes citadas. El *heres ex re certa* era en este supuesto heredero universal, entendiéndose no puesta la mención de la cosa. La eficacia de las cláusulas de *contentamiento* y de *no acrecimiento* según los autores de Derecho común, la examinaremos brevemente al ocuparnos de la evolución de esa figura en el Derecho histórico de Castilla (121).

b) Segundo supuesto: *Concurren en la sucesión uno o varios instituidos en cosa cierta con uno o varios instituidos en el todo o por cuotas.*

La transcrita constitución de Justiniano, conocida en el Derecho común por ley *Quoties certi quidem*, afirmó que en este supuesto los instituidos *ex re certa*, «*legatarium loco haberi*»; y, consecuentemente, que sólo los instituidos *ex certa parte vel sine parte* podían utilizar las acciones hereditarias y ser demandados con ellas, sin que los instituidos *ex certa re* debieran sufrir menoscabo alguno por dichas acciones.

No obstante, podía darse el caso de que todos los instituidos *ex asse* repudiasen la herencia o faltaran antes de la adición, careciendo de sustituto y sin entrar en juego el derecho de transmisión, y, entonces, pendiente la validez del testamento de la consideración como heredero del instituido en cosa cierta, volvía a originarse un conflicto idéntico al que motivó la doctrina consagrada en la ley *Si ex fundo*. El instituido *ex re certa*, se convertía en heredero al no adir la herencia los regularmente designados (122).

(121) Ver este mismo §. letras C. d), notas 154 a 163.

(122) Ver GODOFREDO (*Corpus juris Romani...*, cum notis integris Dionysii Gotofredi. Coloniae Munatinae. 1731. T. II. pág. 267. núm. 4). MAYNZ (*Curso de Derecho romano*, traducción española por POU Y ORDINAS. Barcelona, 1868, T. III. § 388. núm. 3. pág. 367): BONFANTE (op. cit., pág. 590), SOHM (op. cit., § 98. I. pág. 540. nta 1. pág. anterior), GIRAD (*Manuel clementaire de Droit romain*, 8.ª ed., París, 1929, L. III-IV, Tit. I, cap. I, sec. III, § 2, II. pág. 879, nota 1), MARTÍ MIRALLES (loc. cit., págs. 55 y ss.), ARIAS RAMOS (op. y loc. cit.) BIONDI (op. cit., núm. 01. pág. 239).

Esto explica que no hayan faltado autores, antiguos y modernos, que afirmasen que el instituido *ex re certa* tenía naturaleza híbrida entre heredero y legatario.

Así lo entendió la glosa de Bartolo a la ley *Quoties*: «*Quod heres institutus ex re certa, non est heres universalis, nec est legatarius: sed una tertia species per se, quae vocatur heres ex re certa, quae partim capit de natura instituti universaliter, et partim de natura legatarii*» (123).

La misma opinión sostuvo Muhlebruch (124) en el siglo pasado. Defendiendo que dicha naturaleza obra desde el principio, sin que, no obstante, el instituido *ex re certa* pueda pretender más que la cosa a él asignada, mientras concurren con él otros herederos instituidos en cuota o en el todo.

Pero lo cierto es, como con toda justeza ha observado Martí Miralles (125), que los *heres ex re certa* no tenían naturaleza propia, sino que, según los casos, se les asignaba uno u otro carácter. Por eso, en lugar de decir, con Bartolo, que participan de una u otra naturaleza, debe reconocerse que pueden ser sucesores de una u otra clase, pero sin que jamás participen simultáneamente de ambas, ni asuman una propia y diferente de las dos y existente *per se*. O son herederos o son legatarios, pero jamás a la vez ambas cosas amalgamadas, ni un *tertius genus* intermedio entre ellas.

Realmente, en el supuesto de instituir el causante *heres ex re certa* en concurrencia con *heres ex asse*, se produce un período de indecisión, una vez operada la *delación* y antes de la *adquisición* de la herencia, acerca de la naturaleza del instituido en cosa cierta. De la aceptación por el heredero regularmente instituido dependía que aquél quedase como mero legatario, así como su falta de adición le abría las puertas a la plena consecución del título de heredero con todas sus consecuencias. Adquirida la herencia por el *heres ex asse*, el instituido en cosa cierta no era más que un legatario. En cambio, aceptada por éste, al no adir aquél, el *heres ex re certa* era heredero, «*detracta rei mentione*». Entre la *delatio* y la *adquisitio*, había incertidumbre, pero no mixtura. Después, una cosa u otra. Blanco o negro, nunca gris.

De ser legatario lo era con las naturales consecuencias. Así:

(123) Citado por MARTÍ MIRALLES (op. cit., pág. 61). DIONISIO GONOFREDO en su glosa primera a esta ley (vol. cit., pág. 267, núm. 4) pregunta qué naturaleza jurídica corresponda a los instituidos *ex re certa* cuando sus coherederos regularmente designados aceptan la herencia. Respondiendo: «*Quidam volunt heredis loco haberi, quod propria auctoritate possit rem apprehendere: legatarius non possit, sed accipiat ab herede. Menochius, in tract. de adip. hered. Remedio 4. núm. 124. Alii, partim heredis, partim legatarii. Baldo, ad l. 35 ff. h. t. Alii putant, quod ad rem ipsam attinent, haberi pro legatario: ideoque Falcidiam pati, neque el remedio competere L. ult. in fr. de edict. Dic. Hadriani. Volunt etiam eum non teneri creditoribus hereditariis, nisi testator cum heredibus acquaverit.*»

(124) En su continuación de Glück, T. XL, págs. 170 y ss., citado por MAXXZ (pág. 307, nota 10).

(125) Págs. 62 y ss.

1.^o) Las acciones hereditarias competían exclusivamente a favor y contra los *heres ex asse*, el instituido con ellos *ex re certa* estaba excluido de ejercitarlas y de sufrirlas. No tenía responsabilidad directa por razón de las deudas del causante (126).

2.^o) Si la *res certa*, superaba al activo hereditario, se aplicaba el principio «legata non sunt nisi deducto aere alieno», del que los compiladores, interpolando el fragmento 35, párrafo 1.^o Dig. h. t., sacaron la siguiente consecuencia: «quare si forte tantum sit res alienum, ut nihil detracto eo super esse posit, consequenter dicimus institutiones istas ex re factas nullius esse momenti» (127). En cambio, cuando al instituido en cosa cierta se le consideraba *heres sine parte*, como tal debía responder en caso de *hereditas damnosa*. Así ocurrió siempre en el Derecho clásico, sin que la configuración como *praeceptio* trascendiese en este aspecto.

3.^o) Los herederos regularmente instituidos gozaban de la cuarta Falcidia frente a los instituidos *ex re certa*, en virtud de la cualidad de legatarios que a éstos se les atribuía al concurrir con aquéllos (128).

4.^o) Más dudosa cuestión fué la relativa a la posibilidad de ocupar por propia autoridad la *res certa* asignada, o de si, por el contrario, los herederos regularmente instituidos debían entregarla al que fué concretamente instituido en ella (129).

c) Tercer supuesto: *Hay varios herederos instituidos y todos ellos ex certis rebus.*

Parece que en esta hipótesis nada innovó Justiniano y que siguió en vigor la solución resultante de los textos de Papiniano y

(126) Ver la cit. Const. 13 h. t. de Justiniano.

(127) Ver Biondi, op. cit., núm. 95, letra c, págs. 241 y ss., quien señala como admitida sin disputa la interpolación de dicho texto de Papiniano.

(128) Respecto a este punto se ha discutido si sucedía lo mismo en el Derecho clásico. MANCALEONI (loc. cit., págs. 54 y s.), cuya opinión acepta BONFANTE (loc. cit., pág. 507, nota 1), lo resolvió negativamente, entendiendo que la opinión de Papiniano (en el cit. fr. 78 Dig. h. t.), coincidente con las que Ulpiano le atribuye (en el frag. 35, § 1, D. h. t. y 20 D. X-11), están interpoladas por los compiladores bizantinos. En cambio BIONDI (loc. cit., núm. 95, b., págs. 240 y ss.), reconociendo que dicho texto está interpolado, no ve tan claramente que la opinión fuese la contraria. Cuando la adquisición del heredero *ex re certa* empezó a entenderse como *praeceptio*, los juristas no pudieron prescindir del problema de la Falcidia. Supóngase—dice—un heredero al que se le atribuye una parte *re certa* que absorba casi toda la herencia, y a otro instituido regularmente, al cual no le queda sino muy poca cosa. ¿Diremos que el caso no fué observado, o, peor, que los juristas no habían reconocido el juego la Falcidia sólo porque los dos llamados eran herederos y, por lo tanto, no había formalmente ningún legado del cual pudiera deducirse la cuarta? Cualquiera que hubiere sido la concepción clásica (herencia o legado), el caso no podía soslayarse. Extrañándole, además, que la aplicación de dicha ley, en este texto, fuera totalmente justiniana por la manifiesta hostilidad de Justiniano a la ley Falcidia.

(129) Ver luego letra C, e, núm. 1, y nota 165.

Ulpiano, antes transcritos (130) y de la referida constitución de Gordiano recogida en el Codex Gregorianus. A lo más, cristalizó el tránsito de tales adquisiciones desde *praeceptio* al *praelegatum per praeceptionem* (131).

Los así instituidos heredaban por partes iguales, como si hubieran sido llamados *sine parte*, pero se les atribuía la cosa asignada como si fuesen prelegatarios de la misma (132). Las deudas se distribuían por igual si las cosas eran singulares (133) y proporcionalmente al valor de la atribución si se trataba de masas patrimoniales (bienes paternos y maternos, en Italia y en Oriente, etcétera) (134).

C) *Su evolución en el Derecho histórico de Castilla.*

a) *Doctrina de las Partidas.*

La Ley 14, tit. III, Partida sexta, recogió la doctrina del Derecho romano común.

Así vemos cómo sus primeros apartados expresan el principio rector de la ley *Si ex fundo*: «En una cosa señalada, así como en bienes, o en otra cosa cualquier, estableciendo un ome a otro por su heredero; si en este mismo testamento, o en otro que fiziese después el testador, non fallasse, que lo oviese otro establecido por su heredero; este atal deve haver todos los bienes del testador, maguer fuesse establecido en una cosa señalada tan solamente. Pero las mandas del testamento develas cumplir, así como las fallaren y escritas.»

En el siguiente apartado, admite lo dispuesto por Justiniano en la ley *Quoties certi quidem*: «E si por ventura, el testador fiziese después otro heredero, estonse aquel que diximos de suso, que era establecido en la cosa señalada, deve haver essa tan solamente; e todos los otros bienes deven fincar al otro, que fué después establecido.»

Luego, hace suya la opinión que Ulpiano expuso en el fr. 35 pr. D. h. t.: «Otro si dezimos, que si dos omes fuessen establecidos por herederos en un testamento, el uno en una cosa, e el otro en otra señalada; si el fazedor del testamento non departiese, nin mandase dar a otro, los bienes que oviesen, estos amos los deven aver todos igualmente; e cada uno dellos deve aver ante aquella cosa, en que fué establecido por heredero; pero amos

(130) Frs. 0. § 13; frs. 10. 35 y 78 pr., Dig. h. t.: frs. 17. D. XXIX-1, y fr. 20 D. XXXVI-1.

(131) Ver BIONDI, op. cit., núm. 95, pág. 438.

(132) Ver MAYNZ (op. y vol. cit.), pág. 396), GIRAD (loc. cit., pág. 879), BONFANTE (loc. cit., págs. 509 y s.), MARTÍ MIRALLES (loc. cit., pág. 56).

(133) Fr. 35. D. h. t.

(134) Fr. 78. D. h. t., ver nota 115.

de so uno son tenudos de responder de las debidas del fazedor del testamento.»

Finalmente, recoge las opiniones de Sabino, Próculo, Celso, Paulo y Javoleno, transcritas en los frs. 9, § 13, y 10 h. t., diciendo en sus dos últimos incisos: «E si por ventura, el testador estableciesse en una cosa señalada por herederos a un ome, e a dos ayuntadamente en otra cosa cierta, si non mandasse los otros bienes, deven los aver estos herederos, partiéndolos entre sí en esta manera: la meytad, a aquél que fué establecido por heredero en la una cosa; e la otra meytad, a los otros que fueron establecidos en la otra, fuera ende si el fazedor del testamento dixesse, que heredassen todos igualmente. Pero cada uno destes deve aver adelantada aquella cosa, en que fué establecido por heredero.»

b) *Criterio del Ordenamiento de Alcalá, según los juristas castellanos de los siglos XVI y XVII.*

Hemos comprobado antes, al examinar el principio de la incompatibilidad de las sucesiones testada e intestada, que hubo división de opiniones acerca de la vigencia, después de la ley 1 del tít. XIX del Ordenamiento de Alcalá, de la citada Ley 14 h. t. de la sexta Partida y de sus precedentes leyes romanas. Predominó entre nuestros clásicos la consideración de su vigencia, por entender que aquella ley Regia se refirió a supuestos distintos, es decir, de modo exclusivo a los concretamente determinados por su letra.

Cevallos (135) y Pichardo (136), que entendieron derogada la regla «nemo pro parte testatus, et pro parte intestatus decedere potest», y Matienzo (137), no obstante defender su vigencia, sostuvieron que el instituido en cosa cierta, no debía recibir más que la cosa que se le asignaba, correspondiendo a los herederos legítimos el resto de la herencia que no hubiese sido dispuesto por el testador. De esta forma, según indica el último autor citado, debía entenderse que el instituido en cosa cierta, aun sin concurrir con ningún llamado *ex esse*, había de ser considerado siempre como simple legatario.

En cambio, la común opinión fué la contraria: entender vigente la citada ley de Partidas e incólume la doctrina romana de

(135) Op. y vol. cit., Quaest. 707, pág. 93, núms. 3 y 4.

(136) Op. y loc. cit., núm. 36: «Unde inferitur quod cum hodie attentata lege 1. tit. IV. lib. V. Recop. possit quis decedere pro parte testatus, et pro parte intestatus, institutus in re certa eum tantummodo rem consequitur, non vero universam haereditatem, quia cessat ratio, propter quam reliqua bona certae rei instituto entenduntur, intelligunturque eo casu ex tacita mente defuncti in reliquis bonis venientes ab intestato vocati».

(137) Op. y loc. cit., núm. 47, fol. 80 vto.: «...prae-umitur ergo voluisse cohaerentem sibi universalem dare eum, qui ab intestato a lege vocatur ab haereditatem, quo haerede universali instituto, clarum est eum, qui est instituto in re certa loco legatarii haberi».

la institución *ex re certa*. Entre otros, opinaron así Gregorio López (138), Covarrubias (139), Burgos de Paz (140), Antonio Gómez (141), el doctor Luis de Molina (142), su omónimo el Jesuíta (143), Acevedo (144), Ayllón Lainez (145), etc., etc.

Ciertamente la ley castellana sólo se refirió a los supuestos de falta de institución de heredero y de falta de aceptación del instituido. Abolió la necesidad de institución de heredero y de la adición de la herencia para la validez de los legados y demás contenido en el testamento, pero sin afectar a la universalidad del heredero escrito, ni a la fuerza expansiva de su título. Los juristas clásicos no aceptaron que una ley correctora del Derecho común, como la expresada, pudiese extenderse a supuestos no previstos en ella.

c) *La atribución de cosa cierta hecha por el testador con palabras comunes y directas, según nuestros clásicos.*

En la primera parte de este trabajo, siguiendo al Jesuíta Luis de Molina (146), señalamos lo que se entendía por disposición hecha con palabras *comunes*, v. gr.: *dejo* (relinquo) *suceda* (succedat) y otras semejantes, que sirven indistintamente para la institución directa de heredero, para legar o para disponer un fideicomiso. Por palabras *indirectas* u *oblicuas* se entendían aquellas dirigidas a los herederos para que ejecuten lo dispuesto por el testador: «es decir, para que restituyan toda la herencia o una parte de ella a tal o cual persona» (147): tales *ruego*, *quiere*, *mando*.

De las palabras indirectas, por lo tanto, no se infería institución de heredero. Ni tampoco cuando con palabras indirectas, pero comunes, el testador atribuía alguna cosa cierta. La doctrina en-

(138) Gl. 3.ª a las palabras «todos los bienes» de la Ley 14. T. III, 6.ª P.

(139) Op. y loc. cit., núm. 14, pág. 67.

(140) Op. y loc. cit., núm. 858, fol. 283: «casus dictae lex Ordinamen, dissimilis est a praedictis iuribus...» «nec in eadem Regia lege disponitur haereditem in re certa institutum nullo alio cohaerere relicto, a caeteris rebus haereditatis excludi: et ab id non est dicendum, regulam text. in l. nostrum ff. de reg. iur. in hoc casu esse correctam, nec leges ei consimiles ex iuribus nostrisimis quae excludunt leges correctionem».

(141) «Variae...» lex. Libr. y cap. cit., núm. 8, pag. 115.

(142) Loc. cit., pag. 104, núm. 22, al fin de la «Quinta conclusio», refiriéndose a la indicada doctrina del Corpus, dice «Quae jure ex decisione legis i. tit. 2. lib. 5 Ordin. quae est lex i. tit. 4. lib. 5 in nova legum Regni collectione, quam cavetur valere testamentum absque haereditis institutione, innovata seu correctata non sunt. Cum enim lex illa correctoria sit, ultra casus in ea specificè decisos non extenditur».

(143) Op. y vol. cit., Disp. CIV, págs. 587 y ss.

(144) Op. y vol. cit., gl. 103 a la cit. l., pág. 115.

(145) Op., tomo y cap. cit., núm. 10, vers. «An autem», pág. 50.

(146) Op. y vol. cit., Disp. CIV, núm. 8, pág. 501.

(147) Ver la misma obra de MOLINA, Disp. cit., núm. 7, págs. 500 y ss.

tendía que significaban disposiciones de legados o prelegados (148).

Excepcionalmente el Abad Panormitano y Dumoulin, según Covarrubias (149), pretendieron que la palabra «*ultinquo*» aplicada a cosa singular podía significar institución de heredero cuando el asignatario debiera serlo para la validez del testamento.

Y si el testador, además de decir «dejo tal cosa a mi hijo», manifestara su voluntad de que el testamento valga del mejor modo y forma que valer pueda (*ut valeat omni meliori modo quo valere possit*), fué común doctrina iniciada por Baldo, aceptada y seguida por Gregorio López (150), Matienzo (151), Covarrubias (152), entre otros, que el llamamiento debía entenderse a título de institución, en ese caso *ex re certa*. Expresándose como razón: «que las palabras deben tomarse atendidas las circunstancias y calidad de la persona que habla» y «que sería muy duro y contra la equidad natural que a una palabra genérica no se le diere el sentido según el cual puede sostenerse la disposición».

En resumen, en general, dejada una cosa cierta con palabras comunes a una persona que no fuese heredero forzoso, debía entenderse legada, incluso faltando la institución de heredero. En cuyo caso, por aplicación de la ley 1, tit. XIX del Ordenamiento, serían herederos aquellos a quienes *abintestato* correspondiese.

En cambio, si la cosa asignada con palabras comunes fuese atribuida a un heredero forzoso al que no se le hubiese instituido en términos propios y civiles, y el testamento contuviese la expresada cláusula «*ut valeat omni meliori modo quo valere possit*» (153), el asignatario se entendería instituido en aquella cosa cierta, con las consecuencias que en su caso resultaren, según tuviere o no coherederos designados, o según quiénes fueren éstos y la forma en que se les nombró.

(148) Ver DÍAZ DE MONTALVO (*Glosas al Fuero Real*, edic., Salamanca, año 1500, lib. III, tit. V, Ley 6, gl. a las palabras «mejorar a algunos»); PALACIOS RUBIOS (op. y vol. cit., lex 24 Taur., núm. IX, pág. 506); MATIENZO (op. cit., lib. V, tit. IV, Ley 1.ª, núm. 6, pág. 67); ANTONIO GÓMEZ (*Utriusque...* cap. X, núm. 12, vers. *Nunc vero* y *Ex quo inferitur*, pág. 117); el citado MOLINA (loc. ult. cit., núm. 1); etc.

(149) Loc. ult. cit., núm. 6 (pág. 68), donde niega la afirmación de JUAN DE MOLINA y ALEJANDRO, que atribuyeron a BALDO igual opinión.

(150) Gl. 8, a las palabras «como a herederos» de la Ley 5, tit. VIII, Párrafo 6.

(151) Op. y glos. ult. cit., núm. 63, pág. 82.

(152) Loc. ult. cit., núm. 4, pág. 67.

(153) Según las indicadas opiniones del ABAD PANORMITANO y de MOLLÉUS: aunque no se contuviese la cláusula, siempre que el asignatario fuese heredero forzoso no instituido en términos propios.

d) *Supuesto de institución en cosa cierta con expresa declaración del testador de que el instituido se contente con la cosa designada o que nada más retenga o que no le acrezcan los demás bienes.*

Los comentaristas del Derecho común no llegaron a ponerse de acuerdo sobre el valor de dicha disposición del testador. Para facilitar una visión de conjunto de esa polémica, clasificaremos en tres grupos las distintas tesis sostenidas:

1.º Alejandro, Cino de Pistoya, Baldo, Aretino, Angel de Perusa, Juan de Imola, etc. (154), entendieron que dichas disposiciones eran «contra naturam» por contradecir el principio «nemo pro parte testatus, et pro parte intestatus decedere potest» y que viciaban la previsión del testador sin anular la institución misma. Resolviendo así de modo semejante a la ley «Si ita quis» en el supuesto de expresa institución *excepto fundo* o *excepto usufructo*, para el cual ordenó que estos bienes perteneciesen al heredero, no obstante la exclusión expresamente ordenada por el testador.

Contra esta disposición se arguyó la Ley 9, § 13 (D.º XXVIII-V), que concluye expresando esta salvedad: «si modo voluntas patris familias manifestissime non refragatur». A lo que Antonio Gómez (155) respondió que dicha frase se refiere a la proporción en que deberá repartirse la herencia entre los dos herederos instituidos en cosa cierta, a que el texto alude, y no a la universalidad del llamamiento que no admite excluirse.

También se observó que la ley «Si ita quis» (D.º XXVIII-VI, 74) partía del supuesto de que la exclusión del fundo o del usufructo había sido expresada por el testador, por razón de su ánimo de disponer por separado de aquello que se reservaba, lo que no llegó a hacer por olvido o por sorprenderle la muerte. En cuyo caso es lógico su acrecimiento al heredero instituido. Mientras que en el supuesto de prohibición de acrecer al heredero *ex re certa*, o de ordenársele se contente con dicha cosa, hay clara conciencia de que el testador no quiere en caso alguno que el *heredero* reciba otra cosa más que la que le asignó expresamente (156).

2.º Bartolo, Pablo de Castro y Antonio Gómez (éste sin decidirse totalmente) (157) y el Jesuita Luis de Molina (158) afirmaron que dicha cláusula viciaba totalmente la institución, de

(154) Citados por ANTONIO GÓMEZ (*Variac...* I, cap. X, núm. 10, pág. 116) y por GREGORIO LÓPEZ (gl. 3 a la Ley 14, tit. III, 6.ª P.).

(155) Ver a GÓMEZ, loc. ult. cit., pág. 116, núm. 10, *Primo*, y pág. 117, vers. *Jamen*.

(156) Ver LUIS DE MOLINA, *Quaest.* cit., núm. 26, pág. 600.

(157) Loc. ult. cit.: «quia quando in testamento, vel ultima voluntate colligitur perplexitas et repugnantia, vitatur, et causa reducitur abintestato..., sed in nostro casu et quaestione est perplexitas et repugnantia: quia testator instituit haeredem in re certa, vel parte et ex adverso voluit quod non haberet alia bona, et prohibuit jus accrescendi: quod de jure est impossibile, ... ergo vitietur institutio et: reducatur causa ab intestato».

(158) Loc. ult. cit., núm. 21 y ss., págs. 597 y ss.

modo que la herencia se defería *abintestato*, pero que dichos herederos legítimos debían restituir la cosa cierta, por vía de fideicomiso, al instituido en ella (159).

3.º) Saliceto (160) y Gregorio López (161) estimaron válida la institución en cosa cierta y reputaron heredero universal al así instituido, pero entendiéndolo gravado con fideicomiso universal a favor de los herederos *abintestato*—en beneficio de los cuales debe presumirse establecida aquella institución—reteniendo aquél la cosa cierta en lugar de la cuarta Treveliánica. El apoyo principal de esta teoría se encontraba en la Ley 69 pr. (D.g. XXXI-único), fragmento de Papiniano que aceptó como fideicomiso la institución hecha con mandato al instituido de contentarse con determinada cantidad.

Estas dos últimas soluciones, por caminos opuestos, perseguían el mismo fin: imponer la verdadera voluntad del testador. Como escribió el Jesuíta Luis de Molina (162), «tanto en las últimas voluntades como en los contratos, según dijimos anteriormente, debe estarse más bien a la naturaleza del asunto que a las palabras que lo expresen; y el que sólo instituye a un heredero de cosa cierta, o también de una cuota hereditaria, y desea que los demás bienes pasen a los herederos *abintestato*, aunque no lo exprese por no creerlo necesario, otorga un codicilo en que deja un legado al heredero de cosa cierta y un legado o fideicomiso al heredero de cuota; más no un testamento, por cuanto los sucesores *abintestato* son quienes él desea hacer herederos universales. Pero, del mismo modo que si por codicilo se deja la herencia a una persona por una benigna interpretación del Derecho se entiende transformada en fideicomiso, como explicamos en la disp. 124; así también en el caso propuesto, y con mayor razón, lo que solamente por las palabras parece un testamento, es un verdadero codicilo, debiendo considerarse la institución en cosa cierta o en una cuota como legado o fideicomiso, a cuyo cumplimiento están obligados los herederos *abintestato*». Y como explicó Gregorio López (163):

(159) Este criterio benévolo. «quod haeres ab intestato tenetur restituere illam rem, vel quotam per fideicommissum ipsi haerediti instituto», lo apoyaron analógicamente en el espíritu de los siguientes textos romanos: Ley 114, § 6, *Dig. XXX*, único, y Ley 17, *Dig. XXXVI*-I.

(160) Ver la opinión de SALICETO, expuesta en la citada glosa de GREGORIO LÓPEZ a las palabras «E todos los bienes» (ley cit.).

(161) Glos. ult. cit.: «Hay mucha diferencia entre el heredero instituido en cosa cierta y aquel a quien después de instituirsele simplemente se le previene que sólo retenga alguna cosa o cantidad» «...es indudable que de tales conjeturas puede deducirse un fideicomiso para lo cual basta que de cualquier modo conste la voluntad del testador. ¿Qué otra cosa puede conjeturarse en vista de la disposición de que se trata, sino que el testador quiso favorecer a los sucesores legítimos...? ¿Cómo puede permitirse—pregunta—que el instituido en cosa cierta, con prohibición de no percibir más, tome todos los bienes contra la expresa prohibición del testador, cuando puede tomarse un camino que, sin chocar con los principios, esa voluntad quede intacta?»

