

II. DICTAMENES

Dictamen acerca de si se da o no derecho de acrecer en la institución de herederos ordenada en el testamento ológrafo de don P. D. G.

Solicita dictamen don J. G. O., en su condición de contador partidor del finado don P. D. G. (q. e. p. d.), designado por dicho causante en la cláusula quinta de su testamento ológrafo con «las más amplias facultades en derecho necesarias para la formación del inventario partición y adjudicación de bienes y todo cuanto sea preciso o conveniente hasta llegar al completo término de la testamentaria»; reforzadas con la prohibición a los herederos—consignada en la cláusula séptima—de impugnar «mi judicial y particularmente» los actos del albacea o del contador partidor, sancionando de que si alguno lo hiciera «perderá por ese acto derecho a lo que pueda corresponderle por este testamento salvo lo que le corresponda por estricta legítima.»

SUPUESTO DE HECHO

1.º—Don P. D. G. dispuso, con fecha en a de 1940, su testamento ológrafo, del cual, aparte de las cláusulas a que antes se ha hecho referencia, sólo interesan para el dictamen que se solicita la tercera y la cuarta, que, literalmente, dicen así:

«3.º—Como prueba, aunque pequeña, de mi reconocimiento y agradecimiento por todos los beneficios que de mis padres muy particularmente he recibido y también de mi hermano S., instituyo a mi madre y a mi hermano S., pues mi padre ya pasó a mejor vida, como únicos herederos de todos mis bienes, como sigue: la mitad, a mi madre, y la otra mitad, a mi hermano S.»

«4.º—Mis bienes figuran inventariados en el cajón tercero del mueble metálico de mi escritorio, y están formados principalmente por mi participación en la casa D. H., la que deseo vaya íntegra a mi hermano, así como también las fincas rústicas y urbanas y cuanto ellas encierran y los demás objetos de mi uso particular. Si todo esto importara más del 50 por 100 de mis bienes, mi hermano S. se reconocerá deudor para con mi madre de la cantidad en que ese valor exceda del citado 50 por 100.»

Es de notar, además, que el testador, en la cláusula 6.ª, nombró albacea a su mismo hermano S., y que como apéndice extraoficial extendido a continuación con la misma fecha del ... de ... de 1940 expresó al mismo S. el ruego—literalmente dice suplico—que de las cantidades que herede haga—«sin gastos para los beneficiarios»—los donativos que a continuación refiere, importantes: nueve, de 20.000 pesetas; uno, de 5.000, y otro, de 1.000.

2.º—La madre del testador falleció en el año 1950, premuriéndole.

3.º—El día del corriente año 1959 ha fallecido el referido don P. D. G., dejando el reseñado ológrafo como único y válido testamento, y sobreviviéndole su hermano S.

CUESTION QUE SE CONSULTA

¿Ha de entenderse que S., el hermano del causante, es su único y universal heredero por considerar aplicable a su favor el derecho de acrecer?

O bien ¿ha de estimarse que la mitad de la herencia que de sobrevivir el testador hubiese correspondido a su madre, premuerta ésta debe corresponder a los herederos abintestato del causante don P., por apreciar que en el llamamiento testamentario no se cumple el requisito exigido en el número 1 del artículo 982 en relación con el artículo 983 del Código civil, y sin el cual no puede darse el derecho de acrecer?

D I C T A M E N

I. Planteamiento jurídico de la cuestión

Formuladas las dos enunciadas preguntas, el consultado ha de acudir en primerísimo lugar al texto de los artículos 982 y 983 del Código civil. Conviene releer, una vez más, ambos preceptos, que dicen:

«982. Para que en la sucesión testamentaria tenga lugar el derecho de acrecer se requiere:

1.º Que dos o más sean llamados a una misma herencia o a una misma porción de ella, sin especial designación de partes.

2.º Que uno de los llamados muera antes que el testador, o que renuncie a la herencia, o sea incapaz de recibirla.»

«983. Se entenderá hecha la designación por parte sólo en el caso de que el testador haya determinado expresamente una cuota para cada heredero.

La frase «por mitad o por partes iguales» u otras que, aunque designen parte alcuota, no fijan ésta numéricamente o por señales que hagan a cada uno dueño de un cuerpo de bienes separado, no excluyen el derecho de acrecer.»

Repasadas las cláusulas testamentarias anteriormente transcritas, teniendo en la mente estos dos preceptos, se observa:

1.º) Que en la cláusula de institución, tercera del testamento ológrafo, se hace un llamamiento de ambos herederos al todo, «como únicos herederos de todos mis bienes», pero con el aditamento: «como sigue: la mitad a mi madre y la otra mitad a mi hermano S.».

Si se estimara que los dos incisos transcritos se refieren a la institución, la cláusula implicaría una *contradictio in terminis*, pues no es igual que dos personas estén llamadas como *únicos herederos de todos los bienes*, a que se llame *a cada uno como heredero de una mitad de los mismos*.

El sentido de la expresión *únicos y universales herederos*, como *anti-*

tética al llamamiento a cuotas distintas, fué precisado en la S. 8 junio 1869 en un supuesto de institución de un hermano y una sobrina de la causante, de los cuales aquél la premurió, por lo que otra hermana reclamó una participación abintestato por entender que no había lugar al derecho de acrecer, pues la testadora había ordenado a seguido de la institución (sólo separado por punto y coma) «que se dividan mis bienes por iguales partes entre los dos en iguales partes de todos mis bienes que puedan pertenecerme; así espero se cumpla exactamente».

El Tribunal Supremo entendió que «no puede haber la menor duda de que la voluntad de la testadora fué la que expresan sus palabras, *entendidas llanamente y como ellas suenan*; esto es, que sus referidos hermano y sobrina, instituídos con la partícula conjuntiva *y*, fuesen *sus únicos y universales herederos*, lo que excluye toda idea de que en caso alguno entrase a sucederla en los bienes su hermana y legataria, pues entonces los herederos instituídos no serían en realidad *únicos y universales*, como en realidad quiso la testadora que lo fuesen». Y en el siguiente considerando—el 4.º—añadió que «no varía el sentido de estas palabras ni su valor legal el que la misma doña M. R. añadiera a continuación que *se dividan los bienes por iguales partes entre los dos*, porque esta expresión no afecta a la institución de herederos, sino a la ejecución y cumplimiento de esta misma para el caso de que ambos sobreviviesen a la testadora y entrasen a disfrutar su herencia».

¿Habrà de entenderse del mismo modo la cláusula que tratamos de interpretar? De lo contrario—es decir, de estimar que la institución contiene especial designación de partes, fijadas numéricamente—evidentemente resultaría que en sí misma contendría una contradicción. Irreductible si hubiera que destruir el liso y llano sentido de las palabras principales que la presiden: la institución como «*únicos herederos de todos mis bienes*».

Notemos, por otra parte, que la Resolución de 4 de abril de 1903 entendió que se daban las circunstancias exigidas en los artículos 982 y 983 y que había institución en partes alícuotas no numéricas, en un supuesto en que la testadora instituyó por su único y universal heredero a su esposo, disponiendo que si premuriese a la testadora (como ocurrió) se hicieran de su herencia dos partes iguales, siendo una mitad para su sobrino, don E. O. y A., y de la otra mitad se harían tres partes iguales, recibiendo una de éstas su hermana política, doña J. A. y G.; otra los hijos de don J que existiesen, y la otra E. S. y G., hermana política también de la testadora. Esta última premurió también a la testadora, y el acrecimiento de su porción, negada por el Registrador, suscitó la Resolución favorable a su admisión. ¿Pudieron influir en el subconsciente de sus autores los términos distributivos, más que atributivos, de la cláusula que señalaba las participaciones de los llamados?

