

## Derecho histórico y Codificación. El derecho sucesorio

SUMARIO: I. Planteamientos.–II. Las sucesiones.–III. El testamento. Capacidad, formas, solemnidades y eficacia.–IV. La herencia. Institución de heredero y sustituciones.–V. Libre disposición, legítima y mejora. Preterición. Derechos sucesorios del cónyuge viudo y de los hijos ilegítimos. Desheredación. Mandas y Legados. Albaceas.–V. La sucesión intestada.–VI. Disposiciones comunes a la sucesión testada y a la intestada.

### I

La base 27 de la Ley de 11 de mayo de 1888, por la que se autorizaba al Gobierno para publicar un Código Civil con arreglo las condiciones y bases establecidas por la misma advertía lo siguiente: «La disposición final derogatoria será general para todos los cuerpos legales, usos y costumbres que constituyan *el derecho civil llamado de Castilla* [cursiva nuestra], en todas las materias que son objeto del Código, y aunque no sean contrarias a él, y quedarán sin fuerza legal alguna, así en su concepto de leyes directamente abligatorias, como en el derecho supletorio». El mandato de la mencionada base <sup>1</sup> dio lugar a la disposición final del artículo 1.976, por el que quedaron derogados «todos los cuerpos legales, usos y costumbres que constituyen el derecho civil común en todas las materias que son objeto de este Código» y quedaron «sin fuerza y vigor, así en su concepto de leyes directamente obligatorias, como en el derecho supletorio», aunque esta disposición final no fuese de aplicación «a las leyes que en este Código se declaran subsistentes»<sup>2</sup>. Las consecuencias que esta declara-

<sup>1</sup> Procedente de la 27 del Proyecto de ley de bases de 7 de enero de 1885.

<sup>2</sup> Utilizo aquí *Código Civil. Edición oficial publicada conforme a lo dispuesto en la ley de 26 de mayo de 1889*, Imprenta del Ministerio de Gracia y Justicia, Madrid, 1889 y *Código*

ción tuvo para el derecho vigente inmediatamente antes de 1889 no necesitan ahora de mayores explicaciones<sup>3</sup>. A diferencia de lo que más tarde ocurriría con el planteamiento adoptado por algunos de los llamados derechos forales, la Ley de Bases y su correlato articulado supusieron, salvo para los casos mencionados, una *ruptura radical con la historia*, con los códigos antiguos, por utilizar la terminología uso. El Código suplantó a los códigos, a esos mismos códigos antiguos que, mientras no el existe el Código civil, servían de materia prima para redactar remedos de códigos modernos, a imitación de lo hecho en otras latitudes, pero que convierten, como se ha dicho, por más de un concepto, al Código en inexistente<sup>4</sup>. La obra de Gorosábel está *escrita bajo el método de los códigos modernos*, pero, escrito siguiendo el método de los códigos modernos –lo que en estos momentos equivale a decir que el texto está en forma articulada–, su Código Civil, lo es de lo *esparcido en los diferentes cuerpos del derecho y leyes sueltas de esta Nación*<sup>5</sup>. El diputado y abogado Sánchez de Molina, desesperado tras el fracaso del Proyecto de 1851, tuvo que poner entre paréntesis que su Derecho civil español lo era *en forma de código*<sup>6</sup> para que el lector supiese qué se traía entre manos. Y Navarro Amandi también escribió un Código Civil, pero era en realidad una *compilación metódica* de la doctrina contenida en las leyes hasta ahora vigentes<sup>7</sup>. Si tuviésemos que hacer caso de Diderot, Gorosábel, Navarro, Sánchez Molina y tantos otros<sup>8</sup> seguían *hablando gótico*<sup>9</sup>.

*Civil. Version crítica del texto y estudio preliminar por Jerónimo López López y Carlos Melón Infante*, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1967.

<sup>3</sup> Baste ahora *El Código Civil. Debates parlamentarios 1885-1889*, I-II. Estudio preliminar de José Luis de los Mozos. Edición preparada por Rosario Herrero Gutiérrez y María Ángeles Vallejo Úbeda, Dirección de Estudios y Documentación, Servicio de Publicaciones, Secretaría General del Senado, Madrid, 1989, I, pp. 69-70.

<sup>4</sup> Carlos PETIT, «El Código inexistente. Para una historia conceptual de la cultura jurídica en la España del siglo XIX», en *ADC* 48 (1995) 1425-1465.

<sup>5</sup> Pablo GOROSABEL, *Redaccion del Codigo Civil de España, esparcido en los diferentes cuerpos del derecho y leyes sueltas de esta Nacion, Escrita bajo el metodo de los codigos modernos*, En la Imprenta de la Viuda de Lama, Tolosa, 1832 y Pablo GOROSABEL, *Código Civil de España, Redactado con las disposiciones vigentes de los diferentes cuerpos del derecho y leyes sueltas de este reino, publicadas hasta el año de 1845 inclusive. Nueva edición reformada y mejorada*, En la imprenta de la Viuda de Mendizábal, Tolosa, 1846.

<sup>6</sup> José SÁNCHEZ DE MOLINA BLANCO, *El derecho civil español (en forma de Código). Leyes no derogadas desde el Fuero Juzgo hasta las últimas reformas de 1870: Jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia (en 1.500 sentencias) y opiniones de los jurisconsultos precedido de un repertorio alfabético y seguido de un apéndice que contiene los reglamentos de las Leyes de Matrimonio y Registro Civil e Hipotecaria: títulos de esta, no comprendidos en el texto, y otras leyes y documentos importantes*, Imprenta de D. J. L. Vizcaino/Imprenta de D. Manuel Minuesa, Madrid, 1871.

<sup>7</sup> Mario NAVARRO AMANDI, *Código civil de España: Compilación metódica de la doctrina contenida en nuestra leyes civiles vigentes, con expresión de sus orígenes, jurisprudencia del Tribunal Supremo, concordancias con los principales códigos de otros pueblos y comentarios* (prólogo de Eugenio Monterio Ríos). 2 vols., Madrid, Juan Vidal, 1880.

<sup>8</sup> *Vid.* para este tipo de obras Juan Francisco LASSO GAITE, *Crónica de la Codificación española. 4 Codificación Civil (Génesis e historia del Código)* 1, Madrid, Ministerio de Justicia, Comisión General de Codificación, 1979, pp. 366 ss. y Carlos PETIT, *El Código*, cit. en n. 2.

<sup>9</sup> La cita precisa, en Riccardo FERRANTE, *Codificazione e cultura giuridica* [reimpresión revisada y corregida], Giappichelli, Torino, 2008, p. 64 y n. 92.

Probablemente no tenían más remedio que hablar gótico: la forma en que la ley 28.1 del Ordenamiento de Alcalá pasó a las las Leyes de Toro y de éstas, a la Recopilación de 1567, unida a las las dudas existentes en torno al carácter oficial o exclusivo de algunas recopilaciones, convirtió a los juristas, si no en historiadores, sí en lectores por necesidad de textos de muy lejana y diversa procedencia temporal y de muy diversa naturaleza. El resultado de ello fue que se pudo llegar a finales del siglo XIX en el ámbito del derecho privado con textos procedentes del último derecho visigodo, rescatados y modificados en Baja Edad Media y reinterpretados por la legislación moderna, lo que explica, en el ámbito de la práctica y del ejercicio profesional, la aparición de obras del tipo de los llamados *Códigos de la Publicidad*,<sup>10</sup> una obra, por cierto a la que obligatoriamente debían estar suscritos los ayuntamientos de más de doscientos vecinos<sup>11</sup>, o, en el ámbito de la enseñanza, una obra como la de Benito Gutiérrez<sup>12</sup>.

El Código (en mayúscula), como obra enteramente nueva, produjo la pérdida de individualidad de los antiguos códigos (en minúscula), material consolidado en la terminología que instaurase Viora<sup>13</sup>, y, lo más importante, dotó a las normas de un nuevo fundamento. No desmiente esta última afirmación el hecho de que el Código recoja material que ya figuraba en los textos consolidados, porque el producto final ha adquirido un valor y una fisonomía distintos de los que tenían los materiales de que se sirvió. Quien antes del Código tuviese que mejorar a un hijo sabía que podía hacerlo a partir de la ley *Dum Inlicita*, recogida en *Fuero Real* y reinterpretada en las *Leyes de Toro*; después del Código, simplemente porque lo dice el artículo 823 del Código; la obligación, antes del Código, de reservar bienes para los hijos del primer matrimonio cuando se hubiese pasado a segundas nupcias traía su causa de la ley 15 de Toro, que había completado una disciplina ya existente en *Partidas*, quienes, a su vez operaban sobre un estado de cosas anterior; después del Código, esa obligación no tiene más fundamento que el artículo 968. Pero artículos, uno y otro –y todos–, que se entienden e interpretan en la forma en que el mismo Código propone y no en la forma en que venían entendidas las antiguas normas que estaban en su base. El Código resistemiza, reelabora, y repropone un material existente, al que dota una nueva autoridad<sup>14</sup>. Del material consolidado se pasa un material codi-

Bien mirado, o bien leído, todavía en el país del *Code* se sigue hablando gótico si uno se topa con títulos como este: Michel ROUCHE-Bruno DUMÉZIL (dir.), *Le Bréviaire d'Alaric. Aux origines du Code Civil*, Paris, PUPS, 2009, aunque, todo sea dicho, su contenido no responde ni de lejos a su subtítulo.

<sup>10</sup> *Los Códigos españoles concordados y anotados*. XII vols., Imprenta de La Publicidad, á cargo de D. M. Rivadeneyra, Madrid, 1847-1851.

<sup>11</sup> Real Orden de 22 de mayo de 1847 (CLE, XLI, n. 313, p. 64).

<sup>12</sup> Benito GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, *Códigos ó estudios fundamentales sobre el Derecho civil español*. VII vols. Madrid, Librería de Sánchez, 1862-1874 (hay ediciones posteriores).

<sup>13</sup> Mario E. VIORA, *Consolidazioni e codificazioni. Contributo alla storia della codificazione*, 3.ª ed., Giappichelli, Torino, 1967.

<sup>14</sup> Pio CARONI, *Lecciones catalanas sobre historia de la Codificación*, Marcial Pons, Madrid, 1996, pp. 64 ss., y ahora Pio CARONI, *Escritos sobre la Codificación*, Universidad Carlos III de Madrid-Editorial Dykinson, Madrid, 2012, pp. 6 ss. y 271 ss.

ficado, por seguir con la terminología de Viora, aunque sea lícito preguntarse, desde el punto de vista del historiador, la forma en que el antiguo material ha sido aprovechado y transformado en material codificado, lo que no es sino preguntarse por la forma en que el Código aprovecha la tradición para, dotada ahora de un nuevo fundamento y autoridad e incluso rompiendo con ella, transformarla en un derecho entera y radicalmente nuevo<sup>15</sup>. Pues bien, por lo que aquí y ahora nos interesa, la forma en que esta tradición ha sido aprovechada –o no; es decir, ha sido desechada– por la Codificación ha sido examinada recientemente en los ámbitos de las relaciones contractuales<sup>16</sup> y en los ámbitos relativos a las relaciones familiares<sup>17</sup>, lo que justifica que la mirada hacia atrás que se me ha pedido que eche, en un no muy abultado número de páginas, la haya ceñido, en este caso, a la esfera del derecho sucesorio, cuyas trazas históricas sólo someramente aquí pueden quedar apuntadas.

## II

De acuerdo con el artículo 609, la propiedad se adquiere por ocupación y la propiedad y los demás derechos reales se transmiten, además de por la ley, por donación, por sucesión testada e intestada; en algunos contratos, mediante tradición y también pueden adquirirse por prescripción. Por influencia italiana, detrás de la ocupación<sup>18</sup> y de la donación<sup>19</sup>, el Código Civil de 1889, apartándose de la terminología utilizada por el proyecto de García Goyena y de la terminología utilizada por el derecho histórico, atiende el problema del destino de los bienes y derechos de una persona una vez producida la muerte desde el punto de vista de la sucesión en que, desde antiguo, consistía la herencia –recuérdese: *hereditas est successio in universum ius*<sup>20</sup>– y, en consecuencia, el título III del libro III lo es *De las sucesiones*, pero no *De las herencias*<sup>21</sup>. Se trataba, además, en esta materia sucesoria, de mantener en su esencia la legisla-

<sup>15</sup> Vid. también Paolo CAPPELLINI, *Storie di concetti giuridici*, Giappichelli, Torino, 2010, pp. 117-119.

<sup>16</sup> Enrique ÁLVAREZ CORA, *La codificación de los contratos de compraventa y permuta*, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2008, que debe completarse con, del mismo autor, *La teoría de los contratos en Castilla (Siglos XIII-XVIII)*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2005.

<sup>17</sup> Manuel Ángel BERMEJO CASTRILLO, *Entre ordenamientos y códigos. Legislación y doctrina sobre familia a partir de las leyes de Toro de 1505*, Dykinson, Madrid, 2009.

<sup>18</sup> Arts. 610-617.

<sup>19</sup> Arts. 618-656.

<sup>20</sup> D. 50.16.24 y D. 50.17.62.

<sup>21</sup> *Apro. Libro III*, título III *De las sucesiones*; Pro. 1851 libro III, título primero *De las herencias*, con la justificación de García Goyena: «Se ha preferido esta palabra á la de sucesión que es mas vaga, y tanto, que en el Diccionario de la lengua no se le da el sentido ó significado de herencia»; Pro. 1836 Libro IV *De las sucesiones hereditarias*.

Para los proyectos de Código Civil utilizo LASSO GAITE, *Crónica 4 II*. Para el Proyecto de 1851 utilizo también Florencio GARCÍA GOYENA, *Concordancias, Motivos y Comentarios del Código Civil Español*, Imprenta de la Sociedad Tipográfico-Editorial, 4 tomos, Madrid, 1852.

ción vigente, siguiendo el esquema de los trabajos de 1882, esto es, el Anteproyecto de Libro III, *ordenando y metodizando lo existente*:

«El tratado de las sucesiones se ajustará en sus principios capitales á los acuerdos que la Comisión general de Codificación reunida en pleno, con asistencia de los Sres. Vocales correspondientes y de los Sres. Senadores y Diputados, adoptó en las reuniones celebradas en Noviembre de 1882, y con arreglo á ellos *se mantendrá en su esencia la legislación vigente* [cursiva nuestra] sobre los testamentos en general, su forma y solemnidades, sus diferentes clases de abierto, cerrado, militar, marítimo, y hecho en país extranjero, añadiendo el ológrafo, así como todo lo relativo a la capacidad para disponer y adquirir por testamento, á la institución de heredero, la desheredación, las mandas y legados, la institución condicional ó á término, los albaceas y la revocación ó ineficacia de las disposiciones testamentarias, *ordenando y metodizando lo existente* [cursiva nuestra] y completándolo con cuanto tienda á asegurar la verdad y facilidad de expresión de las últimas voluntades». <sup>22</sup>

Comprensiva del conjunto de bienes, derechos y obligaciones de una persona no extinguidos en el momento de su muerte <sup>23</sup>, aunque el derecho histórico excluía expresamente de la noción las deudas y las cosas ajenas <sup>24</sup>, la delación de la herencia sólo se produce a través del testamento (sucesión testamentaria) y, a falta de éste, por disposición de la ley (sucesión legítima) <sup>25</sup>, lo que excluye cualquier vestigio de formas de sucesión contractual <sup>26</sup>, ampliamente desarrolladas, sin embargo, en otros derechos civiles hispánicos distintos al del Código, con el fin, justamente, de quebrar el igualitarismo –mayor o menor– en el reparto de la herencia a que pudiese dar lugar en cada caso el funcionamiento de las correspondientes reglas que gobernaban las sucesión testada e intestada <sup>27</sup>. Lo que, en cambio, el Código no excluye es que la delación de la herencia pueda

<sup>22</sup> Base 15 de la *Ley de 11 de mayo 1889*; igual, en *Proyecto de Ley de Bases de 7 de enero de 1885*, base 14.

<sup>23</sup> Artículo 659.

<sup>24</sup> P. 7.33.8.

<sup>25</sup> Artículo 658.

<sup>26</sup> La prohibición de los pactos sucesorios en el derecho castellano estaba en P. 5.1.33.