(162) Loc. ult. cit., núm. 22, *Segundo*, págs. 508 y s.

(163) Glos. ult. cit., vers. *Cum igitur*.

«Hay mucha distancia entre el instituido en cosa cierta sin prevención alguna, y el que lo es con la de no percibir lo restante; en el primer caso se presume que el testador ha querido lo mismo que la ley, es decir, que el heredero recibiese la totalidad de los bienes...; en el segundo, aunque parezca adjudicársele el todo por la ley, debe no obstante restituir el residuo a la persona a cuyo favor la prevención se hizo.»

e) *Ventajas que sobre el legado tiene la institución en cosa cierta, aun cuando el así llamado concurre con herederos «ex asse».*

Señaló Antonio Gómez (164) que el instituido en cosa cierta, aun habiéndosele dado herederos universales, gozaba de ciertas ventajas y prerrogativas por razón de haber sido llamado como heredero, las cuales no tendría de haber sido nombrado legatario simplemente:

1.º Porque mientras los legatarios no podían tomar la cosa legada por propia autoridad, en cambio el instituido en cosa cierta aun habiendo herederos universales, podía lícitamente tomarla por sí mismo, según entendió la común opinión de los autores (Bartolo, Juan de Imola, Pablo de Castro, Alejandro, etc.) (165).

2.º Porque tales herederos instituidos en cosa cierta, a pesar de concurrir con otro regularmente llamado, «*potest petere se mitti in possessionem virtute l. final. C. de edict. Divi Adriani tollendo*» (166).

Ello aparte de su situación expectante en el periodo intermedio entre la *delatio* y la *adquisitio*, que podía desembocar en la consolidación de su título de «*heres*». Ya que, como el mismo Gómez (167) explica, «*si isto casu cohaeredes universalis, vel institutus in quota repudiet, vel decedat sine transmissione, et haereditas accrescit instituto ex re certa, tamquam si nullus esset datus cohaeredes universalis. Quia si haeres universalis repudiet perinde est ac si numquam esset institutus et sic militat ratio praedictorum jurium scilicet ne testador decedat pro parte testatus et intestatus, sed tunc institutus ex re certa habebat omnia bona*».

(164) *Variae...*, I-X, núm. 14, pág. 118.

De esta opinión, según dice AYLLÓN, *Adu...* (I-X, núm. 16, pág. 60). fuen-
ron, entre otros, CASTILLO, SUÁREZ, COSTA, GRACIANO, CANCER, etc.

(165) Dicha designación, como *heres ex re certa*, podía entenderse en el sentido de que implicaba autorización del testador al designado para tomar las cosas por su propia autoridad. Autorización que, según la glosa común, los doctores aceptaron que podía otorgar el causante, así de modo expreso como tácitamente. (Ver GÓMEZ, loc. últ. cit.).

(166) Ley 3. tit. XXX, L. VI, que recoge una Const. de Justiniano de año 1531.

(167) *Variae...*, I-X, núm. 13, pág. 117.

D) *La institución en cosa cierta en el Código civil y en su periodo de gestación.*

a) *Ideas dominantes desde fines del siglo XVIII hasta el fin del periodo codificador.*

Como expusimos al ocuparnos de la revisión del principio «*in pro parte testatus et pro parte intestatus decedere potest*», la postura ortodoxa de los clásicos castellanos pasó a fines del siglo XVIII a ser considerada como heterodoxa por la mayoría de los juristas de dicha época. Las principales consecuencias de este cambio de posición afectaron notablemente a la teoría de las instituciones en cosa cierta, entendiendo derogadas las reglas de las leyes *Si ex fundo* y concordantes del Corpus, así como la ley 14, tit. III, de la sexta Partida.

De los reformadores de Febrero, sólo Tapia (168) sigue la postura clásica de aquel autor. Los demás, Joseph Marcos Gutiérrez (169), García Goyena, Aguirre, Montalbán y Vicente y Caravantes (170), así como también Sala (171), Martí y Eixalá (172),

(168) Op. y vol. cit., lib. II, tit. II, cap. XII, núm. 17, pág. 491.

(169) *Febrero Reformado...*, vol. cit., pág. 90, nota 1, en la que corrige la opinión de Febrero, expuesta en el texto, diciendo: «Habiéndose derogado como ya se ha dicho, el principio, *nadie puede morir en parte testado y en parte intestado*, el heredero instituido en cosa cierta sólo percibirá ésta, y los herederos abintestato sucederán en todo lo demás de la herencia con arreglo a la voluntad del testador bastante manifestada en el hecho mismo de instituir a uno en cosa determinada y no disponer de los demás bienes». Antes, en su citado *Compendio de las varias resoluciones*, de ANTONIO GÓMEZ, también quiso desmentir al príncipe de los juristas castellanos (pág. 65, nota 1), adhiriéndose a la opinión de MATIENZO, acusando a GÓMEZ y «a otros muchos autores también citados por AYLÓN», de «que por su excesivo afecto al Derecho romano llevan a mal cualquier derogación suya, defienden lo contrario contra la voluntad evidente del testador, que haciendo la institución en cosa cierta o cuota, y no disponiendo de los demás bienes, da a entender bastante no quiere suceda el instituido en ellos, sino los herederos abintestato. Y asimismo defienden lo contrario nuestras Leyes Recopiladas, que han derogado expresa o tácitamente el mencionado principio entre las innumerables vanas sutilezas del Derecho civil, porque no queden ilusorias muchas veces las últimas voluntades».

(170) *Febrero o Librería*, etc., vol. cit., núm. 1.337, págs. 418 y s.

(171) Op. y vol. cit., L. II, tit. V, núm. 6, pág. 154: «... y según esta regla (alude a la citada Ley 1.^a), no habrá derecho de acrecer en las herencias, quando uno solo es el instituido en cosa cierta, o parte quota de la herencia; o son muchos los instituidos con partes expresas para cada uno que señala el testador, en cuyos casos irán a los herederos legítimos o abintestato los demás bienes vacantes, o partes de que no dispuso el testador».

(172) Nota adicionada a las de GREGORIO LÓPEZ (*Las siete Partidas*, volumen cit., págs. 459 y s.). Dice «... la ley 1. tit. 18, lib. 10, Nov. Rec. (que es la citada del Ordenamiento de Alcalá), declarando que la institución de heredero o era esencial para la validez del testamento implícitamente declaró que podía morirse parte testado y parte intestado: de lo que se sigue que el instituido en cosa cierta no percibirá más de lo designado por el testador, sucediendo en lo restante los herederos abintestato».

Escriche (173), Benito Gutiérrez (174), Gómez de la Serna (175) y Navarro Amandi (176) negaron, en cualquier caso, al instituido en cosa cierta la categoría de heredero universal.

Siguiendo esta orientación, el Proyecto de 1851 declaró, en su art. 628, que: «El heredero instituido en una cosa cierta y determinada es tenido por legatario de ella.»

García Goyena (177), al comentar este artículo, trazó el siguiente parangón: «La ley 13, título 24, libro 6 del Código, y la 14, título 3, Partida 6, disponían lo que este artículo; pero sólo para el caso de haber otro heredero testamentario: si no lo había, el instituido en cosa cierta o en una parte o cuota se apoderaba de toda la herencia por el derecho de acrecer derivado del principio o axioma de no poder nadie *pro parte intestatus decedere*. Entre nosotros, por lo dispuesto en el artículo anterior, conforme con la célebre Ley Recopilada, el instituido en cosa cierta será siempre legatario, haya o no otros herederos testamentarios: no habiéndolos regirá el artículo anterior». Es decir; el remanente pasará a los herederos legítimos.

b) Posición del Código civil.

Esa revisión de las ideas clásicas cristalizó definitivamente en el Código civil. Su art. 768 se limita a decir escuetamente: «El heredero instituido en una cosa cierta y determinada será considerado como legatario.»

Relacionando este precepto con los arts. 764, 891 y 912, pode-

(173) Op. cit., vol. I, *Heredero extraño o voluntario*, N. pág. 18. Dice: «... por el hecho de no disponer el testador sino de cierta parte de sus bienes a favor de extraños manifiesta bastante ser su voluntad que los demás queden a favor de las personas llamadas por la Ley a sucederle, de modo que puede decirse que tacitamente las instituye. Esta doctrina se deduce tan inmediata y necesariamente de la citada Ley 1, tit. 18, lib. 10. Nov. Rec., y por otra parte es tan equitativa y razonable, que no deja de causar admiración que haya en el día quien la califique de mera opinión de jurisconsultos y manifieste adherirse a los principios del Derecho romano, cuya aplicación sería ahora injusta y ridícula. El derecho de acrecer no tiene ya lugar sino cuando dimana de la voluntad del testador».

(174) PEDRO GÓMEZ DE LA SERNA y JUAN MANUEL MONTALBÁN, *Elementos del Derecho civil y penal de España*, Madrid, 1881. T. II, pág. 90, núm. 137, nota 2.

(175) Op. y vol. cit., pág. 403. Entiende que la Ley 14, t. III, 6.ª P., fue derogada por la Ley 1, t. XVIII, l. X, Nov. Rec.

(176) Op. y vol. cit., art. 1128, *Comentario*, pág. 587, en el que igualmente considera dicha Ley 14, t. III, 6.ª Partida, derogada por el Ordenamiento de Alcalá (Ley 1, tit. XVIII, lib. X, Nov. Rec.).

(177) *Concordancias...*, vol. cit., pág. 69.

mos sintetizar la doctrina de nuestro Código, relativa a las instituciones en cosa cierta, de la siguiente manera:

Primera hipótesis: *Institución de uno o varios herederos en cosa cierta, cuyas asignaciones no agotan el caudal, y designándose o no, con ellos, otro u otros herederos regularmente instituidos.*

Se aplica el art. 768. Y si además falta institución regular de herederos, o si con el instituido en una cuota no se agota el caudal, entra en juego el art. 912 del Código civil. Por lo tanto, en principio, el instituido en cosa cierta es legatario, siendo herederos los instituidos regularmente o los llamados por la ley abintestato, o bien éstos y aquéllos conjuntamente.

No obstante, entendemos que en nuestro Derecho pueden considerarse vigentes aquellas dos ventajas que Antonio Gómez, siguiendo la doctrina común de los doctores, atribuyó a los instituidos en cosa cierta, aun cuando no fueran sino legatarios. En efecto:

α) La Sentencia del Tribunal Supremo de 26 octubre 1928 declaró que el legatario puede tomar por sí posesión de la cosa legada cuando el testador se lo hubiere autorizado, ya que la voluntad de éste es ley de la sucesión. Ahora bien, entendemos que el testador, al llamar heredero, y no legatario, al asignatario de cosa cierta manifiesta, implícita pero evidentemente, su voluntad de que éste pueda tomar la cosa por sí como si realmente fuera heredero.

β) Esa facultad de tomar posesión por propia autoridad, indudablemente debe estar unida a una *possessio sine corpore* que legitime la actuación directa no autorizada en otro caso al propietario que no sea poseedor. Por tanto, debe admitirse que al heredero de cosa cierta que llegue a adir la herencia (178), se le entiende transmitida la posesión de la cosa asignada sin alteración y desde el momento de la muerte del causante. Es decir, el artículo 440 es aplicable a cualquier persona a la que se le otorgue el nombre de heredero, aunque a otros efectos se considere legatario al instituido en cosa cierta. Consecuentemente, debe admitirse que éste podrá pedir la posesión de la cosa que se le asignó, por el procedimiento del art. 2.056 de la Ley de Enjuiciamiento civil, o por el interdicto de adquirir, en su caso.

Segunda hipótesis: *La herencia ha sido totalmente distribuida en instituciones de cosa cierta.*

A la par que el art. 768, debe entrar en juego el art. 891, del que más atrás nos hemos ocupado parcialmente. Su aplicación coloca a los legatarios en una especial postura.

(178) La sentencia de 3 de junio de 1947 dice que la transmisión posesoria a que alude este artículo, y que en caso de muerte se produce para el heredero, es de la posesión llamada *civilísima*, que es la que se adquiere por ministerio de la ley, y que tiene lugar en el momento de la muerte del *de cuius* sin necesidad de aprehensión material de la cosa, con ánimo de tenerla para sí.

Martí Miralles (179) llega a entender que «tratándose de herederos instituidos en cosa cierta, cuando no haya otros herederos, es decir, según el Código, cuando no queden bienes para los herederos legítimos, los herederos en cosa cierta quedan convertidos, como sucede en Derecho romano, en una órbita aún más amplia, en herederos universales del testador». Previendo que «como las herencias se aceptan casi siempre a beneficio de inventario, puede afirmarse que, en realidad, ni tan siquiera esta diferencia accidental separa, en el supuesto propuesto, a los herederos instituidos en cosa cierta de los herederos universales, en lo referente a representar la persona, los derechos y obligaciones del testador».

Indudablemente existen diferencias evidentes entre el legatario de los supuestos normales y aquéllas que se encuentran en la situación del art. 891. Sin salirnos de este precepto encontramos una responsabilidad directa del legatario, cuando lo normal es que sólo puedan sufrir indirecta o subsidiariamente, podríamos decir por rebote, las consecuencias de las deudas del causante.

Sin embargo, a primera vista, entre el heredero y el legatario del art. 891, tal vez, podría señalarse alguna otra diferencia más que la resultante de la responsabilidad limitada de este último, sin necesidad de recurrir al beneficio de inventario. Es posible que mientras la responsabilidad del heredero que acepta en dicha forma es *cum viribus* durante el procedimiento y *pro viribus* después, en cambio, la del legatario, en el supuesto del art. 891 sea sólo *cum viribus*, con la ampliación que pueda significar el juego de la subrogación real. Pero esa apreciación peca de petición de principio, porque sólo puede apoyarse en la presuposición de que, en el supuesto del art. 891, el legatario y el instituido en cosa cierta tienen con respecto a las deudas del causante la posición de los verdaderos legatarios, que es precisamente lo que se duda.

Castán (180) advierte con referencia a esta situación: «a) Que las prestaciones que se imponen al legatario (obligaciones o cargas establecidas por el testador o responsabilidades derivadas de los mismos bienes que se adjudican) pueden considerarse como *condición* o *accessión* de su cualidad de dueño o adjudicatario de aquellos bienes o derechos de que es sucesor a título singular. b) Que el caudal hereditario que se reparte en legados está, en realidad, limitado al líquido que resulte después de deducido el pasivo constituido por las deudas que afectan a la totalidad de los bienes y derechos inventariados. c) Que, por lo demás, aun en esta hipótesis de distribuir toda la herencia en legados, nunca está el legatario obligado más allá de donde alcance el valor de su legado.»

La segunda observación del maestro, sin embargo, no tiene en cuenta el criterio de la Resolución de 30 de diciembre de 1916, que

(179) Op. cit., pág. 69.

(180) *Derecho civil español común y foral* (Notarias, 4.^a ed., Madrid, año 1939), t. I y vol. II, pág. 301.

entendió que los legatarios, en el supuesto del art. 891, podían por sí mismos posesionarse de los bienes que les fueron legados. Posibilidad que sería inaceptable en un régimen de liquidación previa a la percepción de los legados. Con ello se comprueba cómo, igualmente, se aleja el sistema de este precepto de la solución clásica de pagar los legados a través del *officium iudicis* y del curador de la herencia, aplicado, según vimos, en los supuestos de absoluta falta de adición por los herederos instituidos y abintestato.

Por lo demás, no deja de ofrecer al intérprete puntos dudosos la afirmación del art. 891 de que: «se prorratarán las deudas y gravámenes de ella entre los legatarios a proporción de sus cuotas, a no ser que el testador hubiere dispuesto otra cosa.» No obstante, con su atenta lectura pueden hacerse las siguientes observaciones:

α) La letra del precepto parece expresar que, en este caso, corresponde a los legatarios una responsabilidad directa y personal *pro viribus* y no una mera afección *cum viribus*. Para expresar ese segundo criterio debería haberse dicho «que los bienes estarán afectados proporcionalmente al pago de las deudas», pero no que «se prorratarán las deudas y gravámenes de ella entre los legatarios», que es lo que se dice.

β) Según observa Mucius Scaevola (181), tal dictamen «es preciso ponerlo en correspondencia, para su mayor claridad y completo sentido con la general y característica de toda manda que enuncia el párrafo segundo del art. 858 del Código, según lo cual, los legatarios no están obligados a responder de gravámenes que se les impongan más que hasta donde alcance el valor del legado» (182). Pero cabe objetar que el art. 859 sólo se refiere a las mandas y legados impuestos por el testador al legatario, sin plantear la cuestión del pago de deudas de la herencia, de las que el legatario no responde directamente como tal, sino a falta de herederos y en sustitución de éstos. Circunstancia que elimina una rigurosa analogía.

γ) Otra duda más se suscita con relación al prorrato de las deudas entre los legatarios en proporción de sus cuotas: ¿Ha sido dispuesto así por el art. 891, solamente a efectos internos, es decir, «inter legatarios»?; o bien, ¿es ordenado a todos los efectos, es decir, afectando no sólo al débito, sino también a la responsabilidad y, por lo tanto, disminuyendo la garantía de los acreedores?

(181) Op y vol. cit., pág. 479.

(182) MANRESA (op. y vol. cit., pág. 685), en igual sentido, dice que: «La única diferencia entre este caso y aquel en que hay herederos es que éstos responden hasta con sus propios bienes al cumplimiento de las obligaciones del testador, mientras que los favorecidos con los legados no responden nunca, si no quieren, más que hasta donde alcance el valor de sus respectivas mandas». Y VALVERDE (op. y vol. cit., pág. 334) observa que si bien los acreedores «podrán reclamar contra los legatarios al no haber herederos», ello es «bien entendido que los legatarios no responden más que hasta donde alcance el valor de los legados, jamás son responsables con sus bienes propios» (con lo que parece aproximarse a aceptar meramente una afección *cum viribus*).

El inciso final del precepto, «a no ser que el testador hubi re dispuesto otra cosa», parece indicar que este artículo está concebido atendiendo sólo a las relaciones internas. El testador no puede estar facultado para afectar los derechos de sus acreedores distribuyendo a su arbitrio la responsabilidad que los garantiza.

En este punto, Manresa (183) y Scaevola (184) discrepan de Sánchez Román (185). El primero dice que cada uno de los legatarios «queda responsable solamente por la cantidad que en la proporción le corresponda». El segundo, en igual sentido, afirma que la doctrina del art. 1.084 «no podría extenderse a los legatarios a no alterar la naturaleza de las instituciones jurídicas», apoyando esta afirmación en la distinta naturaleza de heredero y legatario. En cambio, Sánchez Román entiende aplicable, por analogía, el artículo 1.084, por entender que al acreedor no puede obligársele a dirigir su acción prorrateando sus reclamaciones entre todos los legatarios, ni antes ni después de haberse hecho la partición a que fué ajeno ni exponerle a una insolvencia, ulterior y parcial de alguno, mientras haya bienes de aquella herencia, que nunca pudieron aplicarse a los legados, sino después de satisfechas las deudas que formaban el pasivo de la herencia».

A nuestro juicio, la analogía teológica planteada por Sánchez Román es evidentemente superior a la analogía dogmática que defiende Scaevola. Esta se apoya en un hecho precisamente discutible: que en el supuesto del art. 891 el designado heredero en cosa cierta y los nombrados legatarios sean verdaderamente meros legatarios.

c) *Notas críticas sobre la posición del Código civil. Su artículo 768 literal e imperativamente interpretado.*

Leyendo a Joseph Marcos Gutiérrez, a Escriche, a García Goyena y a otros autores del pasado siglo (186) causa extrañeza ver imputar a juriconsultos tan insignes como los romanos y a un Derecho tan perfecto como el suyo, que perduró alrededor de dos milenios en los países cristianos, el acatamiento y respeto de una solución que, por los indicados autores en el siglo XIX, es tachada de *vana sutileza* que hacía ilusorias muchas veces las últimas voluntades y cuya aplicación era injusta y ridícula.

Creemos que, como suele suceder en los casos en que se sostienen soluciones tan antagonicas, sus mantenedores examinan el supuesto discutido desde puntos de vista totalmente dispares.

Los precursores del Código civil enfocaron la cuestión examinando los casos en que el testador designaba heredero en un solo objeto cualquiera de los múltiples que integraban su haber, sin dis-

(183) Op. y vol. cit. pág. 685.

(184) Op. y vol. cit. pág. 480.

(185) Op. y vol. cit. pág. 1343.

(186) Ver las notas 169 y ss. del presente trabajo.

poner del resto. Escriche (187) llega a recargar la sombra de su cuadro suponiendo que sea un *extraño* el instituido en cierta parte de los bienes.

Los romanos no pudieron considerar normal este supuesto. No era lógico creer tamaña incongruencia en un testador, y menos aún fué previsible en el Derecho histórico de Castilla, donde la intervención notarial velaba por la fiel traducción jurídica de la voluntad de los otorgantes.

En la institución *excepta re certa*, supusieron que el testador excluyó la cosa porque pensaba disponer de ella posteriormente, sorprendiéndole la muerte sin haberlo hecho; o bien que, habiendo verificado dicha disposición singular, ésta no llegó a tener efectividad (188).

La institución *ex re certa* debió utilizarse en aquellos supuestos en que la cosa cierta constituía la casi totalidad del patrimonio del testador (v. gr., el caso de un causante dueño de un patrimonio agrícola y además de un cuadro empeñado en poder de un prestamista o de una suma de dinero depositada, por ejemplo, en un Banco, que instituye heredero en aquella heredad sin mencionar el cuadro ni el dinero; o el supuesto del dueño de una industria o de una flota mercante de enorme valor, y de un caballo de paseo o de un par de perros de caza o del mobiliario de su casa, que instituye heredero en aquellas cosas, olvidando éstas); o en caso de distribución de toda su herencia en instituciones de cosa cierta (no olvidemos que en Roma el testador sólo podía hacer la partición propiamente dicha de su herencia *inter liberos*, es decir, entre sus descendientes), omitiendo algún objeto, tal vez por haberlo adquirido con posterioridad a la fecha del testamento, o por descuidarlo dado su escaso valor, o bien si caducase alguna de las varias instituciones singulares (tengamos presente que la mayor parte de los textos del Digesto referentes a dicha institución se referían a casos en que el haber se repartía entre *heres ex re certa*).

En estos supuestos nos parece más racional suponer que el testador preferiría que de esa parte no dispuesta gozase el heredero o herederos instituidos en cosa cierta, y que agotaban la casi totalidad del caudal, con preferencia a los herederos abintestato, a quienes fué excluyendo de las principales cosas de su herencia que tuvo presentes al testar.

No olvidemos aquella afirmación de Gregorio López (189): «Hay mucha distancia entre los instituidos en cosa cierta sin prevención alguna y el que lo es con la prevención de no percibir lo restante: en el primer caso se presume que el testador ha querido

(187) Loc. últ. cit.

(188) Así aprecia el jesuita LUIS DE MOLINA (op. y vol. cit., Disp. CLV, número 26, pág. 600), indicando que la ley «Si quis ita» se apoyaba en la idea de que estaba en el ánimo del testador disponer por separado de aquella cosa que se reservaba, lo cual no hizo por olvido o por sorprenderle la muerte.

(189) Glosa a las palabras «todos los bienes», 3.ª de la ley 14, tit. III, 6.ª Partida.

lo mismo que la ley, es decir, que el heredero recibiese la totalidad de los bienes...; en el segundo... debe, no obstante, restituir el residuo a la persona a cuyo favor la prohibición se hizo.»

Por lo demás, el criterio del Código civil, literalmente entendido, puede resultar absurdo en los siguientes supuestos, que si bien teóricamente parecerán excepcionales, en cambio, prácticamente son de seguro los más corrientes, tratándose de instituciones en cosa cierta:

α) El testador instituye heredero a X, instituyéndole en su casa, muebles, ropa, ajuar, en los títulos valores de su propiedad y en sus dos fincas rústicas. Todo ello compone su caudal, con la excepción de la cantidad que acredita en cuenta corriente contra un Banco de la localidad, y que a su fallecimiento arrojaba un saldo activo de mil pesetas, aproximadamente, cantidad que pudo ser menor que las deudas dejadas por el mismo testador.

Pues bien, conforme al criterio *literal* del Código civil, aquel instituido no será sino un legatario de cada una de aquellas cosas ciertas que se le asignaron, y será heredero aquel a quien abintestato le corresponda. Este, sin perjuicio de percibir solamente ese pequeño saldo, deberá ser quien entregue los legados y responda personalmente a los acreedores del causante en forma ilimitada si no tiene la precaución de aceptar a beneficio de inventario o negligencia alguno de sus requisitos.

β) Otro testador distribuye todos sus bienes en instituciones de cosas ciertas. Deja a A. su fábrica, a B. sus fincas rústicas, a C. las urbanas, a D. las cuentas corrientes y valores, a E. su mobiliario, ropa, ajuar y metálico y a F. en su perro de caza. Todos los legatarios aceptan sus legados, excepto F. Entonces, conforme al artículo 764 y 912, esa parte que queda sin disponer corresponde a los herederos abintestato, que, por tanto resultan ser herederos universales, representantes del causante, continuadores de su personalidad, encargados de cumplir su voluntad y de la entrega de los legados, responsables de sus deudas y adquirentes, ¡sólo por rebote!, de un perro en proindiviso. Aquella repudiación del can elimina totalmente el juego del art. 891, hace surgir unos herederos universales insospechados y tal vez rechazados por el testador. El repudiado perro deja de ser cosa cierta para transformarse en el portillo por el que llegan los herederos abintestato con todas las consecuencias que de ello se deriven, tal como expresan Sánchez Román y Valverde (190).

d) *Corrección de esos resultados, dando al art. 768 un sentido interpretativo o presuntivo de la voluntad de causante, y no un valor rigurosamente imperativo.*

Esos dos resultados absurdos, a que hemos llegado al interpretar, en sentido rigurosamente imperativo, el art. 768 del Código civil, nos indican la inaceptabilidad de esa solución rígida.

(190) Ver notas 90, 91 y 92.

Pero, ¿cabe dar un sentido menos rígido al precepto del artículo 768? No han faltado autores que así lo han entendido.

Manresa (191), después de transcribir los arts. 767 a 771, inclusive, señaló que las reglas de los mismos «constituyen otras tantas reglas de interpretación de las disposiciones testamentarias en cuanto a la institución de herederos». Todas esas reglas se inspiran—añade—, en primer término, en el respeto a la voluntad del testador, base principal de toda recta interpretación de los testamentos y que la ley procura siempre amparar... «estableciendo, de acuerdo con la Ley 5.^a, tit. 33 de la Partida 7.^a, que sus palabras (las del testador) debían ser entendidas lisa y llanamente como suenan, a no probarse que la intención fué otra; debiendo asimismo interpretarse ésta mediante la comparación de unas y otras cláusulas del testamento, para fijar su verdadera inteligencia de modo que no se alterasen los verdaderos propósitos del causante».

