

La adquisición de la posesión en los legados

JOSE LUIS DE LOS MOZOS

SUMARIO: Planteamiento: I.—1) Sistema moderno en la transmisión hereditaria de la posesión. La *possessio civilissima*.—2) De la función del heredero en relación con el legado de cosa específica y determinada propia del testador, a la función de la *honorum possessio* en la época justiniana.—3) Armonización de estas implicaciones en la organización de la disciplina que regula esta materia.—II. 1) Prohibición al legatario de tomar por sí mismo la cosa legada. Interdicto *quod legatorum*. Valor de la autorización al legatario hecha por el testador.—2) Situaciones especiales provocadas por la naturaleza del legado en relación con la institución de heredero.—a) División de toda la herencia en legados.—b) Legado de “parte alícuota”.—c) Sucesión en el usufructo de toda la herencia o de una cuota de la misma.—d) Institución *ex re certa*.—e) Legado *pro legitima*.—f) Prelegado.—3) Situaciones especiales en que pueden encontrarse las cosas legadas.—4) Casos anormales: facultades del albacea y del contador-partidor; ausencia de personas obligadas a la entrega; cuando el obligado sea otro legatario.—5) Entrega de los legados de cosa específica y determinada: *inmediatividad* del derecho a la entrega; *formas de entrega*.

PLANTEAMIENTO

A pesar de la generalidad del enunciado del tema, por razón de su misma materia, viene a resultar limitado a considerar la adquisición de la posesión de la cosa legada cuando se trate de *legado de cosa específica y determinada propia del testador* (art. 882 del C. c.), ya que en este supuesto la adquisición de la propiedad y la adquisición de la posesión se ofrecen separadamente, en dos tiempos distintos (art. 885 del C. c.), mientras que en los restantes (aun tratándose del *legado puro y simple*: art. 881 del C. c.) la adquisición posesoria de la cosa legada depende, con inmediata subsidiariedad, de la adquisición de su propiedad.

No obstante esta limitación del tema, la cuestión presenta matices muy interesantes, bien por razón de la naturaleza del legado en relación con la institución hereditaria (distribución de toda la herencia en legados, legado de cuota, etc.), bien por la situación en que se hallen los bienes (en poder del legatario por otro título, o que el testador le haya autorizado a entrar en su posesión, etc.), todo lo cual ha de ser considerado en relación con la adquisición de la posesión civilísima

de los bienes de la herencia por el heredero, y además, de acuerdo con la propia función del heredero en orden a la entrega de los legados de esta clase, o al cumplimiento, o pago, en general, de cualquiera de ellos.

Por último, habrá que examinar en el presente trabajo qué formas existen, o son posibles, para la entrega de los legados; aludiendo, también, a los medios y garantías concedidos al heredero para el cumplimiento de su función de entrega y de control de la legalidad de la disposición, en relación con el respeto debido a las legítimas, y, al legatario, para asegurar su derecho y obtener la efectividad de su legado.

I

1) *Sistema moderno de la transmisión hereditaria de la posesión. La "possessio civilissima"*.

En materia de sucesión hereditaria, en los sistemas jurídicos romanistas, se ha aceptado modernamente el principio de la sucesión *automática* por el heredero en la posesión de los bienes de la herencia, tanto en los del *grupo germánico* (Derechos alemán y francés) como en los del *grupo latino* (Derechos italiano y español), a diferencia del propio *Derecho romano* (D. 41, 2, 23, pr.; 41, 2, 30, 5; 47, 4, 1, 15, y 47, 19, 2, 1) que establecía un régimen distinto, según el cual la adquisición de la propiedad y la adquisición de la posesión seguían cursos independientes; esta transformación ha sido debida a la implicación en esta materia del concepto y función de la *Gewere* o *saisine*, que originara en la doctrina del Derecho común la noción de la *possessio civilissima* (1), si bien anteriormente con la *vulgarización* se prepara el camino de la evolución posterior a través del ensanchamiento, en las últimas fases de desarrollo del Derecho romano, de la *bonorum possessio*. Y así nuestro Código civil, en su art. 440, establece, que: "*La posesión de los bienes hereditarios se entiende transmitida al heredero, sin interrupción y desde el momento de la muerte del causante, en el caso de que llegue a adirse la herencia*". Lo que tiene su precedente en la *Ley 45 de Toro*, que estableció este régimen para la sucesión en el mayorazgo (2), regulación que fue extendida a toda la