<sup>27</sup> La preocupación por la evitación de un reparto más o menos *aequaliter* de la herencia, en los derechos de tradición no castellana, está íntimamente vinculada a la preocupación de formulación feudo-señorial por el mantenimiento indiviso del patrimonio familiar y a la preocupación, también de origen feudo-señorial, por la concentración de la mayor parte del patrimonio en un heredero, aunque en el debate de la Codificación, dichas preocupaciones, despojadas de sus verdaderos orígenes, se presenten, junto a los mecanismos tendentes a la reducción de la legítima a la mínima expresión, como la expresión más acabada de la verdadera libertad de disposición.

Para el caso catalán, últimamente, FRANCISCO LUIS PACHECO CABALLERO, «Després, emperò, de seguits los òbits y no abans, ni de altra manera y ara per lashoras. Desarrollo medieval y moderno del heredamiento catalán», en *Initium* 16 (2011) 173-222, que debe completarse, por ser continuación, con FRANCISCO LUIS PACHECO CABALLERO, «Patrimonio familiar y herencia: revocabilidad e irrevocabilidad de las donaciones con efectos diferidos *post obitum* y el origen de los heredamientos catalanes», en *El Dret Comú i Catalunya. Actes del IX Simposi Internacional Barcelona 4-5 de juny de 1999. La família i el seu patrimoni. Edició d'Aquilino Iglesia Ferreirós, Associació «Jaume de Montjuïc»-Fundació Noguera*, Barcelona, 2000, pp. 57-90. Para el caso

producirse en parte por vía testamentaria y en parte por disposición de la ley<sup>28</sup>. Las consecuencias prácticas de la regla *nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest*, implícita en *Inst.* 2.14.5 y *D.* 50.17.7<sup>29</sup>, habían encontrado fácil acomodo, por razones evidentes, en *Partidas* (6.3.14), pero habían sido desechadas por el *Ordenamiento de Alcalá*, al admitir la posibilidad de que un testamento sin institución de heredero fuese válido respecto de las mandas y legados en él contenidos y se abriese la sucesión intestada para aquel que, respecto del resto, debiese heredar según derecho o costumbre<sup>30</sup>.

Al contrario del planteamiento procedente del derecho histórico, un planteamiento que se ha desechado desde los debates del proyecto de 1836, los herederos suceden al difunto por el hecho sólo de su muerte, en todos sus derechos y obligaciones<sup>31</sup>.

aragonés, Francisco Luis PACHECO CABALLERO, «Para después de los días y no en otra manera. Origen y desarrollo de la sucesión contractual en Aragón», en *Initium* 12 (2007) pp. 119-197.

<sup>28</sup> Artículo 658, párrafo tercero, *Cc*: «Podrá también deferirse en una parte por voluntad del hombre, y en otra por disposición de la ley»; artículo 553 *Pro.1851*: «Puede también deferirse la herencia de una misma persona, en una parte por voluntad del hombre, y en otra por la disposición de la ley».

<sup>29</sup> Maurici PÉREZ SIMEÓN, *Nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest. El principio de incompatibilidad entre la sucesión testamentaria y la intestada en el Derecho Romano*, Pons, Barcelona, 2001.

<sup>30</sup> *Ordenamiento de Alcalá* [=OA] 19 única: «(...) è el testamento sea valedero en las demandas [sic], è en las otras cosas, que en el se contienen, aunque el testador non aya fecho heredero alguno; et estonce herede aquel, que segunt derecho, è costumbre de la tierra avia de heredar, si el testador no fiçiera testamento; è cumplase el testamento. Et si fiçiere heredero el testador, è el heredero non quisiere la heredad, vale el testamento en las mandas, è en las otras cosas, que en el se contienen; et si alguno dexare otro en su postrimera voluntad heredad, ò manda, ò mandare que la den, ò que la aya otro, è aquel primer à quien fuere dejada, non la quisiere, mandamos que el otro, ò otros que la puedan tomar, è aver» (Cito por *El Ordenamiento de leyes, que D. Alfonso XI hizo en las Cortes de Alcalá de Henares de mil trescientos y quarenta y ocho. Publícanlo con notas, y un discurso sobre el estado, y condicion de los judios en España, los doctores D. Ignacio Jordan de Asso y del Río, y D. Miguel de Manuel y Rodriguez*, Madrid, por D. Joachin Ibarra, 1774). Pasó a *R.* 5.4.1 (=NR 10.18.1).

A una solución similar y, por tanto, a una relajación del principio de incompatibilidad entre ambos tipos de sucesión, se había llegado en el derecho especial barcelonés, por privilegio de Pedro III de 1339 (3.<sup>a</sup> CYDC II, 6.1.1); *Vid.* Francisco Luis PACHECO CABALLERO, «*Non instituuntur hereder nominatim per consuetudinem*: algunas consideraciones sobre el problema de la institución de heredero en el derecho catalán», en G. DIURNI-P. MARI-F. TREGGIARI (a cura di), *Per Saturam. Studi per Severino Caprioli*, Spoleto, Centro Italiano di Studi sull'Alto Medioevo, 2008, pp. 617-636, esp. 632-635.

<sup>31</sup> Artículo 661 *Cc.*; artículo 661 *APro. Libro III*: «La propiedad y posesión legal de los bienes y los derechos y obligaciones de una persona, se transfieren por su muerte a sus herederos en los términos establecidos en el presente título»; artículo. 554 *Pro.1851*: «Los herederos suceden al difunto por el hecho de su muerte, no sólo en la propiedad, sino también en la posesión»; artículo 2201 *Pro. 1836*: «Los derechos y obligaciones se transmitirán por el fallecimiento de la personas a quienes corresponden con arreglo a la voluntad de la mismas y a la disposición de las leyes».

La exposición de motivos de este Proyecto es rica en la argumentación sobre la solución final adoptada: LASSO 4 II, pp. 125-126: «Ofrecióse en primer lugar una cuestión muy ventilada por los juriconsultos nacionales y extranjeros, a saber, si el derecho hereditario se transmite al punto que muere el sujeto de cuya sucesión se trata, o sólo cuando se acepta la herencia. Según el Derecho romano, la transmisión desde la muerte de aquél sólo tenía lugar en las sucesiones intestadas

## III

Sobre la base de que puede hacer testamento todo aquel a quien la ley no se lo prohíbe expresamente, el Código terminó con la diferencia por razón de edad entre varones y hembras<sup>32</sup> para poder hacer testamento, al establecerse que los menores de catorce años de uno y otro sexo están incapacitados para testar<sup>33</sup>. La exigencia de *cabal juicio* para poder hacer testamento<sup>34</sup>, era exigencia que, formulada de una u otra manera, había sido siempre constante<sup>35</sup>, como era constante la admisión de la validez del testamento hecho antes de la enajenación mental o durante los intervalos lúcidos. El Código, en cambio, presenta como una novedad radical la supresión de la prohibición para testar —y la prohi-

respecto de los hijos que estaban bajo la patria potestad, llamados *sui heredes*, y como no eran de esta clase los hijos emancipados, no gozaban de tal derecho. Sin embargo, lo tenían igual unos y otros en las sucesiones testadas por una ley de los emperadores Teodosio y Valentiniano. Los demás herederos, ya testamentarios o abintestato, no tenía el derecho de transmisión si morían antes de saber que había recaído en ellos la sucesión, o antes de haber tomado posesión de ella (...) El legatario era de mejor condición en este punto que el heredero, según el Derecho romano, pues en el legado puro y simple se le transfería el derecho desde la muerte del testador (...) Por esta simple exposición se ve que el Derecho romano no anduvo muy considerado en este punto, ni muy arreglado a la equidad ¿en qué se fundaba, sino en una mera sutileza, la diferencia entre hijos emancipados y no emancipados? ¿Por qué no se declaraba en general a favor de todos los herederos el derecho transmisión desde la muerte, cuando se habían hecho las excepciones indicadas a favor de los herederos extraños y del legatario (...) En las leyes de Partida se tomó un término medio más sencillo y equitativo; pues sin hacer diferencia de hijo ni de herederos testamentarios o abintestato, se estableció por las leyes 1.<sup>a</sup> y 2.<sup>a</sup>, título 6, Partida 6, que si el heredero muriere durante el tiempo que se le da para deliberar si aceptará o no la herencia, disfrutarán sus sucesores del tiempo restante para aceptar o renunciar la herencia por sí mismos, y cumplido el plazo sin haber aceptado perderán el derecho hereditario. No obstante, si el heredero fuese descendiente legítimo del difunto, siempre transparará el derecho hereditario a sus sucesores, bien hubiere muerto durante el plazo que se da para deliberar, o ya concluido éste sin haber aceptado (...) aceptada una herencia por cualquier heredero se retrotrae la aceptación en cuanto a sus efectos al tiempo de la muerte para el pago de pensiones vencidas y cumplimiento de las demás obligaciones anejas a la herencia; porque desde entonces empezaron los derechos activos y pasivos del heredero, y como los derechos y las obligaciones civiles de uno pasan a sus sucesores si fallece un instante después de haberlos adquirido, se sigue forzosamente que el derecho de transmisión adquirido por la muerte del sujeto de cuya sucesión se trata, pasa a los sucesores del heredero, ya sea éste extraño o descendiente, cuando fallece antes o después del tiempo concedido para deliberar, y que solamente no pasará cuando haya renunciado expresamente a la herencia. Así lo establecido la Comisión por regla inconcusa y general, con la que se evitarán muchos fraudes, dudas y litigios. Esto además no es nuevo en España, pues en Aragón, según su fuero, no sólo el derecho hereditario sino la posesión misma se transpasa al heredero de cualquier clase que sea, luego que fallece la persona de cuya sucesión se trata, y así es que ni se pide ni se necesita tiempo para deliberar, y con un inventario formal que hace el heredero no se extiende su responsabilidad a más que el importe de la herencia».

<sup>32</sup> P. 6.1.13.

<sup>33</sup> Artículo 663, 1.<sup>a</sup> Cc.; El *APro. Libro III* incapacitaba para testar a los menores dieciséis años de uno y otro sexo (art. 737, 1.<sup>o</sup>), mientras el Pro. 1851 mantenía la diferencia de edad entre varones y hembras, al establecer su artículo 600 que «Pueden disponer por testamento los varones mayores de catorce años y las hembras mayores de doce, que, al hacerlo gocen de su *cabal juicio*»; el *Pro. 1836* establecía dieciséis años para los varones y catorce para las hembras (art. 226, 1.<sup>o</sup>).

<sup>34</sup> Artículo 662, 2.<sup>o</sup> Cc.; art. 737, 2.<sup>o</sup> *APro. Libro III*; art. 600 *Pro. 1851*.

<sup>35</sup> LV 2.5.10; P. 6.1.13.

bición para recibir por testamento— relativa a los religiosos profesos de las órdenes monásticas, a juzgar por el destacado espacio que esta supresión merece en la exposición de motivos del Código. En realidad lo que *La Sección* no podía permitirse era caer en los mismos errores en los que cayó el *Proyecto de 1851* y que, junto a otras razones que ahora no son del caso, la opinión de *respectables obispos* o las protestas de los *dignos prelados de Iglesia*, provocasen, como ocurrió en aquel momento, la retirada del texto:

«Por no apartarse la Sección de nuestro antiguo derecho, había aceptado la prohibición de heredar y de hacer testamento impuesto á los religiosos ligados con votos solemnes de pobreza en las Órdenes monásticas. El derecho canónico les había privado de la facultad de poseer, aunque no de la adquirir, disponiendo que lo que adquiriesen lo transfieran a los Monasterios. La ley civil, ya para reforzar la observancia de este precepto, ya para contener en parte los progresos de la amortización de bienes raíces, privó á los religiosos del derecho de adquirir lo que no debían retener y había necesariamente de pasar al dominio de las Comunidades respectivas. Pero esta prohibición suponía la absoluta capacidad de los Monasterios para adquirir y poseer bienes inmuebles. Así es que desde el momento en que las leyes civiles, no sólo les privaron de esta facultad, sino que los suprimieron en su mayor parte, quedó sin efecto, de hecho, el precepto canónico, y sin justificación suficiente las leyes que prohibían á los religiosos testar y adquirir bienes por testamento y abintestato. Por eso fueron derogadas más de una vez las prohibiciones antiguas, mientras prevalecieron en toda su crudeza las leyes desamortizadoras y las que negaron su reconocimiento á las Corporaciones religiosas.

Pero han cambiado, con provecho de todos, las relaciones entre el Estado y la Iglesia; las Órdenes monásticas han sido permitidas y toleradas; y al punto ha surgido la duda de si, con ellas, debían estimarse restablecidas las antiguas incapacidades para testar y adquirir por sucesión y herencia. La Sección, como queda dicho, optó por la afirmativa, considerando que esta solución sería más conforme con el derecho canónico. Pero Obispos respetables, que han levantado su voz en el Senado, y otros oradores insignes, pertenecientes a partidos diversos, y por diferentes y aun contradictorios motivos, han pedido la solución contraria, estimando que restituida la facultad para adquirir y poseer a las Comunidades religiosas, se cumplirá en todos sus puntos el derecho canónico, y habrá la igualdad debida entre todos los ciudadanos, sin distinción de profesión y estado, de eclesiásticos y seculares. La Sección, prestando atento oído á estas consideraciones, y deseando marchar siempre de acuerdo con los dignos Prelados de la Iglesia, después de reconocer á los Monasterios el derecho de adquirir, ha suprimido entre las incapacidades para testar y para suceder, la de los religiosos ligados con votos solemnes»<sup>36</sup>.

<sup>36</sup> Cc., Exposición de motivos. El *APro Libro III* declaraba incapaces a los religiosos profesos, a menos que se secularizasen o que sus comunidades fuesen suprimidas (art. 742, 1.º) y supeditaba a las condiciones establecidas por las leyes especiales la adquisición por testamento de iglesias y cabildos eclesiásticos (art. 743), mientras el Pro. 1851 declaraba incapaces para testar a los religiosos profesos de órdenes reconocidas por las leyes del reino, salvo que hubiesen *vuelto al siglo* (art. 601) y supeditaba a una necesaria autorización especial del Gobierno la adquisición por testamento de iglesias y cabildos eclesiásticos (art. 608).



Concebido como un acto personalísimo que no puede, como se decía desde antiguo, *ex alieno arbitrio pendere*, el Código no permite que la formación del testamento, total o parcialmente, se dejen a un tercero, como tampoco puede dejarse al arbitrio de un tercero el nombramiento de herederos o legatarios ni la designación de las correspondientes porciones en que hubieren de suceder los instituidos<sup>37</sup>, lo que significó, retomando un planteamiento de inspiración justiniana contenido en las *Partidas*<sup>38</sup>, la supresión y derogación del testamento por comisario<sup>39</sup> o mandatario, que había gozado de intensa atención legislativa en el derecho de más autóctona tradición<sup>40</sup>. También ha desaparecido con el Código, al contrario de lo que ocurre en otros derechos de tradición no castellana, el testamento de hermandad o mancomunado<sup>41</sup> que, sin embargo, había recibido atención por la obra de Alfonso X<sup>42</sup>, antes de que decidiese decantarse por el derecho justiniano.

Es regla aplicable a los testamentos en general, procedente del derecho histórico, la relativa a la necesidad de entender las disposiciones testamentarias en su tenor literal, a no ser que aparezca claramente que fue otra la voluntad del testador y a la necesidad de atenerse al tenor del testamento para, en caso de

<sup>37</sup> Artículo 670 *Cc.*; artículo 558 *Pro.1851*; artículo 665 *APro. Libro III*.