Scaevola (192) plantea que la distinción de heredero y legatario, tan sencilla en teoría, puede resultar difícil de apreciar en la práctica «merced a las diversidades de pensamiento y expresión» o porque «se complican los caracteres de la designación, por no emplearse fórmulas precisas, o ser contrarias éstas a otras que se usaron en el testamento». E indica que «si no cabe ninguna duda de que nombrando el testador a alguien para que reciba una cosa cierta y determinada, individual, expresa, independiente de las demás, como, por ejemplo, una casa, por tal disposición se le nombre legatario; y que, cuando le instituye en todos los bienes, acciones y derechos, le designa heredero, cabe dudar de ciertos modos de expresarse en que la institución no es por extremo amplia ni por extremo limitada, y en que la voluntad del testador se puede interpretar de ambas maneras». Resolviendo que, cuando resulte que «el testador tuvo el propósito de que le sirviera de continuador, especialmente en lo moral, una persona es heredera, aunque se le designara sólo para recibir una pequeña parte. No se resuelve el problema con llamar a la herencia universalidad, puesto que se puede recibir todos los bienes y derechos sin dejar de ser legatario; y se puede ser heredero y recibir una pequeña parte». «Con la regla del art. 768—prosigue—no se despeja la cuestión sino de una manera incompleta; más que una regla es un auxilio, un dato.» «Yendo hasta la interpretación del testador...—concluye—sabiendo si el testador consideraba a esta persona, *al llamarle a la herencia de una u otra manera*, como la más encadenada a él, como la más apta para disfrutar los beneficios y afrontar las responsabilidades de su representación después de muerto, es como podrá formarse juicios prácticos y dar a la jus-

(191) Op. cit., t. VI (6.^a ed. Madrid, 1932), págs. 98 y ss. Notemos que en esa 6.^a ed., al ser corregida y aumentada, se añadieron las ideas totalmente objetivistas importadas por FERRARA (ver el apartado tercero de la pág. 100).

(192) Op. cit. (5.^a ed. Madrid, 1943), págs. 505 y ss.

ticia su tributo, cuando las dificultades vayan a pasar a manos de los Tribunales.»

Más decidido, nuestro compañero y amigo Roan (193) afirma concretamente su creencia de que «el artículo 768 del Código civil funciona tan sólo como presunción de voluntad; por eso, aun a pesar de ser instituido en cosa cierta y determinada, si está claro que el testador ha querido hacer una institución y no un legado, será heredero y no legatario. El art. 768 no es *ius cogens*» (194).

Después, también Ortega Pardo (195) ha entendido que el artículo 768 «es una norma interpretativa complementaria del artículo 668, párrafo segundo».

Y, recientemente, nuestro amigo y maestro Roca Sastre (196) entiende que, no obstante el texto del art. 768, «como el causante designa heredero a la persona favorecida, si hay base para interpretar que la indicación de la cosa cierta y determinada responde sólo al designio de destacar uno de los bienes de la herencia y que es voluntad del mismo que aquella persona recoja además el resto de la misma, entonces esta persona tendrá la consideración de heredero y no la de legatario. Esto resultó claro en el caso resuelto por la Sentencia de 7 de junio de 1899, en el que el testa-

(193) *Texto refundido de la Ley Hipotecaria de 8 de febrero de 1940* (trabajo en el que brilla la enorme erudición de su autor), en *Rev. Dr. Priv.*, tomo XXX, ver pág. 644 y s., así como la nota 50 de la pág. primeramente citada en el número 354 (septiembre 1946). En apoyo de su tesis, cita las Sentencias de 6 junio 1899, 8 julio 1904 y 15 enero 1918, si bien reconoce que resuelven «no muy concretamente».

(194) Añadiendo este ejemplo: «Piénsese en el supuesto de tres legatarios de tercio y un heredero instituido en la cosa de más o menos valor. La calidad de heredero en nuestro Derecho sigue teniendo mucha de la consideración personal que otrora tuvo. Es un *titulo*, dijo BONFANTE, o un *status*, como recientemente señaló CARNELUTTI».

(195) *Heredero testamentario* y..., loc. cit., pág. 330. Su conclusión es que: «El artículo 768 debe interpretarse junto al 668 y al 660, y los tres deben quedar sometidos a otras disposiciones del Código, en las que, excepcionalmente, el criterio distintivo del artículo 660 falla». Deduciendo, como colorario, que una persona es heredero a pesar de recibir bienes determinados, tan sólo en dos casos: «cuando el testador, de acuerdo con lo que el Código permite, deje a un heredero bienes determinados (artículo 1.050), o cuando la propia Ley atribuya la cualidad de heredero a personas que pueden no suceder en todo el patrimonio o en una parte alicuota del mismo (heredero forzoso)».

Estamos de acuerdo respecto a la primera excepción, pero rechazamos totalmente la segunda. Las razones ya las vimos en la primera parte de este trabajo. El Código acepta un determinado concepto de heredero: el derecho-habiente que no se acomode a él no será tal heredero. Llámese luego el Código como le llame, por expresarse con la antigua terminología que en su evolución ha desbordado. Con el cambio operado en el art. 815, hoy el legatario puede no ser heredero. Y no lo es, cuando no suceda (solo o con sus coherederos) en las relaciones jurídicas del causante y esencialmente en las pasivas—las activas puede el testador individualizarlas previamente—. El nombre no hace a la cosa. Y, como en aquel chiste de «La Codorniz», podría decirse al Código: «Me llamo Juan, pero puede usted llamarme Pepe».

(196) Notas de adaptación al *Derecho de Sucesiones*, de KIPP, vol. I.^o del tomo V del *Tratado de Derecho civil*, por ENNECERUS, KIPP y WOLF (Barcelona, 1951), § 44, I. 1.^o, pág. 264.

dor institúa heredero en una casa y le atribuía el remanente que de la herencia quedare. En estos supuestos, la indicación de cosas determinadas de la herencia y su atribución respectiva a los varios herederos designados, puede implicar una asignación de dichas cosas a cada respectivo lote, o sea que entrañe una regla particional establecida por el causante (Cf. S. de 21 marzo 1910 y Res. de 26 de diciembre 1942). De entenderse que el testador quiso que los designados fuesen efectivamente herederos, pero no que la cosa cierta atribuida lo fuese como asignación a su lote respectivo, entonces surgirá un prelegado, debiéndose llegar a la misma conclusión expuesta, aunque el favorecido fuese heredero único. Es problema de interpretación, que dependerá de las circunstancias del caso si la expresión del testador (tanto más posible en el testamento ológrafo y en el cerrado) al instituir heredero a una o varias personas asignándoles sólo cosas determinadas, envuelve verdadera institución de heredero universal, sobre todo teniendo en cuenta que la noción de universalidad o síntesis hereditaria es de orden técnico y que más bien es concepción vulgar el creer necesaria la indicación testamentaria de los bienes relictos más cuantiosos o relevantes. Cf. S. de 5 julio 1893 y de 18 octubre 1917.»

Efectivamente, la voluntad del testador es ley en la sucesión. Si el «nomen» no es decisivo sobre la intención, tampoco lo son los términos con que se expresa la asignación. La palabra «heredero» no es sacramental en la institución, ni positivamente (artículo 678) ni negativamente (art. 660). Pero tampoco lo es la expresión de una cuota, alicuota o no (el residuo es siempre cuota y normalmente no será parte alicuota), de bienes o de herencia (S. 16-X-40). No se exige al testador el empleo técnico de las palabras heredero y legatario, ni tampoco se le obliga a que distinga entre llamar a los bienes y llamar a la herencia. El elemento *nominal*, cuyo valor no puede menospreciarse, no es decisivo ni en la designación ni en la asignación. Sobre él se halla la voluntad real del testador, para cuyo conocimiento hay que atender tanto a uno como a otro dato, según el contenido del testamento en el conjunto de sus cláusulas.

Un límite tiene esa labor interpretativa. Lo expresa el apartado 2.º del párrafo 1.º del art. 675: «En caso de duda se observará lo que aparezca más conforme a la intención del testador, según el tenor del mismo testamento.» La Sentencia de 8 de julio de 1940 explica así ese límite que supone el contenido testamentario: «si bien no hay obstáculo legal que impida al juzgador acudir, para la interpretación del contenido de las disposiciones testamentarias, a circunstancias anteriores al testamento (los llamados medios de prueba extrínsecos), es menester, por razón sobre todo del carácter de acto formal o solemne que tiene el testamento y que aparece consagrado en el art. 687, que el sentido averiguado y desenvuelto por la interpretación tenga una expresión, cuando menos incompleta, en el documento y puede así la decla-

ración formal ser configurada, por sí sola, como una declaración del contenido de la voluntad del testador».

El límite impone, naturalmente, dentro del texto del testamento, la ponderación entre las palabras del llamamiento y las de la atribución. Así como la confrontación de la síntesis de unas y otras con las palabras utilizadas en el llamamiento y en la atribución relativas a los demás designados en el testamento.

Al efecto, podemos señalar un supuesto del Derecho romano donde, pese a prevalecer, individual o aisladamente contrapuestos, el *nomen* sobre la *asignatio*, la comparación entre el *nomen* y la *asignatio* de uno de los instituidos con el *nomen* y la *asignatio* de los demás, podía hacer que la *asignatio* distinta de unos u otros fuese decisiva, pese al *nomen* igual, para determinar la naturaleza de cada llamamiento. Así se hizo prevalecer la *asignatio* sobre el *nomen*, en alguno de los llamados, cuando sólo su *asignatio* discrepase del *nomen* mientras la de los demás estuviese de acuerdo con el *nomen* común. Es el supuesto de la ley *Quoties certi quidem*, en caso de institución conjunta de herederos *in re certa* con otros *cum parte vel sine parte*.

Ese criterio de la ley «*Quoties certi quidem*», una vez derogado el principio de la incompatibilidad de las sucesiones testada e intestada, fué extendido en el art. 628 del Proyecto del Código de 1851 a los supuestos de coexistencia de un heredero testamentariamente instituido en cosa cierta con otros llamados abintestato individual o conjuntamente al todo. Esa explicación nos da García Goyena (197), al comentarlo, después de exponer el criterio de la ley *Quoties* y de la ley 14, Tít. III, de la Sexta Partida. «Entre nosotros—dice—por lo dispuesto en el artículo anterior (que, cuando la institución testamentaria no agota todo el caudal relicto, llama al remanente no dispuesto a los herederos abintestato), el instituido en cosa cierta será siempre legatario, haya o no otros herederos testamentarios.»

La misma explicación hay que dar del art. 768 del vigente Código civil, fiel trasunto del citado art. 620 del Proyecto de 1851.

Por eso aquí, en éste como en aquél, ante las explicaciones de García Goyena, cabe preguntar:

¿Quid si la institución o instituciones en cosa cierta agotan el caudal? ¿Quid si, no agotándolo, el remanente se reduce a una o varias cosas ciertas, tal vez de escasísimo valor, que, por eso mismo, el testador olvidó disponer? ¿Quid si, cuando el llamamiento de la cosa cierta no agote el caudal, tampoco puedan entrar los herederos abintestato, por consumir totalmente el remanente las disposiciones hechas por el testador a título singular? ¿Quid si distribuída toda la herencia en instituciones en cosa cierta queda vacante una de ellas por falta de aceptación, capacidad o premortuencia, sin sustitución, de alguno de los llamados?

Todos esos supuestos creemos que escapan a la *ratio* del artículo 768 C. c., así como se hallaban fuera de la órbita del art. 628 del Proyecto de 1851, que—como se ha explicado—presupuso la coexistencia de uno o varios herederos universales testamentarios o abintestato. Mientras, en los casos anteriormente expuestos no caben ni unos ni otros, o bien, de entrar los sucesores abintestato sólo es para percibir una o varias cosas ciertas, vacantes u olvidadas.

Contestando una a una las preguntas que tenemos formuladas, creemos lo siguiente:

1.º Los instituidos herederos en cosa cierta, cuando los llamamientos de esa clase agoten el caudal, deben entenderse herederos universales, instituidos en proporción al valor de los bienes que respectivamente se les hayan asignado, y entre los cuales el testador, usando de la facultad conferida en el art. 1.056, párrafo 1, distribuyó los bienes en el mismo testamento.

Nos confirma esa interpretación el estudio que anteriormente hicimos del art. 891 C. c. Allí deducimos de su propio texto que, en caso de distribución de la herencia en legados, todos los asignatarios respondían personalmente, y no meramente «cum v.ribus», de las deudas del causante; nos inclinamos, con Sánchez Román, a entender que en sus relaciones con los acreedores de la herencia, les era aplicable el art. 1.084 del Código civil, es decir, que los legatarios, cuyas asignaciones en total agotaban la herencia, respondían solidariamente del pasivo herencial. Incluso dudamos de la aplicación del párrafo 2.º del art. 858 del Código, por estimar petición de principio la consideración como verdaderos legatarios a los llamados con esa denominación que recibían, en asignaciones individualizadas, todo el haber hereditario equivalente a la suma de aquéllas. Aquí la petición de principio sería aún mayor, puesto que el testador llamó *herederos* a los asignatarios. Tanto más cuanto que la distribución de la herencia en legados, «estricto sensus», debe considerarse como una anomalía, como lo es, lógicamente, una sucesión sin sucesor. Especialmente, atendiendo a que, si el testador no designó comisario, contador o albaceas, al efecto, falta el órgano encargado del cumplimiento de los legados, ya que ni el Código civil ni la Ley de Enjuiciamiento civil prevén la entrega por el «*officium iudicis*» a que aludían nuestros clásicos, y del que prescinde claramente la Resolución de 30 de diciembre de 1916.

Hay, pues, entre los artículos 768 y 981 una especie de reenvío. Aquél nos dice que el heredero instituido en cosa cierta es legatario; el segundo aclara que, si tales llamamientos agotan el haber hereditario, los llamados responden personal y directamente de las deudas de la herencia, como verdaderos herederos, con responsabilidad limitada o ilimitada—extremo dudoso, pero no esencial para la determinación de la naturaleza del llamamiento.

2.º Cuando, en semejante supuesto testamentario, quede va-

cante alguna o algunas de las cosas ciertas asignadas, sea por premorencia sin sustitutos, incapacidad o repudiación de los llamados herederos, entendemos que quienes abintestato reciban aquellas cosas ciertas debe entenderse que ocupan igual posición jurídica que quienes fueron testamentariamente llamados a ellas.

Ha dicho Roca Sastre (198): «Aunque el art. 768 se refiere sólo al heredero testamentario, no creemos que pueda tenerse la posibilidad de un heredero intestado en cosa cierta, y, por tanto, en el caso que se examina, el heredero o herederos intestados deberán considerarse legatarios de dicha cosa exceptuada...»

Aquí se refiere Roca al supuesto de institución de heredero *excepta re certa*, en cuya hipótesis el heredero abintestato, que respectivamente sólo tiene asignada una cosa cierta, concurre con un *heres ex asse* testamentariamente llamado. Pero en el supuesto examinado por nosotros la concurrencia es exclusivamente de *heres ex re certa* testamentarios y abintestato. Hipótesis sustancialmente igual a la que antes habíamos examinado. Tanto más idéntica cuanto que el testador designó a cada uno de los llamados por él como herederos en cosa cierta, concurrentes con otros herederos también instituidos *ex re certa*. No aceptada la solución que propugnamos se mutaría la previsión del testador por un hecho ajeno a su voluntad, quedando los herederos por él instituidos en una situación jurídica diferente a la que quiso señalarles.

3.º Si el testador pensó agotar el caudal con llamamientos en cosa cierta a título de heredero, pero olvidó algún bien, seguramente por su poco valor, o lo adquirió posteriormente, entendemos que debe aplicarse la misma doctrina, atendiendo a la voluntad del testador, conforme al razonamiento que acabamos de exponer.

4.º Instituidos uno o varios herederos en cosa cierta y distribuido el remanente en legados, sean de cosa específica o parciales, creemos que resulta evidente la voluntad del testador de que aquéllos sean herederos. La disparidad de los *títulos* expresados puede ser decisiva aquí, como lo fué en la ley *Quoties* la disparidad de *assignatio* en caso de identidad de *nomen*. Esa voluntad expresa no choca aquí con los supuestos que quiso prevenir, según vimos el art. 768: concurrencia de heredero o herederos instituidos en cosa cierta con otros llamados sin asignación de cosa, por el testador o por la ley. Aquí, el *heres ex re certa* concurre con meros legatarios. El rango distinto de los títulos hace que el heredero llamado sea el encargado de cumplir todos los legados y suceda al causante en las relaciones pasivas, igual como ocurre al que abintestato deba cumplir las mandas cuando el testador sólo disponga algunos legados sin pretender agotar su haber.

Si son varios los llamados herederos en cosa cierta concurrente con legatarios, aquéllos deberán entenderse instituidos a prorrata del valor de sus respectivas asignaciones entre sí (es decir,

si una cosa vale seis y otra cinco, en proporción de seis y cinco con un denominador común de once), no con relación al haber (es decir, si la herencia, comprendidos los legados, vale veinte, no debe hacerse el cálculo en proporción de $5/20$ y $6/20$, respectivamente, sino, como hemos dicho, de $5/11$ y $6/11$). La razón de esto estriba en que, en nuestro Derecho, cuando sólo se han instituido herederos en cosa cierta, no responden éstos de las cargas y deudas por partes iguales, como ocurría en el Derecho romano, sino a prorrata de sus asignaciones, como, por aplicación analógica, resulta del art. 891 C. c.

5.º En fin, cuando el testador hizo varias instituciones en cosa cierta y dejó el remanente a uno de los instituidos, pueden darse varios supuestos, según los términos en que se dejó ese remanente y la importancia que se le dió y que efectivamente tenía ese residuo. Si se asignó como mera previsión, para evitar que de resultar remanente se llegase al abintestato, creemos que no se varía el supuesto de total distribución de la herencia en instituciones de herederos *ex re certa*.

En resumen: trátase de problemas a resolver en cada caso concreto. Como datos juegan: los nombres—técnicos o vulgares—dados para expresar el llamamiento y la asignación; el cotejo de los referidos nombres en cada llamamiento; el contenido de las asignaciones y el correspondiente de lo que reste sin asignar.

E) *Atribución de la legítima por medio de instituciones ex re certa.*

Es sabido que Justiniano, en el cap. III de su Novela CXV, ordenó que la legítima, que hasta entonces pudo dejarse por cualquier título, debía asignarse a título de herencia. No bastaba, por lo tanto, la atribución de bienes suficientes por medio de donaciones, legados, fideicomisos o por cualquier otro modo. Pero en el cap. V de la misma Novela se admite: «Caeterum si quis heredes fuerint nominati, *etiam si certis rebus iussi fuerint esse contenti*, in hoc testamentum quidem nullatenus solvi praecipimus, quiddid autem minus eis legitima portione relictum est, hoc secundum nostras alias leges ab heredibus impleri». Explicando: «Sola enim est nostrae serenitatis intentio, a parentibus et liberis iniuriam praeritionis et exheredationes auferre».

Es decir, bastaba instituir a los legitimarios *ex certis rebus*. Sin que fuese obstáculo el hecho de que, años antes, en la ley *Quoties certi quidem*, el propio Emperador consideró a los instituidos en cosa cierta como meros legatarios si concurrían con otros herederos regularmente instituidos (199).

(199) DIONISIO GODOFREDO (op. y vol. cit., pág. 601, gl. 52), glosando el indicado capítulo lo recordó: «Institutus alias in re certa pro legatario habetur. l. 13 Cod. de haered. instituend.».

Aventurada nos parece la afirmación de ORTEGA PARDO (*Naturaleza jurídica del llamado legado ex lugar de la legítima*, Madrid, 1945, págs. 48 y s.), a

Como dijo Vinnio (200). «Si institutus quidem sit filius, sed aut in re certa ad iuncto ei cohaerede simpliciter scripto vel ex parte assis, aut certis rebus contentus esse iussus sit, quo casu legatarii loco habetur, ut neque actiones haereditarias exercere, neque a creditoribus haereditariis conveniri queat».

Esa opinión que sostenía la posibilidad de dejar la legítima mediante instituciones en cosa cierta, también predominó entre los juristas clásicos castellanos, lo mismo que entre los demás autores de Derecho común.

Al hijo instituido en cosa cierta se le entendía nombrado heredero a efectos de no considerarlo preterido (201), pero sin perjuicio de aplicarle la común doctrina de los instituidos en cosa cierta, según la cual de hecho podría ser: verdadero heredero, si no concurría con otros instituidos regularmente, o legatario, en caso contrario, a pesar de conservar el honor del *nomen* (202).

Covarrubias (203) explica las razones por las cuales es válido dejar la legítima mediante instituciones en *cosa cierta* (204): «institutus in re certe haereditis nomen et comodum habet, quoad

comentar esa disposición del cap. V, Nov. CXV. Con olvido de toda la doctrina del Derecho intermedio, pretende que en el inciso «etiam si certis rebus iussi fuerint esse contenti» no hay sino una simple determinación, hecha por el testador, de los bienes en que ha de concretarse la cuota del legitimario. Es equivocado—por olvido de la ley *Quoties certi quidem*—su dictamen de que no se trata de un legado. Es inoportuna la cita que hace de Cicerón, pues si bien en Derecho romano es heredero aquel a quien el testador designa con tal nombre, no es menos exacto que el supuesto de esa misma ley *Quoties certi quidem* determina una evidente excepción de esa regla.

(200) *Selectarum Iuris Quaestionum*, Lugduni, 1744, l. I, cap. XXIII, página 38.

(201) Así lo expresa GODOFREDO (op. y vol., cit., inciso final de su glosa a la ley *Quoties certi quidem*, núm. 4, pág. 267), recogiendo la opinión de GRACIANO.

GREGORIO LÓPEZ (gl. a las palabras «como a herederos», 8.ª de la Ley 5, tit. VIII, 6.ª P.), siguiendo a BALDO, extiende esta solución al caso de expresar el testador con palabras vulgares «dejo tal cosa» a favor de un hijo, añadiendo ser su voluntad que valga el testamento del mejor modo y forma que valer pueda. Porque las palabras deben tomarse atendiendo las circunstancias y cualidades de la persona que habla.

AYLLÓN LÁINEZ (op. cit., I-X, núm. 23, inciso 2.º, pág. 70) cita las opiniones de GRACIANO, PEDRO GREGORIO y CUYACIO, expresivas de que el hijo instituido en cosa cierta no pudo interponer la *querrela*, sino sólo, en su caso, la *actio ad supplementum*.

(202) Claramente expresa el tercer inciso del cap. V de la Nov. CXV la razón por la que exigió que se dejase la legítima a título de herencia aun permitiendo que se concretase «ex re certa»: El honor del *nomen*, «a parentibus et liberis iniuriarum praeteritionis et exharedationem auferre».

(203) Op. cit., vol. I, cap. Raynuitius, § 1.º De haered., núm. 14, pág. 67.

(204) Ver VÁZQUEZ DE MENCHACA (op. cit., núm. 245, fol. 224) y MATIENZO (op. cit., ley 1.ª, tit. IV, lib. V., gl. 10, núm. 57, fol. 81), que afirman que no puede asignarse la legítima en cosa cierta *salvo a título de institución*.

ius accrescendi: haeredi etenim universali repudiante, toto hereditas accrescit huic in re certa instituto» (205).

Resumiendo: el legitimario instituido en cosa cierta, concurrendo con otros herederos llamados *ex asse*, tenía el honor de heredero y la posición de hecho de legatario con las particularidades siguientes:

1.^a Gozaba del acrecimiento propio de la universalidad del título de heredero. Más exactamente, se transformaba en heredero universal en caso de que ninguno de los regularmente instituidos llegase a adir.

2.^a Aun no siendo prácticamente más que legatario, podía ocupar la cosa legada por propia autoridad y gozaba de la especial protección posesoria del heredero, como cualquier otro instituido en cosa cierta.

Por lo demás, como legatario, no debía responder personalmente por las deudas del causante (206).

Hoy, con mayor razón, es válida la institución de un legitimario como heredero en cosa cierta. El art. 815 permite dejar la legítima por cualquier título, por tanto, ningún obstáculo supondrá, al efecto, el hecho de que, conforme al art. 768, se deba considerar al así llamado como mero legatario.

La ventaja del acrecimiento por virtud de la universalidad del título ha desaparecido, lo mismo para los instituidos en cosa cierta como para los llamados disyuntivamente a cuotas hereditarias (207). Pero, nos parece indudable que subsisten, a favor de aquéllos, las ventajas derivadas del hecho de poder ocupar por propia autoridad la cosa asignada, de adquirir *ipso iure* la posesión civilísima, otorgada en el art. 440 C. c., y de gozar de la misma protección posesoria que el heredero. Ventajas que, como expusimos, subsisten, a juicio nuestro, a favor de cualquier instituido en cosa cierta, aun no siendo legitimario.

(205) El doctor LUIS DE MOLINA (op. cit., L. II, cap. XIV, núm. 19, página 406) explica igualmente que la legítima se debe a título de heredero por dos razones: «Prima, propter honorem ejusdem tituli... Secunda, propter emolumentum ius accrescendi.» También ANTONIO GÓMEZ (*Variae...*, LXI, núm. 1. b, página 134) dice que la legítima «debet relinquí titulus institutionis, propter honorem tituli et propter commodum juris accrescendi».

(206) Ver VINNIO (loc. cit., pág. 39): «Caeterum quod attinet ad ea onera, quae ex ipso jure haereditariae portionis emergunt, ea haud dubie etiam ad portionem legitimam pertinent quando ea optinetur titulo institutionis... quamvis secus sit, cum et obvenit ut pars bonorum; quod evenit, ... aut si institutus quidem sit filius, sed in re certa adjecto cohaerede indefinite, aut ex parte haereditate scripto.»

(207) Consecuencia de los arts. 764, 912, núm. 2.^o y «sensu contrario» de los arts. 982 y 985. Es una consecuencia de haberse abolido la incompatibilidad entre las sucesiones testadas e intestada. Insistiremos más adelante sobre las consecuencias de la desaparición de esta fuerza expansiva del título de heredero.

§ 3.º.- LA INDIVIDUALIZACIÓN DE LA LEGÍTIMA EN LA PARTICIÓN HECHA POR EL TESTADOR.--EXAMEN DEL PÁRRAFO SEGUNDO DEL ARTÍCULO 1.056 DEL CÓDIGO CIVIL.