(1) Esta especie de posesión es ideada por BALDO, *Commentaria*, ed Veneti, 1585, ad C, I, 2, 1, 9, núm. 14. V.: BUSSI, *La formazione dei dogmi di Diritto privato nel Diritto comune*, I, Padova, 1939, pág. 30; ROTONDI, *L'possessio quae animo retinetur*, en BIDR, 1921, pág. 144, nota 1; RUFFINI, *L'actio spolia*, Torino, 1889, pág. 443; PLANTZ, *Principios de Derecho privado germánico*, traducción española, Barcelona, 1957, pág. 156.

(2) "Mandamos que las cosas que sean de mayorazgo agora sean villas, o fortalezas o de otra cualquier calidad que sean, muerto el tenedor del mayorazgo, luego sin otro acto de aprehensión de posesión, se traspase la posesión civil y natural en el siguiente en grado, que según la disposición del mayorazgo debiere

herencia por la codificación, teniendo presente el artículo 724 del C. c. francés (3), según el cual, “*los herederos legítimos y los herederos naturales son investidos de pleno derecho en los bienes, derechos y acciones del difunto*” (4).

Es ésta, pues una forma excepcional de la adquisición de la posesión, que no requiere ni *corpus* ni *animus*, teniendo lugar por *ministerio de la ley*; no se opera sobre bienes singulares, sino sobre todo el caudal hereditario. Aparece así incompatible con la adquisición romana de la posesión, y de acuerdo con su consideración *como estado de hecho*, propia de la jurisprudencia clásica, por lo que viene criticada esta concepción con referencia a los diversos Derechos nacionales de su época por SAVIGNY (5), al pensar que un estado de hecho no puede transmitirse por simples actos jurídicos; pero todo ello forma parte de la más elocuente exteriorización de un proceso de espiritualización de la posesión en su evolución al Derecho moderno; proceso que como nadie ha expuesto ROTONDI (6), y según ello, en determinados supuestos, pero sobre todo, y más aún, típicamente, en el que nos ocupa, se puede hablar de espiritualización del *corpus* o *posesión incorporal* (7), idea que parece más aceptable que aquélla que se remite a la simple *sucesión en el derecho de poseer* (8), ya que de una parte, se puede poseer sin derecho alguno para ello; y de otra, tal concepción no parece adaptarse a las situaciones a que da lugar (9). Y así, de aquella manera indicada, en primer lugar, viene reconocida por la ju-

subceder en él, aunque haya otro tomado la posesión dellas en vida del tenedor del mayorazgo, ó él muerto, ó el dicho tenedor la haya dado la posesión dellas”. También existe otro precedente, en materia de reversión de donaciones, en la Ley 7.^a, tit. IV de la Partida 5.^a.

(3) Así viene reconocido unánimemente por la doctrina y jurisprudencia. La S. de 3 de junio de 1947, en uno de sus considerandos, aludiendo en principio al sistema seguido por el Derecho romano, añade, que a ello “se opone en el Derecho patrio el art. 440 del C. c. que no se inspira en el Derecho romano, sino en el art. 744 del C. c. francés, y responde a la idea germánica de la posesión al disponer..., por donde se ve que en caso de herencia se produce para el heredero en nuestro Derecho la llamada posesión *civilísima*...”.

(4) De idéntica manera el C. c. italiano de 1865, imitó al C. c. francés, en su art. 925; si bien, ofreciendo una fórmula más perfecta que su modelo, estableciendo, que: *La posesión de los bienes del difunto pasa de derecho a la persona del heredero, sin necesidad de material aprehensión*, lo que mantiene en general el art. 460 del C. c. de 1942, con precisión técnica que elude las complicaciones dogmáticas como más adelante veremos. Y, por último, el BGB, dedica a esta materia una breve fórmula en su § 857, diciendo simplemente: *La posesión pasa a los herederos*.

(5) *Das Recht des Besitzes*, Giessen, 1822, 5.^a ed., §§ 13 y ss.

(6) *Op. cit.*, en BIDR, 1921, págs. 2 y ss.