<sup>38</sup> P. 6.3.11: «Declarar deve e nombrar el fazedor del testamento por si mismo el nome de aquel que estrableciese por herdero. Ca si el otorgasse poder a otro que lo estableciesse en su lugar, non valdría, maguer dixesse assi, aquel sea mio herdero que fulano quisiere, o estableciere por mio que lo sea. Esto es porque el establecimiento del herdero o de las mandas, non deve ser puesto en alvedrio de otro. Pero si alguno rogasse al estador, que fiziesse su herdero a otro, nombrandolo, si el que fizo el testamento quiere saber su ruego e lo estableciere por su herdero valdra. Otrosi dezimos, que si el fazedor del testamento dixesse a algun escrivano de concejo, ruego te, e mando te, que escrivas como establezco por mio herdero a fulano: e que mando tantos maravedis: o tantas cosas, o tanto heredamiento, que sea dado por mi anima, diziendo aque personas lo manda dar, o quanto a cada uno: ante siete testigos, e mando te que vayas a algun ome sabio, e en la manera quel ordenare que sea fecho mio testamento, e departidas misa mandas, que lo escrivas tu assi, porque tengo por bien, que vala como lo el ordenare. Estonce bien valdria lo assi fuesse fecho, por mandado del testador» (Cito por *Las Siete Partidas del Sabio Rey don Alonso el nono, nuevamente Glosadas por el Licenciado Gregorio Lopez, del Consejo Real de Indias de su Magestad*, por Andrea Portonaris, Salamanca, 1555).

<sup>39</sup> SARRIÓN GUALDA, J., «El testamento por comisario en los comentaristas de las leyes de Toro y en los formularios notariales», en *AHDE* 75 (2005) pp. 213-276.

<sup>40</sup> FR 3.5.6: «si alguno non quisiere o non pudiere ordenar por si la manda que ficiere de sus cosas, e dier su poder a otre, que él que la ordene e la dé en aquellos logares ô el toviere por bien, pudalo facer, e lo que él ordenare o diere, vala asi como si la ordenase aquel quel dió el poder» (Cito por *Fuero Real del Rey Don Alonso El Sabio. Copiado del codice del Escorial señalado ij.z.-8 y cotejado con varios codices de diferentes archivos por la Real Academia de la Historia*, Imprenta Real, Madrid, 1836); más tarde, fueron las leyes 31 a 39 de las Toro, las que lo disciplinaron con más detalle.

El *Pro. 1836* seguía, sin embargo, regulándolo en sus artículos 2229-2237.

<sup>41</sup> Artículo 669 *Cc.*; artículo 664 *APro. Libro III*; artículo 557 *Pro.1851*.

<sup>42</sup> FR 3.6.9: «Si el marido e la muger fizieren hermandat de sus bienes desque fuer el año pasado que casaren en uno, non aviendo fijos de consouno nin de otra parte que yan derecho de heredar, vala tal hermandat. Et si despues que ficieren la hermandat ovieren fijos de consouno, non vala la hermandat: ca no es derecho que los fijos porque son fechos los casamientos sean deseredados por esta razon».

duda, establecer la intención del testador<sup>43</sup>. Se contaba con el criterio interpretativo procedente de las reglas del *De verborum significatione* que pasaron a Partidas<sup>44</sup>.

Los ahora llamados testamentos comunes, por ajustarse ordinariamente a las reglas que los disciplinan, son el testamento ológrafo, el testamento abierto y el testamento cerrado<sup>45</sup>, y se consideran testamentos especiales a formas privilegiadas de hacer testamento, constitutivas de excepciones en relación a las solemnidades o formalidades comúnmente exigidas: el testamento militar, el marítimo y el hecho en país extranjero<sup>46</sup>. Veamos aquí los testamentos comunes<sup>47</sup>.

El derecho visigodo permitía la declaración de última voluntad *manu propria*, así realizada ante la imposibilidad de cumplir con las prescripciones normalmente exigidas, derivada de las características del lugar o de la ausencia de testigos. Esta forma ológrafa o autógrafa de realizar testamento se consideraba válida siempre que quedase clara la última voluntad del testador y estuviesen patentes (*evidenter expressus*) el día y el año de su confección, y siempre que el testamento, una vez hallado, fuese presentado, en el plazo de seis meses, ante el juez y el obispo, quienes, con otros testigos, procediesen a confirmar la escritura del testamento, tras la correspondiente *contropatio*<sup>48</sup>. La tradición hispánica y en particular la castellana –más allá de las formas de recepción, en algunos territorios intensa, de la forma ológrafa del llamado testamento *parentum inter liberos*, al que también se refería la legislación alfonsina<sup>49</sup>– no vol-

<sup>43</sup> Artículo 675 Cc; artículo 670 APro. Libro III.

<sup>44</sup> P. 7.33.5.

<sup>45</sup> Artículo 676 Cc; APro. Libro III, Artículo 672; artículo 563 Pro. 1851; La dicotomía común-especial era dicotomía común-privilegiado en el Pro. 1836 (Art. 2238), que no se ocupaba, además, del testamento ológrafo, porque, como se decía en la *Exposición de motivos*, «al prescribir las solemnidades de los testamentos la Comisión ha cuidado mucho de poner ciertas trabas con el fin de vitar la falsificación».

<sup>46</sup> Artículo 677 Cc; artículo 672 APro. Libro III; El Pro. 1851 contemplaba como testamentos especiales, el militar, el marítimo, el otorgado en país extranjero, y el realizado por quien se hallare en peligro inminente (Arts. 572-589), mientras el Pro. 1836 exigía del testamento hecho en país extranjero las mismas formalidades que, en su caso, fuesen necesarias para su validez según la legislación española o extranjera y contaba entre los privilegiados el testamento militar, marítimo y el hecho por persona a quien suceda una desgracia que pueda causarle la muerte en término de veinticuatro horas (Arts. 2240 y 2258-2260).

<sup>47</sup> La regulación del Código de los testamentos especiales es enteramente nueva; más allá de lo que en Partidas quedó establecido para el testamento de los caballeros, un Decreto de 1742 había confirmado la antigua costumbre de los militares de testar sin algunas solemnidades, tanto en campaña como en cualquier otro lugar, derogando así una antigua ordenanza de 1739, que solo consideraba válido el testamento del militar fallecido en campaña (NR 10.18. 7 y 8).

<sup>48</sup> LV 2.5.16.

<sup>49</sup> P. 6.1.7: «Acabado testamento es quel que es fecho en algunas de las maneras que diximos en las leyes ante desta, e si de otra guisa lo fiziesse non seria valedero: perosi el padre fiziese testamento, en que se estableciesse por heredero a los fijos, e a los nietos que descendiessen del: o partiesse lo suyo entre ellos maguer en tal testamento non fuessen escritos mas de dos testigos, valdia bien assi, como si fuesse fecho acabadamente ante siete testigos, que pussiessen y sus nomes, e sus sellos. E esso mismo seria quando desta manera el padre, o el avuelo partiesse lo suyo, por palabra tan somamente entre sus fijos, e sus nietos, faziendolo ante dos testigos rogados e llamados para para esto (...)». Para su revocación, P. 6.1.8.

vió a ocuparse de esta forma de testar, aunque algunos de los requisitos del ológrafo eran exigencias que se predicaban, en general, de cualquier instrumento público<sup>50</sup>. Ahora, condicionando su validez a que sea otorgado por mayores de edad, se extienda en papel sellado y esté escrito y firmado por el testador, con expresión del día, mes y año en que se otorgue, encuentra acomodo definitivo en el Código<sup>51</sup>.

El testamento abierto, también llamado nuncupativo, el testamento en el que puede conocerse la voluntad del testador<sup>52</sup> y hacerse de palabra, otorgado ante Notario hábil y tres testigos idóneos que vean y entiendan al testador y de los cuales uno ha de saber y poder escribir, y caracterizado, entre otras extremos, porque todas las formalidades relativas al mismo requieren unidad de acto<sup>53</sup>, mencionado en Partidas<sup>54</sup>, contaba, además con atención desde 1348, momento desde el que se exigió para su validez la presencia de Escribano, tres testigos vecinos del lugar o cinco si se realizase sin Escribano, número que se redujo a tres si no fuesen vecinos del lugar<sup>55</sup>.

<sup>50</sup> Las que figuran en *P.* 3.18.54 y las que se instauraron por pragmática de 7 de junio de 1503 (*R.* 4.25.13=NR 10.23.1).

<sup>51</sup> Artículos 688-693 *Cc*; artículos 684-690 *Apro. Libro III*; artículo 564 *Pro. 1851*. Vid. Además GARCÍA GOYENA, *Concordancias II*, apéndice n. 4. p. 519.

<sup>52</sup> Artículo 679 *Cc*.

<sup>53</sup> Artículos 694-705 *Cc*; artículos 691-703 *Apro. Libro III*; artículos 565-568 *Pro. 1851*; artículos 2249-2257 *Pro. 1836*.

<sup>54</sup> *P.* 6.1.1: «(...) E son dos maneras de testamento. La una es, a que llaman en latin testamentum nuncupativum, que quiere tanto dezir, como manda que se faze paladinamente ante siete testigos, en que se demuestra el que lo faze, por palabra, o por escrito a quales establece por sus herederos, e como ordena o departe las otras sus cosas (...)».

<sup>55</sup> AO 19 única: «Si alguno ordenare su testamento, ò otra su postrimera voluntat en qualquier manera con Escrivano publico, deben y ser presentes à lo ver otorgar tres testigos à lo menos vecinos del logar, dò se fiçiere; et si lo fiçiere sin Escrivano publico, sean y cinco à lo menos vecinos, segunt dicho es, si fuere logar do los pudiese aver; et si fuere tal logar dò non pueden ser avisados cinco testigos, que lo menos sean y tres testigos, y sea valedero lo que ordenare en su postrimera voluntat (...)».

Quando el texto pasó a las recopilaciones (*R.* 5.4.1=NR 10.18.1) se incorporó una adición procedente de 1566, referente a la validez del testamento hecho sin escribano y ante siete testigos aunque no fuesen vecinos del lugar [(...) Pero si el testamento fuere hecho ante siete testigos, aunque no sean vezinos, ni passe ante escrivano, teniendo las otras calidades, que el derecho requiere, valga el tal testamento, aunque los testigos no sean vezinos del lugar adonde se hiziere el testamento. Cito por *Recopilacion de las Leyes destos Reynos, hecha por mandado de la Magestad Catolica del Rey don Felipe Segundo nuestro señor, que se ha mandado imprimir, con las leyes que despues de la ultima impression se han publicado, por la Magestad Catolica del Rey don Felipe Quarto el Grande nuestro señor*, Madrid, por Catalina de Barrio y Angulo y Diego Díaz de la Carrera, 1640] y la ley pasó a venir referida a las solemnidad de testigos necesarios en el testamento nuncupativo, fundamentalmente porque desde la ley 3 de las de Toro se distinguió con toda nitidez las solemnidades del abierto (las de la ley única del título 19 del OA) de las solemnidades exigidas en los testamentos *in scriptis* o cerrados: *LToro 3*: «Ordenamos y mandamos que la solemnidad del Ordenamiento del Señor Rey Don Alonso, que dispone cuantos testigos son menester en el testamento, se entienda é platique en el testamento abierto, que en latin es dicho nuncupativo, agora sea entre los hijos ó descendientes legitimos, ora entre herederos estraños (...)».

Vid. PACHECO CABALLERO, FRANCISCO L., «El acto *mortis causa* en los derechos hispánicos durante la Edad Moderna (notas de sucesión testamentaria)», en *Actes à cause de mort. Recueils*

El testamento cerrado, en el que testador no revela su última voluntad<sup>56</sup>, era el testamento *in scriptis* y además *en poridad* al que se referían *Partidas* y las *Leyes de Toro*. Según la legislación alfonsina, debía hacerse ante siete testigos<sup>57</sup> que, para el caso del que el testador quisiese hacerlo *en poridad*, esto es, de forma que ninguno de ellos *supiese lo que es escrito en el*, se limitarían a poner sus nombres y sus sellos sobre la carta doblada del testamento<sup>58</sup>. Desde 1505, además de la presencia de testigos, se exigió la presencia de Escribano<sup>59</sup>. Si en *Partidas* el ciego no podía hacer testamento *en poridad*, ya que la forma de confección deriva en el conocimiento por parte de los testigos (siete, que la ley 3 de Toro rebajó a cinco sin presencia de Escribano) y del Escribano de *quales son aquellos que establece por sus herederos*<sup>60</sup>, el Código establece que los ciegos y los que no sepan o no puedan leer tampoco pueden otorgar testamento cerrado<sup>61</sup>.

Siendo la intervención de testigos, en el número y condiciones en que para cada testamento se fija, una solemnidad central, el Código se ocupó de fijar una serie de prohibiciones para ser testigos en los testamentos, unas de ellas con carácter absoluto –las que afectan a mujeres, varones menores de edad, no vecinos, ciegos y totalmente sordos mudos, a los que no entiendan el idioma del testador, los que no estén en su sano juicio, los condenados por delitos de falsificación de documentos públicos o privados, falso testimonio y los que estén cumpliendo pena de interdicción civil, y los dependientes, amanuenses o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad del Notario autorizante<sup>62</sup>– y otras de carácter relativo –las que afectan al heredero y legatario en los testamentos abiertos en los que se instituyan, las que afectan a los parien-

*de la Société Jean Bodin pour l'Histoire comparative des institutions* LX, Bruxelles, De Boek Université, 1993, pp. 246 ss.

<sup>56</sup> Artículo 680 Cc.

<sup>57</sup> P. 6.1.1: «(...) La otra manera, es que dizen en latin testamentum in scriptis, que quiere tanto dezir, como manda que se faze por escrito, e non de otra guisa. E tal testamento como este, deve ser fecho ante siete testigos, que sean llamados, e rogados, de aquel que lo faze, e ninguno destos testigos, non deve ser siervo: nin menor de catorze años: nin muger: nin ome mal enfamado. Otrosi dezimos, que cada uno dellos deve escribir su nome en la fin del testamento, diziendo assi: yo fulano so testigo deste testamento, que lo fizo tal ome, nombrandolo, seyendo yo delante. E si alguno dellos non sopiere escrevir, qualquier delos otros lo puede fazer por mandado del. E de mas desto deven poner todos los testigos, sus sellos, en la carta del testamento, con cuerdas pendientes. E si alguno dellos, non oviesse sello, puede esto fazer con sello de otro. Otrosi dezimos, que el fazedor del testamento, deve escrevir su nome en la fin dela carta, diziendo assi, yo fulano otorgo que fize testamento, en la manera que es escrito en esta carta. E si non supiese, o non pudiesse escrevir, bien lo puede fazer otro por mandado del».

<sup>58</sup> P. 6.1.2.

<sup>59</sup> *LToro* 3: «(...) pero en el testamento cerrado, que en latin se dice *in escritis* (sic), mandamos que intervegan á lo menos siete testigos con un escribano, los cuales hayan de firmar encima de la escriptura del dicho testamento ellos y el testador, si supieren o pudieren firmar, é si non supieren, y el testador no pudiere firmar, que los unos firmen por los otros de manera que sean otcho firma, é mas el signo del escribano (...)» [El *Quaderno* de leyes aprobadas en Toro, en *Cortes de los Antiguos Reinos de León y de Castilla publicadas por la Real Academia de la Historia* IV, III (Ordenamiento de las Cortes de Toro de 1505)], pp. 194-219.

<sup>60</sup> P. 6.1.14.

<sup>61</sup> Artículo 708 Cc.

<sup>62</sup> Las del artículo 681 Cc.; artículo 676 APro. *Libro III*; artículo 590 Pro. 1851;

tes de éstos dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad<sup>63</sup>. Aunque algunas encontraban su apoyo en la por entonces reciente legislación notarial o en resoluciones de la Dirección de los Registros, gran parte ellas, con las correspondientes matizaciones, tenían una indiscutible raigambre histórica, como la prohibición relativa a las mujeres, la que afecta a los menores de edad, a los totalmente ciegos o mudos, o a los que no estuviesen en su sano juicio<sup>64</sup>.

El principio de la ambulatoriedad de la voluntad hasta el momento de la muerte convierten al testamento y a todas las disposiciones testamentarias en esencialmente revocables. Este principio y su consecuencia habían sido formulados en *Partidas*, sin más límites que la exigencia de sano juicio y el sometimiento a las reglas para hacer testamento cuando se hace el testamento posterior derogatorio<sup>65</sup>, pero conocía, sin embargo, algunas excepciones, entre las cuales estaba el hecho de que el testador hubiese declarado en el testamento la imposibilidad de revocación por cualquier otro testamento<sup>66</sup>. El Código ha recogido la regla pero ha suprimido la excepción y declara el testamento esencialmente revocable aunque el testador exprese en el testamento su voluntad de no revocarlo<sup>67</sup>. Una revocación presunta se producía según la legislación alfoncina cuando, salvo que hubiese ocurrido *per casum* o sin conocimiento del testador, el testamento cerrado o *in scriptis* aparecía con las cuerdas y señales rotas<sup>68</sup>, que también pasó al Código<sup>69</sup>.