A) *Consecuencias de la división hecha por el testador según el Derecho romano.*

Observemos previamente que sólo nos interesan dos aspectos de la partición hecha por el testador (208):

1.º El relativo a su posible contradicción con el acto dispositivo. Es decir, si cabe pedir la rescisión, o por lo menos debe mediar abono de diferencias en metálico, en caso de que no se correspondan el valor de la asignación concreta con el de la cuota atribuida en el acto dispositivo testamentario.

2.º Y, principalmente, las consecuencias que dicha partición pueda tener en las relaciones de cada uno de los herederos con los acreedores del causante.

Varios textos del Digesto, una Constitución de Diocleciano y Maximino (Codex X-XXXVI, 21) y dos Novelas de Justiniano (nov. XVIII, cap. IV y nov. CVIII, cap. III) aluden a la partición hecha por el padre entre los hijos. Con mayor amplitud el Emperador Gordiano, en Constitución recogida en el Código (III-XXXVI, 10), habla de la partición hecha por el testador.

Para dar a todos esos textos su exacto valor, debemos tener en cuenta que el causante dispuso en Roma de diversos expedientes para distribuir sus bienes entre los herederos mediante asignaciones concretas:

a) Simplemente mediante la disposición de prelegados o, incluso, sin haber testado, a través de legados hechos en codicilos a favor de sus presuntos herederos abintestato (209).

b) Distribuyendo totalmente la herencia en instituciones *ex re certa*, que, como vimos, acabó por significar, en Derecho justinianeo, la atribución de sendos prelegados a cada uno de los nombrados, que se suponían instituidos herederos por partes iguales.

c) A través de la *praeceptio*, forma evolutiva que bifurcán-

(208) Otros aspectos de la partición hecha por el testador han sido estudiados por MARÍN LÁZARO (*La partición de la herencia hecha por actos inter vivos*, en Rev. Gral. de Leg. y Jur., T. 176, 2.º semestre de 1944, págs. 209 y ss.), ROCA SASTRE (*Estudios de Derecho privado*, T. II «Sucesiones», Madrid, 1948, págs. 369 y ss.) y ALBALADEJO GARCÍA (*Dos aspectos de la partición hecha por el testador*, en ANUARIO DE DERECHO CIVIL, I-III, págs. 924 y ss.). Un magnífico examen de conjunto de esta figura hace en sus considerandos la magistral Sentencia de 6 de marzo de 1945, de la que fué ponente don José Castán (Véase, con su comentario por BONET RAMÓN, en la Rev. Dr. Priv., T. XXIX, julio-agosto 1945, págs. 446 y ss.).

(209) Ver el frag. 30, § 1.º (Dig. X-II), de que luego nos ocuparemos.

dose en su decurso pudo desembocar en la anterior figura o en la partición justiniana *parentem inter liberos*. Como ha dicho Biondi (210), la *praeceptio* aparece como una detracción la masa hereditaria que el causante autoriza a un coheredero con carácter previo al acto propiamente dicho de la división. Esa *praeceptio* podía ser dispuesta: como anteparte, de modo que el coheredero obtuviese la cosa asignada además de lo que le correspondere en la partición; o bien dentro de los límites de la cuota, de modo que el coheredero debiese imputar a su participación aquella cosa previamente detraída.

Más tarde la *praeceptio* ya no autoriza esa previa detracción. Pero se hace valer en la acción divisoria, vinculando su cumplimiento tanto en la división judicial como en la verificada extrajudicialmente.

Fué aplicable a cualquier heredero, aún extraño. Pero debía ser dispuesta en testamento, pues de lo contrario se convertía en donación.

d) Mediante donaciones intervivos—imposibles entre *pater* y *filius in potestate*—o *mortis causa* (211), que podían agotar el caudal.

e) Finalmente por la *divisio inter liberos* propiamente dicha, que Justiniano favorece en las citadas Novelas XVIII y CVII, dotándola de formas especialmente simples (212).

Esa diversidad de medios de que dispuso cualquier causante, no todos calificables con rigor técnico de actos particionales, debe ser tenida muy en cuenta al interpretar alguno de los textos del *Copur Iuris* que suelen citarse al examinar los efectos de la distribución hecha por el testador (213).

(210) Op. cit., núm. 86, págs. 221 y ss.

(211) BIONDI (pág. 222, nota 1, cree ver donaciones *mortis causa* y no división testamentaria en aquella Constitución de Constantino (c. 2, C. Th. 2, 24; año 327), recordada y perfeccionada en la Constitución de Justiniano del año 531 (Codex II-III, 30, en la salvedad del vers. «Secundum veteres» y en el vers. «Tunc etenim»), relativa a un pacto sucesorio en el que intervenía la voluntad del disponente.

(212) El cap. VII de la Nov. XVIII, observando que «frecuentemente algunos, que son padres de muchos hijos, juzgando luego dividir inmediatamente sus bienes, para preservarlos de disputas entre hermanos, los llevan a contiendas mayores y muy graves»—por falta de claridad, de suscripción, o por interlineados de otra mano, etc.—, ordenó que «si alguien quisiere dividir sus bienes entre sus hijos, o aun quizá dejarles determinadamente algunos, indique especialmente éstos, si es posible, en el testamento»; y si así no fuere posible, sea lícito «hacer la división de los bienes que haya querido que se repartan, o suscribirlas todas él mismo, o procurar que las suscriban todos sus hijos, entre los que dividiere los bienes, y darle con esto fe indudable a la cosa, siendo válido y firme, sin necesitar otra garantía, lo que se hace en esta forma».

Confirma esta doctrina el cap. III de la Nov. CVII, que admite estas dos citadas formas en las divisiones hechas por el padre: las suscritas por los hijos y las suscritas por el propio padre, que todo lo hubiere dejado claro mediante su firma.

(213) No lo tiene en cuenta MUCIUS SCAEVOLE (op. cit., T. XVIII, Madrid, 1901, págs. 262 y s.).

1.ª La cuestión planteada por la falta de concordancia entre la disposición hereditaria y la atribución particional hecha por el propio causante, parece aludida en los siguientes textos:

Dig. XXXIV-IV, 23: Estudia este supuesto: Un padre, habiendo dividido sus bienes entre los hijos, quiso que la hija recibiese trescientos áureos por cuenta de las utilidades del cargo de primpilo, y después compró una posesión con dinero procedente de dichas utilidades. Papiniano resuelve: «*Quum autem inter filios diviso patrimonio res indivisas ad omnes coheredes pertinere voluisset, ita possessionem ex commodis comparatam dividi placuit, ut in eam superflui pretii filia portionem hereditariam accipiat; hoc enim eveniret in bonis pecunia relicta*». El valor que este texto tiene para nuestro objeto radica en demostrar que esa partición *inter liberos* no es más que una partición *mortis causa*, que, por tanto, no influye en el carácter de herederos de los asignatarios.

Dig. X-II, 39, § 1.º: Un causante falleció intestado, después de haber dividido en codicilos todos sus predios y su patrimonio entre sus hijos, de tal suerte que dejó mucho más al hijo que a la hija. Se preguntó si la hermana debía llevar al hermano su dote a colación. Paulo contesta negativamente: «*Respondi, secundum ea, quae proponerentur, si nihil indivisum reliquisset, rectius dici, ex voluntate defuncti collationem dotis cessare*». A primera vista, pudiera deducirse que este texto prejuzga que la partición (aquí desigual), aun no acomodándose a las cuotas hereditarias (iguales por haberse deferido abintestato la sucesión), se impone sobre la institución. Pero, en el presente supuesto, parece más verosímil entender que la división no se hace por medio de un mero acto particional de ejecución de la atribución hereditaria, sino a través de una serie de prelegados. Así parece indicarlo el hecho de haberse dispuesto en codicilos, faltando institución testamentaria de herederos. Ahí encontramos un paralelo de la diferencia que media, en nuestro régimen vigente, entre distribuir el caudal por el expediente del art. 891, o bien a tenor del párrafo 1.º del artículo 1.056.

Cod. III-XXXVI, 10: Este texto del Emperador Gordiano dice así: «*Siempre que el testador divida la sucesión entre todos los herederos, y mande que cada uno de ellos se contente con ciertas posesiones y con los esclavos que en las mismas se hallan establecidos es evidente que se ha de obedecer a su voluntad, quedando a salvo la autoridad de la ley Falcidia; y no hace variar, que en las siguientes palabras haya creído deber encomendar a los herederos todos sus esclavos, sin haber hecho ninguna distinción entre ellos, pues se considera ciertamente que se los recomendó a aquellos a quienes también en el testamento dispuso que se les habían de dejar*». También aquí la alusión a la Falcidia indica que, asimismo en este caso, la distribución se hizo, o la *praeceptio* se entendió hecha, a través de prelegados. Notemos

también que el texto no habla del padre, sino en términos más generales, del testador, amplitud extraña a la división *parentem inter liberos*.

En cambio, en Derecho justinianeo, especialmente por la Novela XLVIII, resulta más clara la inimpugnabilidad de la partición hecha por el causante, mientras no lesione las legítimas debidas.

El prefacio de esta Novela comienza con la siguiente afirmación: «Semper hanc unam habemus intentionem, dispositiones morientium esse firmas, nisi resultent legi, et aperte contrariae sit iis, quae illi placent». Continúa exponiendo que algunos herederos pretenden volverse contra la declaración por la que su causante manifiesta cuáles eran sus bienes y contra su afirmación de que «sólo éstos deja a sus herederos»; observando que, por resultar de las leyes ser en algún modo «una sola la persona del heredero y del que a él le transmite la herencia», el heredero que no quiere que sea válido lo que su causante le dejó y juró que era válido, obra de modo que se vuelve contra sus propias manifestaciones por lo que, en su cap. I, dispone que se considere «que los bienes son tantos cuantos el testador juró, y los únicos que quiso que tuviesen los herederos».

2.º Del problema de la responsabilidad por razón de las deudas del causante se ocupan estos otros fragmentos:

Dig. X-II, 20, § 3.º: Un padre dividió sin escritura sus bienes entre los hijos, y distribuyó las cargas de las deudas a proporción de las posesiones. Ulpiano, siguiendo a Papiniano, entiende que no se considera este acto simple donación, sino más bien división por última voluntad («non videri simplicem donationem, sed potius supremi iudice divisionem»), y en consecuencia que si los acreedores les demandasen según sus porciones hereditarias y uno rehusare pagar lo reclamado, «posse cum eo praescriptis verbis, agi, quasi certa lege permutatonem facerint, scilicet si omnes res divisae sint». Fragmento que hay que relacionar con el reconocimiento por la ley 23, Cod. III-XXXVI, de que con el pacto de división no se puede afectar la acción ejercitada por un acreedor contra cada uno de los herederos con arreglo a sus porciones hereditarias (pro hereditariis portionibus). La responsabilidad de los herederos por las deudas de la herencia (que en Derecho romano era mancomunada a prorrata de sus porciones hereditarias) no queda, por tanto, modificada por la división «inter liberos».

Dig. X-II, 39, § 5.º: «Un padre dividió sus bienes entre sus hijos y confirmó la división por testamento, y expresó que lo que cada uno debía o debiesen lo pagase él solo: después fué fiador el padre de uno de los hijos a quien se le prestó dinero, y con su consentimiento dió en prenda los predios que había señalado al hijo; muerto el padre, poseyó el hijo estos predios y pagó las usuras; pregunto si el acreedor vendiese los predios dados en

prenda, ¿le deberá dar alguna cosa su coheredero en el juicio de división de bienes, si el acreedor vendiera los predios dados en prenda?». La respuesta de Paulo es terminante: «Respondi, secundum ea, quae proponerentur, non esse praestandum». Pero esta negativa no contradice el criterio del fragmento 20, § 3.º, antes transcrito, pues hay otras razones que la justifican. En primer término, el padre dió en prenda los predios destinados al propio hijo deudor del dinero, en garantía de cuya devolución se hizo aquella pignoración. En segundo lugar, el texto se refiere a las relaciones entre los coherederos: es un heredero el que sufre la acción ejecutiva del acreedor, el heredero cuyos bienes ejecutó el acreedor pignoraticio, y se pregunta si tendrá acción de reembolso o deberá ser compensado por su coheredero. Tampoco limita el texto la facultad de los acreedores a reclamar sus créditos a todos los herederos a prorrata de sus porciones. Pues se trata de un acreedor pignoraticio, a la satisfacción de cuyo crédito han sido especialmente afectados determinados bienes de la herencia. Es un supuesto singular que ni siquiera exceptúa la regla general, por salirse fuera de su hipótesis.

B) *Textos y doctrinas en el Derecho histórico castellano.*

La ley 7, tít. I de la 6.ª Partida, ocupándose conjuntamente de dos instituciones distintas, el testamento *parentem inter liberos*, y la *divisio parentis inter liberos* determina su forma y los requisitos de su eficacia. De mayor interés, para nuestro objeto es el párrafo final de la ley 9 del tít. XV de la misma Partida: «Pero si el padre, o el testador, partiese él mismo la heredad en su vida entre los herederos a su finamiento, si después que él finasse, venciessen alguno dellos en juyzio alguna de las cosas que le vinieren en parte, entonces los otros herederos non serían tenudos de fazerle emienda ninguna» (214).

La ley 19 de Toro (ley 3, tít. VI, lib. X, Nov. Recop.), es también señalada como precedente del art. 1.056 (215): «El padre o la madre y abuelos, en vida o al tiempo de la muerte, *pueden señalar en cierta cosa o en parte de su hacienda* el tercio y quinto de mejora en que lo haya el fijo o fijos o nietos que ellos mejoraren; en tanto que no exceda el dicho tercio lo que montare o valiere la tercia parte de todos sus bienes en el tiempo de su muerte...»

(214) No obstante, ver la interpretación que ALBALADEJO hace de esta ley (loc. cit., pág. 945).

(215) GARCÍA GOYENA (*Concordancias...*, T. II, pág. 263), comentando el artículo 899 del Proyecto de 1851—antecedente del 1.056, 1.º—, señala esta ley de Toro entre los textos históricos castellanos en que se apoya dicho artículo del Proyecto.

Este precepto, aunque sólo se refiere a un acto parcial de partición, es de extraordinario interés, por la clara separación que establece entre la disposición de la cuota y la asignación de cosa cierta para su satisfacción.

Nuestros clásicos acabaron por precisar, con firmes trazos, la diferencia que media entre la disposición de una cosa y su asignación como concreción de la disposición de una cuota.

Así, Antonio Gómez (216) señaló dicha diferencia con extraordinaria exactitud técnica, atendiendo a si la cosa correspondía a la sustancia de la disposición y la cuota a su ejecución o viceversa. Es decir: «quando post dispositionem perfectam et consumatam res esset assignata solutioni et sic executioni actus»; y cuando ... «talis assignatio sit substantiae dispositionis, et per consequens non debet supleri ex aliis bonis». Distinción de gran importancia práctica, v. gr., porque sólo en el último de los dos supuestos indicados, según el mismo Gómez, «si talis res assignata pereat casu fortuito, non debet suppleri melioratio alij boni». Y, porque, sólo en el primer caso, si la cosa señalada excediese del valor de la cuota dispuesta, debería reducirse el valor de ésta, «quia mens et voluntas patris vel matris non fuit plusquam tertio meliorare, et actus agerium non operantur ultra eorum intentionem, et limitata causa limitatum parit effectum».

Sancho Llamas y Molina (217) señala todavía otra subdistinción en el supuesto de que la cosa cierta se encuentre en la disposición: la cosa cierta asignada con señalamiento de cuota. En tal caso, a su juicio, la cuota actúa como límite máximo de la disposición de la cosa, igual como en el caso de disposición de cuota con asignación de cosa. Pero sin que la cosa esté en la ejecución, sino precisamente en la sustancia de la disposición; por eso entiende que, en este caso, la cuota, pese a ser tope máximo, no actúa como límite mínimo.

Estas distinciones pueden tener hoy, aplicadas a la herencia en general, y no sólo a las mejoras, un interés e importancia superior a la que tuvieron en la ley 19 de Toro. En ésta, sólo podían significar: o bien, que la cosa se asignaba como atribución par-

(216) «Ad legem Tauri comentarius» (Antuerpiae, 1624), ley 17, núm. 14, página 127.

(217) *Comentario jurídico crítico literal de las 83 leyes de Toro* (3.ª ed., Madrid, 1853), vol. I, pág. 428, ley 23, núm. 11, donde dice: «Aunque la mejora de cosa cierta es distinta de la de cuota, sin embargo, se puede decir que cuando la de cosa cierta se hace con señalamiento de cuota hay casos en que el efecto participa de una y otra; tal es, por ejemplo, la mejora que se hace de cosa cierta con señalamiento de tercio o de cuarto por cuota, y la cosa señalada excede el valor de la cuota, que en tal caso la mejora será de cosa cierta para que en aquella cosa, y no en otra, se verifique la mejora, y será de cuota para que no sea válida en la parte que exceda de la cuota señalada, a diferencia de la mejora que se hace de cosa cierta sin señalamiento de cuota, la que debe valer aunque exceda del tercio y alcance al quinto, y si aún excede debe imputarse en la legítima en virtud de la ley 26, que expresamente lo dispone así para la mejora tácita.»

tucional o ejecutiva en pago de un legado de parte alícuota; o que, por el contrario, se atribuía como legado de cosa específica, con o sin determinación de tope cuantitativo de la atribución, según se señalara o no cuota de imputación.

Hoy, extendiendo esta doctrina a la legítima—cosa posible gracias a los arts. 815 y 1.056—podríamos distinguir:

1.º Disposición de la legítima a título de herencia, y asignación de cosa cierta como atribución de carácter particional.

2.º Atribución de la misma cuota legítima como legado de parte alícuota, también con asignación de cosa cierta con igual carácter particional.

3.º Disposición de la cosa cierta como legado específico en pago de la legítima, habiendo el testador dispuesto de las restantes cuotas de la herencia a favor de otras personas. Trataríase, según los cánones clásicos de un legado de cosa cierta al que se le fijó como límite (salvo si se dijere que en su exceso valga como mejora o legado) la cuota de imputación (imputación contable, no concreción de atribución). Veremos, luego, en qué sentido y hasta qué punto se ha modificado hoy esa doctrina.

4.º Disposición de cosa cierta como legado, sin fijar cuota de imputación, cuando al legitimario-legatario no se le deje otra cosa, dispuesta en un testamento que contenga institución universal de heredero. Trátase, asimismo, de un legado de cosa cierta, sin más límite fijado por el testador que el de su propio valor. Se imputará a la legítima del legatario, y, en cuanto exceda de ella, valdrá igualmente como mejora o legado, aunque el testador no lo hubiere declarado expresamente (218).

Las consecuencias, sacadas a la luz, de esa doctrina clásica, serían muy diversas en unos y otros casos. Tanto en relación con la reducción, o no, de la asignación, como con referencia a la posición jurídica del asignatario y, por lo tanto, a su posible responsabilidad por razón de las deudas de la herencia. Diferencias de las que luego vamos a ocuparnos, examinándolas a través del Derecho vigente.

C) *La partición verificada por el testador en caso de disparidad entre su disposición testamentaria y la atribución particional hecha por el mismo, según los artículos 1.056, § 1.º, y 1.075 del Código civil.*

Adelantaremos que el interés que tiene, para nuestro objeto, el problema planteado se dirige al examen de si es posible una total disección entre *disposición* y *partición* en el ámbito del artícu-

(218) Ver lo que dijimos en nuestro trabajo *Imputación de legados otorgados a favor de legitimario*. Rev. Dr. Priv., T. XXXII (abril, 1948), páginas 330 y ss.

lo 1.056. Ambos conceptos, teóricamente inconfundibles, ¿pueden entrelazarse tan íntimamente en un caso dado que no sea posible determinar sus límites respectivos? La solución de la cuestión enunciada puede significar la confesión de que en ciertas ocasiones no hay bisturí jurídico capaz de separar lo particional de lo dispositivo cuando han sido amalgamados al amparo del artículo 1.056 del Código civil.

Recientemente, Manuel Albaladejo, en un brillantísimo trabajo (219), se ocupó de esa eventual disparidad, mirándola desde el ángulo de los artículos 1.056. § 1.º y 1.075, con interesante y personalísimo enfoque. A dicho trabajo nos remitimos por lo que se refiere al examen de la opinión de los autores y de la posición jurisprudencial, que sólo resumiremos en sus líneas generales.

La mayor parte de los autores—López R. Gómez (220), Falcón (221), Manresa (222), Scaevola (223), Maura (224), Covián (225), De Buen (226), Castán (227), Bonet (228), Marín Lázaro (229), Roca Sastre (230), Gómez Morán (231)—entienden el

(219) Op y loc. cit., Segundo aspecto: «La partición debe llevar a la práctica el acto dispositivo», págs. 928 y ss.

(220) *Tratado teórico legal del Derecho de sucesión*, T. II (Valladolid, 1893, páginas 261 y s.). Donde concluye que «la disposición transcrita presenta tres aspectos: uno absoluto en cuanto concede al testador la facultad de hacer por sí mismo la división, con carácter obligatorio para los herederos; otro, como consecuencia inmediata de ese carácter, que niega a los mismos herederos el derecho de pedir la práctica de aquélla; y el tercero, que impone una limitación en el ejercicio de aquella facultad, fundada en el respeto que merece el derecho excluyente de los herederos forzosos...»

(221) *Exposición doctrinal del Derecho civil español, común y foral* (5.ª edición, Barcelona, 1897), pág. 441.

(222) Op. cit., vol. VII (6.ª ed., Madrid, 1943), pág. 637.

(223) Op. cit., vol. XVIII (Madrid, 1901), pág. 445.

(224) *Dictámenes*, T. IV (Madrid, 1930), pág. 260. Por lo menos en el supuesto de que la partición se halle contenida en testamento, pues dice: «Cuando un testamento encierre adjudicaciones específicas mal acomodadas a los nombramientos de herederos o legatarios fácilmente se impondrán aquéllas sobre estos, según la intención que forma el alma de la verdadera ley sucesoria.»

(225) *Partición de herencia*, en «Enciclopedia jurídica española», Editorial Seix, T. XXIV, págs. 359 y 382.

(226) *Notas al Curso elemental de Derecho civil*, de COLIX Y CAPITANT, T. VIII, Madrid, 1908, pág. 433.

(227) Op. cit. (4.ª ed. para Notarías, Madrid, 1939), I-2.º. Su opinión parece darla a entender por la forma y lugar en que transcribe al art. 1.075 (pág. 535).

(228) Comentando la S. de 6 de marzo de 1945, en el citado volumen de la Rev. de Dr. Priv., pág. 450.

(229) *La partición de herencia hecha por acto «inter vivos»*, en Rev. Gral. de Leg. y Jur., T. CLXXVI, 2.º semestre de 1944, pág. 231. Hay que tener en cuenta que la posición de MARÍN LÁZARO parte de su personal interpretación del art. 1.056.

(230) *Derecho hipotecario* (Barcelona, 1948), T. II, pág. 620; *Estudios de Derecho privado*, T. II (Barcelona, 1948), pág. 381, y notas al *Derecho de sucesiones*, de KIPP, II, § 86, IV, 1, págs. 34 y s.

(231) *Tratado teórico práctico de particiones (El ejecutor testamentario en el Derecho comparado)*, Madrid, 1950, págs. 250 y ss.

artículo 1.056, en el sentido de que concede al testador una facultad amplísima para hacer la partición, sin otro límite que el respeto debido las legítimas.

Sánchez Román (232) y Valverde (233) distinguen la partición hecha por el causante en el mismo testamento, o en otro posterior, y la verificada en acto inter vivos. «Si la partición está hecha inter vivos—dice el segundo de estos autores—puede ser nula, rescindible o modificable, cuando no se ajuste al testamento del causante, puesto que éste es la verdadera ley, y la partición no puede ser acto modificativo del testamento; pero si la partición fuera hecha a continuación del testamento o por otro posterior con las solemnidades para testar, habrá que atenerse a ella por lo mismo que esta voluntad es la última y posterior del testador y, por consiguiente, puede prevalecer sobre la expresada en el testamento.» Concluyendo Sánchez Román que «será nula, rescindible o modificable la partición formada por el propio testador, cuando sea hecha por actos inter vivos y no se ajuste exactamente a la ley que debió regirla que es el testamento del mismo, pues no habiéndose observado las solemnidades de Derecho en la partición que hizo el testador, sino las de los actos inter vivos, no obstante ser notorio el cambio de voluntad, carece de eficacia legal la manifestación de la misma realizada en el segundo acto de partición para revocar la consignada en el primero de institución o disposición testamentaria, otorgada con arreglo a Derecho». «Lo absoluto de los términos literales del artículo 1.056, al decir *se pasará por ella*, refiriéndose lo mismo a la partición que el testador hiciera por actos inter vivos que por última voluntad, sin más limitación expresa que la de que no se perjudique la legítima de los herederos forzosos, pudiera creerse que se opone a esta doctrina; pero no debe entenderse así, si se tiene en cuenta que equivaldría a echar por tierra todas las formas de testamentación y a autorizar que se testara en este caso sin las debidas solemnidades.»

Con mayor generalidad, afirma De Diego (234) que «esa autoparticipación del testador puede estar en contradicción con su testamento, cuya ejecución representa (a menos que hecha en otro acto con las solemnidades del testamento implique una modificación del anterior), o con las bases en él establecidas, en que la misma voluntad se informe; puede también por el tiempo transcurrido desde que se hizo hasta la muerte del testador, haber variado la composición del patrimonio (enajenaciones, accesiones) y aun de la familia misma por muerte de uno de ellos o por supervivencia de hijos. En tales casos, como si la partición es-

(232) *Estudios de Derecho civil*, VI-5.º (2.ª ed., Madrid, 1910), págs. 1087 y siguiente.

(233) *Tratado de Derecho civil español* (4.ª ed., Valladolid, 1930), T. V, páginas 565 y ss.

(234) *Instituciones de Derecho civil español* (Madrid, 1932), T. III, página 249.

tuviera desprovista de requisitos legales, parece justo otorgar a tales herederos el derecho a impugnarla o modificarla y aun a promover el juicio de testamentaria, como ya fué reconocido por la jurisprudencia (S. 29 noviembre 1899), para caso anterior al Código civil, en que se aplicaba la legislación antigua» (235).