2.º) Que en la siguiente cláusula del testamento ológrafo el testador expresa el deseo que su participación en la casa D. H., las fincas rústicas y urbanas y cuanto ellas encierren y los demás objetos de su uso particular, vayan íntegros a su hermano S., agregando que: «Si todo esto importara más del cincuenta por ciento de mis bienes, mi hermano S. se re-

conocerá deudor para con mi madre de la cantidad en que ese valor exceda del cincuenta por ciento.»

¿Significa esta cláusula la voluntad del testador de hacer dueño a su hermano S. de *un cuerpo de bienes separado*, excluyente del acrecimiento, conforme al párrafo segundo del artículo 983 C. c.?

La S. de marzo 1910 examinó una institución de herederos que fué formulada así: «Instituyo por herederos voluntarios de cuantos bienes, derechos y acciones me pertenezcan o puedan pertenecer a mis sobrinos y, *por mitad a cada uno de ellos...*», y que tenía como aditamento la prohibición de «que la Autoridad intervenga, porque *quiero que mis dos sobrinos se repartan amigable y extrajudicialmente mi haber, cumpliendo las instrucciones que les he manifestado*; y para que el reparto les sea más fácil, *quiero que sea para mi sobrino e ahijado; y para mi sobrino don L.*; y hago constar que el valor de las dos casas y huerto, con muebles y demás efectos que dejo a mi ahijado, ascienden a 8.000 pesetas, y que si las rentas y acción que dejo a mi sobrino don L. no ascendiera a esta cantidad, él le dará el importe hasta el completo de dicha cantidad, recomendándoles de nuevo que amigablemente se entiendan sin la menor intervención judicial.» El fallo admitió la actuación de acrecer, razonado en su tercer considerando y reafirmado en el cuarto, argumentando que no se opone a ello «la circunstancia que doña D., en la misma cláusula destinada a la institución de herederos, dispusiera los bienes en especie que habían de adjudicarse a cada uno de sus sobrinos, porque sobre no comprenderse en la distribución la totalidad de los relictos, descendió a detalles, como en el cuerpo de la misma cláusula se expresa, para que el reparto les sea más fácil, haciendo uso de la facultad que confiere al testador el artículo 1.056 del Código, y, naturalmente en el supuesto de que sus dos sobrinos le habían de sobrevivir, lo que, por lo tanto, no implica que la institución de ambos no fuera solidaria o que el llamamiento, por lo que a cada uno respecta, se limitara a un conjunto de bienes separado, en cuyo caso faltaría la base de hecho necesaria para que tuviera lugar el derecho de acrecer».

Igual criterio se observa en la Resolución de 26 de diciembre de 1942. El Centro Directivo atendió fundamentalmente a que el testador instituyó universales herederos en propiedad plena a dos amigos suyos, «con lo cual expresó clara e indubitadamente su voluntad de hacer un llamamiento universal a favor de los instituidos en la totalidad de sus bienes, derechos y obligaciones integrantes de la herencia», por lo cual su Resolución admitió el derecho de acrecer al haber premuerto sin descendencia—por la que le había sustituido vulgarmente—uno de los dos instituidos: «Considerando que las circunstancias de que el causante haya usado de la facultad legalmente reconocida de asignar a los dos herederos algunos bienes determinados de su patrimonio y que haya dispuesto que el remanente no especificado se repartiese por partes iguales entre ambos no impide la aplicación del derecho de acrecer»... «que el testamento, ley fundamental de la sucesión, debe interpretarse de manera sistemática, poniendo en

relación unas cláusulas con otras para explicar o deducir la verdadera intención del *de cuius*.»

Hay, pues, que distinguir, conforme esta pauta, las disposiciones referentes a la institución *ex se* y las relativas a la distribución o partición de los bienes, sean éstas determinativas del *quantum* respectivo o bien de la asignación de bienes concretos o de una y otra cosa.

Con ello el dictamen pedido quedaría resuelto si las dos referidas sentencias del Tribunal Supremo que fallaron las dos dudas expuestas hubiesen sido reiteradas y si sus supuestos fuesen idénticos al nuestro (la identidad total es difícil que se dé en disposiciones testamentarias). No siendo así preferimos profundizar más en la cuestión antes de decidir nuestro dictamen, para lo cual haremos un breve repaso previo de los temas perennes de la interpretación de la voluntad del testador y del mecanismo del acrecimiento. Habrá que decidir si es posible distinguir casuísticamente cuándo la determinación de participaciones y la asignación de bienes se refiere a la vocación hereditaria y cuándo únicamente se aplican a la distribución concreta del haber entre los llamados. Es decir, deberemos decidir si caben determinaciones de partes y atribuciones de bienes tanto *ad institutionem* como *ad excutionem vel distributionem*. Y una vez resuelta la posibilidad de tal distinción deberemos analizar si en el supuesto objeto de la consulta la determinación de participaciones y la asignación de bienes tienen uno u otro carácter.

II. Interpretación de la voluntad del testador

En materia de sucesión testamentaria tenemos unos postulados o principios indiscutibles sobre los que se fundamenta toda la estructuración del Derecho de sucesiones y que deben tomarse como premisas imprescindibles para apoyar cualquier razonamiento. El fundamental es:

Dicit testator et erit lex voluntas eius (Dig., 35-1, 19). El Tribunal Supremo lo ha recogido reiteradísimamente. Este mismo año, la S. 23 enero 1959, en su segundo considerando, ha dicho que: «*sabido es como el testamento debe ser respetado y constituye la norma de la sucesión en aquello que no se oponga a la ley o al derecho necesario que sobre ella deba imperar*».

Pero esta ley de sucesión, como toda ley, debe ser interpretada. El artículo 675 del Código civil, en su párrafo primero, señala las reglas fundamentales de esa interpretación: «*Toda disposición testamentaria deberá entenderse en el sentido literal de sus palabras, a no ser que aparezca claramente que fué otra la voluntad del testador. En caso de duda se observará lo que aparezca más conforme a la intención del testador según el tenor del mismo testamento.*»

Interpretando esta doctrina, la S. 23 octubre 1925 recordó que era doctrina ya recogida en las Ss. 22 mayo 1912, 30 abril 1913 y 16 enero 1915, que el Código establece tres principios o reglas de interpretación que tienen un carácter general, dando la norma a los juzgadores para que se ajusten a la interpretación *gramatical*, si no son oscuras o ambiguas las

cláusulas; en otro caso, y por haberse dudado entre la letra y el espíritu, al elemento lógico, y, por último, al conjunto armónico de las disposiciones, o sea al elemento sistemático. La S. 4 marzo 1952 añade otro elemento, el teleológico, que en román paladino la S. 11 abril 1958 llama *finalista*.

El testamento es *rigurosamente formal* (art. 687 C. c.); por ello—y no por su carácter de declaración de voluntad no recepticia—es evidentemente lógica la limitación de los medios de prueba extrínsecos para la interpretación de los testamentos. La reciente S. de 11 abril 1958 ha estimado que el sentido y alcance de la declaración de voluntad testamentaria «*no aconseja, ni acaso permite*, acudir a los llamados medios de prueba extrínsecos», y ha recordado que ya habían recogido [sería *contrario sensu*] esta afirmación las Ss. 28 mayo 1912, 30 abril 1913, 16 enero 1915. Sin embargo, las Ss. 8 julio 1940, 6 marzo 1944, 3 junio 1947 han admitido que no hay obstáculo legal que impida al juzgador, para la interpretación del contenido de las disposiciones testamentarias, acudir a circunstancias exteriores al testamento, *pero siempre que, dado el carácter formal de éste, el sentido averiguado y desenruelto, tenga una expresión, cuando menos incompleta, en el documento y pueda así la declaración formal ser configurada, por sí sola, como una declaración del contenido de la voluntad del testador* (S. 8 julio 1940), es decir, *que se parta del tenor del mismo testamento* (Ss. 1 junio 1946 y 3 junio 1947), *de conformidad con lo prevenido en el artículo 675 del Código civil* (como añade la última sentencia citada). Doctrina que han aplicado las Ss. 6 diciembre 1952 y 5 julio 1957.