(7) GARCÍA VALDECASAS, *La posesión*, Granada, 1953, pág. 41; *La posesión incorporal del despojado y la posesión de año y día*, en RDP, págs. 89 y ss.; y *De nuevo sobre la adquisición de la herencia*, en RDP, 1951, págs. 991 y ss.

(8) Así PUG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho civil*, III, Barcelona, 1953, págs. 63 y ss.; y V, Barcelona, 1961, pág. 338.

(9) En contra ESPÍN, *La sucesión en la posesión y la unión de posesiones en la usucapión*, en RDP, 1943, págs. 593 y ss.

risprudencia (10), y por la generalidad de la doctrina (11) esta forma de adquirir la posesión.

Ahora bien, sin entrar en mayores precisiones, interesa determinar el alcance y significado de esta manera de adquisición posesoria. Para ello, en primer lugar, diremos, de acuerdo con la doctrina entre nosotros dominante —pero tratando de llamar la atención sobre el *modus operandi* en los elementos de aquélla— que lo que tiene lugar por *ministerio de la ley*, como antes de ahora hemos indicado, es la adquisición de la posesión, mediante la *ficción* del *corpus* posesorio (12), cuando por otra parte se da por supuesto el *animus*, en el concepto por el que la posesión es transmitida (13); de esta manera tiene lugar una *continuidad*, porque así parece necesario al mantenimiento de la paz social y no una *continuación, stricto sensu*, en la posesión del causante, lo que viene a confirmar, con sus particulares efectos, el régimen especial del art. 442. De esta manera, el concepto posesorio del causante se continúa en la posesión adquirida por el heredero, que subentra de este modo en el *animus* del causante, objetivando su concepción y equiparándole al concepto en que se posee (14). Pero no pro-

(10) Sobre todo las SS. de 3 junio de 1947, 12 de abril de 1951, 3 de marzo de 1952 y 17 de abril de 1959.

(11) Aparte de los autores ya citados: PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER, *Notas*, a WOLF, *Tratado de Derecho civil de ENNECCERUS*, III, págs. 67-68; y entre las obras más recientes: VALLET DE GOYTISOLO, *Apuntes de Derecho Sucesorio*, Madrid, 1955, págs. 205 y ss.; MARTÍN PÉREZ, *Derechos reales, I (Doctrinas Generales: La Posesión)*, Madrid, 1958, págs. 127 y ss.; LACRUZ, *Derecho de Sucesiones (Parte General)*, Barcelona, 1961, págs. 31 y ss. En contra: ROCA SASTRE, *La adquisición hereditaria de la posesión*, en RGLJ, 1953 (núm. 193), páginas 333 y ss., y ESPÍN, *Op. cit.*, en RDP, 1943, pág. 654, para quien se trata de una sucesión en sentido jurídico de la posesión del causante.

(12) No nos referimos a que el art. 440 del C. c. establezca, como entienden PÉREZ y ALGUER (*Op. cit. ibid.*, pág. 18) un supuesto de posesión fingida, sino que la adquisición de la posesión operada *ope legis*, actúa mediante la *ficción* del *corpus*, dado su claro antecedente germánico, en la vía del Derecho histórico (*Ley 45 de Toro*) y en la de la obra de la codificación (art. 724 del Código civil francés, a través del art. 554 del Proyecto de 1851), ya que las dos muestran su misma evidente raíz; lo que hace posible la subsistencia en su caso de dos posesiones sobre una misma cosa: una *material*, llamada a desaparecer y otra *ideal*, en cuanto que *finge* el *corpus*, pero *real* en cuanto puede actuar frente a la otra y vencerla, y que viene a recordar aquellas situaciones del Derecho romano en que la posesión se mantenía *solo animo retinetur*, pero cuyos ingredientes son de base más sólida y por ello hay que hallarles en la concepción de la *Rechte Gewerc*. (Así, GARCÍA VALDECASAS, *Op. cit.*, en RDP, 1944, pág. 108 y ss.; VALLET, *Op. cit.*, pág. 290, que se muestra disconforme con la opinión de PÉREZ y ALGUER, de la que parcialmente nos hemos apartado, no acepta la de GARCÍA VALDECASAS, sino parcialmente también; y ESPÍN, *Op. cit.* en RDP, 1943, página 627, cree que el art. 440 no tiene nada que ver con la *saísine*, recogiendo en cambio el principio romano de la *successio possessionis* referida a la usucapión.