Albaladejo (236), con toda decisión, se suma a la opinión de estos últimos autores, afirmando que «la partición, *hágala quienquiera*, no supe al testamento, ni menos se le antepone ni puede subsistir cuando no guarde conformidad con las disposiciones de aquél y se ajuste a ellas». Claro que, como ellos, reconoce (237) que «si la partición se hizo en el testamento, ya no son, como en el caso anterior (cuando la partición se hizo en acto «inter vivos»), partición y disposición casi como dos compartimientos estancos. No existe un límite tajante y preciso en el cual deban acabar las cláusulas de disposición. No han de existir tampoco por completo independientes de aquéllas unas cláusulas única y exclusivamente partitivas. Ambas pueden compenetrarse. La voluntad que revela la cláusula dedicada especialmente a la partición no sólo puede servir para interpretar la manifestación de voluntad dispositiva, sino que estas mismas cláusulas, en cuanto reúnan las solemnidades testamentarias, pueden encerrar una verdadera manifestación de voluntad dispositiva. De ellas se pueden extraer elementos que, combinados con los otros términos del testamento, modifiquen el sentido que se creyó ver en la voluntad de disposición manifestada en las cláusulas particularmente dedicadas a disponer». Mientras que, en cambio, los términos en que esté concebida la partición realizada por actos «inter vivos», «sólo nos sirven como elementos de interpretación; pero la voluntad que de ellos se colija ha de poder entenderse que se manifiesta en el testamento para que sea eficaz».

Pero este autor, a diferencia de los anteriores, hace entrar en juego, en apoyo de su tesis, al artículo 1.075 del Código civil, dándole una interpretación distinta a la admitida hasta ahora por la doctrina. Veamos su razonamiento:

No discute el sentido de los precedentes legislativos de esta cuestión—Proyecto de 1851—, pero atribuye a la actual redacción de Código civil significado diferente al que aquéllos tuvieron.

El Proyecto establecía a este respecto: Artículo 899: «Cuando el difunto hizo por acto entre vivos o por última voluntad la partición de sus bienes, se pasará por ella en cuanto no perjudique la legítima de los herederos forzosos.» Artículo 918: «La obligación

(235) Notemos, no obstante, que la citada S. 29 de noviembre de 1899 admite el juicio de testamentaria, *si es promovido por herederos forzosos, lesionados en sus derechos legítimos* en la partición hecha por el testador. Los datos subrayados excluyen el sentido que DE DIEGO pretendió atribuir a este fallo.

(236) Loc. cit., pág. 973.

(237) Págs. 964 y s.

señalada en el artículo anterior (referencia a la evicción y saneamiento de las cosas adjudicadas) cesa cuando el mismo difunto hizo la partición, a no ser que aparezca o racionalmente se presume haber querido lo contrario.» Artículo 923: «La partición hecha por el difunto no puede ser impugnada por causa de lesión, salvo las excepciones de los artículos 899 y 918.»

El Código vigente dispone: Artículo 1.056, § 1.º: «Cuando el testador hiciere, por acto entre vivos o por última voluntad, la partición de sus bienes, se pasará por ella, en cuanto no perjudique a la legítima de los herederos forzosos.» Artículo 1.070: «La obligación a que se refiere el artículo anterior (obligación de evicción y saneamiento) sólo cesará en los siguientes casos: 1.º Cuando el mismo testador hubiese hecho la partición, a no ser que aparezca, o racionalmente se presume, haber querido lo contrario, salva siempre la legítima...» Artículo 1.075: «La partición hecha por el difunto no puede ser impugnada por causa de lesión, sino en el caso de que perjudique la legítima de los herederos forzosos o que aparezca, o racionalmente se presume, que fué otra la voluntad del testador.»

Albaladejo anota las siguientes diferencias entre los transcritos artículos del Proyecto de 1851 y del vigente Código civil:

1.º El artículo 899 del Proyecto hab'aba del *difunto*, mientras que el artículo 1.056 del Código sólo alude al *testador*; es decir, al causante que haya otorgado testamento (238). 2.º El ar-

(238) Respecto a la cuestión de la posibilidad de realizar la partición de la herencia sin otorgar testamento se han sustentado por la doctrina tres distintas posiciones:

a) Según MARÍN LÁZARO (loc. cit., págs. 213 y ss.), puede hacerse la partición por acto *inter vivos* sin necesidad de apoyarse en las disposiciones de algún testamento, ni de seguir las normas de la sucesión abintestato. A su juicio, «el art. 1.271, permitiendo los pactos sobre la herencia futura en los términos del art. 1.056, da a entender que no es siempre el testamento la única forma insustituible de dictar disposiciones testamentarias».

A nuestro juicio la distribución de bienes *inter vivos* a que MARÍN LÁZARO se refiere, cae fuera del ámbito del art. 1.056. Pero eso no implica que no sea válido distribuir totalmente el caudal presunto de una persona (reservándose el mínimo preceptuado en el art. 634 C. c., que conforme al mismo puede consistir en un usufructo) mediante donaciones *inter vivos* declaradas no colacionables, como también por medio de donaciones *mortis causa*, con o sin entrega de bienes (Ver lo que al efecto dijimos en la nota 355 de nuestro trabajo *La donación «mortis causa» en el Código civil español*, Anales de la Academia Matritense del Notariado, IV, págs. 770 y s.).

Lo que ocurre es que en estos supuestos no hay verdadera división de la herencia, sino sólo distribución entre vivos del caudal actual del donante realizada a través de actos *inter vivos*, o bien una serie de donaciones *mortis causa* que agotan la herencia distribuyéndola previamente. Ninguna de estas distribuciones implican que la cualidad de heredero se dé en los donatarios. Ni excluye que puedan existir otros herederos que no reciban activo. Estos, de ser herederos forzosos, podrán reclamar por inoficiosidad de las donaciones, pidiendo la pertinente reducción. Y de serlo voluntarios, pueden repudiar la herencia, aceptarla a beneficio de inventario o bien pura y simplemente, pechando en este caso con todas las relaciones pasivas del causante, aparte de recibir el activo no distribuido, si lo hubiere, o si aparecieren nuevos bienes posterior-

tículo 923 del Proyecto sólo admitía dos supuestos de rescisión de la partición hecha por el difunto: cuando perjudique a la legítima de los herederos forzosos, y en caso de que aparezca o racionalmente se presume que el causante quiso que entrara en juego la obligación de evicción y saneamiento. Este segundo supuesto se recoge en el número 1.º del artículo 1.070 del Código. El primero, en el artículo 1.056, y en el primero de los dos supuestos señalados en el artículo 1.075 C. c. (239). 3.º Al segundo supuesto del artículo 1.075, «que aparezca, o racionalmente se presume, que fué otra la voluntad del testador», por lo tanto, debe dársele un sentido distinto al de las palabras finales del artículo 918 del Proyecto: «que aparezca, o racionalmente se presume, haber querido lo contrario» (240).

En las transcritas palabras «que aparezca, o racionalmente se presume, que fué otra la voluntad del testador», está la clave de la interpretación de Albaladejo. La mayoría de la doctrina ha entendido qué significan que «aparezca, o racionalmente se presume, haber querido el testador que su partición pueda ser impugnada por lesión»; es decir, lo contrario de lo previsto en la pro-

mente adquiridos por el causante o por él ignorados. En cambio, la partición practicada al amparo del art. 1.056 requiere como presupuesto que se trate de división de herencia y, por tanto, que los distributarios ostenten la cualidad de herederos, o, por lo menos, que uno o varios de ellos lo sean, siendo los demás legatarios de parte alicuota.

b) Apoyándose en la Sentencia de 13 de junio de 1903, DE BUEN (loc. cit., página 434) y ROCA SASTRE (*Estudios...*, vol. cit., pág. 379), parecen entender que cabe practicar la partición en el art. 1.056, teniendo como pauta las normas de la sucesión abintestato.

c) Finalmente, la mayor parte de la doctrina (LÓPEZ R. GÓMEZ, MANRESA, SCAVOLLA, SÁNCHEZ ROMÁN, COVIÁN, DE DIEGO, VALVERDE, CASTÁN, BONET, ALBALADEJO, GÓMEZ MORÁN, etc.) han entendido que solamente puede partir el testador. Así lo ha confirmado la jurisprudencia en Sentencias de 6 de marzo de 1917 y 6 de marzo de 1945. «La doctrina científica patria más generalizada —dice en uno de sus considerandos el último fallo citado—, acomodándose a los precedentes de nuestro Derecho y fundándose, entre otras consideraciones, en la del lugar que la regulación de la partición hecha por el testador ocupa en el Código y la dicción, referida premeditadamente al testador (no al difunto, como decía el artículo 809 del Proyecto de 1851), entiendo, en el sentido expuesto, que se trata en esencia de una pura división hereditaria, la cual, aunque pueda revestir dos formas, implica un acto de última voluntad. Siguiendo esta misma orientación, la doctrina de esta Sala tiene declarado: que la facultad que concede el art. 1.056 supone y requiere un testamento previo o ulterior, en el que se disponga o se exprese el deseo de atemperarse a las normas de la ley, o sean, las de la sucesión intestada (Sentencias de 13 de junio de 1903 y de 6 de marzo de 1917...)» Forma en la que entiende, o desvía, el sentido de la primera de estas Sentencias, suponiendo que su referencia a la necesidad de atemperarse a las normas de sucesión intestada a falta de expresa disposición, testamentaria, debe hacerse precisamente en testamento, no bastando su observación en una partición hecha en acto *inter vivos* no apoyada en testamento anterior o ulterior (Ver el comentario de la Sentencia de 6 de marzo de 1945 por BONET. Rev. Dr. Priv. cit., y el «Primer aspecto» del referido trabajo de ALBALADEJO, loc. cit., págs. 924 a 927).

(239) Loc. cit., pág. 952.

(240) Loc. y pág. últ. cit.

posición inicial del precepto (241). En cambio, Albaladejo, apoyándose en la diferencia que media entre las expresiones «haber querido lo contrario» y «que fué otra la voluntad del testador», cree que esta última alude al supuesto de «que la partición discrepa de la disposición» (242). Contraponer al efecto la palabra *difunto*, que en su comienzo emplea el artículo 1.075, y la palabra *testador*, con la que concluye el mismo precepto, y les atribuye un valor distinto, preciso y revelador. Para deducir que «al hablar en un mismo artículo de una misma persona, designándola como *difunto* y como *testador*, implica... que al decir *testador* se debe entender claramente excluida la voluntad no testamentaria del testador». Por ello, concluye: «La otra voluntad del testador», nos parece indudable se refiere a «otra voluntad». Referirse a otra voluntad del testador, dicho hablando de la partición, y tratando precisamente de la impugnación por lesión, no es ni más ni menos que decir «que el testador haya querido otra cosa distinta de lo que la partición ejecuta», o sea que la voluntad *dispositiva* del testador sea distinta de lo que se lleva a la práctica en la partición» (243). Entiende que, «ciertamente, siempre que la partición discrepe de la disposición, hay lesión, y siempre también que haya lesión es, por lo menos, presumible racionalmente que el testador quiso que la partición fuera impugnabile por lesión, puesto que *toda lesión coincide con el hecho de que la voluntad del testador fué otra*».

Al llegar aquí, nos parece que Albaladejo, sin darse cuenta, nos patentiza el fallo de su ingeniosa interpretación. Si la existencia de *lesión* coincide con el hecho de que la *voluntad del testador fué otra*, el artículo 1.075, así interpretado, vendría a de-

(241) Así: LÓPEZ R. GÓMEZ, op. y loc. cit., pág. 320; MANRESA, op. y vol. cit., pág. 700 en rel. con las págs. 638 y 749; SCAEVOLA, op. y vol. cit., página 448; SÁNCHEZ ROMÁN, op. y vol. cit., pág. 2114; GÓMEZ MORÁN, op. cit., página 271. En sentido distinto, ROCA SASTRE: *Estudios...* (II, pág. 383 y notas al *Kipp*, II, pág. 35), entiende que las palabras «que fué otra la voluntad del testador» se refieren a que haya habido *error* del causante al hacer la partición.

(242) Págs. 053 y ss., especialmente pág. 957.

(243) La tesis radicalmente contraria es cuestionada por GÓMEZ MORÁN (loc. cit., págs. 251 y ss.), que llega a las siguientes conclusiones: «1.ª La partición hecha por el testador forma con su testamento un solo cuerpo jurídico, aunque se verifiquen estos actos por separado y en momentos distintos.—2.ª Por virtud de lo que antecede, los dos actos expresan la voluntad del testador.—3.ª Su interpretación debe hacerse de acuerdo con el artículo 675, haciendo prevalecer la intención sobre las palabras.—4.ª No existe razón alguna *a priori* para otorgar preferencia a un acto sobre otro, caso de discordancia.—5.ª Empero, la fecha de los respectivos documentos puede servir a estos efectos, dando preferencia al más moderno sobre el más antiguo.—6.ª Como elemento esencial de la interpretación deben utilizarse los artículos 1.281 y ss. C. c., en cuanto sean aplicables al caso.»

Además, entiende que «el artículo 1.050 supone una excepción a la regla general contenida en el artículo 672, puesto que puede tratarse de documentos privados que no contengan las características exigidas para los testamentos olografos, pese a lo cual producen efectos en el orden sucesorio».

cir: «La partición hecha por el difunto no puede ser impugnada *por causa de lesión*, sino en el caso de que perjudique a la legítima de los herederos forzosos, *o de que haya lesión*». La antinomia, que así resultaría existir, entre la regla general del precepto y su segunda excepción, sería tan total y absoluta, que se pone en evidencia lo absurdo de esa interpretación.

Para que haya lesión en cualquier partición es necesario y suficiente—aparte la lesión de las legítimas—que la partición no se acomode a la disposición. Por lo tanto, si el artículo 1.075 dispone que la partición hecha por el testador no pueda ser impugnada por causa de lesión, es que quiere que no sea impugnada aunque la partición no se acomode a la disposición. Sería absurdo que, después de sentar esta regla general, su segunda excepción la derogase totalmente, diciendo precisamente lo contrario con igual extensión e intensidad. Las palabras «o que aparezca, o racionalmente se presuma, que fué otra la voluntad del testador», sólo puede significar que «aparezca, o racionalmente se presuma, que el testador quiso que la partición por él verificada se pudiera impugnar por causa de lesión». Es decir, que expresamente quiso cosa distinta a la determinada en la regla general expresada en el encabezamiento del propio precepto legal. Excepción que delimita, pero no borra ni elimina, la regla general que presume—en el causante-partidor una intención determinada. Pero sólo con presunción *iuris tantum*; que, por lo tanto, admite prueba en contrario. Entendiéndose por prueba no sólo la expresa declaración del testador, sino cualquiera otra indiciaria que sea racional. Es decir, que racionalmente se presuma que quiso otra cosa, que fué otra su voluntad, distinta de la que se traduciría en aceptar la no impugnabilidad por lesión de la partición por él verificada. No basta, por tanto, que exista disparidad entre la disposición y la partición hechas por el testador. Para poder impugnar ésta por lesión hace falta, además, que resulte, o racionalmente se deduzca, que el propio causante quiso que esa disparidad fuera motivo suficiente para dar lugar a la impugnación por lesión.

Antes hemos reconocido que teóricamente es intachable la distinción entre disposición y partición. No obstante, prácticamente, hemos visto cómo el mismo Albaladejo reconoce que no siempre es neta y diáfana, ya que cuando la partición se contenga en testamento puede encerrarse en ella una voluntad dispositiva. Ahora vamos a observar que, en la aplicación práctica del artículo 1.056, se enturbia esa distinción por la relatividad que suponen la determinación de cualquier valor y la precisión del momento de su fijación.

Además, existe otra cuestión que se plantea igualmente, tanto si la partición se hizo en documento «*inter vivos*» como si se ordenó en testamento. Es la relativa a la mutación del valor de las hijuelas en el tiempo comprendido entre la partición y el falleci-

miento del causante. Nota al efecto Albaladejo (244) que los bienes que se distribuyen en cualquier partición no hecha por el testador, lo mismo que su valor, «no han estado expuestos a la alteración y cambio a que lo están, tanto ese valor como las propias cosas adjudicadas, en la hecha por el testador, cuyos cambios y alteraciones es injusto que los sufra aquél cuyos no son todavía los bienes».

«Todo ello quiere decir—concluye Albaladejo (245)—que verdaderamente serán muchos más los casos en los que la partición hecha por el testador produzca lesión que aquellos otros en que la produzcan las otras particiones. Y, por tanto, que serán muchas más las lesiones que se queden sin reparar—las que no superen la cuarta parte (246)—en aras de un principio de estabilidad de la partición, para cuya defensa se podrían arbitrar otros medios—indemnización, por ejemplo—que, permitiendo conseguir el mismo fin, dejasen a salvo los derechos que con el procedimiento de lesión en más de un cuarto se sacrifican».

Ahora bien, ¿quiere decir con esto Albaladejo que toda partición hecha por el testador, aun la contenida en el testamento, debe rescindirse si, por mutación en los bienes o en su valor, resulta al fallecer el testador un desnivel entre la cuota dispuesta y el haber adjudicado a un heredero que supere la cuarta parte de aquélla? ¿O que solamente la rescisión podrá tener lugar si dándose las indicadas circunstancias la partición se hizo por acto «inter vivos» y no en el propio testamento?

Si quiere significar eso último, observaremos que no hay razón suficiente para justificar esa diferencia de trato, entre la partición hecha por acto inter vivos y la reglada en testamento, si aquella inicialmente estaba totalmente acomodada a la disposición testamentaria. Si contrariamente fué lo primero lo que quiso afirmar, tendremos que recordar la fuerza dispositiva, rebosante del ámbito interpretativo, que él mismo reconoce a la partición cuando se halla contenida en el propio testamento.

Además no pueden olvidarse las siguientes consideraciones:

(244) Pág. 966.

(245) Pág. 967.

(246) ALBALADEJO (ver págs. 964 a 967) afirma que en el supuesto de partición hecha al amparo del art. 1.056, la lesión, que a su juicio permite pedir la rescisión, debe ser de más de la cuarta parte, como en los supuestos del art. 1.074. Pues reconoce que, desde luego, lo que «no es admisible frente al 1.056 es suponer que el deseo del legislador fuese hacer dicha partición más fácilmente atacable que los demás». Y que «eso mismo es lo que deduce también de la relación entre los arts. 1.074 y 1.075». No obstante, asegura que habría razones para rechazar ese criterio de que la partición del testador sólo sea rescindible por lesión de más de la cuarta parte y para exigir el abono de diferencias en todo caso de lesión, ya que estima que la especial naturaleza de esta partición la hace más falta de garantías (por la no intervención de los interesados y de seguridad (debido a que el momento de esta partición es anterior a la fecha del fallecimiento del causante).

1.º En Derecho sucesorio la voluntad del testador es ley de la sucesión, en cuanto no choque con normas de Derecho necesario. Conforme al art. 703: «El que no tuviere herederos forzosos puede disponer por testamento de todos sus bienes o de parte de ellos en favor de cualquier persona que tenga capacidad para adquirirlos. El que tuviere herederos forzosos sólo podrá disponer de sus bienes en la forma y con las limitaciones que se establecen en la Sección quinta de este capítulo.» Es decir: *que el testador fuera del límite de las legítimas puede disponer libremente*.

2.º No es esencial que los herederos reciban una parte del activo hereditario exactamente proporcional a sus cuotas respectivas. El testador mediante el otorgamiento de legados y mejoras, o de donaciones no colacionables, puede dar lugar a dicha desproporción. Incluso en las donaciones colacionables su valoración, referida al momento del otorgamiento de las mismas, aplicada en el acto particional puede suponer en ciertos casos una evidente desproporción entre la cuota hereditaria y el activo recibido.

3.º Partiendo de esas dos premisas, no vemos inconveniente en que el testador, que tiene libertad de disposición de sus bienes, mientras no lesione las legítimas debidas, pueda verificar la partición dando a los bienes el valor que subjetivamente estime que les corresponda, y tampoco vemos obstáculo en que pueda realizar dicha valoración refiriéndola a cualquier otro momento distinto del de la delación (247).

Esta última afirmación requiere alguna aclaración. Es sabido que el concepto de valor es relativo. Gide (248), transcribiendo a Ricardo, al que califica como el más profundo pensador de la ciencia económica, afirmó: «Cada hombre tiene su módulo particular para apreciar el valor de sus goces, y este módulo es tan variable como el carácter humano». Científicamente, después de transcurridos ochenta años, desde que Stuart Mill afirmó que la teoría sobre valor había quedado completa con sus conclusiones, el citado Gide, calificando de temeraria esa afirmación, nos confiesa que «son innumerables las teorías nuevas sobre el valor, sin que pueda afirmarse que ninguna de ellas sea definitiva». Tenemos un valor en uso, un valor de producción, un valor de reproducción (es

(247) ROCA SASTRE (notas al *Kipp*, II, § 85, IV, I, pág. 34), dice: «El testador puede señalar el valor que en la partición haya de ser atribuido al bien o bienes hereditarios objeto de dicha asignación o imputación por él dispuesta. Puede hacerlo, pues, en este caso, al igual que cuando verifica la partición total, goza de amplia libertad, según declara la Sentencia de 6 de marzo de 1945, no sólo en la composición cualitativa de los lotes, sino también en la distribución valorativa. El único límite a esta libertad es el perjuicio de las legítimas (arts. 1.056, ap. 1. y 1.075), si bien la partición tampoco prevalece cuando aparezca o racionalmente se presuma que fué otra la voluntad del testador (art. 1.075).»

(248) *Curso de Economía política*, traducción al español de CARLOS DOCTEUR y JOSÉ MUÑOZ ESCÁMEZ (8.ª ed., París, 1932), págs. 59 y ss.

decir, por el coste de producción en el día de la fecha de una cosa igual a la valorada), un valor en renta, un valor en cambio. Y cada uno de estos valores es igualmente relativo: subjetivo el primero, variables casi todos los demás según las circunstancias de tiempo, lugar, oportunidad, etc., o según los intereses concretos que tengan comprador y vendedor, o la necesidad sentida por éste y por aquél.

Tratándose de disposiciones de Derecho necesario la ley no puede dejar los problemas de valoración, que puedan plantearse, a la particular apreciación de una sola de las partes interesadas. En esos supuestos la valoración debe hacerse lo más objetivamente posible. En caso de entablarse el litigio será el juzgador quien deba resolver, atendiendo a las cotizaciones y demás datos oficiales o a las tasaciones hechas por peritos rítamente nombrados.

Pero en el campo de la libre disposición del causante no hay razón para imponerle ningún criterio de valoración, aunque sea más objetivo que el suyo. Su voluntad es ley de la sucesión tanto para disponer como para asignar bienes, como para valorarlos y elegir el momento de dicha valoración.

Su único límite lo constituye el respeto a las legítimas debidas. Sólo ante el cálculo de éstas se detiene su libertad de valoración y de elección del momento al que debe referirse. La legítima es institución de Derecho necesario, su cálculo debe hacerse conforme la ley ordena y en el momento por ella determinado (249). Si al hacerlo surgen cuestiones debidas a la relatividad de las valoraciones es el juzgador quien debe resolverlas.

Aquí está la clave de una de las diferencias prácticas que separan las operaciones jurídico-contables propiamente llamadas *computación e imputación para cálculo de la legítima*, de las verificadas a efectos de la *colación* de donaciones o de los legados que sean colacionables (250) y de las *computaciones e imputaciones hechas para distribuir el haber partible, sin rozar legítima alguna*, cuando el causante haya fijado el valor de imputación de algún bien por él adjudicado o incluso de todo el caudal.

En la tercera parte de este trabajo insistiremos sobre este punto, del que vamos a adelantar alguna idea.

En los cálculos que se verifiquen para fijar el valor de las legítimas y apreciar la oficiosidad o inoficiosidad de donaciones y legados, no puede tomarse más momento de determinación que

(249) En este sentido, en su cuarto considerando, la Sentencia de 29 de noviembre de 1880, relativa a un pleito anterior al Código civil, afirmó «que no puede tomarse como base para el avalúo lo consignado por el testador, y mucho más siendo muy anterior a la época en que se abrió la sucesión, porque es indispensable conocer los aumentos y menoscabos que hayan tenido los bienes para poder liquidar la herencia y *ver si las mejoras hechas caben o no en el tercio y quinto del caudal relicto*».

(250) En nuestra conferencia *La mejora tácita hacia la fijación de un concepto y concreción de una prohibición*, planteamos esa distinción entre colación, computación e imputación (VIII-5).

aquel que la ley señale. Es decir: el instante de la delación para todos los bienes, excepto los donados que, por innovación del Código civil, son computados según el valor que tuvieren en el momento de la donación. No puede señalarse otro valor, en conformidad con el legitimario, que aquel que resulte en juicio.

Mientras, por el contrario, si bien el cálculo hecho para fijar el haber partible y distribuir el caudal, en principio debe referirse al momento de hacerse la partición—regularmente de fecha posterior a la delación—, y, en cambio, el que se haga a efectos de la colación de las donaciones, normalmente se refiere al momento del otorgamiento de la donación colacionada (art. 1.045 C. c.) (251), no hay obstáculo en que el testador, que incluso puede dispensar la colación, pueda prefijar las valoraciones a su arbitrio, así como referirlas a otro momento cualquiera, con tal que no lesione los derechos de los legitimarios ante los que encuentra su límite la libre disposición del *decurius* (252).

(251) Sobre la interpretación y crítica del art. 1.045, C. c., ver MARIN MONROY: «La colación, historia y crítica de los problemas de valoración», en Anales de la Academia Matritense del Notariado, T. IV, págs. 131 y ss., y el sabroso comentario de esta conferencia, escrito por Núñez Lagos, en el T. CLXXX (2.º semestre de 1946) de la Rev. Gral. de Leg. y Jur., páginas 722 y ss.

Sabiendo es que el criterio que podríamos llamar clásico atendía al instante de la muerte del donante para la determinación del valor en colación de las donaciones sujetas a ella; mientras que en el Código civil, a dicho efecto, se fija el momento de la donación. En el sistema clásico se restaba del valor fijado el correspondiente a las mejoras debidas a industria o capital del donatario, siendo la diferencia la cantidad colacionable; o se adicionaban a aquel valor la disminución sufrida por deterioros debidos a culpa del mismo, siendo entonces la suma obtenida la cantidad colacionable. Teniendo en cuenta esta rectificación de la valoración, calculada en relación a la fecha de la delación, se observa que la diferencia que pueda existir entre el cálculo hecho en esta forma y el fijado en el momento de la donación se traduce: a) En el plus valor debido a accesión natural o a la mera revalorización por razones naturales o económicas del bien a colacionar (v. gr., mejoras de comunicaciones en su sector, expansión de una urbe, obras públicas de riego que beneficien la zona, incluso que ésta se haya puesto sencillamente de «moda», etc.); b) Y el ficticio plus valor producido por la pérdida de poder adquisitivo de la moneda; es decir, por *minus valor* de ésta.

En el régimen vigente es evidente que la primera plusvalía no afecta a la cifra de colación. Es decir, el verdadero plus valor no es colacionable. Más discutible es la cuestión relativa al falso plus valor o plusvalía aparente por la desvalorización de la moneda. Desde luego, nos parece justa la tesis de Rafael Núñez Lagos. Si dos medidas conexas—como son la valoración de los bienes colacionables y la del resto del caudal partible—se verifican referidas a momentos distintos, lo menos que puede exigirse es que se tomen con igual unidad. Con unidad de igual medida, no con una unidad de idéntico nombre, pero que haya cambiado de peso, de dimensión o de valor.