#### IV

Sobre la base de que cualquiera que no esté incapacitado por la ley tiene capacidad para suceder por testamento o abintestato<sup>70</sup>, el Código contempla dos

<sup>63</sup> Las del Artículo 682 *Cc.* Artículo 677 *Apro. Libro III*;

<sup>64</sup> *P.* 6.1.9. *P.* 3.16.14.

<sup>65</sup> *P.* 6.1.25: «La voluntad del ome es de tal natura, que se muda en muchas maneras: porende ningun ome puede fazer testamento tan firme, que lo non pueda despues mudar, quando quisiere, fasta el día que muera, solamente que sea en su memoria, quando lo camiare, e que faga otro acabadamente». *Vid.* también *P.* 6.1.23 y *P.* 6.1.21.

<sup>66</sup> *P.* 6.1.22: «Razones señaladas y a, porque maguer el testamento postrimero sea fecho acabadamente, non se desataria porende el otro, que ante fue fecho. La primera es quando el padre fiziesse el testamento, en que estableciesse por heredero los fijos que descendiesse del: ca si despues fiziesse otro testamento, e enon fiziesse mencion del otro primero, non se desataria porende el que ante oviesse fecho (...) La otra es quando el testador dize assi, este mio testamento que agora fago, quiero que vala para siempre, e non quiero que vala otro testamento que fuesse fallado, que oviesse fecho ante, nin despues. Ca si acaesciesse, que este atal mudasse su voluntad, e fiziesse otro testamento, non quebrantaria porende el otro, que oviesse ante fecho, fueran ende, si el testador dixesse en el postrimero testamento señaladamente, que revocava el otro, e que non tuviesse daño, a aquel testamento que agora fazia, las palabras que dixera en el primero».

<sup>67</sup> Artículo 737 *Cc.*; artículo 915 *Apro. Libro III*; artículo 717 *Pro. 1851*; el Artículo 2228 *Pro. 1836* disponía: «el que hubiere hecho testamento tendrá hasta su muerte la facultad para modificarlo o variarlo, como le parezca, con tal que lo haga legítimamente».

<sup>68</sup> *P.* 6.1.24.

<sup>69</sup> Artículo 742 *Cc.*

<sup>70</sup> Artículo 644 *Cc.*; el Artículo 741 *Apro. Libro III* decía: «Podrán adquirir por testamento los que la ley no declare incapaces o indignos»; a la incapacidad por ley y a la indignidad también

incapacidades de carácter absoluto que afectan, siguiendo el derecho histórico<sup>71</sup>, a las criaturas abortivas y a las asociaciones o corporaciones no permitidas por la ley. Ha desaparecido, por las razones que antes se expusieron a propósito de la capacidad para testar, la incapacidad que en el Proyecto de 1851 y en el Anteproyecto de libro III<sup>72</sup> afectaba a los religiosos profesos,<sup>73</sup> mientras que la posibilidad de que las iglesias y cabildos eclesiásticos, junto a Diputaciones, Ayuntamientos, establecimientos de hospitalidad, beneficencia e instrucción pública y otras asociaciones sucedan por testamento o sin él, pero de acuerdo y con sujeción a lo dispuesto en el propio Código, es exigencia de derecho concordatario que vino a suavizar la prohibición del artículo 15 de la Ley de 11 de octubre de 1820<sup>74</sup>. También contaban con apoyo en la tradición las prohibiciones de heredar<sup>75</sup> que afectaban a determinado tipo de pobres<sup>76</sup>, las que afectan a los testigos intervinientes en algunos testamentos<sup>77</sup>, las que afectan al incapaz aunque la disposición testamentaria se encubra bajo forma de contrato o se haga a través de persona interpuesta<sup>78</sup> y, más modernamente, las que afectan al sacerdote que ha confesado al testador, parientes del mismo dentro del cuarto grado o a su iglesia<sup>79</sup>. Algunas de las causas de indignidad contempladas en la legislación alfonsina, como el haber sido condenado en juicio por haber atentado contra la vida del testador, no haber denunciado la muerte violenta del testador, cometer adulterio con la mujer del testador, obligar al testador a hacer testamento o a modificarlo o impedir a otro hacer testamento, revocar el ya existente u ocultarlo, alterarlo o suplantar<sup>80</sup> también pasaron al Código<sup>81</sup>.

*Heredis institutio est caput et fundamentum totius testamenti*<sup>82</sup>. Este principio y sus consecuencias encontraron ubicación en todo el título tercero de la

---

aludía el artículo 606 del *Pro. 1851*. «Todos aquellos a quien no es defendido por las leyes deste nuestro libro, pueden fazer testamento», decía P. 6.1.13.

<sup>71</sup> P. 6.3.4

<sup>72</sup> Artículo 741, 1.º *Apro. Libro III*; artículo 607, 1.º en relación con el artículo 601 *Pro. 1851*.

<sup>73</sup> Que también tenía apoyo en P. 6.1.17.

<sup>74</sup> Artículo 15 de la *Ley de 11 de octubre 1820*: «Las iglesias, monasterios, conventos, y cualesquiera comunidades eclesiásticas, así seculares como regulares, los hospitales, hospicios, casas de misericordia y enseñanza, las cofradías, hermandades, encomiendas y cualesquiera otros establecimientos permanentes, sean eclesiásticos o laicales, conocidos con el nombre de manos muertas, no pueden desde ahora en adelante adquirir bienes algunos, raíces ó inmuebles en provincia alguna de la monarquía, ni por testamento, ni por donación, compra, permuta, decomiso en los censos enfitéuticos, adjudicación en prenda pretoria, ó en pago de réditos vencidos, ni por otro título alguno, sea lucrativo ú oneroso».

Artículo 743 *Apro. Libro III*; artículo 608 *Pro. 1851*.

<sup>75</sup> Artículos 747-756 *Cc*; artículos 744-749 *Apro. Libro III*; artículos 610, 611, 562, 613 *Pro. 1851*. El artículo 612 de este Proyecto prohibía heredar también al médico que hubiese asistido en su enfermedad al testador y a su cónyuge.

<sup>76</sup> P. 6.3.20.

<sup>77</sup> P. 6.1.11.

<sup>78</sup> P. 6.7.13.

<sup>79</sup> *Auto III* (R. 5.10) de 1713; *NR* 10.20.15 de 1771 y *NR* 10.20.16 de 1781. *Vid.* PACHECO CABALLERO, *El acto mortis causa*, p. 244.

<sup>80</sup> P. 6.7.17.

<sup>81</sup> Artículo 756 *Cc*; artículo 754 *Apro. Libro III*; artículo 617 *Pro. 1851*; artículo 2205 *Pro. 1836*.

<sup>82</sup> *GIInst.* 2.229; *Inst.* 2.20.34.

sexta *Partida*, aunque la regla ya había sido despojada de su radicalismo<sup>83</sup>. El *Ordenamiento de Alcalá*, al establecer que el testamento fuese válido en las mandas aunque el testador no hubiese establecido heredero alguno<sup>84</sup> derogó la regla alfonsina y justiniana y posibilitó la realización del testamento con o sin institución de heredero. Es el planteamiento del Código, coherente también con el principio de compatibilidad entre la sucesión testada e intestada –igualmente contrario a la tradición justiniana contenida en Partidas–, y en virtud del cual, por lo tanto, es válido el testamento aunque no contenga institución de heredero, y aunque el instituido no acepte la herencia o sea incapaz de heredar, casos en los cuales son válidas las disposiciones testamentarias hechas de acuerdo con las leyes, abriéndose para el resto la sucesión legítima o abintestato<sup>85</sup>. Y a pesar de que la ley única del título 19 del Ordenamiento de Alcalá convirtió en inservibles gran parte de las leyes del título tercero de la *Partida* sexta, algunas de sus reglas pasaron al Código, como la relativa a los herederos instituidos sin designación de parte<sup>86</sup> o la relativa a la condición de legatario del heredero instituido en cosa cierta y determinada<sup>87</sup>.

En un derecho testamentario en el que la validez del testamento no queda vinculada a la *heredis institutio*, de la que puede, como hemos visto, prescindirse, las reglas relativas a la posibilidad de sustituir al instituido heredero para el caso de que éste muera antes que el testador, o no quiera o no pueda aceptar la herencia, esto es, las reglas de la sustitución, dejan de tener el alcance que tenían cuando la *heredis institutio* era requisito ineludible para la validez del testamento. Sin embargo, tras pasadas fundamentalmente del título quinto de la sexta *Partida*, *De como pueden ser establecidos otros herederos en los testamentos, en lugar de los que y fueren puestos primeramente, a que dizen en latin substitutos*<sup>88</sup>, encontramos en el Código una serie de reglas relativas a todas las

<sup>83</sup> P. 6.3. pr.: «Fundamento e rayz de todos los testamentos de qual natura quier que sean es establecer herederos en ellos, como quier que alas vegadas se comiençan de otra manera, segun es voluntad de aquellos que lo fizieren»; P. 6.3.1: «Heredem instituere, en latin tanto quiere dezir en romance, como establecer un ome a otro por su heredero, de manera que finque Señor despues de su muerte de los suyo, o de alguna partida dello: en lugar de aquel quel establescio. E tiene muy gran pro a aquel que lo establescio, porque dexa lo suyo a ome que quiere bien e parte de su anima deste mundo mas folgada porende. E otrosi tiene por al heredero, porque se le acrecen mas los sus bienes desde mundo por ello».

<sup>84</sup> OA 19 única. Vid. *supra* n. 30.

<sup>85</sup> Artículo 764 Cc. Artículo 765 APro. Libro III; artículo 625 y 627 Pro. 1851.

<sup>86</sup> Artículo 765 Cc. Artículo 766 APro. Libro III; artículo 626 Pro. 1851. Vid. P. 6.3.17

<sup>87</sup> Artículo 768 Cc. Artículo 769 APro Libro III; artículo 628 Pro. 1851. Vid. P. 6.3.14, aunque evidentemente, sólo para el caso de que hubiere otro heredero testamentario.

<sup>88</sup> P. 6.5 pr.; P. 6.5.1: «Substitutus en latin tanto quiere dezir en romance, como otro heredero que es establecido del fazedor del testamento, en el segundo grado, despues del primero heredero. E esto seria como si dexesse establezco a fulano por mio heredero, e si el non quisiere, o non lo pudiere ser, sea lo fulano en lugar del. E tal sustitucion como esta llaman en latin vulgaris, que quier tanto dezir, como establecimiento, que puede fazer qualquier del pueblo, e a quien quisiere. Otra sustitucion y a, aque llaman en latin pupularis, que quier tanto dezir, como establecimiento, que es fecho tan solamente al moço, que es menor de catorze años, o la moça que es menor de doze años. E otra manera de sustitucion que es llamada en latin exemplaris: que quier tanto dezir como establecimiento otro de herederos, que es fecho a semejança del que es

formas de sustitución que la doctrina había venido individualizando: la sustitución vulgar<sup>89</sup>, la sustitución pupilar (la hecha por los padres y demás ascendientes a los descendientes menores de catorce años para el caso de que mueran antes de dicha edad)<sup>90</sup>, la sustitución ejemplar (la hecha por el ascendiente al descendiente que, aunque mayor de catorce años, haya sido declarado incapaz por enajenación mental)<sup>91</sup> y la mal llamada sustitución fideicomisaria (en realidad, *fideicommissaria hereditas* o sucesión fideicomisaria), en la que el primer instituido debe restituir la herencia en los términos previstos por el testador a un tercero<sup>92</sup>. Mientras las tres primeras especies de sustitución no plantean graves problemas, signo de los tiempos es la prevención respecto de la llamada sustitución fideicomisaria por el efecto vincular a que podría dar lugar si no fuese sometida a ciertos límites. Estas prevenciones en relación a la sustitución fideicomisaria ya se habían puesto de manifiesto desde el Proyecto de 1836. Éste recoge la sustitución vulgar y pupilar<sup>93</sup>, pero establece taxativamente que «queda prohibido desde la promulgación de este Código el instituir heredero por fideicomiso», aunque pudiese el testador encargar a una persona determinada y capaz de obligarse la custodia de la herencia o del legado, siempre y cuando rindiese cuentas al heredero o legatario<sup>94</sup>. El proyecto de 1851 no recogía más que la sustitución vulgar, admitía la del *heredro impúbero* para el caso de que muriese antes de llegar a la pubertad<sup>95</sup> y advertía de que cualquier otra forma de sustitución no prevista en el Código es considerada fideicomiso y, por lo tanto, nula cualquiera que fuese la forma que revistiese<sup>96</sup>, y en los casos en que permitía gravar la herencia con la obligación de restitución hasta los nietos del testador, venía a reconducir la posición del heredero gravado con el deber de restitución a la posición de usufructuario<sup>97</sup>.

fecho a huerfano. E pueden lo fazer los padres, e los abuelos, a los que descien den de ellos, quando son locos, o desmemoriados, establesciendoles, otros por herederos si murieren en la locura. Otra manera y a, que es llamada en latin compendiosa, que quiere tanto decir, como establecimiento que por breves palabras. E aun y a otra sustitucion, que es dicha en latin breuiloqua, o reciproca, que quiere tanto dezir, como sustitucion que se faze brevemente en pocas palabras, en la qual se contienen quatro sustituciones, e las dos son vulgares, e las dos pupilares. Otra manera y a de sustitucion, a que dizen en latin fideicomissaria (...).

<sup>89</sup> Artículo 774 Cc. Artículo 775 Apro. Libro III.

<sup>90</sup> Artículo 775 Cc. Artículo 776 Apro. Libro III.

<sup>91</sup> Artículo 776 Cc. Artículo 777 Apro. Libro III.

<sup>92</sup> Artículo 781 Cc. Artículo 782 Apro. Libro III.

<sup>93</sup> Artículo 2291 y 2293 Pro. 1836.

<sup>94</sup> Artículo 2297 Pro. 1836.

<sup>95</sup> Artículos 629 y 630 Pro. 1851; artículo 638, párrafo segundo Pro. 1851.

<sup>96</sup> Artículo 635 Pro. 1851.

Vid. base 27, 28, 29 y 30 del texto de las bases del Código civil de 7 de marzo de 1844.

<sup>97</sup> Artículo 638 Pro. 1851: «No se entiende sustitución prohibida la disposición en que el testador deje la propiedad a uno y el usufructo a otro y otros con la limitación prescrita en el artículo 437.

(...) Puede asimismo dejar un padre la parte libre de sus bienes a un hijo, con la carga de haberlos de restituir a los hijos que el segundo tenga o tuviese en adelante, limitándose la restitución a los nietos del testador, sin pasar a otros grados. En este caso, el hijo gravado con la restitución queda sujeto a todas las obligaciones del usufructuario».



Pues bien, desde 1889, y para evitar que los fideicomisos se conviertan en perpetuos, las sustituciones fideicomisarias por la que el heredero debe conservar y transmitir a un tercero el todo o parte de la herencia no pueden pasar del segundo grado y para que sean válidas han de hacerse en favor de personas que vivan al tiempo del fallecimiento del testador<sup>98</sup>. Hacía tiempo dismantelados los mayorazgos, se trataba ahora de evitar que entrasen por la puerta de la sustitución fideicomisaria, ya que aquéllos, en feliz y posterior caracterización de González Palomino, no venían sino a ser *fideicomisos desbocados*<sup>99</sup>. Además de no poder recaer sobre la legítima, deben ser expresos y, alejándose del modelo justinianeo de las Partidas<sup>100</sup>, no dan lugar a que el heredero fiduciario detraiga la cuarta Trebeliánica (en realidad, cuarta Pegasiana, como bien hace notar Gregorio López en la glosa correspondiente). Y, nuevamente para evitar el efecto vincular típico del suprimido mayorazgo, se declaran sin efecto las sustituciones fideicomisarias que contengan prohibiciones perpetuas de enajenar o que, aunque no sean perpetuas, pasen del límite del segundo grado<sup>101</sup>, en línea con los límites que a dichas prohibiciones se habían impuesto incluso antes de la legislación desvinculadora (necesidad de licencia regia)<sup>102</sup> y en línea con la

<sup>98</sup> Artículo 781 Cc. La base 16 de la Ley de 1888 establecía: «Materia de las reformas indicadas serán, en primer término, las sustituciones fideicomisarias, que no pasarán ni aun en la línea directa de la segunda generación, á no ser que se hagan en favor de personas que todas vivan al tiempo del fallecimiento del testador». Artículo 782 Aprox. Libro III.