(13) DE LOS MOZOS, *Tutela interdictal de la posesión*, Madrid, 1962, página 206.

(14) Como también hemos defendido, en nuestra *Op. cit.*, págs. 186-187, 189, 204; igualmente MARTÍN PÉREZ, *Op. cit.*, pág. 66. De esta manera no sólo

piamente en su posesión, pues ni siquiera el *animus* de la posesión del heredero coincide con el del causante más que en su contenido interno, en cuanto que el heredero continúa el concepto por el que posee el causante (*dominus rei, dominus in re aliena cum possessione*, derecho personal transmisible, situaciones de hecho), al que ha de añadirse, para completarle, en un todo: el *animus* específico creado por *ministerio de la ley* al tener lugar la apertura de la sucesión; de esta manera, se mezclan en este punto aspectos propios de la disciplina de la posesión y de la naturaleza de la sucesión hereditaria (15). Y aun cuando todo esto no sean más que matices, en relación con la concepción dominante, interesa resaltarlos para ser utilizados adecuadamente en el momento oportuno.

Por otra parte, es claro que la sucesión hereditaria no atribuye la posesión específica de las cosas que constituyen la herencia (pues la ley no puede modificar la realidad), lo que se daría, en cambio, en el supuesto de que el heredero continuara propiamente la posesión del causante (16), sino una posesión —*civilissima*— de toda la masa hereditaria (17), que da derecho a ocupar materialmente cada una de

se puede construir y matizar la actuación de la adquisición hereditaria de la posesión con relación al otro elemento, el *corpus*, sino también elimitar la preocupación de la doctrina antigua por la configuración del *animus*. Así ANTONIO GÓMEZ (*Ad leges Tauri commentarium absolutissimum*, Madrid, 1794, *ad leg.*, 45, número 112) al sostener que la posesión civilísima, la podían adquirir igualmente los infantes, locos y mentecatos, incapaces de cualquier *animus*.

(15) En contra de lo dicho en el texto, se encuentra la opinión de ESPÍN, *Op. cit.*, en RDP, 1943, pág. 654, para quien, “se trata de una sola posesión, la del difunto, que se transmite al heredero”, es decir, no sólo hay *continuidad*, sino también *continuación* en la posesión; a este respecto sigue la opinión de ESPÍN, MARTÍN PÉREZ, quien, a pesar de que reconoce no figura expresamente en el artículo 440 del C. c., cree que de él puede deducirse (*Op. cit.*, pág. 139). En el sentido del texto, pero llevando las cosas más lejos, entendía ANTONIO GÓMEZ (*ad leg.* 45, núm. 114) se trataba de una posesión *nova et realiter distincta*, teniendo en cuenta que se ordena especialmente su adquisición, aunque no poseyera *materialmente* el causante.

(16) Así recientemente la S. de 4 de abril de 1960, declaró, que “el principio de la posesión civilísima no es aplicable cuando uno de los herederos posee en nombre propio los bienes de la herencia “habiendo sido consentida por los demás herederos durante más de treinta años”.

(17) Pero esta posesión civilísima, no es *ideal* o *fingida*, sino que lo que es *ideal* es el *corpus*, como ya hemos indicado, lo cual es bien distinto. Para BALDO (*Op. y l. cits.*) era todavía, sin duda por respeto a los textos romanos, *ficta possessio* o *possessio artificialis*, pues no podía concebirse, de acuerdo con ellos, que la posesión pudiera adquirirse sin intervenir realmente los dos necesarios elementos: *corpus* y *animus*; pero este respeto bien pronto fue abandonado por los sistemáticos y los prácticos de la Edad Moderna, como nos lo prueba el testimonio que ofrece la citada crítica de SAVIGNY (*Op. y l. cits.*). Por otra parte, entre nuestros clásicos esto no ofrecía problema alguno, ya que era unánime el sentir de que se trataba de *verdadera y real posesión*, aunque *no material*. Así ANTONIO GÓMEZ, *Ad leg.* 45, núm. 111; COVARRUBIAS, *Practicarum questionum civilium*, en *Opera Omnia*, lib. III, cap. V, núm. 6 (Londra, 1606) y GREGORIO LÓPEZ, *Las siete partidas del sabio rey D. Alonso el nono*, II, Madrid, 1799, *ad leg.* 7.ª, tit. IV, P 5.ª, pág. 654, glosa 2; y ya LLAMAS y MOLINA, *Comentario crítico-jurídico literal de las 83 leyes de Toro*, II, Madrid, 1827, *ad leg.*, 45,