(252) Por lo demás, al estudiar las hipótesis de disparidad entre el valor de la cuota testamentariamente atribuida y el de la adjudicación que el mismo causante hiciera a un heredero determinado, creemos que no cabe más remedio que examinar cuidadosamente las causas de dicha disparidad. Sólo así podremos confrontar debidamente cada supuesto con la *ratio* de los preceptos aplicables.

En primer lugar debemos distinguir los casos de disparidad originaria y los

Así resulta del art. 1.046 Ley Enjuiciamiento Civil: «Si el testador hubiere establecido reglas distintas de las ordenadas en esta ley para el inventario, avalúo, liquidación y división de sus bienes, los herederos voluntarios y los legatarios deberán respetarlas y sujetarse a ellas. Lo mismo deberán hacer los herederos forzosos siempre que no resulten perjudicados o gravados en sus legítimas.»

La jurisprudencia ha confirmado que no cabe rescisión por lesión de las particiones hechas por el testador, a no ser que resultare perjuicio en las legítimas de los herederos forzosos o que aparezca o racionalmente se presuma que el testador quiso que fuera posible dicha rescisión. Especialmente es de interés, en éste como en otros extremos relativos a la partición hecha por el testador, la magistral Sentencia de 6 de marzo de 1945, de la que fué ponente el maestro Castán. En ella se afirma que el Código otorga al testador una amplia libertad, no sólo en la *disposición*

de desequilibrio sobrevenido. Dentro de estos últimos es ineludible distinguir los que sean consecuencia de alguna mutación física de cualquiera de los elementos—personales o reales—de la relación y los originados por variación de valores.

a) Supuestos de disparidad originaria:

Para resolver los problemas que estos supuestos suscitan, debe tenerse presente, en primer término, la *ratio* de la disposición que ordena pasar por la partición hecha por el testador en cuanto no perjudique a las legítimas, y, asimismo, la finalidad principal que persiguen quienes utilizan el referido medio legal para la distribución de su herencia.

Uno y otra, sin duda, obedecen a la intención de evitar litigios y odiosas cuestiones entre los herederos. «Dejar todo perfectamente claro para que en su día no pueda haber cuestiones entre los hijos», como suelen expresarnos los testadores al manifestar su intención de otorgar un testamento particional.

La admisión en todo caso de la rescisión por lesión frustraría esta finalidad tanto como contrariaría la expresa voluntad particional del causante.

Pero el art. 1.075 admite que pueda darse dicha rescisión cuando «aparezca o racionalmente se presuma» que el testador así lo quiso. Estamos, pues, ante un problema de interpretación de la voluntad del testador, cuya solución puede ofrecernos, en caso de ser afirmativa esa voluntad, una excepción de la enunciada regla general.

Por lo demás, también cabe que se exprese, o que pueda deducirse racionalmente, la voluntad del mismo testador de que las disparidades existentes entre disposición y partición sean niveladas mediante el abono de las correspondientes diferencias en metálico.

Varios datos pueden revelar claramente la voluntad del testador: Su adhesión a la regla general de firmeza de la partición puede expresarse claramente; v. gr.: excluyendo el abono de diferencias en metálico por razón de la falta de correlación que pueda existir en el valor real de las respectivas hijuelas; o disponiendo que se entiendan dichas diferencias como mejoras o legados dispuestos a favor de los que resulten favorecidos con ellas; o, simplemente, cuando el causante señale valor a los bienes que adjudique, y esos valores guarden perfecta ecuación con relación a la proporción en que se hayan atribuido las respectivas cuotas. De este último modo, el causante demuestra que la partición que ha hecho con su propio y personal criterio subjetivo de valoración se ajusta perfectamente a su disposición testamentaria.

La voluntad de que sean abonadas diferencias en metálico, en caso de darse una posible disparidad entre atribución testamentaria y adjudicación parti-

cualitativa de los lotes, «sino también en la *distribución volorativa*, al admitir como medio normal único de impugnación la acción por lesión de la legítima y no la acción ordinaria de rescisión por lesión en más de la cuarta parte.» Y, que si en el recurso, la rescisión pretende orientarse «hacia la lesión anormal o en más de la cuarta parte, al amparo de los artículos 1.073 y 1.074 del Código, chocará irremisiblemente... con el obstáculo insuperable que el artículo 1.075, como *lex specialis*, opone a la aplicación de esos otros invocados artículos 1.073 y 1.074».

Es cierto que la Sentencia de 13 de junio de 1903, en uno de sus considerandos, afirmó que «la partición así hecha habrá de realizarse sobre la base de una sucesión testamentaria o legal a cuyas *reglas fundamentales y llamamientos de los interesados* deberá acomodarse la partición». Pero fijémonos bien en que ese considerando sólo habla de «las reglas fundamentales» y de los «llamamientos de los interesados». Ello es lógico, pues, para la eficacia la partición hecha al amparo del art. 1.056 se requiere que sea otorgada en testamento, o bien que se apoye en un testa-

cional, puede manifestarse expresamente o deducirse racionalmente; v. gr.: en caso de que la suma de las valoraciones verificadas por el testador en cada hijuela arrojen cantidades que no guarden entre sí la proporción correspondiente a las cuotas hereditarias señaladas.

Notemos que, entre las conjeturas clásicas, para deducir racionalmente la voluntad del testador favorable a que tuviese lugar la obligación de evicción entre los coherederos, a los que él mismo distribuyó su herencia, figuraba la derivada del hecho de resultar patente que el testador quiso en todo caso que se mantuviese la más absoluta igualdad entre sus hijos. Así lo observó Gregorio López (Gl. a las palabras «partiese el mismo», de la ley 9, título XIV, Partida sexta). Hoy esta conjetura puede extenderse a todo supuesto de lesión; así lo han entendido, v. gr., García Goyena (op. y vol. últ. cit., pág. 277), interpretando el art. 923 del Proyecto de 1851, y Scaevola (op. y vol. cit., página 447), trasladándola a la exégesis del art. 1.075, C. c.

Pero, cuando falte todo indicio racional, favorable o desfavorable a la adhesión del testador a la regla general de los arts. 1.056, § 1.º y 1.075, C. c., no habrá más remedio que atenerse a ésta. Hay que estimar que el testador así lo quiso al no hacer salvedad alguna en su partición. Y tanto más en los casos en que dicha división la hizo o la ratificó, aunque fuera en términos generales, en testamento.

No obstante, sin duda, la existencia de un extraordinario desequilibrio entre las disposiciones y atribuciones particionales podrá ser un indicio, a valorar por el Juez, de la existencia de algún vicio en la voluntad del testador, o simplemente en su declaración expresada.

b) Supuestos de disparidad sobrevvenida:

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

Para que pueda darse este segundo caso—de sobreveniencia o sobrevivencia—es necesario que en el testamento no se haya preterido al hijo omitido en la partición y que en previsión, en su caso, se haya dispuesto a favor de los posibles herederos forzosos nacedores. También podrá tener lugar este supuesto cuando no se impugne el testamento, sino que se acate a tenor de lo previsto en las Resoluciones de 31 junio 1910 y 31 enero 1913. En estos casos nos parece de clara aplicación analógica, por identidad de *ratio*, la solución

mento anterior o se ratifique en uno posterior. Consiguientemente la partición verificada en acto inter vivos, que tenga por base un testamento anterior, mal podrá apoyarse en éste si no se acomoda a sus «reglas fundamentales» y a «los llamamientos de los interesados» allí dispuestos. Pero eso no significa ni puede significar, si no se quiere privar a esa forma particional de la finalidad principal perseguida al utilizarla, que se limite al testador su facultad de calcular a su libre discreción el valor de los bienes que componen su haber y referirlo al momento que estime conveniente.

Es decir, no se le puede impedir que desarrolle aquellas reglas fundamentales según su personal criterio. ¿Que ello se presta a que indirectamente pueda desvirtuarse la proporción originariamente dispuesta? Es posible. Pero el legislador ha debido optar entre este riesgo y el más común, especialmente prevenido con esa forma particional. Ha querido evitar que entre los herederos se promuevan litigios fundados en la composición y valoración de sus respectivas hijuelas. De no seguirse ese criterio, la seguridad

del art. 1.080, C. c.: «La partición hecha con preterición de alguno de los herederos no se rescindirá, a no ser que se pruebe que hubo mala fe o dolo por parte de los otros interesados; pero éstos tendrán la obligación de pagar al preterido la parte que proporcionalmente le correspondía».

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

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

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

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

perseguida por el testador-partidor se frustraría totalmente siempre que la valoración subjetiva que pretendiera sostener cualquiera de los herederos, tal vez menos certera y de apreciación más apasionada que la del testador, discrepase de ésta y el disconforme pretendiere dilucidar judicialmente esa diferencia de criterios subjetivos de valoración (253).

Tal vez nos hemos extendido, hasta aquí, más de lo necesario al objeto de nuestro trabajo. En definitiva nos interesa recoger:

a) La afirmación—reconocida incluso por el más acérrimo defensor de la plena y neta separación entre disposición y división (254)—de que en la partición practicada en el mismo testamento, o en otro posterior, «no existe un límite tajante y preciso en el cual deban acabar las cláusulas de disposición», ni pueden existir tampoco «completamente independientes de aquéllas unas cláusulas única y exclusivamente partitivas»... «ambas pueden compenetrarse», y las cláusulas particionales, «en cuanto reunen las solemnidades complementarias, pueden encerrar una verdadera manifestación de voluntad dispositiva».

b) La aseveración de que lo mismo puede afirmarse de las particiones practicadas por el causante en acto inter vivos y ratificadas en un testamento posterior.

c) Y, finalmente, la conclusión, a que hemos llegado: que en las particiones realizadas por el testador, en acto inter vivos posterior a su testamento, tampoco puede separarse radicalmente lo particional y lo dispositivo. Eso, a consecuencia de la facultad del causante-partidor, de determinar el valor de cada uno de los bienes del caudal, según su criterio personal y subjetivo, y de fijar a su arbitrio el momento de dicha valoración, sin que quepa recurso contra ella más que en caso de lesión de la legítima de algún heredero forzoso.

Mirando objetivamente las particiones hechas por el testador,

(253) Supuesto distinto al estudiado en el texto, se da cuando el testador, sin hacer la completa distribución de sus bienes, asigna a alguno de los instituidos determinado o determinados bienes a fin de que le sean adjudicados con cargo a la participación que les corresponda en la partición.

En este caso aparece clara la voluntad del testador de que el bien asignado sea adjudicado *a cuenta* de la participación que corresponda al asignatario en la herencia. Es decir, a valorar en la fecha de la partición y, en su caso, a completar con otros bienes o mediante el abono de diferencias en metálico, o bien a reducir, satisfaciendo en dinero el adjudicatario, a uno o varios de sus coherederos, el exceso por él percibido.

Supuesto distinto se daría si aquella asignación individual se hubiera hecho prefiriendo taxativamente una tasación determinada o expresando que la asignación se hace en pago de la participación del asignatario (no meramente a cuenta de la misma). En este caso, a esas asignaciones singulares habría que aplicar la misma doctrina que para las divisiones totales resulta de los artículos 1.056, § 1.º, y 1.075, C. c.

En definitiva, se trata de problemas de interpretación de la voluntad del testador.

(254) ALBALADEJO, loc. cit., págs. 964 y s.

es posible que en muchos casos resulte que los herederos no hayan percibido el activo de la herencia en la proporción correspondiente a sus cuotas hereditarias. En tales supuestos, sin dejar de ser herederos en la proporción en que fueron instituidos, sufrirán o se beneficiarán con un resultado práctico equivalente al que se habría producido con el otorgamiento de prelegados a favor de los beneficiados.

D) *Responsabilidad por las deudas del causante de los herederos entre los que aquél distribuyó sus bienes.*

Cuestión previa a la solución del problema enunciado podría plantearse exagerando la intersección de lo dispositivo con lo particional en la división practicada por el testador. Si en todo caso, o por lo menos cuando la partición la verificó aquél en su testamento, «no cabe diferenciar la institución de la asignación», ¿el testamento que la contenga supondrá la institución de cada asignatario como heredero de las cosas ciertas que se le hayan adjudicado, transmutándose así su naturaleza en la de simple legatario conforme el art. 768 C. c.?

La objeción tiene, a nuestro juicio, varios puntos débiles:

Una cosa es «que en la partición hecha por el testador no pueda deslindarse íntegramente de lo meramente particional lo que es dispositivo» y otra cosa distinta es que se opere en ella una total confusión de ambos elementos. Precisamente la disposición inicial instituyendo herederos en una proporción cierta, representada por un quebrado o por un porcentaje del haber, aparece completamente limpia de toda contaminación particional. Es solamente la declaración divisoria la que no siempre se manifiesta jurídicamente pura y libre de contener algún germen dispositivo. Unas veces, sirviendo para corregir las *palabras* en que se expresó la disposición propiamente dicha, demostrando que la verdadera *intención* del testador no fué fielmente expresada con ellas (ver artículo 675 C. c.), en otras ocasiones corrigiendo la proporción dispositiva a consecuencia del subjetivo criterio valorativo—en el tiempo o en la cuantía—del testador, o incluso demostrando—como veremos al examinar el supuesto del § 2.º del artículo que comentamos—que la voluntad del testador no fué precisamente la de instituir herederos a todos y cada uno de aquellos a quienes atribuyó esta denominación.

Pero la asignación de bienes concretos en satisfacción del haber de un heredero, por sí sola, no puede significar la degradación de este asignatario a la categoría de legatario. Ya dijimos algo de esto al admitir que el art. 768 no es más que una norma de carácter interpretativo. Precisamente el art. 891 nos ha demostrado que cuando sin designarse a nadie con el nombre de

heredero se distribuya toda la herencia en legados, aun siendo todos de cosa cierta, los asignatarios son de hecho auténticos herederos; con responsabilidad solidaria frente a los acreedores del causante, y en el aspecto interno, es decir, en sus relaciones recíprocas, con obligación de satisfacerlas a prorrata del valor de los bienes asignados a cada uno.

No debe olvidarse que es heredero quien sucede en las *relaciones jurídicas del decuius*. Ahora bien, todo causante pudo inter vivos renunciar, transmitir y enajenar libremente el contenido de sus relaciones activas—siempre que por su naturaleza fuesen susceptibles de disposición—; en cambio, sus relaciones pasivas, en su aspecto externo y relevante, de cualquier modo quedan fuera del alcance de su disponibilidad. Nadie puede renunciar a pagar una deuda, ni cederla con eficacia respecto a su acreedor sin contar con el consentimiento de éste. Pues bien, *mortis causa* tampoco hay inconveniente en que el causante distribuya preventivamente entre sus herederos aquellas relaciones activas, individualizándolas—como si lo hicieran ellos mismos después de heredar—. Como tampoco hay obstáculo en que, a efectos puramente internos, —*inter heredes*—determine las relaciones pasivas que cada uno de ellos deberá cumplir. Pero a lo que no alcanza el poder del testador es a distribuir con eficacia frente a los acreedores las relaciones pasivas que con éstos tenga. Eso cae fuera del campo de sus atribuciones, como tampoco está en manos de sus herederos el distribuirlas en partición a efectos de su respectiva responsabilidad ante el acreedor. Así resulta claramente del art. 1.084 C. c., que no es más que otra aplicación de la doctrina general que transpira en el art. 1.205 C. c.; así como del mismo concepto de obligación y del fenómeno sucesorio. No olvidemos que, como dijo Bonfante (255), en la idea de la *sucesio* tiene más importancia la subrogación en las cargas que la adquisición en los derechos, ya que éstos pueden ser individualmente atribuidos a alguno de los herederos, o incluso a terceras personas mediante legados.

Por lo tanto, no basta la asignación particional de bienes concretos, que el causante verifique entre sus presuntos herederos, para privar a éstos de ese título sucesorio (256).

A Ortega Pardo (257) también se le suscitó una duda semejante a la que acabamos de referirnos: «No nos parece correcto—dice—afirmar que el artículo 1.056 permite instituir en bienes

(255) «*Corso di Diritto romano*», VI (Citta di Castello, 1930), pág. 46.

(256) Otra cosa será, como veremos al examinar el párrafo 2.º de este mismo artículo 1.056, si el testador asigna metálico no existente en la herencia para el íntegro pago de alguno de los llamados, cuya satisfacción sólo se podrá conseguir a través de una prestación de aquél, o aquéllos, que fueren asignatario, o asignatarios, del contenido activo del haber relicto. Tanto más cuanto que esa disposición parece denotar la intención del testador de que sólo sobre tales asignatarios pese igualmente el contenido pasivo de la herencia.

(257) «*Heredero testamentario y...*», loc. cit., pág. 335.

«determinados sin que los herederos dejen de suceder a título universal. Parece más claro y correcto decir que a pesar de suceder en bienes determinados, los así instituidos siguen siendo herederos—no obstante lo dispuesto en el artículo 660—porque la ley concede ese poder al testador cuando es él quien efectúa la partición y desea que los que suceden en bienes concretos sigan siendo herederos».

En realidad, a juicio nuestro, no puede decirse que el ejercicio de la facultad concedida en el art. 1.056 suponga institución en bienes determinados, ni, por lo tanto, tampoco cabe que los herederos, entre quienes el causante verificó la partición, «sucedan en bienes determinados». La institución y la sucesión se refieren al todo, lo único que individualiza el causante es el contenido del activo atribuido. Cada uno de los herederos, junto con los demás, sucede en todas y cada una de las relaciones activas y pasivas del *decurtus*. Solamente, ocurre que el contenido de aquellas relaciones activas ha sido previamente distribuido, cosa que entra en las facultades del causante y en consecuencia esa concreción se verifica sin solución de continuidad. Mientras que las relaciones pasivas, por escapar de dicha facultad el poder individualizarlas sin consentimiento de los acreedores, siguen afectando solidariamente a todos los herederos. Cada uno de ellos subentra en las relaciones jurídicas pasivas de su causante, con lo que se distinguen netamente de los sucesores a título particular.

Precisamente la diferencia fundamental entre el instituido en cosa cierta y el heredero a quien el causante le asignó ciertos bienes concretándole su activo, estriba en lo siguiente: Se entiende que el testador quiso que el instituido en cosa cierta le sucediese exclusivamente en aquella relación activa, de propiedad de la cosa, que le atribuyó, pero no en las demás relaciones activas ni en las pasivas. Por eso no es heredero. Sólo lo sería si probase que, al igual que se entiende en los supuestos del § 1.º del art. 1.056, el testador se limitó a individualizarle el contenido de su participación en las relaciones activas y quiso que sufriese las pasivas como verdadero continuador suyo.

Por lo tanto, también a los herederos entre quienes el causante distribuyó el haber, debe aplicárseles el art. 1.084 C. c., cuyo carácter general hace que sea sin duda extensivo, lo mismo que a las demás particiones, a la división hecha por el testador.

«Hecha la partición—dice su § 1.º—los acreedores podrán exigir el pago de sus deudas por entero de cualquiera de los herederos que no hubieren aceptado la herencia a beneficio de inventario, o hasta donde alcance su porción hereditaria en el caso de haberla admitido con dicho beneficio».

Añadiendo su § 2.º: «En uno y otro caso el demandado tendrá derecho a hacer citar y emplazar a sus coherederos, a menos que

por disposición del testador, o a consecuencia de la partición, hubiere quedado obligado él solo al pago de la deuda.»

El primer párrafo regula las relaciones externas de los herederos con relación a los acreedores, de las que resulta la situación de solidaridad pasiva de aquéllos. El segundo párrafo se refiere a las relaciones internas entre los coherederos; aunque con la posible repercusión procesal que, en su caso, suponga para el acreedor, la citación y emplazamiento, reclamada por el demandado, de otro, otros o todos sus demás coherederos.

El apartado primero determina que en ningún caso la partición modifica la posición de solidaridad en la que se hallan los herederos respecto a las relaciones pasivas del *decurus*.

En este aspecto externo, la responsabilidad solidaria, según el § 1.º del art. 1.084 de cualquier heredero, aunque su cuota haya cristalizado en bienes concretos en la partición que hizo el causante, se contrapone a la falta de responsabilidad directa de primer grado de quien fuera meramente legatario de idénticos bienes. Salvo, claro, las cuestiones que se suscitan en el especial supuesto del art. 891, expuestas en el capítulo anterior.

El segundo párrafo del art. 1.084 nos lleva a la conclusión de que en orden a las relaciones internas, entre los coherederos, la obligación pasiva de cada uno debe entenderse proporcional a la cuota en que haya sido instituido heredero, a no ser que se hayan adjudicado las deudas en proporción distinta. Es decir: que, a falta de dicha expresa determinación, cada uno de ellos debe sufrir las deudas a prorrata de la cuota que se le haya atribuido, independientemente de que reciba bienes del caudal en cuantía mayor, por haber sido favorecido con algún prelegado o con donaciones no colacionables, o en menor proporción, por sufrir la carga de algún legado o fideicomiso singular. Y por lo tanto, independientemente también, de que la valoración hecha por el testador, con su personal criterio, le haya favorecido o perjudicado objetivamente, o que, dado el momento con referencia al cual fijó la valoración, ésta le haya resultado ventajosa o desfavorable (258).

De ello resulta, en este aspecto, una clara diferencia frente a la solución señalada en el art. 891 para el caso de distribución de la herencia en legados—o en instituciones en cosa cierta, por la llamada del art. 768—. La proporcionalidad en el art. 891 se refiere a las respectivas cuotas de valor, sólo determinadas y determinables valorando las asignaciones respectivas. En cambio,

(258) En cambio, habrá concordancia perfecta entre la participación del activo, distribuido por el testador, y la parte que a efectos internos correspondía a cada heredero en las deudas hereditarias, siempre que el testador haya instituido herederos a los adjudicatarios en proporción al valor de los bienes que les haya asignado. A excepción—es claro—de que él mismo hubiese fijado su valoración y no resultare totalmente correspondiente al valor que tuviere, objetivamente determinada, en el momento de la delación.

en supuestos de partición, y concretamente en la verificada por el testador, la proporcionalidad va referida a las cuotas de institución, independientemente de que el valor de los bienes asignados sea mayor o menor (bien a consecuencia del personal criterio valorativo del testador, o en virtud de disposición de prelegados a favor de alguno de los instituidos, o por ordenar la afección personal contra de otro heredero al pago de algún legado).

E) *La asignación de bienes concretos hecha por el testador al amparo del § 1.º del art. 1.056, para satisfacer a un heredero forzoso su cuota legitimaria en la que le instituyó heredero.*

Estamos ante los supuestos en que la cosa o cosas señaladas en pago de la legítima se atribuyen en la asignación particional y no en la disposición propiamente dicha. Restan, por lo tanto, fuera de examen los supuestos de atribución de legados de cosa cierta en pago de la legítima, porque, en estos casos, la cosa es materia inmediata de la disposición y la porción legitimaria queda reducida a ser el receptáculo de la disposición.

En cambio, los supuestos que nos interesan son aquellos en los que, habiéndose dispuesto testamentariamente de la porción legitimaria, se asignan unas o varias cosas en partición practicada al amparo del art. 1.056, a fin de concretar la anterior disposición. Claro está que, en esos actos particionales verificados por el causante, la imposibilidad práctica de separar de modo perfecto la materia propiamente divisoria y la estrictamente dispositiva, deberá tenerse muy presente, y, como veremos, repercutirá en la solución de alguna de las cuestiones que se plantearán.

Comenzando por enfocar la parte dispositiva podemos distinguir dos supuestos. Primero, si el testador ha expresado que instituí—entre otros— a los legitimarios herederos en el quebrado correspondiente a su parte viril. Segundo, si después o previamente a instituir a uno o varios herederos—en tal o cual proporción o cuotas—, expresó con palabras comunes que reservaba, o dejaba, a alguno, o a algunos, de sus herederos forzosos lo que por legítima les correspondiese. Caso, este segundo, de legítima dispuesta con palabras comunes, que, como expusimos en la primera parte del presente trabajo, debe entenderse atribuída como legado de parte alicuota.

En consecuencia, de los cuatro supuestos que habíamos distinguido al trasplantar de la mejora a la legítima la regla de la ley 19 de Toro y la doctrina de los autores que la interpreta-

ron (259), de momento sólo nos interesan los dos primeros: Disposición de la legítima a título de herencia y asignación por el causante de bienes determinados para su satisfacción. Y atribución de la legítima como legado de parte alícuota, también con asignación de cosas determinadas para su concreción.

Vamos a analizar ambos casos, planteando en cada uno de ellos los dos problemas generales antes estudiados en torno al art. 1.056. Es decir: la divergencia entre el valor de la cuota dispuesta y el de la asignación concreta realizada con carácter particional por el testador; y la cuestión de la responsabilidad de cada asignatario por razón de las deudas del causante.

a) *Supuesto de asignación de bienes inferior a la legítima dispuesta.*

La solución es fácil. Nos la brinda el texto de los artículos 1.056, § 1.º, y 1.075 del Código civil.

Sólo deberá pasarse por la partición hecha por el testador «en cuanto no perjudique a la legítima de los herederos forzosos».

La partición hecha por el difunto podrá ser impugnada por causa de lesión «en el caso de que perjudique a la legítima de los herederos forzosos».

Esa legítima debe fijarse conforme determina el artículo 818, y no puede dejarse al criterio personal del testador el momento en que haya de realizarse su valoración ni la computación de ésta. En el instante de la delación (260) debe juzgarse la suficiencia de la asignación. Y en caso de no estar de acuerdo los legitimarios con la estimación hecha por el testador, sólo en juicio puede fijarse las valoraciones que podríamos denominar oficiales, que corresponden a la legítima y a los bienes asignados para su pago.

La concordancia o discordancia, entre legítima y asignación, existente en el momento en que el causante practicó la división no tiene trascendencia. Hay que atender al instante de la muerte del causante para realizar la comprobación. La discordancia originaria puede haber quedado subsanada en el momento de la delación: sea por disminución de la fortuna del causante o por aumento del valor de los bienes asignados. En cambio, la concordancia originaria puede perderse posteriormente: por aumentar la masa líquida del caudal, por disminución del valor de los bienes asignados, por pérdida o enajenación de alguno de ellos o

(259) No olvidemos que la citada ley 19 de Toro, según GARCÍA GOYENA: (*Concordancias...*, vol. cit., pág. 263), es uno de los antecedentes del art. 800 del Proyecto de 1851 y, por lo tanto, del vigente § 1.º del art. 1.056, C. c.

(260) Como momento al que se retrotrae la aceptación (art. 989, C. c.), y en el que se entiende transmitida automáticamente la posesión de bienes hereditarios (art. 440 en rel. con el 430, cuando la partición la haya hecho previamente el testador).

simplemente por aumento de valor no sincrónico de algunos bienes de la herencia que, en perjuicio de algún legitimario, destruya la perfecta proporcionalidad inicial. En cualquiera de estos casos la partición debe corregirse.