Analicemos ahora los elementos principales (gramatical, lógico, sistemático y teleológico) y el complementario (circunstancias extrínsecas apoyadas en el tenor testamentario) del testamento que debemos interpretar.

En el aspecto literal se observa una patente contradicción entre la institución de dos personas *herederas de todos los bienes*—es decir, *herederos universales*—y la expresión de serlo en *una mitad y en otra el otro*. Media la diferencia que observó José González Palomino (*Estudios de arte menor en Derecho sucesorio*. II. *El acrecimiento en la mejora*, en «Anales de la Academia Matritense del Notariado», vol. II, pág. 525) entre los llamamientos *divergentes*: «a cosas distintas, a cantidades o cuotas de una cosa o de la herencia»—*mancomunadas*, de referirse a cuotas—y «los llamamientos *convergentes*: a un todo», *llamamiento solidario*, pues—como concluye G. Palomino—«evidentemente, *no es lo mismo dejar una cosa a dos por mitad que dejar media cosa a cada uno de los dos*». Así lo había ya indicado la antes examinada S. de 8 junio 1869.

También literalmente el adjetivo «*unicos*», referido al sustantivo «*herederos*», parece determinar una separación excluyente de las demás personas que pudieran aspirar al título de heredero, en especial de quienes lo serían abintestato, y refuerza el llamamiento conjunto a la totalidad, expresado por la designación de «*herederos de todos mis bienes*». Este sentido atribuyó la S. 8 junio 1869 a la conjunción de los términos «*unicos y universales herederos*», «que—dijo—excluye toda idea de que en caso alguno entrase a sucederla [a la testadora] en los bienes su hermana y

legataria, pues entonces los herederos instituidos no serían en realidad *únicos y universales*». Antonio Maura (Dictamen fechado en Madrid a 3 de diciembre de 1902, referente al mismo caso que dió lugar a la S. 6 marzo 1910, recogido con el núm. 20 en sus «Dictámenes», vol. IV, págs. 256 y sigs.) opinó que los términos en que se dispuso la institución «por herederos voluntarios de cuantos bienes, derechos y acciones me pertenezcan o puedan pertenecerme», «excluyen categóricamente a los herederos abintestato». A nosotros nos parece indudable que la adición del calificativo «*únicos*» ha de acentuar ese sentido categóricamente excluyente de esos pretendidos herederos abintestato.

No concuerda, pues, en la dicción literal del testamento que examinamos, la institución de la madre y del hermano S. «*como únicos herederos de todos mis bienes*» con la expresión agregada inmediatamente: «*como sigue: la mitad a mi madre y la otra mitad a mi hermano S.*». Jurídicamente esas dos expresiones son literalmente incompatibles entre sí. Por lo tanto, para armonizarlas, necesariamente deberemos acudir a los otros elementos interpretativos.

Para ello conviene que precisemos el valor de las declaraciones del testador, con distinción de las disposiciones o declaraciones de voluntad, de las manifestaciones de deseos o ruegos y de las expresiones denominadas enunciativas.

En el apéndice del testamento cuestionado se contiene un ruego del testador a su hermano S., suplicándole haga los donativos que detalla. Pero al objeto del dictamen solicitado no interesa su examen y, en cambio, nos parece de interés la declaración *enunciativa* «*propter se*» contenida en la cláusula tercera, que por contener la institución podemos calificar de principal—*caput et fundamentum*—del testamento. Vamos a transcribir la parte de la cláusula que la contiene y a subrayar en ella esa declaración enunciativa: «*Como prueba, aunque pequeña, de mi reconocimiento y agradecimiento por todos los beneficios que de mis Padres muy particularmente he recibido y también de mi hermano S., instituyo a mi Madre y a mi hermano S., pues mi Padre ya pasó a mejor vida...*».

Juan del Castillo Sotomayer (*Quotidianarum Controversiarum Juris*, Libro VI, «De conjecturis et interpretatione ultimarum voluntatum», Cap. XLVI, núm. 17) había repetido que las palabras enunciativas, a pesar de no ser aptas para inducir disposiciones nuevas, son, en cambio, aptísimas y suficientes para inducir la voluntad presunta y las declaraciones de las disposiciones precedentes, y recordó que Bartolo dedujo de la ley *Cum proponeretur*, ff. de legatis secundo, que: «*verba enunciativa inducere probationem eorum, quae in testamento gesta dicuntur: et quod ad probandum qui testator voluerit sufficit si enunciativa hoc scripserit in testamento*». Este criterio resulta hoy en perfecta armonía, y de paso lo aclara, con el apartado final del primer párrafo del artículo 675 C. c.: «*En caso de duda [en la interpretación de una disposición testamentaria] se observará lo que aparezca más conforme con la intención del testador según el tenor del mismo testamento.*» Tenor que, no hay duda, también lo integran las palabras enunciativas que, por lo tanto, sirven para aclarar,

conforme dicho artículo 675, el sentido dudoso de las palabras dispositivas.

Pues bien: en las subrayadas palabras enunciativas del ológrafo que tratamos de interpretar, resulta: que deseando el testador dar prueba, «aunque pequeña», de su agradecimiento a sus padres y a su hermano S., y habiendo pasado ya su padre a mejor vida, instituí a su madre y a su hermano S. Es decir, manifiesta que su herencia que, por dichos motivos hubiese querido repartir entre los tres, la atribuía a los otros dos al haber premuerto uno. Por lo tanto, de esos términos enunciativos resulta la intención del testador de atribuir todos sus bienes exclusivamente a sus expresados madre y hermano, con criterio excluyente de cualquier otra persona y en forma tal que entre aquéllos actuara el acrecimiento. Del mismo modo que lo operó mentalmente al testar y observar que por la falta de su padre—uno de los tres a quienes debía reconocimiento y agradecimiento— atribuía todos sus bienes a los otros dos, es decir, a su madre y a su hermano, absorbiendo entre ambos la parte alcuota que al padre hubiese asignado de haber estado vivo en la fecha del testamento.

Para interpretar las *disposiciones propiamente dichas* contenidas en un testamento es también necesario tener en cuenta una vieja distinción entre las que son referentes a la *sustancia* de la disposición (institución, legado o fideicomiso) y aquellas otras relativas a su *realización o ejecución* (tratándose de institución de herederos), a su *prestación* (de referirse a legados) y a su *restitución* (de aplicarse a fideicomisos).

Esa diferencia fué utilizada entre los autores de Derecho común para matizar los efectos del plazo respecto la transisibilidad de los llamamientos sujetos al mismo, según *substantiae adiiciatur* o bien *executione, vel solutione* (véase, v. gr., Gregorio López, gl. 2.^a a la ley 31, T. IX, P. 6.^a; Antonio Gómez, *Ad legem, Tauri comentarius*, l. 17, núm. 26; Matienzo, *Comentariae...*, T. IV, l. I, gl. XVII, núms. 8 a 12; Cevallos, *Speculum aureum...*, quaest. 790, núm. 29 y ss.; Luis de Molina, S. J., *De Iustitia*, Disp. 189; Castillo Sotomayor, op. cit., Lib. IV, cap. LVI, núm. 71). Actualmente, Federico de Castro (Parte General I, págs. 685 y ss., nota 6) subraya esa diferencia aplicada a la heredabilidad de la titularidad de heredero bajo condición suspensiva, según el evento se hubiera establecido «como condicionante de la cualidad de heredero» o solamente de «la apropiación de derechos».