<sup>99</sup> GONZÁLEZ PALOMINO, J., *Enajenación de bienes pseudo-usufructuados. Conferencia desarrollada en la Semana Notarial de Santander en verano de 1948*, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1950, p. 36.

Recuérdese, además, que la *Ley de 11 de octubre de 1820* menciona a los fideicomisos junto a los mayorazgos en su artículo primero: «Quedan suprimidos todos los mayorazgos, fideicomisos patronatos, y cualquiera otra especie de vinculaciones de bienes raíces, muebles, semovientes, censos, juros, foros, ó de cualquiera otra naturaleza, los cuales se restituyen desde ahora á la clase de absolutamente libres».

<sup>100</sup> P. 6.5.14: «Fideicomissaria substitutio en latin, tanto quiere dezir en romance, como establecimiento de heredero que es puesto en fe de alguno, que la herencia dexa en su mano, que la de a otro, assi como si disexe el fazedor del testamento: establezco por mio heredero a fulano e ruego le, o quiero, o mando que esta mi herencia, que le dexo, que la tenga tanto tiempo e que despues la de e entregue a fulano. E tal establecimiento como este, puede fazer todo ome a cada uno del pueblo, solo que non le sea defendido por algunas leyes deste nuestro libro. Pero dezimos, que este que es rogado, e establecido en esta manera, que deve dar e entregar la herencia, assi como el testador mando: sacando ende la quarta parte de toda la herecnia, que puede tener para si. E esta quarta parte es llamada en latin trebelianica (...)».

<sup>101</sup> Artículo 785, 2.º Cc. Artículo 786, 2.º Aprox. Libro III.

<sup>102</sup> NR 10.17.12: «Teniendo presente los males que dimanar de la facilidad que ha habido en vincular toda clase de bienes perpetuamente, abusando de la permission de las leyes, y fomentando la ociosidad y soberbia de los poseedores de pequeños vínculos ó patronatos, y de sus hijos y parientes, y privando de muchos brazos al ejército, marina, agriculatura, comercio, artes y oficios; he resuelto, que desde ahora en adelante no se puedan fundar mayorazgos, aunque sea por via de agregacion, ó de mejora de tercio y quinto, ó por los que no tengan herederos forzosos, ni prohibir perpetuamente la enagenacion de bienes raíces ó estables por medios directos ó indirectos, sin preceder licencia mia, ó de los Reyes mis sucesores; la qual se concederá á consulta de la Cámara, precediendo conocimiento, de si el mayorazgo ó mejora llega ó excede, como deberá ser, á 30 ducados de renta; si la familia del fundador por su situacion puede aspirar á esta distincion, para emplearse en la carrera militar o política con utilidad del Estado; y si todo ó la mayor parte de

imposibilidad, desde 1820, de establecer prohibiciones de enajenar<sup>103</sup>. Otras limitaciones impuestas a las sustituciones cualquiera que fuese la forma que adopten tienen que ver con la evitación de que personas incapaces acaben recibiendo por estamento, como la relativa a la imposibilidad de que la restitución de la herencia tenga lugar según instrucciones reservadas del testador<sup>104</sup>.

## V

La cuestión relativa a aquella porción de la que el testador no puede disponer libremente por venir reservada por la ley a los ahora llamados herederos forzosos<sup>105</sup> fue uno de los *points chauds* del debate codificador, no ya sólo por las dificultades existentes en torno a la determinación de su cuantía, lo que encubría a su vez la dificultad existente en torno a la delimitación y alcance de la libertad de testar, sino también porque constituyó un punto fundamental de fricción respecto de los demás derechos civiles peninsulares de tradición no castellana<sup>106</sup>.

La situación anterior venía determinada, nada menos, que por la tradición visigoda. La famosa ley *Dum illicita* estableció en cuatro quintas partes de los bienes la porción que necesariamente debía dejarse en favor de los descendientes, lo que redujo, pues, la cuota de libre disposición a un quinto de los bienes. Desde Ervigio, se permitió favorecer a los descendientes con derecho legítima a través de la asignación de una mejora consistente en el tercio de los bienes<sup>107</sup>. El sistema, prescindiendo ahora de la consideración de otros problemas colaterales, no daba mucho juego para que los ascendientes concentrasen el patrimo-

---

los bienes consiste en raíces, lo que se deberá moderar, disponiendo, que las dotaciones perpetuas se hagan y situen principalmente sobre efectos de rédito fijo, como censos, juros, efectos de villa, acciones de Banco ú otros semejantes, de modo que quede libre la circulación de bienes estables para evitar su pérdida ó deterioracion, y solo se permita lo contrario en alguna parte muy necesaria, ó de mucha utilidad pública; declarando, como declaro, nulas y de ningun valor ni efecto las vinculaciones, mejoras y prohibiciones de enagenar, que en adelante se hicieren sin Real facultad, y con derecho á los parientes inmediatos del fundador ó testador para reclamarlas, y suceder libremente, sin que por esto sea mi ánimo prohibir dichas mejoras de tercio y quinto, con tal que sea sin vinculacion perpetua, miéntras no concurra licencia mia, á cuyo fin derogo todas las leyes y costumbres en contrario» [Utilizo *Novísima Recopilacion de las Leyes de España dividida en XII Libros En que se reforma la Recopilacion publicada por el Señor Don Felipe II. En el año de 1567, reimpressa últimamente en el de 1755: Y se incorporan las pragmáticas, cédulas, decretos, órdenes y resoluciones Reales, y otras providencias no recopiladas y expedidas hasta el de 1804 mandada formar por el Señor don Carlos IV*, Madrid, 1805].

<sup>103</sup> Ley de 11 de octubre de 1820, art. 14: «Nadie podrá en lo sucesivo, aunque sea por via de mejora, ni por otro título ni pretesto, fundar mayorazgo, fideicomiso, patronato, capellanía, obra pía, ni vinculación alguna, sobre ninguna clase de bienes ó derechos, ni prohibir directa ni indirectamente su enagenación. Tampoco podrá nadie vincular acciones sobre bancos ú otros fondos extranjeros».

<sup>104</sup> Artículo 785, 4.º Cc. Artículo 786, 4.º *Apro libro III*.

<sup>105</sup> Artículo 806 Cc.

<sup>106</sup> ALONSO MARTÍNEZ, M., *El Código Civil en sus relaciones con las legislaciones forales I-II*, Establecimiento Tipográfico de P. Núñez, Madrid, 1884-1885, II, pp. 42 ss.

<sup>107</sup> LV 4.5.1.

nio en uno de los hijos. El derecho visigodo, además, desconocía una legítima de los ascendientes, aunque fuesen llamada a la intestada *iuxta legum ordinem*<sup>108</sup>.

El sistema de legítimas del último derecho visigodo pasó al *Fuero Real*, pero no permitió la acumulación por un mismo descendiente del quinto de libre disposición y el tercio de mejora, con lo que dicho quinto libre debía ir a parar a un no mejorado, a un extraño o a la Iglesia<sup>109</sup>. Dado que, por otra parte, el mismo *Fuero Real* permitía que los padres, en vida, pudiesen realizar donaciones hasta el quinto de sus bienes<sup>110</sup>, el texto alfonsino planteó la duda, sólo resuelta en el siglo XVI, en torno a si del quinto de libre podía disponerse en vida y también a la muerte del causante. En cualquier caso, y aunque en el *Fuero Real* el cálculo de las cuotas de legítima y mejora debía realizarse extrayendo primero el quinto de libre disposición –*sin la quinta sobredicha*–, las *Leyes del Estilo* volvieron a aclarar la cuestión, en el mismo sentido<sup>111</sup>. El *Fuero Real*, dependiente del *Liber Iudiciorum*, no recogía tampoco la legítima de los ascendientes

La recepción momentánea en *Partidas* de los planteamientos de la *Novella* 18 de Justiniano no vino a alterar sustancialmente el estado de cosas antes descrito. Guardando silencio absoluto en torno a la mejora, una institución de sabor postclásico y vulgar que había sido recogida por el derecho visigodo, las *Partidas* instauraron el sistema de *triente et semisse*, esto es, la legítima de los descendientes –a que dicen en latín *parte debita iure nature*– consistente en un tercio de los bienes para el caso de que hubiera hasta cuatro hijos o consistente en la mitad de los bienes si concurren más de cuatro<sup>112</sup>. La cuantía de la legítima de los ascendientes quedó fijada en un tercio de los bienes<sup>113</sup>.

El sistema justiniano –romanismo servil, dirá García Goyena<sup>114</sup>– consagrado en *Partidas* no inspiró, sin embargo, a la tradición castellana, al menos en lo que se refiere a la legítima de los descendientes. Las *Leyes de Toro* volvieron al sistema de quintos para delimitar la cuantía de la legítima y la cuota de libre disposición. En evitación de que, por el juego que daban los dos preceptos del *Fuero Real* antes citados, los padres dispusiesen dos veces del quinto libre, una en vida y otra por testamento, vinieron a establecer que los padres, tanto en vida como a su muerte, no dispusiesen libremente de más de un quinto de la herencia<sup>115</sup>. Fueron las *Leyes de Toro* también las que instauraron la posibilidad de mejorar no sólo con el tercio ervigiano sino también con el quinto de libre disposición<sup>116</sup>. Y fueron las *Leyes de Toro*, en fin, las que, al permitir que los des-

<sup>108</sup> LV 4.2.20

<sup>109</sup> FR 3.5.9

<sup>110</sup> FR 3.12.7

<sup>111</sup> LEstilo 214.

<sup>112</sup> P. 6.1.17.

<sup>113</sup> P. 6.13.8

<sup>114</sup> GARCÍA GOYENA, *Concordancias* II, Apéndice n. 8, p. 340.

<sup>115</sup> LToro 28.

<sup>116</sup> LToro 19, 20, 21, 22, 24, 26 y 26. Alfonso OTERO, «La mejora del nieto» en *AHDE* 31 (1961) pp. 389-400 y Alfonso OTERO, «La mejora», en *AHDE* 33 (1963) pp. 5-131.

endientes pudiesen disponer tanto en vida como por testamento de un tercio de los bienes, fijaron la legítima de los ascendientes en las dos terceras partes, en una norma pensada tanto para la sucesión *ex testamento* como *abintestato* y que consagra, además, un principio de reversión troncal del que más tarde nos ocuparemos<sup>117</sup>.

Así estaban las cosas al momento de plantearse la necesidad de un Código. Basta leer la extensa argumentación relativa a los criterios tenidos en cuenta a la hora de determinar la porción legítima y la de libre disposición en la exposición de motivos del Proyecto de 1836 para darse cuenta de la importancia que el asunto revestía:

«(...) Sin detenerse más en estos puntos que son de mera formalidad, pasa la Comisión a otras cuestiones de mayor importancia. Una de ellas es si convendría dar al padre la facultad de testar como mejor le pareciere, sin obligarle a dejar a cada uno de sus hijos la porción que llamamos legítima (...)

(...) La Comisión es del dictamen que el señalamiento de una legítima se funda en razones de justicia y de conveniencia.

En virtud de los estrechos y sagrados vínculos que unen a los padres con los hijos, tienen aquéllos impuesta por la naturaleza misma la obligación de asegurar la subsistencia de las personas a quienes diere el ser; y la ley protectora de los débiles debe evitar las funestas consecuencias de un padre desnaturalizado por una pasión bastarda, o alucinado por otra causa pudiera disponer de todos o la mayor parte de sus bienes a favor de una persona extraña reduciendo a su hijo a una condición deplorable. Reflexiónese que cuando el padre haciendo testamento ejerce una magistratura doméstica, ésta no tiene los frenos de la publicidad y de la responsabilidad como la magistratura civil; y si bien es cierto que afortunadamente son más los padres buenos que los malos, también hay algunos de estos bien descastados y capaces de anteponer a sus propios hijos una favorita que los haya alagado y seducido.

No era tan fácil resolver otra duda que ocurrió acerca de la distribución de la parte de la herencia que la ley señala como legítima cuando hubiere más de un hijo. ¿Deberá repartirse igualmente entre todos, o convendrá dar al padre la facultad de señalar a unos más y a otros menos? Desde luego parece esto último lo más acertado: ¿Quién conoce mejor que el padre el mérito respectivo de los hijos? ¿Quién podrá calcular con datos más positivos las verdaderas necesidades de ellos? Además, sabiendo los mismos que el padre tiene esta facultad discrecional serán más obedientes, se estimularán para proceder bien y granjearse la voluntad del padre, de donde resultará la subordinación y el bienestar de las familias. Sin embargo, no faltarán razones en apoyo de la opinión contraria.

<sup>117</sup> *LToro* 6: «Los ascendientes legítimos, por su orden e línea derecha, sucedan ex testamento e ab intestato a sus descendientes y les sean legítimos herederos, como lo son los descendientes a ellos, en todos sus bienes, de cualquier calidad que sean, en caso que los dichos descendientes no tengan hijos o descendientes legítimos o que hayan derecho de los heredar; pero bien permitimos que, no embargante que tengan los dichos ascendientes, que en la tercia parte de sus bienes puedan disponer los dichos descendientes en su vida o fazer cualquier última voluntad por su alma o en otra cosa qual quisieren, lo qual mandamos que se guarde, salvo en las ciudades e villas e logares do, segun el fuero de la tierra, se acostunbran tornar los bienes al tronco o la rayz ala rayz.»

Los padres también se encaprichan, tienen sus predilecciones no siempre fundadas, en especial las madres, en quienes es muy frecuente preferir al hijo más adulator aunque no sea el más digno. Por otra parte, los hijos han nacido con derechos iguales respecto de sus padres; la ley presume que el amor de éstos es igual para todos aquellos: luego debe serlo también la distribución de los bienes paternos. En esta incertidumbre y perplejidad de argumentos, la Comisión ha creído conveniente adoptar en esta parte la ley antigua de Castilla que estableciendo la igualdad entre los hijos, da sin embargo al padre la facultad de mejorar a cualquiera de ellos en el tercio de la porción legítima que corresponde a todos. Así podrá premiar al que mejor se haya portado con él, o al que lo merezca por otros méritos, sirviendo este premio de estímulo para que los hermanos rivalicen entre sí y procuren aventajarse. Hay otra razón poderosa de economía pública, y es que por este medio puede evitarse la demasiada subdivisión de los bienes raíces, señalando la mejora en éstos para que continúen unidos en una misma mano; por cuanto es indudable que demasiada subdivisión de la propiedad perjudica a la agricultura acaso tanto como la excesiva acumulación. Para obviar este inconveniente las leyes de Inglaterra disponen que las tierras pasen al hijo mayor con exclusión de los otros, excepto en el condado de Kent, donde se reparten con igualdad entre ellos, y en algunos otros distritos particulares, donde por costumbre pasa la propiedad territorial al hijo menor. En Cataluña también es muy favorecido en las sucesiones el hijo mayor; y algunos opinan que el adelantamiento de aquellos países en la agricultura dimana de esta causa principal. Esto no es exacto: puede, sí, haber contribuido esta causa a producir aquel buen resultado; pero no es ella sola ni la principal. Las más poderosas e influyentes para adelantar el cultivo son los capitales, un buen sistema de riego y abonos, facilidad de comunicaciones y exportaciones de frutos, y sobre todo buen sistema de contribuciones. En el reino de Valencia no hay tal ley ni costumbre a favor de los hijos mayores, y su agricultura se halla por lo general en un estado muy floreciente.

El Código francés ha admitido también las legítimas, y no obstante la agricultura ha hecho grandes progresos en aquel reino, como los hará en España cuando para su fomento concurran las circunstancias expresadas anteriormente.