Al efecto, debe tenerse en cuenta lo dispuesto en el artículo 1.077 del Código civil (261) y su interpretación por la Sentencia de 19 de mayo de 1945 (262).

b) *Supuesto de asignación de bienes superior a la legítima dispuesta.*

Vamos a cotejar la doctrina de los comentaristas de las leyes de Toro, respecto a la mejora con asignación de bienes, y la que puede desprenderse del artículo 1.056, para la asignación de cosas ciertas en pago de la legítima. Pero antes recordaremos que ya Covarrubias se preocupó de si el padre podía asignar determinadas cosas ciertas al hijo en pago de su legítima. Resolviendo que sí podía (263)—por deducción, *sensu contrario*, de la ley «Quonian in prioribus» (264)—, con tal de que la cosa asignada no fuese de inferior condición que los demás bienes de la herencia y se perjudicase al hijo en la legítima («modo res illa non sit admodum deterior caeteris rebus hereditariis, et ex hoc fiat fraus legitime portioni» (265).

Como dijimos (266), los comentaristas de las leyes taurinas distinguieron la mejora de cuota con asignación de bienes, la me-

(261) Dice así el art. 1.077 C. c.: «El heredero demandado podrá optar entre indemnizar el daño o consentir que se proceda a nueva partición. La indemnización puede hacerse en numerario o en la misma cosa en que resultó el perjuicio. Si se procede a una nueva partición no alcanzará ésta a los que no hayan sido perjudicados ni percibido más de lo justo.»

(262) Conforme dicha Sentencia, la concesión y el uso de la facultad que se otorga en el art. 1.077 han de quedar supeditados a que, por las circunstancias con que, en la partición, aparezca producida la lesión, ésta sea reparable por cualquiera de los medios indicados en él.

(263) Op. cit., tomo I, *De testamentis*, cap. Raynaldus XVIII, § 2.º números 10 y 11, pág. 100.

(264) Codex III-XXVIII, 32. Esta ley sanciona la *actio ad supplementum*; y de su contenido resulta que el hijo no puede pedir que se le asigne la legítima en cosas que el padre expresamente legó, mientras no sufrá agravio en su derecho, y aun, en este caso, sólo le cabe ejercitar la acción para pedir el complemento.

(265) LLAMAS Y MOLINA (op. y vol. cit., Ley XIX, núms. 7 y 8, págs. 349 y s.) refiere la controversia que, en el comentario de esa ley décimonona, sostuvieron TELLO FERNÁNDEZ (núm. 1º) y MATIENZO (gl. I, núm. 2). TELLO entendió las palabras de COVARRUBIAS en el sentido de que la cualidad de la cosa sólo podía ser causa de perjuicio en la legítima cuando esa cualidad repercutía en el valor de la cosa, que así no alcanzaba el *mínimum* legítimario. De no ser así, a su juicio, tal doctrina estaría en contradicción con el criterio de las leyes XXIII, XXVI y XXIX de Toro. MATIENZO, en cambio, fué de la opuesta opinión.

(266) Recordemos las opiniones de ANTONIO GÓMEZ y de SANCHO LLAMAS, que referimos al comenzar este capítulo (notas 216 y 217).

jora de cosa cierta con imputación a cuota determinada y la mejora de cosa cierta sin imputación concreta a cuota determinada. Deduciendo que en los dos primeros casos, si el valor de la cosa excedía de la cuota debía reducirse la mejora a esa medida. Antonio Gómez (267) expresó que «si res assignata pro melioratione tertii equivalenceat plus quam tertium, et sit longe maioris valoris quam tertium, non debet filius melioratus habere totam rem pro melioratione tertii et quinti: quia mens et voluntas patris vel matris non fuit in plusquam tertio meliorare, et actus agerium non operantur ultra eorum intentionem, et limitata causa limitatum parit effectum».

¿Puede servir este criterio para interpretar—como argumento histórico—el artículo 1.056 y para solucionar las cuestiones que hemos planteado?

A nuestro juicio, no, como antes hemos expresado. No hay que olvidar la literalidad de las palabras «se pasará por ella en cuanto no perjudique a la legítima de los herederos forzosos» del artículo 1.056, así como el criterio del artículo 1.075. Ambos conceden al testador amplia libertad para determinar los valores de su herencia según su apreciación subjetiva y para precisar el momento de tal valoración, con el único límite de no perjudicar a las legítimas debidas.

Hemos convenido en que no cabe rescisión por falta de perfecta correlación entre el valor que a la muerte del testador corresponda a las cuotas atribuidas y el que entonces tengan los bienes que aquél asignó concretándolas. (Salvo en los casos de lesión de alguna legítima o si resultare, o racionalmente se presuma, que el testador quiso que se pudiese acudir al remedio rescisorio por lesión de más de un cuarto.) Por lo tanto, en el presente caso, los demás herederos no podrán reclamar por razón de que la asignación que el testador hubiese hecho a cualquier heredero forzoso, como concreción de su cuota legitimaria, exceda del valor correspondiente a la misma.

c) *Responsabilidad por las deudas hereditarias del legitimario a quien el testador instituyó heredero en su legítima y asignó, concretándola, bienes determinados para su satisfacción.*

Cuando el causante atribuya al legitimario carácter de heredero, permite que le sea aplicable, en su caso, el artículo 1.084 del Código civil. Tal como afecta a cualquier heredero, después de la partición, háyase verificado ésta en la forma que fuere (bien por los propios interesados, bien judicialmente, o por el contador partidor, o por el mismo testador).

En consecuencia, bajo este aspecto, no hay duda que el legitimario al que se le haya instituido en su cuota queda en situa-

(267) *Ad legem Tauri...* ley XVII. núm. 14. vers. «Item etiam». pág. 127.

ción más desventajosa frente a los acreedores que aquellos legitimarios a los que se les hubiera asignado su haber a través de legados de cosas específicas. E incluso, como vamos a ver, en peor situación que los que reciban la legítima por medio de un legado de cuota, tanto si el contenido de ésta fué determinado por el testador en la partición por él practicada, como si éste lo dejó sin concretar.

d) *Responsabilidad y afección por las deudas hereditarias del legitimario a quien el testador atribuyó su porción legal mediante un legado de cuota—expresamente o dejándole la legítima con palabras comunes—cuyo contenido le concretó en la partición practicada al amparo del artículo 1.056 C. c.*

En el capítulo próximo examinaremos la doctrina del legado de parte alícuota. Entonces veremos que el legatario de cuota no tiene responsabilidad directa y de primer grado frente a los acreedores del causante, y que sólo subsidiariamente, o por la acción de enriquecimiento injusto, podrá sufrir una afección *cum viribus*, limitada al contenido de su cuota. Aparte de la acción que contra él ejercite el heredero que hubiere pagado, cuando a consecuencia de la reducción del activo que aquella deuda suponga se disminuya el valor de todas las cuotas líquidas, y concretamente la del legatario parciario.

De esa doctrina es aplicable totalmente la primera parte, en lo relativo a la irresponsabilidad directa del legatario de cuota ante los acreedores del causante. En cambio, la afección subsidiaria, *cum viribus* y a prorrata sólo deberá sufrirla en cuanto el valor de los bienes asignados exceda, al fallecer el *decurus*, del valor de su cuota legitimaria definitiva. Ese exceso lo mismo da que sea debido a resultar, el legatario, beneficiado por el criterio valorativo del testador, como por haberse reducido la legítima a consecuencia de la aparición de nuevas deudas o por anteriores no conocidas. La razón de ello estriba en que el criterio subjetivo del testador al hacer las valoraciones y su elección del momento al cual las refiera, distinto al de la delación, no pueden perjudicar a terceros, como son los acreedores (268), lo mismo que tampoco cabe que puedan resultar en perjuicio de los propios legitimarios.

La segunda parte de aquella doctrina, es decir, la cuestión del reajuste de cuota entre heredero y legatario parciario, en el caso de reducción del haber por aparición de deudas anteriores, no la entendemos aplicable, de modo general, en los casos de partición hecha por el testador con asignación de bienes para concreción de los respectivos haberes de heredero y legatario parciario. Se trata de un problema que se habrá de resolver, individualmente en cada caso, interpretando la voluntad del testador partidor. Pero, en

(268) Así lo reconoce la Sentencia de 25 de octubre de 1911.

principio, no hay que olvidar que el legatario de cuota no responde personal ni directamente de las deudas del caudal hereditario. Es—como veremos—un legatario de cuota de activo líquido—y a ser posible liquidado—. Por lo tanto, debe entenderse que el testador, al hacer la partición, si no ha dicho lo contrario, le habrá adjudicado, según su criterio subjetivo de valoración, bienes equivalentes al valor de su cuota ya liquidada; y que a los herederos les haya asignado bienes suficientes, según su propio criterio, para cubrir sus haberes y pagar las deudas hereditarias. Claro que la opinión contraria podrá deducirse, sin necesidad de expresa declaración, por racionales indicios; v. gr.: si el testador ha valorado las adjudicaciones, y comparando las valoraciones de lo asignado a los legatarios de parte alícuota y las correspondientes a lo atribuido a los herederos, resulta que se han asignado a aquéllos bienes que cubren su parte alícuota referida al caudal en bruto, es decir, sin deducción de las deudas.

Finalmente, conviene hacer notar una diferencia que puede existir entre la posición del legitimario a quien su legítima le fué atribuída mediante legados de una o varias cosas ciertas, si también el resto de la herencia se distribuyó en legados, y la situación del legitimario al que se le dejó su cuota legal mediante un legado de parte alícuota concretado particionalmente, por el propio testador, en bienes determinados. La diferencia se percibe claramente cuando, en uno y otro caso, el causante contraiga, o aparezcan, nuevas deudas que mermen el caudal después de hecha la asignación. En el aspecto interno los legitimarios legatarios de cosa cierta, cuando la herencia se distribuyó en legados, entrarán en el prorrateo de las deudas con los demás legatarios en proporción al valor de sus legados, mientras su legítima quede cubierta. En cambio, el legitimario legatario de parte alícuota, cuyo haber se le asignó concretamente en la partición hecha por el testador, en principio, por las razones antes expuestas, no puede resultar afectado por esas nuevas deudas, salvo que el testador haya mostrado expresamente, o tácitamente se deduzca, que es distinta su voluntad. Y aun, en este caso, la reducción no debería operarse en proporción al valor que oficialmente resulten tener los bienes asignados al legitimario legatario de cuota, como señala el supuesto del artículo 891, sino a tenor del quebrado que su dicha cuota represente respecto al haber, aunque el valor de los bienes asignados en su adjudicación resulte menor. Lo que es otra consecuencia de la libre facultad valorativa que corresponde al testador partidor, cuyo criterio subjetivo es soberano e inapelable, mientras no lesione las legítimas, no sufra error en su voluntad y no exprese, ni tácitamente resulte, su voluntad de que pueda rescindirse o revisarse la partición en caso de no ajustarse los valores por él determinados con los que correspondan en la fecha de la delación.

E) *Alcance y naturaleza de la facultad de disponer que se satisfagan en metálico las legítimas, concedida en el § 2.º del artículo 1.056.*

No vamos a hacer un estudio completo de las múltiples cuestiones que puede suscitar el análisis del párrafo segundo del artículo 1.056 del Código civil.

Hay muchos y muy interesantes problemas cuyo examen nos apartaría del principal objeto de este estudio. Por eso no nos ocuparemos de ellos, pese a su valor vital para determinar los supuestos en que esa facultad paterna puede actuar. Tales son, especialmente, la determinación de lo que ese precepto entiende por «*interés de la familia*», justificante de aquel ejercicio, y la concreción de los conceptos de explotación agrícola, industrial y fabril (269).

Sólo nos interesa en esta ocasión el problema interpretativo antes enunciado: *alcance y naturaleza de la facultad concedida en este artículo al padre, que en interés de su familia quiera conservar indivisa una explotación agrícola, industrial o fabril, de disponer que se satisfagan en metálico las legítimas de los demás hijos* (270).

(269) De ambas cuestiones se está ocupando, en su tesis doctoral en elaboración, nuestro querido amigo y compañero ALBERTO BALLARÍN, con su fino ingenio y con renovación y trasiego de ideas—que no quiere significar cambio—, aireando la «casa» aragonesa con frondas de la mayor actualidad científica en Derecho comparado, en la especialidad y particular enfoque que se ha venido a llamar Derecho agrario.

(270) Otra cuestión a plantear se refiere a si la posibilidad concedida en el párrafo en cuestión alcanza a poder atribuir la explotación indivisa a un nieto o descendiente de ulterior grado del testador, aun a pesar de dejar éste hijos vivos. Nos parece indudable la solución afirmativa cuando el descendiente mediato sea legitimario, por prelación del descendiente o descendientes intermedios entre el testador y el destinatario de la explotación. En el caso contrario, es decir, si el descendiente mediato no es legitimario, la letra del precepto, tal vez más que su espíritu, parece suponer un obstáculo más difícil de salvar. No obstante, la clásica extensión a todos los descendientes de la palabra «*hijos*»—recogida por el Tribunal Supremo (Sentencias 31 diciembre 1895, 3 octubre 1903 y 17 mayo 1918), lo mismo tratándose de herederos voluntarios que forzosos (Sentencia 19 octubre 1899)—puede ser el puente que permita superar ese obstáculo, no sólo en el primer supuesto, sino incluso en el segundo caso.

Contrariamente, vemos cómo SÁNCHEZ ROMÁN (op. y vol. cit., pág. 1994) dice que se concede aquella facultad «sólo al *padre*, y no al *ascendiente*, ni al descendiente, ni a otro testador cualquiera».

En cambio, COVIÁN (*Partición de herencia*, en *Enciclopedia Jurídica Española* Seix, t. XXIV, pág. 360), a quien sigue BONET (en la 6.ª ed., volumen VII, de los *Comentarios al Código civil de Manresa*, pág. 639), entiende que esa facultad se concede al testador con relación a todo descendiente y que el beneficiado puede ser un nieto por razón de que también puede mejorarse en los dos tercios. Criterio que sin duda sigue la S. de 17 noviem-

a) Bajo ese aspecto la primera cuestión a resolver se refiere a *si el metálico que el sucesor en la explotación agrícola, industrial o fabril debe pagar a los demás hijos del testador, tiene que hallarse en el caudal relicto o bien puede pertenecer al destinatario u obtenerlo éste en la forma que sea.*

Varias opiniones al respecto se han expresado por la doctrina. Mucius Scaevola (271) consideró que, «dada la amplitud de facultades concedidas en la primera parte del artículo 1.056, su segundo párrafo estaba de más». Entendiendo que resulta una redundancia innecesaria, ya que en el primer párrafo del artículo, «a dicho testador no se le ponen más trabas, en uso de esas atribuciones, que las que el propio precepto tácita o expresamente comprende, entre las que no se halla ninguna que haga referencia a la clase de bienes que haya de adjudicar a cada heredero». Añadiendo que el comentado párrafo segundo «se encuentra virtualmente en armonía con el artículo 1.062, pues en éste se prevé que cuando una cosa sea indivisible o *desmerezca mucho por su división*, podrá adjudicarse a uno en calidad de abonar a los demás el exceso en dinero», con la única particularidad de evitarse la aplicación del inciso final de ese artículo, por ser contrario a los fines perseguidos en el párrafo segundo del artículo 1.056, es decir, eliminándose la posibilidad de que a petición de cualquiera de los herederos se proceda a la venta con admisión de licitadores extraños.

Bastante más recientemente, Ortega Pardo (272) ha vuelto a tachar de innecesaria y sorprendente redundancia y ha calificado de absurda la disposición del párrafo segundo del artículo 1.056, por creer que «la facultad que en ese párrafo se otorga al padre queda ya comprendida en la primera parte del artículo».

Observaremos que si realmente se pretende reducir la facultad concedida en ese párrafo segundo, de ordenar el pago de las legítimas en metálico, al supuesto de que lo haya en la herencia, como al parecer pretende Ortega, ciertamente este párrafo sobra por inútil y es redundante con el primero. Pero no es lícito dar a un precepto una interpretación tal que le inutilice y que, además,

bre 1925 al decir que se infringe el art. 1.056 y concordantes, cuando la Sala, con notorio error de hecho y de derecho declara inoficiosa la donación que de los dos tercios de la herencia hizo un testador a su nieta, estableciendo que si la expresada donación excediera de los dos tercios mencionados, se abonará en metálico a los demás herederos el exceso. Aunque, tal vez, este caso caía más bajo la órbita de los arts. 821 y 829 C. c., análogicamente aplicado aquéll a las donaciones y combinado el segundo con el primero. (No olvidemos que el concepto de cosa cierta es latamente aplicable a las universalidades si orgánicamente suponen una unidad.)

(271) Op. y vol. cit., págs. 281 y s.

(272) *Naturaleza jurídica del llamado «legado en lugar de legítima»* (Madrid, 1945), pág. 145; y *Heredero testamentario y heredero forzoso*, en ANUARIO DE DERECHO CIVIL, III-II, pág. 336.

lo haga inadecuado a los fines por él perseguidos y enunciados. En cambio, si se quiere interpretar este segundo párrafo combinando el párrafo que le antecede con el artículo 1.062, pero excluyendo la facultad de pedir la venta en pública subasta de la cosa indivisible—como pretende realmente Scaevola—entonces el precepto ya no es inútil. Y, además, observaremos que sin esa facultad de pedir la venta en pública subasta, la adjudicación de la cosa toda a uno solo de los copartícipes excede del ámbito de lo meramente particional.

Sánchez Román (273) dice, algo ambiguamente, que el párrafo que comentamos «no es un precepto distinto, aunque sí nuevo, por lo expreso en nuestro Derecho, sino una aplicación de lo dispuesto en el párrafo anterior del mismo artículo. Lo único que pudiera tener aquel carácter es su última parte relativa a que se satisfaga en *metálico* su legítima a los demás hijos».

Castán, por una parte, considera que la autorización del segundo párrafo sólo es «una simple aplicación particular» de la facultad de hacer la partición (274). Mientras, en otro lugar, al señalar que no es absoluto el criterio legal de considerar al legitimatario como heredero con derecho a bienes determinados, cita en prueba de ello la posibilidad de transmitir indivisas explotaciones «a uno de los herederos, que satisfaga en metálico su legítima a los demás» (275).

Manresa (276) con toda claridad resuelve: «Si hay en la herencia metálico para ello (para el pago por dicho medio de las legítimas de los demás hijos), desde luego con él se realizará el pago, pero si no lo hay, como será lo más frecuente, el precepto también habrá de respetarse. ¿Cómo? Vendiendo, caso contrario, otro objeto para ese fin, o imponiendo, en último término si no hubiere otro recurso, al mismo favorecido esa obligación». Añadiendo que «en esto el Derecho común se aproxima a la legislación especial de Cataluña».

De esta opinión fué López R. Gómez (277), en cuanto admitió la posibilidad de que el adjudicatario de la industria sufrague con su propio numerario las legítimas de sus hermanos.

Y este criterio ha sido aceptado en general, coincidiendo en este extremo Roca Sastre (278), Sanz Fernández (279), González

(273) Op. y vol. cit., pág. 1994.

(274) Op. y vol. cit., pág. 517.

(275) Vol. cit., pág. 270.

(276) Op. y vol. cit., pág. 640.

(277) Op. y vol. cit., pág. 237.

(278) *Naturaleza jurídica de la legítima*, en Rev. Dr. Priv., T. XXVIII, (Marzo, 1944), pág. 208; opinión que reitera en sus Notas al *Kipp*, vol. cit., § 135, pág. 337.

(279) *Comentarios a la nueva Ley Hipotecaria* (Madrid, 1945), pág. 144, nota 12.

Palomino (280), Porpeta (281) y Fuenmayor (282). Este separa el supuesto de que haya metálico en la herencia—que encaja en el párrafo 1.º del artículo 1.056—y el caso de que no lo hubiere, que es el previsto en la facultad especial que concede el párrafo 2.º del mismo artículo. El hecho de que este último párrafo se refiere precisamente al supuesto en que falte metálico en la herencia se constata, a juicio de Sanz y de Porpeta, porque «si existe (el metálico), el hijo favorecido con la explotación agrícola, industrial o fabril, no tiene obligación de pagar las legítimas, ya que no está facultado para hacerse cargo del metálico». Precisan-do González Palomino que, en el caso que estudiamos, «*el heredero no está autorizado para el pago, sino obligado a hacerlo, que es algo diferente*» (283).

b) *¿Por qué título deben entenderse atribuidas las legítimas cuando el ascendiente testador, usando de esta cuestionada facultad, disponga que se satisfagan en metálico?*

Castán (284), al afirmar que no es absoluto el criterio del Código civil de considerar a los legitimarios como herederos, señaló como un caso característico que se aparta de la regla general, el

(280) *Estudios de arte menor de Derecho sucesorio, El acrecimiento de la mejora*, en «Anales de la Academia Matritense del Notariado», t. II, pág. 547, nota 1.

(281) *Naturaleza jurídica de la legítima*, conferencia en el Colegio Notarial de Barcelona, recogida en «Estudios de Derecho sucesorio», pág. 203.

(282) *Intangibilidad de la legítima*, en ANUARIO DE DERECHO CIVIL, I-I, página 64, y *La mejora de labrar y poseer*, verdadera maravilla de orfebrería jurídica, publicado en el mismo Anuario, I-III, págs. 901 y s.

(283) Cuestión más delicada es la relativa a si el heredero podrá satisfacer las legítimas a través de una pensión de tipo censual, como las *rentas en sacco* gallegas.

LÓPEZ R. GÓMEZ (op. y vol. cit., págs. 272 y s.), después de observar que deben tenerse presentes los fines que la expresada norma se propone, conviene en que lo preceptuado «no es, ni puede ser tan absoluto, que no admita varias combinaciones del testador o de la voluntad de los interesados, a la vez satisfactorias a los derechos de todos; mucho más cuando puede muy bien suceder que en la herencia no exista metálico bastante a ese efecto y que el adjudicatario de la industria tampoco pueda sufragarlo».

SÁNCHEZ ROMÁN (vol. cit., pág. 995) opina que «la posibilidad legal que se reconoce de que se disponga el pago en metálico de su legítima a los demás hijos, no es *preceptiva* sino *permisiva* y, por tanto, no hay obstáculo legal en que se arbitre otra forma de compensación si la naturaleza y valor respectivo de los bienes lo permitiera».

Por el contrario, FUENMAYOR (*La mejora de labrar y poseer*, loc. cit., página 902), siguiendo a PÉREZ PORTO, observa «que no cabe olvidar que se trata de un precepto de excepción, de una derogación de las reglas generales sobre división de herencias y que, por tanto, sólo puede aplicarse a los casos textualmente comprendidos en él». Entendiendo que los célticos *petrucios* con sus *rentas en sacco*, sólo pueden salvarse si se considera a la *mejora de labrar y poseer* «como institución consuetudinaria de carácter foral, vigente al amparo del artículo 12 del Código civil».

(284) Op. y vol. cit., pág. 270.

supuesto del párrafo 2.º del artículo 1.056. Idea semejante había expresado Clemente de Diego (285), al referirse a los casos de adjudicación de aquellas cosas que desmerezcan mucho con la división (art. 1.062), diciendo que en este caso, como en los otros que cita, parece orientarse la legislación hacia la legítima simple derecho de crédito.

Porpeta (286) observa que varios pasajes del Código «aceptan o presuponen formas de pago distintas de la partición herencial en sentido técnico», entre los que señala la norma que estudiamos; y dice que, excepcionalmente, en estos casos, la legítima es un legado de dinero.

Dávila García (287), para quien la legítima es siempre incompatible con el título hereditario, siendo aquella normalmente, a su juicio, la atribución a título singular de una *pars bonorum*, admite que en ciertos casos, entre los que se cuenta el supuesto que examinamos, se transforma en una *pars valoris*. También Roca Sastre (288) considera que, en la hipótesis contemplada, la legítima tiene «perfecta y permanente configuración de titularidad sobre una fracción del valor pecuniario del patrimonio relicto», y que los hijos perciben su *pars valoris bonorum* como legado en dinero.

Por el contrario, según hemos visto, para Mucius Scaevola y Ortega Pardo (289) el ejercicio de la facultad concedida en el párrafo 2.º del artículo 1.056, por no ser sino aplicación de la concedida en el apartado anterior, es de carácter meramente particional y, por lo tanto, no modifica el carácter de heredero que, a su entender, corresponde a los legitimarios.

La discusión no es meramente teórica. Tiene importantes repercusiones prácticas. Si al legitimario apartado de la explotación, cuyo derecho deba satisfacerse en metálico, le consideremos como heredero (al que por acto meramente particional, o si se quiere híbrido entre la partición y la enajenación, se le ha cambiado, por su valor en dinero, la parte de bienes que le correspondía), no dejará de sentir el peso de la norma del artículo 1.084 C. c., que le impondrá responsabilidad solidaria frente a los acreedores de la herencia. Y aunque esa pretendida expropiación se entendiese que es un acto de enajenación, habría que aplicar, a su lado activo, el artículo 1.532 C. c. y en su aspecto pasivo, el art. 1.205, con lo cual no se liberaría de aquella responsabilidad solidaria. No creemos que aquí, como tampoco en la legítima de los hijos naturales, haya sido esta la *mens legis* del precepto que acabamos de interpretar. Por este camino, llegaríamos a un resultado evidentemente in-

(285) Op. y vol. cit., págs. 225 in fine y 226.

(286) Loc. cit., págs. 172 y 199.

(287) *Herederos y legitimarios*, en Rev. Crit. Dr. Inmob., T. XIX (octubre 1943), pág. 666.

(288) *Naturalaleza jurídica de la legítima*, loc. cit., pág. 208, en rel. con las páginas 195 y ss.

(289) Locs. ult. cit.

justo para los legitimarios a quienes se les paguen en metálico sus derechos estrictos. La injusticia del resultado nos basta para rechazar de plano esa interpretación que a él nos llevaría.

Pero además, estimamos que a esa injusticia, teleológicamente vista en la tesis que combatimos, se le suma un error previo derivado de prejuicios dogmáticos.

«Ciertamente la letra del párrafo 2.º del artículo 1.056 habla del padre que en interés de la familia quiere conservar indivisa la explotación de que se trate, permitiéndole *usar de la facultad concedida en este artículo*. Es decir, la de hacer la partición de sus bienes. Pero, no hay que olvidar que en la partición, los bienes no sólo se distribuyen entre los herederos. También los legatarios de parte alícuota, si los hubiere, deben en ella ver satisfechos sus derechos. Esa es la premisa mayor de nuestro silogismo. La menor la dimos por demostrada al finalizar la primera parte de este trabajo: Todo legitimario a quien se le *deje* su porción legal, expresándolo así el testador, con palabras comunes, no será heredero de ellas, sino un legatario de esa cuota.