La S. de 8 junio 1869 aplicó—como hemos visto—esta distinción enfocándola a la determinación de las participaciones, diferenciando las afectantes «a la institución de herederos» y las referentes «a la ejecución y cumplimiento de esta misma». Criterio igual al que en Francia siguieron las Repts. 18 junio 1878, 10 marzo 1880, 10 julio 1905, según las cuales—como dice el Tratado Práctico de Planiol y Ripert (V, 731)—en cada caso debe apreciarse si la asignación testamentaria de partes recae sobre la disposición testamentaria en sí misma o solamente sobre su ejecución. Pedro Gómez de la Serna (*Curso histórico-exegético del Derecho romano comparado con el español*, V (Madrid, 1869), XX, pág. 524) admitió que la expresión de partes por el testador «alguna vez pudiera tener por objeto salir al encuentro de futuras cuestiones, diciendo expresamente que

tengan por partes iguales lo que sin necesidad de decirse de hecho ha de suceder». Roca Sastre (*Estudios de Derecho privado*, II, cap. VII, pág. 225) asimismo admite que la partes se ordenen: sea *in distributione vel demonstratione* o bien *in executione*. Y González Palomino (loc. cit., pág. 530) ha escrito que «la cláusula testamentaria que instituye herederos a Juan y a Pedro, que distribuirán la herencia a razón de una centésima parte Juan y noventa y nueve centésimas partes Pedro, implica un llamamiento universal *solidario en la institución y mancomunado en la distribución*».

Por otra parte, también es clásica la misma distinción aplicada a la asignación de cosas concretas a un llamado. Así vemos que Antonio Gómez (*Ad leges Tauri...*, XVII, núm. 14) distinguió: «quando post dispositionem perfectam et consumatam res esset assignata *solutiōni et sic executioni actus*» y cuando «*talis assignatio sit substantiae dispositionis*». A este respecto son inconfundibles: la institución en cosa cierta y la asignación de una cosa cierta a cuenta del haber hereditario de un instituido *ex asse*; la mejora de cosa cierta y la mejora de cuota con asignación de cosa cierta; el legado *per vindicationem* y la determinación de una cosa a la cuenta de un legado de parte alícuota. Hay entre una y otra de esas respectivas figuras contrapuestas unas diferencias tan notables como, verbigracia, la subrayada por Gómez entre la mejora de cosa cierta, que se extingue por pérdida de la cosa, y la mejora de cuota con asignación de cosa cierta para su pago, que se mantiene aunque la cosa haya perecido.

Conviene observar el testamento de don P. D. G. con el prisma de estas distinciones.

Al interpretar la cláusula que contiene la institución sólo podremos salvar el contrasentido jurídico si aplicamos la primera distinción expresada. La antítesis entre ser ambos instituidos herederos de todos los bienes y serlo de una mitad cada uno sólo se disipa, sin contradecir las palabras centrales de la institución, entendiendo que la adición «como sigue: la mitad a mi Madre y la otra mitad a mi hermano S.» se refiere a la ejecución y cumplimiento de la institución o llamamiento hecho conjuntamente al todo, tal como la S. 8 junio 1869 había entendido en el supuesto en ella contemplado.

Y puesta en relación con la institución la asignación de bienes hecha en la cláusula 5.ª para don S., resulta aún más evidente que ésta sólo se refiere a la partición. Maura, en su dictamen antes citado, relativo al supuesto testamentario que hemos referido al tratar de la S. 6 marzo 1910, opinó del mismo modo, tanto más cuanto que observó que «en la cláusula ocasional de la consulta—por él evacuada—acontece que la diversidad de conceptos se mantiene más ostensible que otras veces, por cuanto doña A. no subordina a la formación de los dos lotes la institución por mitad, sino que manda salvar esta última por medio de las compensaciones pecuniarías si la igual división se encontrase alterada con las adjudicaciones» (circunstancia que también se prevé en igual forma en la cláusula 4.ª del testamento de don P.). La S. de 6 marzo 1910 fué acorde al dictamen de Maura, y estimó que la testadora usó de la facultad conferida en el artículo 1.056 del Código civil.

Como resumen de ese aspecto interpretativo podemos anticipar nuestro dictamen de que:

Literalmente: La *universalidad*, que se expresa con la institución de ambos herederos en *todos los bienes*, es incompatible con el llamamiento separado de cada uno a una cuota diferente, y la *unicidad* («*únicos herederos*») refuerza esa referencia al todo del llamamiento de ambos, pues *tan sólo si están llamados al todo podrán ser únicos en cualquier evento* y sólo así *cualquiera de los dos que sobreviva al causante conservará su unicidad excluyente de otros presuntos herederos abintestato*.

Lógicamente: Esa institución de herederos universales y únicos que encabeza la disposición, únicamente puede armonizarse con la atribución de cuotas y asignación de bienes subsiguientes, si entendemos que éstas se refieren a la ejecución y partición y no a la sustancia de la institución.

Teleológicamente: Las palabras enunciativas de la cláusula tercera, que antes hemos enunciado, refuerzan—como hemos visto—la universalidad y exclusividad del llamamiento que resultan de los términos literales que presiden la institución.

Sistemáticamente: Sólo así pueden ser armonizadas las cláusulas testamentarias 3.ª y 4.ª en el sentido lógico antes expresado, el cual se refuerza por la colocación de la institución universal como cabeza de las disposiciones que luego desarrollan el modo cómo ha de cumplirse y realizarse.

III. El derecho de no decrecer de los herederos universales

El acrecimiento—no demasiado correctamente denominado derecho de acrecer—obedecía en Derecho romano a dos diferentes razones: una aplicable sólo a los herederos, dimanante de la universalidad de la institución, y otra, referible igualmente a legados y fideicomisos, derivada de la regla *concursum partes fiunt*.

El llamado *derecho de acrecer forzos* o *de no decrecer* deriva del principio de la universalidad de la institución y del predominio del *nomen* sobre la *assignatio*. La universalidad de la institución corresponde a la subrogación del heredero en la posición jurídica del causante como continuador de su personalidad. Antonio Gómez (*Variae Resolutiones Juris Civilis, Communis et Regii*, I, X, 18) señaló que, aun cuando se afirmaba comúnmente que la razón radicaba en el principio «*one testator decedat pro parte testatus et pro parte intestatus*», la verdadera razón «*est quia haeres debet representare defunctum... et si dictum heres in totum, representat illum in totum, si vero sunt plures, omnes simul repraesentat illum insolidum. et qualibet pro sua parte... si non accrederent alie partes haeredi instituto in re certa, vel in quota repraesentaretur defunctus tantum pro parte et non in totum, quod esset monstruosum, et impossibile: quia fictio imitatur natura: et id, quod est impossibile per naturam, est impossibile per fictionem... unde sicut naturaliter non potest esse homo citus pro parte, et pro parte non: ita per fictionem legis non potest post mortem representari pro parte*». Es decir, que así como una persona no puede morir en parte, tampoco puede operarse en parte el fenó-

meno sucesorio que coka al heredero jurídicamente en lugar del causante; lo contrario sería *contra natura*, por lo cual, si hay varios herederos, todos a la vez le representan solidariamente y cada cual por su parte, y, por eso, el acrecimiento se estimó necesario.