Al paso que se ha puesto a los padres el debido coto con el señalamiento de la legítima, se ha aumentado el haber disponible de aquéllos cuando no haya más que un hijo, en cuya caso se les permite disponer a favor de otros parientes o personas extrañas de la tercera parte de la herencia, y no del quinto como antes. Así ha procurado conciliarse el derecho de propiedad con los deberes de la naturaleza, dejando al padre mayor latitud para que pueda premiar servicios o ejercer actos de beneficencia. Las dos terceras partes restantes formarán la legítima del hijo; pero siendo más de uno sólo podrá disponer del quinto a favor de extraños, porque no sería justo beneficiar a éstos con perjuicio de los descendientes legítimos, quienes si fuesen dos percibirían tanto como el extraño, si a éste pudiese dejarse la tercera parte, y menos que el mismo pasando de aquel número: lo cual sería contrario a equidad y al orden natural en la graduación de los afectos que es la base principal de las sucesiones.

También examinó detenidamente la Comisión otro punto importante, a saber, si debería darse una porción legítima a los descendientes y colaterales. En cuanto a los primeros, no dudó que los hijos tenían una obligación natural de asegurar una subsistencia decorosa a aquellas personas de quienes habían

recibido el ser y el beneficio de la educación; pero debiendo suponerse que las mismas tienen ya un establecimiento independiente y menos años de vida que los hijos, pareció justo señalarles una cuota menor que a éstos. Por lo que hace a los hermanos, no tuvieron legítima por nuestras leyes, ni hay razón para que se les dé; lo primero porque cada uno de ellos recibe de los padres su parte de herencia, lo segundo porque respecto de los hermanos no tienen lugar los vínculos, deberes y obligaciones que median entre ascendientes y descendientes»<sup>118</sup>.

Estos criterios son los que están en la base de la disciplina, en el Proyecto de 1836, de la legítima, aquí llamada *cuota hereditaria correspondiente, según ley, a ciertas personas*<sup>119</sup> y de la mejora<sup>120</sup>.

También en los papeles de García Goyena la cuestión de la legítima y su cuantía son de la suficiente gravedad e importancia como para dedicarles uno de los apéndices en sus *Concordancias*:

«Legítima o reserva á favor de los descendientes legítimos.

¿Conviene hacerla, o más bien dejar á los padres y ascendientes en absoluta libertad para disponer y testar de sus bienes, aun en favor de extraños?

Esta cuestión de tan alto interés social, bajo cualquier aspecto que se la mire, es precisamente la que más divide la legislación Foral de la Castellana.

Sin embargo, nosotros no podemos prescindir de la unidad de Códigos, por ser un artículo constitucional, y punto debatido ya, y resuelto en la Comisión general.

Habremos, pues, de optar entre una ú otra legislación, sin que esta alternativa inevitable escluya algún temperamento ó término medio para suavizar el cambio recíproco de las dos legislaciones, conservando en lo posible el espíritu de ambas, comunicando sus ventajas, y facilitando la continuación de ciertas prácticas, tan antiguas como queridas; lejos de mí el sacrificar en este, ni en otro punto una legislación á otra, ni reconocer supremacía de la Castellana sobre la Foral, ó al contrario; vamos a proponer leyes que han de regir á todos los españoles, y no debemos consultar en su redacción sino lo mejor, ó lo bueno para todos»<sup>121</sup>

En el Proyecto de 1851<sup>122</sup> la legítima de los hijos y descendientes quedó fijada en cuatro quintas partes de los bienes, según la tradición netamente castellana, pero quedando un solo hijo descendiente se fijó en dos tercios, lo que

<sup>118</sup> LASSO, *Crónica* 4 II, pp. 128-129.

<sup>119</sup> Artículos 2261-2265 *Pro. 1836*.

<sup>120</sup> Artículos 2317-2319 *Pro. 1836*.

<sup>121</sup> GARCÍA GOYENA, *Concordancias* II, apéndice n. 7, pp. 325-326.

<sup>122</sup> Las bases de 7 de marzo de 1844 que sirvieron para la redacción de este proyecto establecían lo siguiente en tema de legítimas:

«35. Habrá legítima de descendientes, y sin perjuicio de la que a los hijos corresponda, podrá también el padre mejorar en una porción de ella a los mismos hijos y descendientes y disponer de otra parte de sus bienes en favor de extraños.

36. Habrá legítima de ascendientes.

37. No habrá legítima en línea colateral.

38. Habrá legítima de los cónyuges entre sí sin distinción de que sean ricos y pobres».

recuerda a los tercios justinianos. La de los padres y ascendientes es de dos tercios si son dos o más y la mitad si sólo queda un ascendiente<sup>123</sup>. Sobre la base de que, sobre todo lo que no sea legítima rigurosa de los hijos o descendientes los padres y ascendientes tienen libertad de disposición, incluso a favor de extraños<sup>124</sup>, la mejora viene ahora caracterizada como doble porción de legítima en favor de hijos y descendientes, la que correspondiese en función del número de hijos existentes<sup>125</sup>.

El sistema legitimario que pasa finalmente al Código es fruto de la combinación de las aportaciones de dos tradiciones jurídicas distintas: una, procedente del mundo visigodo que reconoce una legítima de descendientes de cuatro quintos con la facultad de mejorar en un tercio, pero no admitía la legítima de los ascendientes y otra, la justiniana, que aporta e introduce la legítima de los ascendientes y el sistema de tercios que sustituye al quinto y tercio de tradición visigoda. Fruto de la combinación de los criterios contenidos en los artículos 808, 809 y 823 del Código Civil tenemos así, para los descendientes, que de una herencia dividida en tercios dos terceras partes constituyen la legítima y un tercio la porción de libre disposición, salvo que en una de las dos terceras partes, esto es, en un tercio, el ascendiente decida mejorar a sus hijos o descendientes, mientras que la legítima de los padres o ascendientes queda fijada definitivamente en la mitad de los bienes<sup>126</sup>.

Mientras era doctrina antigua<sup>127</sup> que sobre la legítima no cabía imponer gravamen, condición, ni sustitución de ningún tipo<sup>128</sup>, la mejora no soporta otros gravámenes que los que se establezcan en favor de los legitimarios. La mejora, además, a diferencia de lo que ocurría desde Toro<sup>129</sup>, debe ser expresa<sup>130</sup> y a diferencia de lo que venía sucediendo reiteradamente desde el siglo XVI, en el sentido de no admitirse que con ocasión del casamiento de las hijas se prometiese la mejora del tercio quinto<sup>131</sup>, el Código viene ahora a admitir la validez de las promesas de mejorar o no mejorar hechas en capitulaciones matrimoniales<sup>132</sup>. Como desde Toro<sup>133</sup>, puede el mejorado aceptar la mejora y repudiar la herencia<sup>134</sup> y también proceden de aquel momento<sup>135</sup> las reglas sobre pago de mejora según ésta haya sido señalada o no en cosa determinada<sup>136</sup>.

<sup>123</sup> Artículo 642 *Pro. 1851*.

<sup>124</sup> Artículo 652 *Pro. 1851*.

<sup>125</sup> Artículo 654 *Pro. 1851*. Vid. además, GARCÍA GOYENA, *Concordancias II*, apéndice n. 8, pp. 340-349.

<sup>126</sup> Además de lo dispuesto en la base 16 de la Ley de 1888, los antecedentes, en este caso, son los artículos 793, 794 y 808 del *Apro. Libro III*.

<sup>127</sup> P. 6.4.11.

<sup>128</sup> Artículo 813 *Cc. Artículo 798 Apro. Libro III. Artículos 644-645 Pro. 1851*.

<sup>129</sup> *LToro 26*.

<sup>130</sup> Artículo 825 *Cc. Artículo 810 Apro. Libro III*.

<sup>131</sup> R. 5.2.1 (=NR 10.3.6).

<sup>132</sup> Artículo 826 *Cc. Artículo 811 Apro. Libro III*.

<sup>133</sup> *LToro 21*.

<sup>134</sup> Artículo 833 *Cc. Artículo 818 Apro. Libro III*.

<sup>135</sup> *LToro 19 y 20*

<sup>136</sup> Artículos 829 y 832 *Cc. Artículos 814 y 817 Apro. Libro III*.

La preterición injusta de los descendientes en línea recta daba lugar a la invalidez del testamento<sup>137</sup>, aunque después las Leyes de Toro llegaron a admitir que tal preterición, ruptura o anulación no afectaba a la mejora de tercio y quinto, que debía de valer *como si el dicho testamento no se rompiese*<sup>138</sup>. El Código acepta la validez de las mandas y mejoras en cuanto no sean inoficiosas<sup>139</sup>. La inoficiosidad o exceso de las disposiciones testamentarias que fuesen en detrimento de la legítima da lugar a una reducción de aquéllas en la cuantía en que fuesen excesivas<sup>140</sup>, de la misma forma que desde antiguo que el padre no dejase al hijo todo lo que debía corresponderle en concepto de legítima si bien no producía la ruptura del testamento habilitaba al hijo a *agere ad supplementum*<sup>141</sup>.

La consideración de viudo como heredero forzoso es consecuencia de la base 17 de la Ley de 11 de mayo de 1888. Antes del Código, sus derechos sucesorios<sup>142</sup> lo eran sólo en la sucesión abintestato en los términos en que veremos más adelante. La mencionada base dispuso:

Se establecerá á favor del viudo o viuda el usufructo que algunas de las legislaciones especiales le conceden, pero limitádo a una cuota igual á lo que por su legítima hubiera de percibir cada uno de los hijos, si los hubiere, y determiando los casos en que ha de cesar el usufructo<sup>143</sup>.

Consecuencia de este planteamiento es, como se ha dicho, la consideración como heredero forzoso, después de los hijos y descendientes legítimos y después de los ascendientes, del viudo y de la viuda<sup>144</sup>. Y consecuencia de esta consideración son los artículos 834-839<sup>145</sup> en los que los que se asigna al cónyuge viudo una cuota usufructuaria igual a la que por legítima corresponda a

<sup>137</sup> DE MONTAGUT ESTRAGUÉS, T., «El testamento inoficioso en las partidas y sus fuentes», en *AHDE* 62 (1992) pp. 237-326.

<sup>138</sup> *LToro* 24.

<sup>139</sup> Artículo 814 *Cc.* Artículo 799 *Apro. Libro III.*

<sup>140</sup> Artículo 817 *Cc.* Artículo 802 *Apro. Libro III.*

<sup>141</sup> *P.* 6.8.5.

<sup>142</sup> Otra cosa ocurría en los derechos civiles de tradición no castellana; *Vid.* Segismundo MORET Y PRENDESGAST-LUIS SILVELA, *La familia foral y la familia castellana. Memoria premiada por la Academia Matritense de Jurisprudencia y Legislación, en el concurso abierto en 29 de junio de 1862*, Madrid, Imprenta de la viuda é hijos de D. José Cuesta, 1863, pp. 180 ss.; ALONSO MARTÍNEZ, *El Código* II, pp. 66-103. Para Cataluña, últimamente FRANCISCO LUIS PACHECO CABALLERO, «*Familiam suam, id est patrimonium suum*. El régimen económico de la relación matrimonial en el derecho catalán (Práctica medieval y doctrina moderna)», en *Initium* 15 (2010), esp. pp. 459-472.

<sup>143</sup> Base 17 de la Ley de Bases de 11 de mayo de 1888; igual, en el *Proyecto de ley de Bases de 7 de enero de 1885*, base 16.

<sup>144</sup> Art. 807, 3.º *Cc.*, párrafo que, por las razones indicadas, faltaba en el *Apro. Libro III.*

Pero el en *Pro. 1851* se decía (art. 653) que los padres o ascendientes podían disponer en favor del cónyuge en usufructo de la cuarta parte de la legítima del hijo, si sólo quedaba uno; de un quinto de la legítima, si había dos o más hijos y de la mitad de la herencia en propiedad si sólo deja descendientes.

<sup>145</sup> Artículos 819-825, adoptado por acuerdos de la Comisión en 23 y 24 de noviembre de 1882, *Apro. Libro III.*



cada uno de los hijos o descendientes que no hubiesen sido mejorados, teniendo en cuenta que si no queda más que un hijo el viudo tiene derecho al usufructo sobre el tercio de mejora y teniendo en cuenta que si el testador no ha dejado descendientes y sí ascendientes, corresponde al viudo el usufructo sobre la tercera parte de la herencia, sacado de la mitad libre; si no hay descendientes ni ascendientes, la cuota usufructuaria recae sobre la mitad de la herencia.

También es consecuencia de la Ley de Bases de 11 de mayo de 1888 la condición adquirida por los hijos naturales<sup>146</sup> a propósito de la sucesión testada<sup>147</sup> y el régimen de los artículos 840 a 847<sup>148</sup>. Con anterioridad, aunque siempre podía destinárseles el quinto de libre disposición, no tenían más derechos que el de alimentos, independientemente de los que les correspondían en la sucesión intestada.

Era principio básico en el derecho anterior a la codificación que la desheredación no tenía lugar sino por una serie de causas tasadas y no por otras, de la misma forma que era principio indiscutible que la desheredación, debía hacerse necesariamente en testamento con expresión inequívoca de la causa por la que se desheredaba<sup>149</sup>. De otra forma, la desheredación era nula y provocaba la ruptura del testamento en todo lo que no fuesen legados y mejoras<sup>150</sup>. Estos principios pasaron al Código<sup>151</sup>, aunque las causas de desheredación, tanto para los descendientes como para los ascendientes, evidentemente, ya no podían ser todas las que desde antiguo eran tomadas en consideración ni todas las que, siguiendo la Novela 115, habían quedado recogidas en Partidas<sup>152</sup>. Tampoco fue tenida en cuenta como causa de desheredación la de haber contraído matrimonio sin el consentimiento paterno que últimamente había sido disciplinada en 1776<sup>153</sup>.

Desaparecidas las mandas forzosas para casar mujeres huérfanas y pobres<sup>154</sup>, la manda obligatoria destinada al socorro de prisioneros, familiares y viudas durante la Guerra de la Independencia<sup>155</sup> o la manda de 48 maravedís de vellón que era obligatorio realizar en los testamentos otorgados en el Vicariato

<sup>146</sup> MARTÍNEZ GIJÓN, J., *En la definición de hijo natural. De las Leyes de Toro al Código Civil de 1889*, Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Sevilla, Sevilla, 1992.

<sup>147</sup> *Ley de Bases de 11 de mayo de 1888*, base 18: (...) Desaparecerá la diferencia que nuestra legislación establece respecto a los hijos naturales entre el padre y la madre, dándoseles igual derecho en la sucesión intestada de uno y otro (...), igual en el *Proyecto de Ley de Bases de 7 de enero de 1885*, base 17.

<sup>148</sup> Artículos 826-832 *Apro. Libro III*.

<sup>149</sup> LV 4.5.1; FR 3.9.1 y 2; P. 6.7.1, 2 y 3.

<sup>150</sup> *LToro* 24.

<sup>151</sup> Artículos 848-851 *Cc.*; artículos 843-876; *Apro Libro III*; artículos 675-707 *Pro. 1851*, aunque con diferencias de redacción y disciplina; así, las relativas al orden en que se han de pagar los legados cuando la herencia no alcanza para cubrirlos todos: el proyecto colocaba en primer lugar a los legados de cosa específica (art. 702); artículos 2303-2316 *Pro. 1836*.

<sup>152</sup> P. 6.7.4,5,6 y 7; P. 6.7.11.

<sup>153</sup> NR 10.2.9.

<sup>154</sup> R. 5.2.5.

<sup>155</sup> *Reglamento sobre la imposición e inversión de una manda forzosa en los testamentos que se otorguen en todos los Dominios de la Monarquía durante la presente guerra y diez años después, destinada al socorro de nuestros prisioneros, sus familias, viudas, etc (Colección de los Decretos y*

de Madrid, en favor de sus hospitales <sup>156</sup>, el extenso tratamiento de los legados <sup>157</sup> vierte a Código, en líneas generales, la antigua disciplina de las *mandas que dexa el testador de cosas señaladas en su testamento* <sup>158</sup>, aunque con algunas diferencias relativas a la responsabilidad por el gravamen que el legado implica, que en el derecho histórico se extendía más allá del valor de la cosa legada <sup>159</sup>, las relativas a la extinción del legado por enajenación de la cosa legada por el testador, que en el Código se produce por cualquier tipo de enajenación, mientras el derecho histórico excluía algunas formas de enajenación <sup>160</sup> o las relativas a la elección de la cosa en el llamado legado de género, que en el Código corresponde siempre al heredero, mientras en el derecho histórico, en algunos casos, correspondía al legatario <sup>161</sup>.