Suponemos que, aun entre los que acepten nuestra tesis, no faltarán quienes nos hagan esta objeción: Conformes cuando la cláusula testamentaria o particional diga, v. gr.: «Instituyo heredero universal a mi hijo A., quien por consiguiente adquirirá la explotación H que constituye todo mi haber, con la obligación de pagar en metálico a mis otros hijos B, C y D lo que por legítima les corresponda». O ésta: «Dejo a mis hijos B, C y D lo que por legítima les corresponda. Instituyo heredero a mi hijo A, a quien asigno íntegramente la explotación industrial H, único bien que poseo, con la obligación de satisfacer en metálico a sus hermanos sus respectivas legítimas». Pero—añadirán—¿quid si la atribución fuese de este tenor?: «Instituyo herederos en su respectiva cuota de legítima estricta a mis cuatro hijos A, B, C y D. Mejoro y lego a mi hijo A los tercios íntegros de mejora y libre disposición. Y quiero que la explotación industrial H, que constituye todo mi haber, sea íntegramente adjudicada a mi expresado hijo mejorado A, con la obligación, por parte de éste, de pagar en metálico a sus otros hermanos el valor que por sus legítimas respectivas les corresponda».

Contestamos: Conforme al artículo 675 la voluntad del testador es ley de la sucesión. Ni el empleo, ni la falta de utilización de la palabra *heredero* son decisivos. Dichos datos deben subordinarse a la verdadera intención del testador, resultante generalmente del contenido de la disposición. Así se deduce de los artículos 668 y 768 Código civil. El testador que dispone que se pague a un legitimario su mínimo haber legal precisamente en metálico, que ni siquiera se halla en la herencia, sin duda alguna no quiere atribuirle la posición jurídica de heredero, ni en su aspecto activo ni verosíblemente en su lado pasivo. Lo de menos es que, al desig-

narlo, haya usado la palabra heredero si no le ha dado a ésta su debido significado.

Por otra parte, tampoco podemos olvidar, como reconocimos al comentar el primer párrafo de este artículo 1.056, que en su ejercicio el ámbito de lo particional no es totalmente separable del terreno de lo dispositivo, por lo menos en cuanto se refiere al aspecto cuantitativo de la disposición. Pues bien, aquella inseparabilidad se acentúa extraordinariamente, hasta alcanzar matices cualitativos, en la singular facultad del párrafo 2.º del artículo 1.056. Su ejercicio penetra en la misma sustancia de la disposición. Así nos lo demuestra la total eliminación del requisito de la pública *licitación*, con admisión de extraños, característico de la partición de cosas indivisibles según resulta de los artículos 404 y 1.062 del Código civil.

c) *¿Qué posición es la del legitimario en tanto el asignatario de la explotación no le haya abonado su legítima? ¿Tiene un simple derecho personal, un crédito contra el asignatario, o bien está especialmente protegido y garantizado con afección de los bienes hereditarios?*

Sanz Fernández (290) explica el fenómeno adquisitivo del asignatario de la explotación diciendo que su título adquisitivo es doble: «1.º El de herencia, en cuanto a la parte que el testador podía disponer libremente. 2.º Un título extraño a la herencia, que con toda exactitud se ha asimilado a la adjudicación para pago de deudas, en el resto de la explotación». Por lo cual, concluye: «la situación del legitimario será idéntica a la que se produciría en caso de partición practicada voluntariamente por los herederos, quedando alguno de ellos obligado a indemnizar en metálico a los demás».

González Palomino (291) dice: «Aunque no haya hecho (el testador) sino una lisa y llana disposición de esta explotación en su testamento, esa cláusula es de naturaleza y contenido particional, y nada menos que con dos adjudicaciones: una, al beneficiario de la explotación, *en pago* de sus haberes (legítima, mejora, parte libre); otra, *para pago* de los haberes de los demás legitimarios.»

Y Porpeta (292), suscribiendo la misma opinión, dice que el

(290) Pág. y nota cit.

(291) Loc. ult. cit. Notemos que, a pesar de esa coincidencia de GONZÁLEZ PALOMINO con ORTEGA PARDO, en entender que la facultad particional del § 2.º del art. 1.056 es meramente particional, las opiniones de ambos se separan profundamente. Para González Palomino la legítima es atribuida por la ley «a título singular por un llamamiento de cuota» (op. cit., pág. 543). Por otra parte, ORTEGA (*Heredero testamentario* y... pág. 343) parece disentir del criterio de González Palomino cuando—éste—entiende que, de acuerdo con lo establecido en la segunda parte del art. 1.056, el padre puede ordenar que se pague a los otros hijos su legítima en dinero, aunque no exista metálico en la herencia.

(292) Loc. cit., pág. 203.

heredero del párrafo 2.º del artículo 1.056 «se halla, por otra parte, favorecido con un superávit y gravado con una obligación. Su título adquisitivo viene a ser doble: el de herencia por...; y otro de tipo no herencial, asimilable por entero a la adjudicación para pago de deudas, en cuanto al exceso de lo adquirido, es decir, por el valor que debe destinar al pago de las legítimas». Deduciendo, como consecuencia, que «siendo esta adjudicación, que pudiéramos llamar suplementaria, del tipo *para pago de deudas*, no podrá provocar para sí sola ninguna afección real de los bienes respectivos».

En otra ocasión mostramos nuestra disconformidad con la tesis de estos tres queridos compañeros y maestros (293). Allí defendimos la teoría que luego vinimos a llamar de la *superposición o sustitución relativa de llamamientos*—el testamentario y el legal—, anteriormente expuesta por el mismo Porpeta, y la extendimos más allá del pensamiento de éste, aplicándola al supuesto que estudiamos. Partimos de la idea de que en las facultades que confiere el párrafo 2.º del art. 1.056 se mezclan en forma inseparable lo particional y lo dispositivo. Y afirmamos decididamente que su ejercicio hace surgir «un derecho legitimario ordenado directamente en metálico, y una asignación testamentaria hecha directamente sobre toda la explotación». «Junto a esa asignación testamentaria de la legítima traducida en metálico, la designación hecha por el artículo 806—decíamos—queda en la penumbra, y aunque no caduca totalmente, mientras el legitimario no sea pagado, su vida es meramente latente (por el peso de la facultad conferida por la ley al testador)». Pero—añadíamos—si el llamado al todo incumple la obligación que se le impuso, «renace con vida propia el normal derecho del legitimario, armado con la *actio familiae erciscundae*».

A semejantes resultados llega otro querido compañero y maestro, Roca Sastre, en sus *Notas al Derecho de sucesiones* de Kipp (294). En ellas ha escrito: «Hay que entender que, mientras a los demás hijos no se les haga efectiva su legítima, mediante el consiguiente pago del dinero correspondiente (tanto si este dinero se reparte como abono de diferencias por exceso de adjudicación, o sea acto particional, o como objeto de un legado legitimario, y tanto si en la herencia existe o no dinero efectivo), entretanto subsistirá sobre el patrimonio relicto el derecho de legítima, el cual confiere a cada legitimario una titularidad respecto a una fracción del valor económico de dicho patrimonio..., cuya consumación se opera con su efectiva entrega al legitimario, de la misma manera que, según el artículo 838, se concreta o cristaliza o consuma la legítima del cónyuge viudo, una vez tenga asignada la correspondiente renta vitalicia o el derecho a percibir los productos

(293) *Notas para la interpretación del párrafo segundo del art. 1.056 y del artículo 863 del Código civil*. § I, en Rev. Gral. de Dr., núm. 27 (diciembre 1946, páginas 673 y ss.).

(294) Vol. cit., § 135, págs. 337 y ss.

de determinados bienes o una cantidad en dinero, quedando afectos todos los bienes de la herencia, mientras esto no se realice, al pago de tal legítima del viudo.» Añadiendo líneas después: «cuando el legitimario, sin resultar ser heredero, no es tampoco legatario, la reclamación dirigida a la efectividad de su legítima opera a la manera de acción de división de herencia; el legatario de lo que por legítima le corresponda, sin mayor precisión por el testador, hay que situarlo en este supuesto, así como al legatario parciario por legítima».

Como argumento teleológico a favor de nuestra tesis, en aquella ocasión, señalamos que sus consecuencias eran más justas y perfectas que las resultantes de la posición adversaria. Por proteger mejor los derechos de aquellos legitimarios cuya porción debe abonarse en metálico. Con la tesis de la adjudicación para pago (295), «los legitimarios podrían ser fácilmente burlados, pues al heredero le bastaría vender la explotación y quedar insolvente, para que el derecho de aquéllos se esfumase y se transformase en ilusorio si no se daban los presupuestos de la acción pauliana». En cambio, con la construcción que defendimos, el legitimario no podría quedar perjudicado por la enajenación de la explotación por el heredero, pues al mantenerse latente la designación legal del artículo 806, mientras el legitimario no fuere pagado le restaría entretanto como arma contundente la propia *actio familiae eriscundæ*.

Hoy, prácticamente mantenemos parecida solución. Pero con otra explicación técnica. En la primera parte de este trabajo, después de estudiar detenidamente la cuestión, abandonamos la tesis de la doble designación. Precisamente llegamos a la conclusión de que en nuestro Código civil no existe vocación forzosa alguna a favor de ningún legitimario—excepto el cónyuge viudo—y que la legítima jurídicamente, en nuestro Derecho, se traduce exclusivamente en una serie de limitaciones dispositivas.

En sus normas reguladoras de las legítimas el Código civil no hace llamamientos. Solamente reserva (en sentido de señalar su destino) cierta porción de los bienes a favor de determinadas personas. Únicamente permite al causante disponer «mortis causa» de la porción reservada precisamente a favor de esas personas. Sobre

(295) Notemos que la pretendida adjudicación no sería hecha para que el heredero «pague las legítimas», sino «para mantener indivisa la explotación». Este sería el fin de la adjudicación, mientras la obligación de pago de las legítimas sería la *consecuencia* de la realización de dicha adjudicación.

Por otra parte, aun en caso de darse en el supuesto estudiado la figura de adjudicación que negamos, sólo con la terminología usada por GONZÁLEZ PALOMINO (*La adjudicación para pago de deudas*, en Anales de la Academia Matritense del Notariado, t. I, págs. 213 y ss.), podría llamársele adjudicación para pago. Más correcto sería decir, siguiendo la lexicología de RIVAS BAS (*La dación, adjudicación y cesión de bienes en pago de deudas*, en Rev. Crit. Dr. Inm., año 1945, págs. 385 y ss.), *adjudicación en pago de la asunción de deudas*.

esta base vemos que, excepcionalmente, el párrafo 2.º del artículo 1.056 autoriza al testador para disponer de toda su herencia—concretada en una explotación—a favor de uno solo de sus descendientes. A éste, por lo tanto, le puede atribuir la parte de bienes reservada por la ley a los demás herederos forzosos. Pero dicha autorización excepcional sólo es conferida por la ley supeditándola a que el asignatario satisfaga en metálico a los demás legitimarios el valor de aquella porción, que les estaba reservada y de la que se ha permitido disponer al ascendiente testador, en interés de la familia, para conservar indivisa una explotación agrícola, industrial o fabril. Por lo tanto, en buena lógica, cabe sostener que mientras dicho pago no se haya consumado la reserva seguirá latente, repercutiendo así en la titularidad y disponibilidad del heredero. Así, la afección de los bienes al pago de las legítimas se mantendrá, aunque aquéllos hubiesen pasado a manos de terceras personas, en tanto los legitimarios no hayan percibido el metálico correspondiente. Tanto más cuanto que el causante y menos aún el heredero por sí solo, no están facultados para fijar unilateralmente la cuantía de las legítimas a pagar.

La explotación tiene su destino prefijado, pero la plena titularidad del designado, que le permita disponer sin arrastrar como un lastre la afección legitimaria, sólo la consolidará, después de determinada la cuantía de aquellos derechos—bien de común acuerdo o por decisión judicial—, cuando los haya satisfecho, o verificada la consignación de su importe en su totalidad y en debida forma (296).

(296) Por eso entendemos que la constatación registral de una partición verificada por el causante en uso de las facultades que le concede el art. 1.056, § 2.º, a la vez que asienta la atribución de dicha explotación al heredero, significa la expresión de la afección de los bienes que la constituyen al pago de las legítimas cuya satisfacción en metálico fué ordenada. Afección que debe durar mientras no conste dicho pago o la consignación, hecha en forma, del valor correspondiente. Por ello, creemos que la aplicación del art. 15 L. H. debería extenderse al supuesto que estudiamos.

A favor de su aplicabilidad han opinado ROCA SASTRE (*Derecho hipotecario* cit., II, pág. 669), DÁVILA GARCÍA (*Herederos y legitimarios en el Registro de la Propiedad*, en Rev. Crit. Dr. Inm., 1945, pág. 640) y CASSO (*Instituciones de Derecho hipotecario*, 2.ª ed., Barcelona, 1946, II, pág. 409).

FUENMAYOR (*La mejora de labrar y poseer*, loc. cit., pág. 903) lo pregunta señalando el gran interés que su aplicación significaría en el supuesto de pago de las legítimas con rentas en saco, tan usual en Galicia. Pero no lo resuelve.

Ciertamente, la letra actual del precepto es un obstáculo para la respuesta afirmativa. Como hacen notar SANZ (op. cit., págs. 138 y ss.), GONZÁLEZ PALOMINO (loc. cit., pág. 454, nota) y COSSÍO (*Lecciones de Derecho hipotecario*, Barcelona, 1945, pág. 196): ¿qué legitimario en Derecho común no es de parte alicuota?; ¿qué legitimario de Derecho común no puede promover el juicio de testamentaria?

Pero de ello, consecuentemente, sólo podremos deducir que si el artículo 15 L. H. no es aplicable en el supuesto del § 2.º del art. 1.056, la afección de los bienes de la herencia en garantía de la legítima deberá existir sin las atenuaciones del artículo 15 L. H. Porque, lo que estimamos insostenible, por lo dicho en el texto, es la aplicación de la doctrina del art. 45 L. H., relativa a las adjudicaciones para pago, como ha pretendido PORPETA (loc. cit., pág. 204).

d) ¿A qué momento debe atenderse para fijar la suma de dinero que corresponda percibir a los legitimarios excluidos de la explotación?

El problema llega a alcanzar enorme interés cuando el valor de la moneda ha sufrido alteración en el tiempo intermedio entre la fecha del fallecimiento del causante y del pago a los legitimarios.

Roca Sastre (297) plantea y resuelve así el problema: «Evidentemente, el valor o importe de la legítima es el que tenía al tiempo de fallecer el causante... Ahora bien, la influencia de la depreciación del dinero en la legítima depende de la forma en que haya cristalizado la fracción de valor económico en que aquella fundamentalmente consista; y lo mismo ante el suceso o fenómeno inverso posible de revalorización monetaria.»

«Si la legítima—prosigue—ha de ser percibida por los legitimarios por vía de *institución de heredero* o de *legado o donación no dinerarios*, la depreciación monetaria propiamente no repercutirá, aunque la herencia consista toda en dinero o créditos dinerarios y que el legado se entregue bastante después de fallecido el causante.» Pues «puede que el alza que del valor de las cosas produzca la depreciación monetaria resulte que al efectuarse la partición el legitimario, que a la vez sea coheredero, se encuentre con un lote adjudicado de bienes cuyo valor supere en mucho el que al tiempo del fallecimiento del causante tenía su cuota hereditaria, aunque coincidente entonces con el valor de su legítima (es decir, que aunque los valores nominales hayan variado, el valor real se mantiene; el menor valor real de la moneda produce un aumento de valor nominal de lote—acotamos nosotros—); pero este resultado—que los distintos criterios valorativos de los artículos 818 y 1.074 acusan—no cuenta para la legítima, incluso en el caso inverso de que por el robustecimiento de la divisa ésta quedare revalorizada, puesto que se trata de oscilaciones que en el valor de sus cosas siente el propietario (y por lo tanto, en su cuota, el cotitular—añadimos—). Lo mismo es aplicable al legado legitimario (y a los supuestos de dejárseles lo que por legítima les corresponda y de complemento de legítima—según añade después—) cuya entrega se haya demorado.»

Pero, entiende lo contrario tratándose del supuesto del artículo 1.056 de que nos ocupamos: «La depreciación de la divisa nacional repercute directamente—dice—en los casos en que la legítima tenga su expresión concreta en dinero, principalmente cuando, en definitiva, la percepción legitimaria tiene lugar en función de pago en una cantidad de dinero por los herederos. Así ocurre en los supuestos del artículo 1.056, apartado 2.º, y del artículo 840. En estos casos, si la legítima se paga poco después de la apertura de la sucesión no hay normalmente problema, pero si se paga

tiempo después en que el dinero se ha desvalorizado sensiblemente, ¿podrá tenerse en cuenta esa depreciación monetaria en la forma que se indica en el texto? Hay que sostener que no, aunque ello sería lo justo.»

«Lo que se ha dicho—añade—es igualmente aplicable a los legados y donaciones legitimarias de créditos dinerarios.»

Estamos conformes con esta última afirmación. Por lo menos si aquel crédito fuese vencido, líquido y exigible al fallecer el testador. Si éste individualiza un crédito dinerario de la herencia para satisfacer a un legitimario, realiza con esta atribución una individualización de riesgos. El momento de la delación coincide con el de la atribución concreta. Ha desaparecido en flor la comunidad hereditaria, y cada titular ha de pechar con sus respectivos *periculum et commodum*.

Pero entendemos cosa distinta en relación a los supuestos del párrafo 2.º del artículo 1.056 y del artículo 840 del Código civil. No olvidemos lo que ha reconocido el propio Roca Sastre (298): «Una vez esté la legítima deferida, hay que desechar en absoluto en nuestro sistema toda concepción legitimaria obligacional, pues incluso en el trance más fluido para el legitimario, como es el previsto por el artículo 1.056, apartado 2.º, hay que entender que, *mientras a los demás hijos no se les haga efectiva su legítima, mediante el consiguiente pago del dinero correspondiente...*, *subsistirá sobre el patrimonio relicto el derecho de legítima, el cual confiere a cada legatario una titularidad respecto de una fracción del valor económico de dicho patrimonio.*»

Siendo así—preguntamos nosotros—¿por qué el criterio de tan ilustre autor, en el caso de que el pago de la legítima se haya legalmente autorizado en metálico, difiere del que adopta en aquellos supuestos en los cuales dicho derecho debe ser satisfecho con bienes del caudal no individualizados previamente? Si el valor a satisfacer en metálico a los legitimarios, mientras no se haya pagado, representa «una *fracción* del valor económico de dicho patrimonio», ¿por qué esa fracción en un caso—pago en bienes del caudal—es proporcional y en otro—autorización de pago en metálico está nominalmente prefijada?

El artículo 818 no puede servirle de apoyo. Ya lo dijimos en la primera parte de este trabajo. La finalidad de dicho precepto se limita a facilitar una pauta para calcular la porción de herencia de la que el testador pudo disponer y aquella otra indisponible por él. Para ello hace falta determinar el valor de la legítima con referencia a la fecha del fallecimiento del *decurus*, para conocer qué legados y donaciones deben rescindirse, total o parcialmente, por inoficiosidad. Pero la legítima, como «parte alicuota» que es del activo líquido, no queda nominalmente fijada en una cifra inmutable. Su valor nominal no se petrifica. Sólo se calcula para averi-

guar la masa líquida a la que ha de referirse aquel quebrado. Cuando quiera conocerse su valor o pagarlo en cualquier otro instante dado, habrá que atender, como resulta del artículo 1.074 del Código civil, al valor correspondiente a aquel quebrado en el momento del pago. Lo mismo da que se satisfaga *in natura* o por su equivalente en metálico, en los casos en que la ley así lo autoriza. De no ser así, el metálico abonado no sería *equivalente* al valor de la parte de bienes cuya satisfacción *in natura* sustituye.

Claro que se objetará que si la herencia tiene un cierto activo y un pasivo poco menos notable, la disminución del valor adquisitivo de la moneda favorecerá al legitimario de modo tal que recibirá un valor efectivo superior al que hubiese recibido de ser pagado en la fecha de la delación.

Un ejemplo aclarará el supuesto: Supongamos una herencia constituida por una explotación industrial, con un activo bruto de 10.000.000 de pesetas y un pasivo de 7.000.000. Son cuatro los hijos del causante y su padre hizo uso de la facultad conferida en el párrafo 2.º del artículo 1.056. La legítima estricta de cada uno de ellos en el momento de la delación valía 250.000 pesetas. Es decir, 3.000.000 (= activo líquido): 12 (= tercio de legítima estricta entre cuatro hijos). Pero posteriormente se desvaloriza la moneda en un 50 por 100. El activo bruto *nominalmente* se eleva a un valor de 20.000.000. El valor nominal del pasivo no varía, pues las deudas eran dinerarias pagables en moneda nacional de curso corriente.

Teniendo en cuenta esa desvalorización del 50 por 100 de la moneda, la legítima de cada hijo debería valer 500.000 pesetas con la nueva cotización. Pero, el resultado práctico resulta ser otro. Calculando de nuevo, en el acto del pago, el activo líquido resultará elevado a 13.000.000 (= 20.000.000 — 7.000.000). Y, calculando así la suma a pagar a cada legitimario, obtendremos: 13.000.000 (= activo líquido): 12 (tercio entre cuatro) = 1.083.333,333.

La desvalorización real de los créditos, por no haber cambiado éstos de valor nominal, mientras éste ha perdido el 50 por 100 de su valor adquisitivo, ha redundado en aumento del valor líquido de la explotación, cuyo valor real bruto no ha variado al mismo tiempo que nominalmente lo ha duplicado. La explotación, si el pasivo hubiese mantenido igual valor efectivo, sólo hubiese duplicado nominalmente su valor neto inicial ($3.000.000 \times 2 = 6.000.000$). Pero como el pasivo ha sufrido igual desvalorización que la moneda, en la cual estaba determinado, resulta que ese 50 por 100 de desvalorización efectiva del pasivo, traducida al valor nominal actual, supone un aumento del activo líquido de otros 7.000.000 (mitad del valor efectivo inicial de la deuda, es decir, 3.500.000 pesetas que traducidas en moneda actual, de la mitad del valor efectivo de aquélla, dan un valor nominal de 7.000.000 de pesetas actuales). Con lo cual el valor líquido nominal de la explota-

ción, en lugar de doblarse ha más que cuatriplicado. Y su valor real no sólo se ha mantenido incólume, sino que ha aumentado en más de un 50 por 100. Esto último por razón de la desvalorización, que de modo efectivo—pese a mantener su valor nominal—, ha sufrido el pasivo de la explotación.

Ante esta evidencia, en primer término debe notarse que ese mismo resultado, lucrativo para el legitimario, se produce también en los supuestos análogos en que la legítima debe satisfacerse *in natura*; es decir, por las reglas normales de la partición. No se trata, por tanto, de una consecuencia que solamente tenga lugar cuando la legítima haya de satisfacerse en metálico.

Además, penetrando en el fondo del problema, debe preguntarse si ese *plus valor* del activo con relación al pasivo, desvalorizado a la par que la moneda corriente (por estar determinado en una cantidad nominal de la misma), ¿es justo que sólo beneficie al heredero, que aún no ha satisfecho a sus hermanos el valor que en el activo hereditario les correspondía? En el interés unos y otros son copartícipes del activo. Los riesgos favorables, no debidos a industria, y los adversos, no ocasionados por culpa o dolo, deben repercutir proporcionalmente entre todos los partícipes. No a favor ni en contra de uno solo de ellos.

Cosa distinta será cuando, de común acuerdo, legitimarios y heredero concreten la suma a pagar traduciéndola en moneda cuyo pago aplacen por el motivo que sea, garantizando o no su efectividad. O bien si la transforman en una pensión periódica, como en el supuesto del artículo 838, con relación a la legítima del cónyuge viudo, o como ocurre en las *rentas en sacco* gallegas. Entonces sí que hay una concreción de bienes que produce la consiguiente individualización de *periculum et commodum*. Antes hubo sólo una determinación de la forma de pago. Pero no su individualización en un capital o pensión determinados, no sólo en su especie sino también en su cuantía. Dato este último imprescindible para concretar cualquier objeto consistente en una suma de dinero.

Ahora bien, si en los demás casos se juzgase que la desvalorización o revalorización del pasivo debe repercutir exclusivamente a favor o en contra del heredero asignatario de la explotación, entonces la solución debería ser otra. Para hallarla bastaría resolver esta operación: Calculados el haber bruto y el activo líquido con referencia a la fecha del fallecimiento del *de cuius*, y conocido el quebrado o porcentaje que la legítima estricta representa en el activo líquido, hállese el quebrado o porcentaje que esa misma legítima representa en el activo bruto. V. gr. en el caso antes referido: activo bruto = 10.000.000; activo líquido = 3.000.000; quebrado representativo de la legítima estricta de cada uno de los cuatro hijos = $1/12$ de 3.000.000, que equivale a 250.000 pesetas. Cantidad ésta que, con relación a 10.000.000, representa $1/40$ de los mismos. Conocido ese quebrado, o el porcentaje correspondiente, deberá aplicarse, en el momento del pago, al valor nominal que

tenga entonces dicho activo bruto (209). Así el legitimario habrá recibido en el momento de su satisfacción un valor nominal doble al que le hubiese correspondido en la fecha de la delación (20.000.000 : 40 = 500.000), pero como en esa hipótesis que examinamos la moneda se ha desvalorizado en un 50 por 100, habrá recibido idéntico valor efectivo.

De esta forma, se habrá satisfecho, en valor actual, la misma participación real que representaba la legítima como cuota de activo líquido en el activo bruto existente en el momento de la delación. Es decir: el valor del líquido fijado en su día traducido al actual poder adquisitivo de la moneda.

En resumen, con nuestra tesis el legitimario a quien el testador, en uso de las facultades conferidas en el párrafo 2.º del artículo 1.056, haya dispuesto que le sea abonada su legítima en metálico, es un legatario parciario con los siguientes caracteres:

1.º No responde frente a los acreedores de las deudas hereditarias y, por lo tanto, no sufre la obligación solidaria impuesta a los herederos en el artículo 1.084.

2.º Su derecho contra el heredero no es un mero crédito resultante de una adjudicación para pago meramente particional. Muy al contrario, su legítima, que le fué directamente atribuída en metálico, se halla protegida con la especial afección de todos los bienes de la herencia, como consecuencia de la reserva hecha por la ley a favor de todo legitimario.

(Continuará.)

(209) Claro que debe sumarse al activo bruto, que exista en el momento del pago, tanto el precio de las partidas vendidas como la valoración del desme-recimiento sufrido por culpa o dolo del heredero asignatario. Así como debe restarse el valor de las mejoras debidas a industria o capital del mismo asignatario.