Se ha dicho que ese derecho de no decrecer desapareció y que fué borrado el principio de la incompatibilidad de las sucesiones testada e intestada en virtud de la ley 1.ª, del título XIX del Ordenamiento de Alcalá. Ciertamente que algunos autores lo entendieron así—Tello Fernández, Cevallos, Pichardo y prácticamente Matienzo—, pero la gran mayoría—Gregorio López, Covarrubias, Antonio Gómez, el jesuita Luis de Molina, Vázquez de Menchaca, el otro Luis de Molina, Acevedo, Ayllón Lafnez, etc.—sostuvieron la opinión—que todavía en el siglo XVIII mantuvo Febrero—de que dicha ley, conforme a su letra, solamente se refirió a la validez de las mandas y otras cosas que en el testamento se contienen «cuando el testador no haya hecho heredero alguno» o «si el el testador instituyere heredero en el testamento y el heredero no quisiere heredar». Es decir, que en estos casos el testamento valía como si tuviere cláusula codicilar, siendo herederos los llamados abintestato; pero sin que en los casos en que hubiera válidamente institución de heredero, aunque fuese *ex re certa* o de cuota, se modificasen los principios de la universalidad de la institución y de la incompatibilidad de las sucesiones (a título de heredero) testada e intestada, ni se derogaran las reglas romanas de la institución en cosa cierta.

No obstante, en el siglo pasado pasó a predominar aquella posición que antes sólo había sido minoritaria. Y así vemos afirmar al Tribunal Supremo, en la citada S. 8 junio 1869, que la ley 1.ª del Ordenamiento de Alcalá derogó el principio de la incompatibilidad de las sucesiones testada e intestada. Bajo este presupuesto se redactó el artículo 764 del Código civil: «El testamento será válido aunque no contenga institución de herederos, *o ésta no comprenda la totalidad de los bienes...*; en este caso se cumplirán las disposiciones testamentarias hechas con arreglo a las Leyes, y el remanente de los bienes pasará a los herederos legítimos.» Esta disposición es indudablemente contraria al principio de la incompatibilidad en una misma sucesión de herederos testados e intestados y termina con el predominio del *nomen* sobre la *assignatio* por lo cual el artículo 768 dice que: «El heredero instituido en cosa cierta y determinada será considerado como legatario».

¿Pero ocurre lo mismo con el principio de la universalidad de la institución?

La derogación de los corolarios no presupone la derogación total del principio. Ni el predominio de la *assignatio* sobre el *nomen*, ni la posibilidad de que concurren herederos testamentarios e intestados, contradicen realmente el principio de la universalidad la institución. Lo había observado ya el jesuita Luis de Molina (*De Iustitia*, disp. CLV, n.º 25): «es ridículo defender que se oponga al derecho natural el morir en parte testado y en parte interesado, ya que esto no solamente se permite en el militar, sino que, cuando el heredero sea incapaz de adquirir toda la herencia puede el testador instituirle en los bienes de que sea capaz, muriendo in-

testado acerca de los demás... Y es de suyo evidente que no hay absurdo alguno, en que del mismo modo que una persona puede morir íntegramente testado, si dice: *Instituyo a Pedro por heredero de tal fundo, o de de la quinta parte de mis bienes, pasando el resto de mis bienes a los herederos que deban sucederse abintestato*, pues, en este caso, los herederos abintestato serían herederos por testamento; lo mismo podría haberse establecido que los bienes de que expresamente no se disponga por testamento, pasen a los herederos abintestato.»

Y ese ha sido, indudablemente, el criterio seguido por el Código civil. En él se presupone que el testador, cuando sólo ha dispuesto válidamente de una cosa o de una cuota, quiere que el remanente pase a los herederos abintestato. Presuposición que no contradice el principio de la universalidad de la institución, entendiéndose que el testador llama a los herederos testamentarios para que concurren, en la parte que determina, conjuntamente con los abintestato. El principio de la universalidad lo recoge el propio Código en el art. 660, al decir: «*Llámanse heredero al que sucede a título universal...*» La S. 16 abril 1947 subraya que el heredero se encuentra llamado, en principio a la totalidad de la herencia; igual como sucedía en el Derecho romano, instituída heredera una sola persona sin determinación de cosa ni de cuota, se entiende que ha sido llamada al todo. Por lo tanto, instituídas varias con igual falta de determinación, lógicamente debe entenderse lo mismo de todas y cada una sin perjuicio de la recíproca comprensión que entre ellas provoque su *concursus*.

El principio de la universalidad de la institución ha de seguir jugando en estos casos, y con mayor razón cuando el testador haya expresado su voluntad en este sentido, sea expresamente o bien con palabras que denoten claramente su voluntad, tales como el calificativo «universal», o su plural «universales», aplicado a los nombrados herederos, o las expresiones vulgares equivalentes, como la de instituirles «en todos los bienes»; así como el calificativo de «únicos», que, como hemos visto antes—según la S. 8 junio 1869 y el dictamen de Maura—, excluye a los presuntos herederos abintestato.

Por ello, incluso en los casos de aquellos llamamientos al todo expresados, con impropiedad e incorrección terminológica—subrayada en la Res. 23 agosto 1923—, y hechos después de reconocer legítimas y ordenar legados, al instituir «en el remanente de sus bienes», la Dirección General de los Registros y el Notariado: en la Res. 20 diciembre 1929, atribuyó la cuota de legítima, renunciada por la madre, a las hermanas instituídas en el remanente *únicas y universales herederas*, y en la Res. 19 mayo 1947 estimó herederos universales o los llamados al remanente y exigió que el legado dispuesto—que por la dicción literal parecía excluído de remanente—fuera entregado por ellos al legatario. Criterio paralelo al seguido en el Derecho romano con referencia a los llamados *excepta re certa* (Dig. XXVIII-V, 74).

Una manifestación del principio de la universalidad de la institución y del no decrecimiento inherente, aparece con claridad en el art. 888 C. c., al disponer que: «Cuando el legatario no pueda o no quiera admitir el

legado, o éste, por cualquier causa no tenga efecto, *se refundirá en la masa de la herencia*, fuera de los casos de sustitución y de derecho de acrecer». Esta última salvedad sirve para destacar la diferencia entre ese no decrecimiento derivado de la universalidad de la institución y el más específico derecho de acrecer propiamente dicho.

En el caso objeto de nuestro dictamen hay un llamamiento de herederos universales—«*en todos mis bienes*»—hecho con carácter excluyente de la concurrencia de éstos con los posibles herederos abintestato—al destacar a los llamados como *únicos*—y no se les llama a unas cuotas determinadas sino que—según hemos visto—éstas sólo se expresan a efectos de ejecución y división. Luego si al nombrarlos *únicos* no pueden concurrir con ellos los herederos abintestato, y al ser llamados a la totalidad ambos y cada uno son *universales*, al cesar el *concursus*, por premorir uno de ellos, debe actuar el llamamiento universal dando lugar a la actuación del denominado clásicamente derecho de no decrecer. Don S. ha de recibir, pues, toda la herencia.

IV. El llamado derecho de acrecer de los conjuntos.

Pero por si alguna duda quedase acerca de la aplicabilidad del derecho de no decrecer de los herederos universales en el régimen vigente desde la promulgación de nuestro Código civil, creemos que no es ocioso el examen de si en el caso que estudiamos se da, además, el llamado derecho de acrecer voluntario de los conjuntos.

Esa modalidad, a diferencia del acrecimiento derivado de la condición de heredero y exclusivo de ésta, se puede dar también en legados y fideicomisos. Además, en la institución de herederos podían concurrir ambas formas de acrecimiento, determinando en ella el acrecimiento llamado voluntario, la preferencia de los llamados conjuntamente sobre los demás herederos, a los cuales su derecho de no decrecer les quedaba comprimido, reducido a las porciones en las que no jugara el derecho de acrecer de los conjuntos.