Lo mismo ocurre con aquellos que *han de seguir e de cumplir las mandas e las voluntades de los defuntos que dexan en sus testamentos*, esto es, los testamentarios o cabeçaleros <sup>162</sup>, ahora también llamados en el Código albaceas <sup>163</sup>, aunque han desaparecido las antiguas prohibiciones por razones de edad y sexo para actuar como testamentario.

## V

La disciplina de la sucesión intestada antes del Código era el resultado de la aportación de la tradición visigoda que había pasado al *Fuero Real*, de la aportación justiniana a través de *Partidas* y de las modificaciones operadas por la legislación en época moderna y contemporánea.

Tanto por temática como por «ordenación sistemática», el tratamiento que la sucesión intestada recibe en el *Liber Iudiciorum* está «más cerca de Justiniano que de Eurico» <sup>164</sup>. El principio general que vertebró toda la materia es el de que en la sucesión de aquellos que mueren sin haber expresado su última voluntad ni mediante donación, ni mediante testamento, *qui gradu illis proximi fuerint, eorum obtinebunt hereditatem* <sup>165</sup>, principio que debe completarse con el atinente a la igualdad en la sucesión entre *feminae* y varones, al considerarse justo que *quos propinquitas nature consociat, hereditarie successionis ordo non*

*Órdenes que han expedido las Cortes Generales y Extraordinarias desde su instalación en 24 de septiembre de 1810 hasta igual fecha de 1811*, Imprenta Real, Cádiz, 1811, I, pp. 140 ss.).

<sup>156</sup> Suplemento a NR 10.18.1.

<sup>157</sup> Artículos 858-888 Cc.

<sup>158</sup> P. 6.9. Pro.

<sup>159</sup> P. 6.9.3 y 6. Artículo 675 Pro. 1851.

<sup>160</sup> P. 6.9.17 y 40

<sup>161</sup> P. 6.9.23.

<sup>162</sup> P. 6.10

<sup>163</sup> Artículos 892-911 Cc; artículos 893-914 *Apro Libro III*; artículos 726-741 Pro. 1851; artículos 2234-2356 Pro. 1836

<sup>164</sup> D'ORS, A., *El Código Estudios visigóticos II. El Código de Eurico*. Edición, *Palingenesis, Índices*, Roma-Madrid, Consejo Superior de Investigaciones Científicas Delegación de Roma, *Cuadernos del Instituto Jurídico Español* 12, 1960, p. 252.

<sup>165</sup> LV Ant. 4.2.4.

*dividat*<sup>166</sup>. Establecido el principio de la proximidad de grado –para lo que debe tenerse en cuenta que en el título primero *De gradibus*, del libro cuarto del *Liber*, se reconocen, a tales efectos, y siguiendo a las *Pauli Sententiae*, siete grados, de forma que más allá del séptimo grado *per rerum natura nec nomina inveniri nec vita succedentibus propagari potest*<sup>167</sup>–, a la herencia intestada son llamados en primer lugar los descendientes, hijas e hijos, *sorores cum fratribus*, que suceden por iguales partes en los bienes del padre y de la madre, superándose así el estado de cosas procedente de CE 320<sup>168</sup>. Ervigio aclaró después, mediante una adición a la ley dedicada a la sucesión de los hermanos, que los hermanos que lo son de una madre pero de diverso padre se reparten por igual la herencia de la madre, lo mismo que se reparten por igual la herencia del padre los hermanos que son de un padre pero de diversa madre<sup>169</sup>.

Después de los hijos, que *primi sunt*, vienen llamados a la herencia los demás descendientes, nietos, bisnietos y, a falta de éstos, los descendientes, esto es, los abuelos<sup>170</sup>. Respecto de éstos, una ley de Recesvinto aclaró que si existen abuelos paternos y maternos, heredasen por igual. También heredarían por igual el abuelo paterno y la abuela materna, y la abuela paterna; en todo caso, que los abuelos hereden al difunto se entiende respecto de las cosas que ganó –que *mortuus conquisisse cognoscitur*–, ya que las cosas procedentes del padre o de los otros abuelos, deben retornar al tronco del que proceden<sup>171</sup>.

Cuando no existen ni descendientes ni ascendientes –*aut de superiore aut de inferiori genere*–, son llamados a heredar los colaterales –*persone (...) a latere constitute*–, reiterándose el principio de la proximidad<sup>172</sup>. Chindasvinto aclararía la forma en que deben heredar los hermanos del difunto: primero los hermanos de doble vínculo, que heredan por igual, y después –*sequantur hereditatem*– los hermanos de un sólo vínculo<sup>173</sup>. Los demás colaterales heredan de acuerdo con los siguientes criterios: los tíos paternos y maternos, *equali iure succedant in heredate defuncti*<sup>174</sup>; los sobrinos, hijos de hermano, *equali per capita dividant portionem*<sup>175</sup>.

A falta de parientes *usque ad septimum gradum*, marido y mujer heredan el uno al otro<sup>176</sup>. Este séptimo grado también opera en la sucesión intestada de los clérigos y monjas que no han hecho testamento: la ausencia de parientes hasta

<sup>166</sup> LV 2.4.9 y LV Ant. 4.2.10.

<sup>167</sup> LV 4.1.7.

<sup>168</sup> LV Ant. 4.2.1. Vid. Jesús LALINDE ABADÍA, *La sucesión filial en el derecho visigodo*, en AHDE 32 (1962), pp. 113-129.

<sup>169</sup> LV Erv. 4.2.5; LV Erv. 4.5.4.

<sup>170</sup> LV Ant. 4.2.2.

<sup>171</sup> LV 4.2.6. Vid. Jesús LALINDE ABADÍA, *Un enigma jurídico visigodo (C.Eur.328-L. Iud. IV, 2, 6)*, en AHDE 30 (1960), pp. 631-641.

<sup>172</sup> LV Ant. 4.2.3. Ervigio ha introducido una ligera interpolación para aclarar únicamente que estamos ante la herencia *defuncti, qui intestatus discesserit* (Karl ZEUMER, *Leges Visigothorum, Hannoverae et Lipsiae, Impensis Bibliopolii Hahniani, MCMII*).

<sup>173</sup> LV 4.2.5.

<sup>174</sup> LV Ant. 4.2.7.

<sup>175</sup> LV Ant. 4.2.8.

<sup>176</sup> LV Ant. 4.2.11.

el séptimo grado provoca que la herencia vaya a parar a la iglesia a la que sirvieron<sup>177</sup>, disciplina que ya se encontraba en Justiniano y pasó al derecho canónico<sup>178</sup>.

Aunque en el *Liber Iudiciorum* están contemplados casos de atribución al Fisco, con carácter de pena, de bienes de los particulares, no está prevista, con carácter general, la sucesión del Fisco para el caso de que alguien muera sin parientes, quizá, como fue señalado por Zeumer, por resultar algo evidente<sup>179</sup>. Pero si no como principio formulado con carácter general, la ausencia de parientes, en casos especiales, sí determina la presencia del *princeps* o del fisco como beneficiarios de determinados bienes. Ello ocurre en dos ocasiones, también señaladas por Zeumer: una, con ocasión de la prohibición de contraer matrimonio entre los manumitidos por las iglesias y las mujeres libres, al disponerse, en una ley de Wamba del 675, que, en el caso de que se hubiese celebrado la unión que ahora se condena, todas las cosas de la persona ingenua que hubiesen ido a parar al liberto deben pertenecer a los herederos de dicha persona ingenua y, si carece de herederos, *in principis iure deveniant*<sup>180</sup>; otra, con ocasión del régimen aplicable a los violadores de sepulturas: éstos están obligados a una composición en favor de los herederos del difunto, pero *si heredes non fuerint, fisco nostro cogatur inferre*<sup>181</sup>.

Adaptados los principios visigodos en *Fuero Real*<sup>182</sup>, la aportación justiniana se produjo en *Partidas* sobre las base de las *Novelas* 118 y 127. Establecidas las cuatro circunstancias que daban lugar a la apertura de la sucesión intestada –muerte sin testamento, testamento inválido, ruptura del testamento por nacimiento posterior de un hijo y no aceptación por parte del heredero instituido<sup>183</sup>, los grados o líneas de parentesco quedaron fijados en tres: descendientes, ascendientes y *los de traviesso*, esto es, los colaterales<sup>184</sup>, pero las mayores innovaciones respecto del sistema anterior se producen en torno al grado de los colaterales a partir del cual hereda el cónyuge viudo. Las *Partidas* vinieron a

<sup>177</sup> *LV Ant.* 4.2.12.

<sup>178</sup> *Nov.* 131.13.3 del año 545; *D.* c.12, q.5, c.5,6 y 7; *X* 3.27.1 y 3.

Caso especial lo constituye el del manumitido que muere *inhordinatus*. El *Liber Iudiciorum* establece como regla general que las facultades de disposición por parte del *mancipium* liberado por el patrón son las que queden fijadas en la *scriptura* correspondiente en el momento de la manumisión. A falta de *condicio*, el liberto puede disponer libremente, pero advierte de que en caso de que muera intestado (*inhordinatus*) y sin hijos legítimos, todas sus cosas revierten *ad patronum aut patroni filios* (*LV* 5.7.14. *LV Ant.* 5.7.13, establece la misma solución para el caso de que el manumitido muriese sin hijos legítimos y hubiese recibido, al hilo de la manumisión, algo del patrono).

<sup>179</sup> ZEUMER, K., *Historia de la legislación visigoda* (Traducción del alemán por Carlos Clavería), Universidad de Barcelona, Facultad de Derecho, Barcelona, 1944, p. 298; FRANCISCO TOMÁS Y VALIENTE, «La sucesión de quien muere sin parientes y sin disponer de sus bienes», en *AHDE* 36 (1966), p. 203.

<sup>180</sup> *LV* 4.5.7.

<sup>181</sup> *LV Ant.* 11.2.1

<sup>182</sup> *FR* 3.6.1, 7, 13.

<sup>183</sup> *P.* 6.13.1.

<sup>184</sup> *P.* 6.13.2.

establecer que no habiendo parientes colaterales después del décimo grado herede el cónyuge viudo, en cuyo defecto hereda la cámara del Rey, el fisco<sup>185</sup>.

Aclaradas por *Leyes de Toro* la sucesión de los ascendientes, con la excepción relativa a la consagración de la reversión troncal que por fuero pudiese aún tener lugar<sup>186</sup>, aclarada también la cuestión de la concurrencia del hermano con los padres o ascendientes del difunto<sup>187</sup>, la cuestión de los derechos sucesorios de los hijos bastardos<sup>188</sup> y la relativa a los derechos sucesorios el hijo legitimado por rescripto regio<sup>189</sup>, acabó resultando que, al hilo de una disposición de 1786 relativa la recaudación de mostrencos y vacantes, se atribuyó al fisco los bienes de los intestados que muriesen sin parientes dentro del cuarto grado<sup>190</sup>. Finalmente, la Ley de 9 de mayo, promulgada en 16 de mayo de 1835 sobre mostrencos y bienes vacantes, en su artículo 2 estableció: «Corresponden al Estado los bienes de los que mueran o hayan muerto intestados, sin dejar personas capaces de sucederles con arreglo a las leyes vigentes. A falta de dichas personas sucederán con preferencia al Estado: 1.º los hijos naturales legalmente reconocidos, y sus descendientes por lo respectivo a la sucesión del padre, y sin perjuicio del derecho preferente que tienen los mismos para suceder a la madre; 2.º El cónyuge no separado por demanda de divorcio contestada al tiempo del fallecimiento, entendiéndose que a su muerte deberán volver los bienes raíces de abolengo a los colaterales; 3.º Los colaterales desde el quinto hasta el décimo grado inclusive, computados civilmente al tiempo de abrirse la sucesión».

Teniendo en cuenta los criterios procedentes del juego combinado de las normas anteriores, resultaba entonces que en el orden de los descendientes heredaban en primer lugar todos los descendientes de primer grado, ya fuesen legítimos o legitimados por subsiguiente matrimonio; en segundo lugar, los nie-

<sup>185</sup> P. 6.13.6: «(...) E sobre todo esto dezimos, que si alguno muriesse sin testamento, que non oviessse parientes, de los que suben o descien den por la linea derecha, nin oviessse hermano, nin sobrino, fijo de hermano, que destos adelante el pariente que fuere fallado que es mas cercano del defuncto fasta en el dezeno grado esse heredara todos sus bienes. E si tal pariente non fuesse fallado, E el muerto avia muger legitima, quando fino heredara ella todos los bienes de su marido, esso mismo dezimos del marido que heredara los bienes de su muger en tal caso como este. E si por aventura el que assi muriesse sin parientes non fuesse casado, estonces heredara todos sus bienes la camara del Rey».

Pero en *Las siete Partidas del Rey don Alfonso el Sabio cotejadas con varios codices antiguos por la Real Academia de la Historia*, III, Madrid, Imprenta Real, 1807, P. 6.13.6 era «*doceno grado*».

Vid. P. 6.13.3, para los descendientes; P. 6.13.4, para los ascendientes; P. 6.13.5, para los colaterales hasta el décimo grado; P. 6.13. 7, para la cuarta marital; P. 6.13.8, para los hijos ilegítimos; P. 6.13.9, para los naturales, y P. 6.13.10 para los hijos nacidos de fornicación, incesto o adulterio.

<sup>186</sup> *LToro* 6.

<sup>187</sup> *LToro* 7 y 8.

<sup>188</sup> *LToro* 9.

<sup>189</sup> *LToro* 12. Vid. Enrique GACTO, *La filiación no legítima en el derecho histórico español*, Publicaciones de la Universidad de Sevilla, Sevilla, 1969, pp. 175 ss.

<sup>190</sup> *NR* 10. 22.6

tos a falta de su padres y por derecho de representación<sup>191</sup>, concurriendo con los tíos; en tercer lugar, los demás descendientes si los hubiere, por stirpes; a falta de descendientes mencionados, en cuarto lugar, los hijos naturales y legitimados por disposición regia, a los que seguirán, en quinto lugar, los otros tipos de hijos. En el orden ascendente suceden los ascendientes legítimos, excluyéndose los más próximos a los más remotos y, caso de haberlas, haciendo una línea para cada parte de la herencia. Salvo en los casos previstos por inciso final de la Ley 6 de Toro, no existe troncalidad. El padre natural hereda a falta de descendientes y de madre. En el orden de los colaterales, heredan primero los hermanos y sobrinos de dobe vínculo; después los hermanos y sobrinos sólo de padre o sólo de madre. Dependiendo de si concurren o no, los hermanos heredan por derecho propio y los sobrinos por derecho de representación. A falta de hermanos y sobrinos, heredan los tíos o los hijos de éstos. No habiendo parientes dentro del cuato grado ni hijos naturales, sucede el cónyuge y finalmente, el Estado.

Esta era la situación justo un año antes de que el Proyecto de Código Civil 1836, en su exposición de motivos, anunciase las reformas que esta materia necesitaba:

«En el orden de sucesión intestada establecido por nuestro Derecho se consultó menos a las leyes de la naturaleza que la utilidad del fisco, señaladamente por las de la Recopilación, que según lo dicho anteriormente limitaron el derecho de suceder los parientes transversales al cuarto grado, derogando la ley de Partida que lo extendió hasta el décimo, y cuya disposición se establece en este proyecto.

Tampoco se atendió por aquellas leyes en el modo debido al derecho que da la naturaleza al afecto personal de los hijos naturales, a los legitimados por Real gracia, a los adoptivos y al cónyuge sobreviviente.