El calificativo de voluntario, atribuido al derecho de acrecer de los conjuntos, demuestra evidentemente su dependencia de la voluntad del testador. A partir de Paulo, dice Robbe («Il diritto di accrescimento e la sostituzione volgare nel Diritto romano classico»—Milán 1953—, cap. X, pág. 351), se creó un sistema de presunciones, basado sobre la tridistinción de las conjunciones, en virtud de las cuales la devolución de las cuotas vacantes depende de la forma en que se hizo la vocación más que de otras razones. Biondi («Diritto ereditario...», págs. 237 y 238), llega a afirmar «que las tres formas de *coniunctio* de que habla Paulo tienen un valor aproximativo y de enseñanza, y que los juristas, de hecho, a través de la expresión del testamento, procuran siempre interpretar la voluntad del testador, para determinar si éste, efectivamente, había querido llamar varias personas en la misma cuota».

Recientemente, ciertos autores han sostenido que este derecho de acrecer no tiene un fundamento subjetivo sino objetivo. Reconocen que, cier-

tamente, el testador puede provocar o impedir el derecho de acrecer, pero que creada por el testador la situación objetiva de concurrencia es llamamiento solidario, característica del derecho de acrecer, éste actúa *ex lege*. Pero la divergencia de esta explicación, respecto la clásica, es más conceptual que práctica desde el momento en que se admite que la vocación solidaria, determinante del acrecimiento, deriva de la *voluntad real* del disponente, aunque los efectos de esa forma de llamamiento sean los determinados por la ley (Pablo Beltrán de Heredia, «El derecho de acrecer»—Madrid, 1956—c. II, 3, págs. 32 y ss.), o que se trata de una voluntad no formalmente expresada pero sí real y explícita, en virtud del llamamiento conjunto (Roca Sastre, loc. cit., pág. 228).

Creemos que, fundamentalmente, en lo que discrepan las posiciones subjetiva y objetiva es en su respectivo enfoque visual. Miran el mismo fenómeno desde posiciones distintas y destacan aspectos diferentes. El acrecimiento deriva de dos concausas: una, su reglamentación objetiva hecha por la ley, para todo llamamiento solidario, y otra, la voluntad del testador, apreciada fundamentalmente por la fórmula de la vocación, indicativa de la solidaridad del llamamiento verificado. La tesis subjetiva enfoca especialmente esta segunda concausa, mientras que la tesis objetiva hace lo contrario. Prueba práctica de que la cuestión es fundamentalmente *conceptual* nos es brindada por González Palomino (loc. cit., p. 523) al afirmar que «el testador no puede prohibir el derecho de acrecer cuando proceda, ni ordenarlo cuando sea improcedente», pero que de prohibirlo deberá entenderse «no como una prohibición del acrecimiento, sino como la interpretación auténtica de que donde parecía existir un llamamiento solidario no había tal cosa», y, contrariamente, en el caso inverso. Siendo así, prácticamente, ¿qué más da una u otra posición doctrinal?

Podemos hablar de *valoración legal del llamamiento hecho por el testador según los términos en que éste haya sido formulado*, tal vez mejor que de presunción de su voluntad, pues ésta, verdaderamente, no deja de estar sintetizada en la fórmula que legalmente es estimada como llamamiento acrecible.

Ahora bien, y ahí está la cuestión realmente práctica a la que apuntan los defensores de la tesis objetiva, esa valoración legal de la voluntad del testador no puede ser destruida por datos extratestamentarios que la contradigan. Es decir, no se trata de una *verdadera* presunción—dicen concluyendo su razonamiento—porque no admite prueba en contrario. Pero los autores clásicos llegaban al resultado a pesar de hablar, como Mántica («De preassumptionibus», IV-86, 11), de que «*ius accrescendi praesumitur a lege introductum ex coniecturata mente testantes*». Y es que la razón de no admitirse contraprueba extratestamentaria deriva del carácter rigurosamente formal del testamento, lo mismo que la regla interpretativa que ha recogido el art. 675 del Código civil. La voluntad del testador ha de apoyarse en el testamento: por lo tanto, la valoración legal de la misma, a través de la formulación del llamamiento, sólo podrá ser destruida o modificada apoyándose en otras palabras del testamento.

Los antecedentes interpretativos de nuestro Código, es decir, la doc-

trina común de los autores castellanos, y su reconocimiento por la jurisprudencia posterior, centran el derecho de acrecer en la presunta voluntad del testador. Así:

Entre los autores castellanos, vemos, v. gr., que Antonio Gómez (*Variae*, I-III, n.º 24, vers. *infero* 14) deduce que por la tácita y presunta intención del difunto se aplica entre los herederos y legatarios el derecho de acrecer. Y, en el siglo pasado, también v. gr., el romanista Pedro Gómez de la Serna (op. y vol. cit., pág. 522), nos dice que el acrecimiento «en los legados es, solamente, resultado de la interpretación de la voluntad del testador, que se supone haber querido que cada uno y todos aquellos a quienes dejaba una manda conjuntamente, tuvieran la cosa en que consistía, con preferencia al heredero». Opiniones que concuerdan con las que antes hemos referido de los actuales maestros romanistas Biondi y Robbe.

Modernamente, De Buen (Notas al Curso de Colin y Capitant VIII, pág. 403), ha llegado a afirmar que «las reglas señaladas por el Código para resolver cuando existe y cuando no existe derecho de acrecer, tienen sólo un valor supletorio, constituyendo presunciones legales que no resisten en ningún caso la prueba de la intención contraria». Y, paralelamente, en Francia, en el Tratado Práctico de Planiol y Ripert (V. n.º 731), se afirma que con la moderna jurisprudencia francesa los arts. 1.044 y 1.045 del Código de Napoleón, paralelos a nuestros arts. 981 y 982, no representan más que presunciones enervables, no sólo por la prueba en contrario, sino incluso por presunciones subsidiarias.

La jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo es uniforme y reiterada en afirmar que el derecho de acrecer: tiene lugar «cuando proviene de la voluntad de los testadores» (S. 8 junio 1869); que «entre colegatarios tenía por fundamento en la legislación romana, como lo tiene en la común española, la voluntad presunta del testador» (Ss. 25 abril 1915 y 5 diciembre 1917); «que el derecho de acrecer tiene como único fundamento, reconocido por la jurisprudencia de este Tribunal, la voluntad presunta del testador» (S. 6 marzo 1944).

Concedemos que sea preferible decir, en lugar de voluntad presunta, voluntad objetivamente valorada por la fórmula usada en el llamamiento testamentario; pero el resultado a que llegamos es el mismo: esa valoración resulta de la expresión testamentaria de la voluntad del testador, y por lo tanto, queda confirmada o modificada por la que, según el tenor del mismo testamento, resulte ser la verdadera voluntad del testador.

Aclarado este punto, básico y fundamental para el correcto entendimiento del llamado derecho de acrecer voluntario, podemos penetrar en el examen de los datos que la ley tiene en cuenta para dar lugar a su aplicación, valorando en este sentido las palabras del llamamiento testamentario.

Generalmente, todo ha sido centrado en la doctrina de las *conjunciones* y *disyunciones* en los llamamientos. Pero no ha habido unidad de criterio en apreciar esta doctrina al examinarla en el ámbito del Derecho romano, antecedente de la regulación del Código civil.

La certeza de que, en este punto, hay inmediatividad, sin solución de continuidad entre el Derecho romano y el Código civil es indudable. Verdad que no ha faltado quien (Escríche, «Diccionario...» T. I, voz *Acrecencia*) haya afirmado que la ley 33, Tít. IX de la 6.ª Partida sancionó la interpretación excluyente de las conjunciones *verbis tantum*. Aunque otros observaron que esta ley de Partidas era trasunto de la disposición 8, tít. XX, Lib. II de la Instituta, ambas referentes a los legados, pero no a la institución de herederos (v. gr., Febrero—Tratado de Particiones, Lib. II—aplica las tres conjunciones al acrecimiento de la institución de herederos—capítulo VII, § III, n.º 80—y sólo las *re tantum* y *re et verbis* a los legados—cap. VI, § IV, n.º 117). Pero, y en definitiva, ha predominado el criterio de estimar que, aunque estas dos leyes sólo pusieran ejemplos de dichas dos clases, este dato no basta para deducir la exclusión de las conjunciones meramente *verbis non etiam re* (García Goyena, «Concordancias...», artículo 816, T. II, pág. 209).

Esta fué la cuestión crucial; determinar, según el Derecho romano, el concepto de la conjunción *verbis tantum* y si entre los unidos en un llamamiento de esa clase se daba o no el derecho de acrecer.

Es de notar una diversidad posicional que ha separado, de una parte, los autores de Derecho común, en general, y, de otra, los romanistas modernos a partir de Voet, excluyendo de ese grupo los más contemporáneos.

Entre los romanistas modernos predominaba el criterio de estimar que el Derecho romano rechazó el acrecimiento voluntario entre los llamados *verbis tantum*, y de considerar como tales tanto a los llamados en la misma cláusula a una cuota específica distinta—v. gr., «Instituyo a Ticio en un tercio de la herencia, a Cayo en el otro tercio y a Mevio en el tercio restante»—como a los llamados en la misma cláusula con indicación de partes alcuotas o expresando que su llamamiento se hacía por partes iguales—v. gr. «Instituyo a Ticio, Cayo y Mervio por partes iguales» o «por terceras partes».

Pero, para valorar los precedentes del Código civil—paralelamente a lo que observó Martí Miralles (R. D. Priv. XVII, pág. 69) con relación al Derecho romano supletorio del Derecho catalán—, más que el Derecho romano puro, según lo explican los teóricos modernos, nos interesa tal como se venía aplicando en la generalidad de los países civilizados en la época anterior a la Codificación, es decir, el llamado Derecho común.

Y, situado en el campo de ese Derecho común, entre los autores castellanos, vemos con respecto al concepto y los efectos de las conjunciones *verbis tantum* otro criterio, diverso al expuesto. Así, Antonio Gómez (Variae... LX, 24 y s.), llamaba: *conjuncti re et verbis* a los llamados e instituidos por el testador en una y misma oración sin asignación o expresión de partes; *conjuncti re tantum* a los llamados en diversas cláusulas u oraciones a la misma herencia; *conjuncti verbis tantum* a los llamados en la misma cláusula y oración en diversas y separadas porciones, v. gr. por partes iguales, y *disiuncti* a los llamados en diversas cláusulas y oraciones y a diversas y separadas porciones—v. gr. «Instituyo a Ticio heredero en media parte de mi herencia, a Cayo en la otra mitad», (nótese que son

llamados en la misma cláusula, pero en dos oraciones distintas). A su juicio, no existía diferencia entre las llamadas en una u otra forma de conjunción (n.º 25) e incluso en caso de concurrencia (planteada a las leyes 89, Dig. XXXII-III y 66 Dig. XXVIII-V) de conjuntos *re tantum* y *verbis tantum* éstos debían ser preferidos (n.º 32). Lo mismo opinó Spino (*Speculum* Gl. IX, princ. n.º 11). En cambio, Cevallos («Communes contra communes», *Quaest.* 99), para este caso, se inclinó por la opinión que admitía el acrecimiento de unos y otros sin prelación. Y del Castillo Sotomayor (Lib. IV cap. LVI, n.º 78), aclaró que «entre los conjuntos *verbis tantum*, siempre tiene lugar el derecho de acrecer, cuando son correctamente conjuntos, esto es, cuando la misma cosa les es relicta y sólo intelectualmente es hecha la separación, como diciendo por iguales partes»; y subrayó que la conjunción verbal tiene incluso mayor fuerza y efecto que la real. Criterio que ya había expuesto con maravillosa sutileza Vázquez de Menchaca (*De successionum Progressu*, L. III, § XXII, n.º 28).

Se ha recordado que el italiano Bonfini—el cual, a través de su influencia precursora del criterio de los redactores del *Código italiano*, pudo contribuir a formar el de los autores del nuestro—había afirmado que los llamados en una única oración por cuotas indivisas, haciéndose únicamente la división por cuotas intelectuales no perceptibles a los ojos, pese a aparecer en su figura verbal como *verbis conjunctis re autem disjuncti*, no obstante son verdaderamente *et re et verbis conjuncti*, por lo que debe haber lugar al derecho de acrecer.

Pocos años antes de la promulgación del Código civil español, el romanista Pedro Gómez de la Serna (loc. cit.) expresó su creencia de que «en este punto no puede establecerse una regla absoluta» y que «esta cuestión viene a ser de interpretación de voluntad y de hecho, sobre lo que no es fácil fijar reglas generales».

Idéntica idea a la que late en el segundo considerando de la repetida S. de 8 junio 1869, que partiendo de que el derecho de acrecer vigente provenía de la voluntad de los testadores, consideró: «Que esto sentado, se comprende que es imposible establecer una regla general y uniforme para la aplicación del derecho de acrecer, porque con dificultad pueden presentarse dos disposiciones testamentarias perfectamente iguales y redactadas con idénticas palabras que deben ser la ley suprema y especial en cada caso particular.»

Palabras que nos recuerdan las de los romanistas actuales Biondi y Robbe, antes referidos. Por cierto que este último insiste en que al variar después de la Constitución de Antonino Caracalla al criterio interpretativo de la ley *Papia Poppaea*, que de restrictivo de las conjunciones pasó a ser extensivo, llegóse por Paulo, no sólo a admitir el acrecimiento de los *coniunctus verbis tantum* sino a considerarlos preferentes a todos los demás.

Apoyada en ese criterio interpretativo, la S. 8 junio 1869, después de apreciar un llamamiento conjunto en el hecho nombrando a los llamados «mis únicos y universales herederos», estimó que la adición ordenando, a seguido, que «se dividan mis bienes por iguales partes entre los dos» afec-

taba solamente a la ejecución y cumplimiento de la institución. Y, por ende, dió lugar al derecho de acrecer.

Pocos años después, se consagró en Francia igual doctrina en las Req. 18 junio 1878 y 10 marzo 1880. En el Tratado de Planiol y Ripert (vol. cit. n.º 731), al comentar esa doctrina, se observa que hace falta que la asignación de partes sea principal y dispositiva, para que tenga por efecto suprimir el derecho de acrecer; pero que no lo excluye si es hecha a título accesorio sin despojar a los llamados de la solidaridad de su vocación, sino sólo para determinar la forma como debe hacerse el reparto entre los concurrentes; y que los jueces, para resolver si ha de negarse o darse el derecho de acrecer han de apreciar cuando la asignación de partes se refiere a la disposición testamentaria en sí misma o sólo a su ejecución.

La interpretación clásica en Castilla, Vázquez, Antonio Gómez y del Castillo Sotomayor; las opiniones de los juristas contemporáneos a los trabajos codificadores, García Goyena (op. y vol. cit., arts. 816 y 817), Gómez de la Serna (loc. cit.), Benito Gutiérrez («Códigos...» III, cap. VI, art. 4.º *in fine*); la tesis de la S. 12 junio 1869, y la posición de la jurisprudencia francesa: constituyen el cuadro que presidió el alumbramiento de los artículos 982 y 983 C. c., preparado en los arts. 816 y 817 del Proyecto de 1851.