La ley debe ponerse en lugar del testador para distribuir los bienes de éste según es verosímil que lo hiciera él mismo si pudiese, siguiendo cierto orden de predilección, que si individualmente puede variar según el carácter de cada uno y sus circunstancias particulares, no así cuando la ley lo hace por regla general que abraza igualmente a todos los individuos del Estado. Así pues, en concepto de la Comisión deben ser llamados a la sucesión intestado todos los comprendibles en la siguiente escala de graduación por el orden que se establece en la misma, a saber:

- 1.º Descendientes legítimos del difunto, o legitimados por el siguiente matrimonio.
- 2.º Descendientes legitimados por Real gracia.
- 3.º Padres legítimos, o de los hubiesen sido legitimados por Real gracia.
- 4.º Abuelos o demás descendientes legítimos o legitimados.
- 5.º El cónyuge simultáneamente y por partes iguales con los hermanos legítimos de padre y madre. Los legitimados por Real gracia se sucederán recíprocamente, y lo mismo se entenderá respecto de los que hubieran sido reconocidos o declarados por su padre.

<sup>191</sup> FR 3.6.13; P. 6.13.5.

- 6.º Hermanos legítimos de una sola línea.
- 7.º Hijos adoptivos, a los cuales sucederán por el mismo orden sus padres.
- 8.º Hijos o padres naturales reconocidos.
- 9.º Colaterales entre sí hasta el décimo grado inclusive.
10. Hijos naturales simplemente declarados, y a éstos sucederán sus padres conforme al orden prescrito en este artículo.
11. El fisco.

La Comisión, al paso que se lisonjea de haber procedido con equidad en llamar a la sucesión intestada a todas las personas comprendidas en la escala anterior, no está igualmente convencida de su acierto en cuanto al orden de preferencia que ha dado a las mismas. Esto no se halla sujeto a una exactitud matemática y depende en gran parte del grado de estimación que cada una da a ciertos sujetos respecto de los otros. Quien opinará que el cónyuge debiera ocupar un lugar más aventajado, quien que otro inferior, según el diverso influjo de sus respectivos sentimientos. Este querrá favorecer todavía más a los hijos naturales no reconocidos, aquel excluirlos de la sucesión, etc. La Comisión, desnuda de afectos y miras personales, tratando siempre de conciliar la moral pública con los afectos naturales, ha procurado seguir un rumbo apartado de opiniones extremadas o exagerados afectos.

No ha querido adoptar el sistema de concurrencia entre personas de diferente graduación haciendo a todos partícipes en el haber disponibles, por evitar de este modo la excesiva subdivisión de los bienes hereditarios, perjudicial bajo el aspecto económico y fomentadora de pleitos. Este sistema establecido en el Código francés complica las sucesiones, y acaso sería mirado en España como una innovación destituida de fundamento y por descontento como ajena de nuestras costumbres. Solo se han puesto en concurrencia el cónyuge y el hermano del difunto para suceder por iguales partes, porque la Comisión, dudando entre el cónyuge y el hermano a cuál de los dos daría la preferencia, y siendo tan poderosas las razones a favor del uno como del otro, creyó conveniente igualarlos.»<sup>192</sup>

Estos criterios dieron lugar a los artículos 2208 a 2223, señaladamente al artículo 2211, que reproduce el orden de suceder en las herencias abintestato propuesto en la exposición de motivos. El Proyecto de 1851 destinaba los artículos 761 a 763 a la línea recta descendente, que terminaba con el derecho de representación de los nietos y demás descendientes; los artículos 764 a 766, a la línea recta ascendente, en la que, de acuerdo con un criterio procedente del artículo 744, no se atiende al tronco de donde los bienes proceden, por lo que los ascendientes a falta de padre y madre heredan por partes iguales aunque sean de distintas líneas; y los artículos 767 a 772, a la línea colateral, con la advertencia de que el derecho a heredar abintestato no se extiende más allá del décimo grado, aunque la sucesión de los parientes fuera del cuarto grado está sujeta a la existencia de derechos sucesorios del viudo –artículo 773– y de los hijos naturales reconocidos –artículos 774 a 782<sup>193</sup>.

<sup>192</sup> LASSO, *Crónica* 4 II, pp. 126-127.

<sup>193</sup> *Vid.* GARCÍA GOYENA, *Concordancias* II, apéndices 10 y 11, pp. 349-375.

Y algunas modificaciones sufre, en fin, esta disciplina al ser regulada definitivamente por el Código de 1889: tras la línea recta descendente (arts. 930-934), y tras la línea ascendente (arts. 935-938) se introduce un nuevo orden de sucesión abintestato correspondiente a los hijos naturales reconocidos y legitimados por concesión Real (arts. 939-945); le siguen los colaterales, pero con la novedad del derecho del cónyuge viudo a suceder en toda la herencia a falta de hermanos y sobrinos e hijos de éstos o a suceder en concurrencia con éstos con la cuota usufructuaria de la mitad de la herencia. Después del cónyuge viudo heredan los demás parientes colaterales, pero ni se adopta el límite del séptimo grado de tradición visigoda, ni el límite del décimo de *Partidas*, ni el cuarto del que se hablaba en el siglo XVIII. El derecho de los parientes colaterales no se extiende ahora más allá del sexto grado (arts. 946-955), después del cual se verifica la sucesión del Estado, que habrá de destinar los bienes a los establecimientos de beneficencia e instrucción gratuita (art. 956).

## VI

El tratamiento de las sucesiones se cierra en el Código con unas disposiciones comunes a las herencias por testamento o sin él, respecto de las cuales la Base 18 Ley de 11 de mayo de 1888 ya anunciaba que la tarea codificatoria no habría de suponer una transformación sustancial del estado de cosas anterior:

«Respecto de las reservas, el derecho de acrecer, la aceptación y repudiación de la herencia, el beneficio de inventario, la colación y partición y el pago de las deudas hereditarias, *se desenvolverán con la mayor precisión posible las doctrinas de la legislación vigente, explicadas y completadas por la jurisprudencia.*»<sup>194</sup>

Además de completarse las precauciones que deben tomarse cuando la viuda queda en cinta,<sup>195</sup> de las que había comenzado a ocuparse el Proyecto de 1851<sup>196</sup>. El Código introduce dos tipos de reservas o, dicho de otra forma, se ocupa de dos tipos de bienes reservables. El primer grupo de bienes es el contemplado en el enrevesadísimo artículo 811, instaurador de un principio de reversión troncal y por el que «el ascendiente que heredare de su descendiente bienes que éste hubiese adquirido por título lucrativo de otro ascendiente, o de un hermano, se halla obligado a reservar los que hubiere adquirido por ministerio de la ley en favor de los parientes que estén dentro del tercer grado y pertenezcan á la línea de donde los bienes proceden». Descartado de forma insistente el principio de troncalidad en el Proyecto de 1851<sup>197</sup>, el artículo 811, en su

<sup>194</sup> Cursiva nuestra. Igual, en base de 17 del *Proyecto de Ley de Bases de 7 de enero de 1885*.

<sup>195</sup> Artículos 959-967 del *Cc*.

<sup>196</sup> Artículos 786-799 *Pro. 1851*.

<sup>197</sup> *Bases de 7 de marzo de 1884*. 42: «No se admitirá en la sucesión intestada de ascendientes ni colaterales el principio de troncalidad»; 43: «Los cónyuges sucederán entre sí en concurrencia con los hijos y con los padres en la proporción que determine el Código». Estas bases han dado lugar a los artículos 744: «En las herencias no se atiende al tronco o línea de que proceden los



redacción actual, procede de los trabajos de 1882 y más exactamente del artículo 796 del *Anteproyecto de Libro III*, referido claramente a los bienes heredados abintestato por el ascendiente. La troncalidad histórica castellana, tal como quedó delineada en el derecho visigodo<sup>198</sup>, tal como pasó al Fuero Real<sup>199</sup> y tal como venía contemplada en la mayoría de los derechos municipales, incluso a veces fuera del ámbito estrictamente sucesorio, sufrió primero un retroceso en el sistema establecido por Partidas<sup>200</sup> y un golpe mortal a través de la Ley sexta de las de Toro, al establecer que el que los ascendientes legítimos hereden por su orden y línea y recta los bienes de sus descendientes premuertos, fuesen de la calidad que fuesen, aunque éstos hayan podido disponer en vida o por testamento de un tercio de sus bienes, sólo conoce la excepción derivada de que en algunos lugares fuese costumbre que los bienes volviesen al tronco del que procedían<sup>201</sup>. En materia sucesoria, pues, el principio troncal devino una excepción, con todos los problemas añadidos derivados de la prueba de unos fueros que habían sido reducidos a costumbre. En su redacción actual, el artículo 811, además, parece haber sido la consecuencia, si hacemos caso de Alonso Martínez, de una concesión a los derechos forales, en una historia que ha sido recientemente contada<sup>202</sup>.

El segundo tipo de bienes reservables es el de los bienes a que se refieren los artículos 968 a 980 del Código<sup>203</sup>, esto es el de los bienes que el bínubo está obligado a reservar para los hijos del primer matrimonio. Este conjunto de artículos hace cierto el mandato de la base 18 hace unas líneas transcrita, porque efectivamente vienen a recoger de una manera bastante fiel el planteamiento de un intenso desarrollo jurisprudencial sobre los textos históricos, fundamental *Partidas* y señaladamente la 15 de las de Toro, que hizo extensiva al viudo la obligación de reservar que desde antiguo pesaba sobre las viudas. Esta historia también ha sido ya contada, aunque hace ya bastante más tiempo<sup>204</sup>.

El derecho de acrecer, esto es la posibilidad de que quien es llamado a la herencia junto a otro suceda en la porción que haya quedado vacante porque uno de los llamados a la herencia renuncie a ella, muera antes que el testador o no haya obtenido su parte por cualquier otra causa, tenía su fundamento en la incompatibilidad entre la sucesión testada e intestada. Dado que esta incompatibilidad no pasó, como hemos visto, al Código, el derecho de acrecer, tal como

---

bienes del difunto, ni a la distinta naturaleza de éstos»; 766: «A falta de padre y madre del difunto, le herederán los demás ascendientes más próximos en grado y en partes iguales, aunque sean de distintas líneas» y 769: «En el caso de no quedar sino medio hermanos, unos por parte de padre y otros de la madre, herederán todos en partes iguales sin ninguna distinción de bienes, según lo dispuesto en el artículo 744».

<sup>198</sup> LV 4.2.6

<sup>199</sup> FR 3.6.10

<sup>200</sup> P. 6.13.4

<sup>201</sup> LToro 6, *Vid.* su texto *supra* n. 117.

<sup>202</sup> PACHECO CABALLERO, F. L., «Troncalidad: De la Ley 6 de Toro al artículo 811 del Código Civil (pasando por los derechos forales)», en *Initium* 11 (2006), pp. 386-428.

<sup>203</sup> Artículo 977-989 *Apro. Libro III*; artículos 800-814 *Pro. 1851*.

<sup>204</sup> PACHECO CABALLERO, F. L., «La reserva binupcial en el derecho histórico español: antecedentes y consecuentes de la Ley 15 de Toro», en *AHDE* 67 (1987) pp. 407-463.

queda recogido en los artículos 981 a 987<sup>205</sup>, no es más que derivación de la voluntad presunta del testador, siguiendo lo que en relación a los legados había ya establecido la legislación alfonsina<sup>206</sup>.

Aunque muchos de los principios justinianeos en torno a la aceptación y repudiación de la herencia<sup>207</sup> tienen reflejo en el Código, la disciplina codificada ha prescindido de la radical diferencia entre herederos suyos, herederos necesarios y herederos extraños que, por razones obvias, estaba contenida en *Partidas*<sup>208</sup>. Así, por ejemplo se observa en el artículo 1006, al establecer que por muerte del heredero sin aceptar o repudiar la herencia pasan a los suyos el mismo derecho que él tenía, que prescinde de las diferencias entre heredero suyo, extraño y forzoso en torno al momento en que debían adir la herencia<sup>209</sup>. No ha pasado al Código el beneficio de la *restitutio in integrum* en favor de los menores de edad en esta materia, al establecerse que la aceptación y repudiación de la herencia, una vez hechas, son irrevocables<sup>210</sup>. Por lo demás, como en el derecho anterior a la codificación, la aceptación o repudiación de la herencia no pueden hacerse en parte, a plazos o condicionalmente<sup>211</sup>.

La aceptación de la herencia puede hacerse a beneficio de inventario, esto es, hasta donde alcancen los bienes, y tras la deliberación correspondiente durante los plazos que se establezcan. Ambas posibilidades estaban contempladas en el derecho histórico<sup>212</sup>, de donde proceden fundamentalmente las reglas de los artículos 1010 a 1034, a excepción de algunas introducidas en los trabajos de 1882<sup>213</sup>.

La obligación por parte de los descendientes de traer a la masa hereditaria determinado tipo de bienes que en vida recibieron de sus descendientes<sup>214</sup> para realizar el cálculo de la legítima también pasó al Código<sup>215</sup>, que viene así a distanciarse radicalmente de otros derechos como el aragonés en donde se dice abiertamente que no ha lugar la colación de bienes no sólo porque la legítima es mínima, sino porque tampoco milita la razón última de la colación, al haberse desarrollado sistema de sucesión contractual tendente a un reparto radicalmente desigual de la herencia<sup>216</sup>. Esta colación de bienes tiene lugar siempre que el donante de aquellos bienes no hubiese dispuesto en su momento lo contrario, se repudie la herencia o la donación haya sido inoficiosa.

<sup>205</sup> Artículos 990-997 *Apro. Libro III*; artículos 815-819 *Pro. 1851*, aunque con otra redacción.

<sup>206</sup> P. 6.9.33.

<sup>207</sup> Artículos 988-1009 *Cc*; artículos 998-1021 *Apro. Libro III*, aunque algunos artículos tienen otra redacción; artículos 820-840 *Pro. 1851*.

<sup>208</sup> P. 6.3.21.

<sup>209</sup> P. 6.3.2.

<sup>210</sup> Artículo 997 *Cc*.

<sup>211</sup> Artículo 990 *Cc*.

<sup>212</sup> P. 6.6.5 y 6.6.1.

<sup>213</sup> Artículos 1022-1051 *Apro. Libro III*; Artículos 841-877 *Pro. 1851*.

<sup>214</sup> *FR* 3.6.14; P. 6.15.3, 4 y 5, después completada por la Ley 29 de las de Toro.

<sup>215</sup> Artículos 1035-1050 *Cc*; artículos 1052-1067 *Apro. Libro III*; artículos 878-892 *Pro. 1851*, aunque éste incluye entre los colacionables los gastos efectuados por los padres en los estudios de carrera, armas o diplomacia de los hijos (art. 886) que dejaron en el Código vigente de ser bienes colacionables.

<sup>216</sup> PACHECO CABALLERO, F. L., *Para después de los días*, pp. 143 y 186.

Y, en fin, como ningún heredero está obligado a permanecer en la indivisión de la herencia, puede, en cualquier momento, pedir la partición de la herencia, salvo que hubiese sido prohibida por el testador o salvo que el propio testador, inter vivos o en sus últimas voluntades, ya la hubiese hecho. Ambas posibilidades<sup>217</sup>, petición de la partición por parte del heredero o que el testador ya la hubiese señalado, estaban también contempladas por el derecho anterior a la Codificación<sup>218</sup>. La posibilidad de que fuese el propio testador quien determinase la forma en que había de partirse la herencia, siempre y cuando no se perjudique la legítima de los herederos forzosos, ha sido acompañada en el Código<sup>219</sup> por una solución que ya estaba adoptada por el derecho catalán desde 1585: que la legítima pudiese ser pagada en metálico para aquellos casos en que el padre quisiese, en interés de su familia, conservar indivisa una explotación agrícola, industrial o textil. La misma preocupación, por tanto, que la expresada en la famosa constitución *Zelant la conservatio de las Casas principals*<sup>220</sup>.

Barcelona, 1 de marzo de 2012

FRANCISCO LUIS PACHECO CABALLERO

---

<sup>217</sup> Artículos 1052 y 1056, párrafo 1.º; artículos 1068-1084 *Apro. Libro III*; artículos 893-916 *Pro. 1851*.

<sup>218</sup> *P.* 6.15.1, 6.1.7 y *LToro* 19.

<sup>219</sup> Artículo 1056, párrafo 2.º.

<sup>220</sup> 3.ª *CYADC* I, 6.5.2.