Del art. 982 n.º 1 resulta que la conjunción de llamamientos que da lugar al derecho de acrecer, existe cuando *«dos o más sean llamados a una misma herencia, o a una misma porción de ella, sin especial designación de partes»*. El art. 983 trata de aclarar cuándo hay y cuándo no hay designación de partes. Según su § 1.º *«se entenderá hecha «sólo en el caso de que el testador haya determinado expresamente una cuota para cada heredero»*. Su § 2.º dice *«que no la hay y, por lo tanto, no excluye el derecho de acrecer, la frase «por mitad o por partes iguales» «u otras que, aunque designen parte alícuota, no fijan ésta numéricamente o por señales que hagan a cada uno dueño de un cuerpo de bienes separado»*.

Del texto comparado de ambos artículos se deduce la diferencia entre el llamamiento concreto a una parte o cuota para cada uno y el llamamiento conjunto al todo con designación de parte alícuota de distribución. En el primer caso, la ley entiende que el testador ha concretado y delimitado el llamamiento, sólo a la parte o cuota a que lo refiere. En el segundo, contrariamente, aprecia un llamamiento de todos al todo y un señalamiento meramente distributivo de participaciones para resolver el concurso—*concurso partes fiunt*.

El § 2.º del art. 983 exige para que esa designación de partes alícuotas no excluya el derecho de acrecer, que no las fije numéricamente ni por señales que hagan a cada uno dueño de un cuerpo de bienes separado.

La expresión *fijar numéricamente* puede inducir a cierta perp'lejidad, pues precisamente la designación de partes alícuotas es una determinación numérica. Pero, hay que precisar que, conforme al Diccionario de nuestra Real Academia de la Lengua, «fijar» requiere que la determinación, limitación, precisión o designación *se haga de un modo «cierto», es decir, definitivo*. Cuando el testador concreta o limita el llamamiento a una cuota determinada la fija, porque su vocación es solamente a la misma y a

nada más; en cambio, *no la fija* si llama al todo, aunque señale partes ali-cuotas para resolver el concurso de los llamados, pues con esa determinación sólo indica una proporción para resolver esa concurrencia al todo, al cual, en principio, están llamados todos y cada uno de los designados.

La S. 5 junio 1917, aun cuando observó que esta fórmula, en cierto modo, tiene un aspecto numérico, dió lugar al derecho de acrecer en un llamamiento «por iguales novenas partes», «por ser [la fórmula] ideal y no fijar expresamente una cuota en cantidad, en fincas o en otra clase determinada de bienes o por otras señales que hagan a cada uno de los herederos dueño de un cuerpo de bienes separados».

La S. 25 abril 1915, apoyada en la interpretación de la voluntad del testador—que estimó como fuente del derecho de acrecer—, lo aplicó entre unos sustitutos fideicomisarios llamados «de modo que de los indicados bienes se hagan en al caso seis partes iguales, de las cuales perciban una cada una de la expresadas esposa e hijos del señor testador, y la sexta parte restante debe repartirse por igual entre los dos referidos nietos de éste».

Como hemos visto antes, la voluntad del testador de acuerdo con el tenor del testamento es la ley de su sucesión, por eso, para apreciar cuando el testador sólo ha llamado a una *parte* o cuando ha llamado *conjuntamente al todo con determinación meramente distributiva de módulos de participación* habrá que valorar las palabras empleadas en el testamento y deducir su verdadera voluntad según el tenor del mismo. La fijación numérica y el señalamiento de bienes habrá que apreciarlos relacionando unas con otras las disposiciones del testamento, infiriendo así *si se refieren a la vocación y fijan el llamamiento*, o bien *si únicamente se refieren a la ejecución o distribución derivadas de un llamamiento conjunto de varios llamados al todo*.

Hemos visto que han abonado ese criterio: la S. 8 junio 1868, respecto la designación de cuotas, que entendió hecha a efectos distributivos, subsiguiente a un llamamiento al todo como únicos y universales herederos—posición paralela a la adoptada por la jurisprudencia francesa—, y la S. 6 marzo 1910 y la Res. 26 diciembre 1942, que diferenciaron, de una parte, la determinación de bienes hecha a efectos *particionales* entre los llamados conjuntamente al todo y, de otra, los llamamientos diferenciados o distintos a cuerpos separados de bienes. La S. de 1910 respondió a la pregunta formulada por Maura, en su referido dictamen: ¿Qué sucederá cuando la asignación a cada heredero de un cuerpo de bienes separado no se haga por vía de limitación del llamamiento, sino para los efectos de la partición?». El dictamen había afirmado: «Para que excluya el derecho de acrecer la asignación de cuota numérica o de cuerpo de bienes separado, asignación de la cual habla el párrafo segundo del art. 983, es preciso que ella se haga como modo y límite de la institución y no en el ejercicio de la facultad que la ley confiere al testador para hacer por sí mismo la partición de sus bienes». «Aunque ambas cosas—añadió—puedan parecer muy análogas y fáciles de confundir, en el texto literal y en los resultados prácticos, difieren sustancialmente en la *intención* del testador, raíz y norma del acrecimiento o de la entrada de herederos *ab intestato*.» La S. de 1910 tuvo

ese mismo criterio: el uso de la facultad que el art. 1056 confiere al testador no excluye el derecho de acrecer, si la institución de heredero fué otorgada en términos universales y «por mitad a cada uno de ellas» [los dos instituidos].

Aplicado el caso que debemos dictaminar a la pauta de los requisitos necesarios para que se dé el llamado derecho de acrecer voluntario o de los conjuntos, en los términos exigidos por nuestro Código civil, tenemos el siguiente resultado:

Según el análisis interpretativo, hecho anteriormente, de las disposiciones hereditarias dispuestas por don P. D. G., éste instituyó a su madre y a su hermano S. como *únicos herederos de todos sus bienes*, es decir, los llamó al todo y no a una parte diferente a cada uno, y sólo a efectos de ejecución, distribución y partición indicó la participación de una mitad para cada uno, como módulo distributivo, y asignó determinados bienes a su hermano S., como acto particional amparado por el art. 1.056 del Código civil. Y, además, mentalmente, el testador había mostrado su criterio favorable al acrecimiento, al indicar su agradecimiento a sus padres y a su hermano S. y decir que, como pequeña prueba del mismo, habiendo pasado ya su padre a mejor vida, instituya a su madre y a su hermano S. como únicos herederos, es decir, absorbiendo íntegramente, entre los dos llamados, lo que de no haber premuerto el padre hubiese, sin duda, atribuído a los tres.

Por lo tanto, siendo la voluntad del testador ley de su sucesión y habiendo hecho un llamamiento *conjunto* a su herencia, referido al todo y con la exclusividad de los llamados, que expresa el calificativo de «*únicos*», y no aplicándose al llamamiento, sino sólo a la distribución y a la partición, la determinación de cuotas distributivas y la asignación de bienes concretos, que, por tanto, no forman un cuerpo de bienes separado a que se concreta el llamamiento de uno de los instituidos, resulta: que, premuerta la otra instituída, *debe acrecer a aquél, es decir a don S. D. G., la porción que de no haber premuerto hubiese correspondido a la madre, y, por lo tanto, dicho don S. debe ser el único y universal heredero de su hermano, el testador don P.*

Este es nuestro dictamen, que sometemos a cualquier otro mejor fundado.

JUAN VALLET DE GOYTISOLO