ellas por propia autoridad, salvo lo que expresamente prohíbe el artículo 441 del C. c.; que responde a la idea de *continuidad*, pero no a la de *continuación* (18). Por ello, si alguien desconoce su condición de heredero, puede utilizar el interdicto de adquirir (arts. 1.633 y ss. de la LEC.), y, si le han perturbado, o despojado, de su posesión, ocurriendo la perturbación o el despojo antes o después de la apertura de la sucesión, aunque *no posea efectivamente y de hecho*, puede utilizar los correspondientes interdictos de retener y recobrar (arts. 1.651 y 1.652 de la LEC.).

Esta manera de producirse la adquisición hereditaria de la posesión, que implica su automatismo, hace que actúe con carácter general y absoluto, precisamente por su propia naturaleza, lo que de otra forma no le sería posible. Y así, tenemos, que aun en el *legado de cosa específica y determinada propia del testador*, aunque el legatario, conforme al art. 882 del C. c., “*adquiere su propiedad desde que aquél muere*, y hace suyos los frutos o rentas pendientes”, corriendo desde aquel “instante a riesgo del legatario, que sufrirá, por tanto, su pérdida o deterioro, como también se aprovechará de su aumento o mejora”, en cambio, *no adquiere la posesión*, y así el art. 885, dice, que: “El legatario no puede ocupar por su propia autoridad la cosa legada, sino que debe pedir su entrega y posesión al heredero o albacea cuando éste se halle autorizado para darla”. De esta manera, se mantiene un perfecto acuerdo entre la forma de adquisición de la posesión del legado y la de la herencia, establecida por el art. 440 del C. c., teniendo en cuenta su respectiva naturaleza jurídica (19). Pero, aun en el fondo de ella misma, existe otra razón que completa, dentro del sistema, la armonía de esta disciplina con las peculiares diferencias apuntadas dentro de su regulación; por otra parte, veremos como la función de la posesión civilísima en el Derecho moderno la realiza, al menos en la fase justinianea, la *bonorum possessio*; de aquella razón intrínseca,

número 67, indica, que: “Cuando se dice que por ministerio de la ley se transfiere la posesión, o se priva de ella al que la tenía, no debe entenderse esto materialmente porque la ley no puede hacer que el que no tiene una cosa la tenga, o el que la tiene la deje de tener, sino que debe entenderse legal y jurídicamente de los efectos que según derecho causa la posesión, y así lo que la ley dispone es que la posesión que se transfiere por su ministerio produzca los mismos idénticos efectos que si se hubiera transferido por un acto corporal de aprehensión...”.

(18) Si hubiera sido de otra manera, seguramente el legislador hubiera mantenido la fórmula del art. 554 del Proyecto de 1851, el cual expresaba, que: “Los herederos suceden al difunto por el hecho solo de su muerte, no sólo en la propiedad, sino también en la posesión”.

(19) No ha faltado quien haya señalado, así DÍAZ CRUZ, una anomalía o contradicción entre el art. 882 y el art. 885, considerando extraño que un propietario no pueda por sí ocupar la cosa que le pertenece (*Los legados*, Madrid, 1951). “Pero en realidad —indica certemente OSSORIO MORALES— ello es perfectamente explicable, pues se trata de un propietario que no tiene la posesión, la cual por muerte del testador se ha transmitido *ope legis* a los herederos (art. 440), y como nadie —aunque sea el propietario— puede por acto de propia autoridad privar a otro de su posesión (art. 441), es necesario que el legatario, dueño ya de la cosa, la reclame” (*Manual de Sucesión testada*, Madrid, 1957, pág. 375).

y de este precedente romano, vamos a ocuparnos en el epígrafe siguiente.

- 2) *De la función del heredero en relación con el legado de cosa específica y determinada propia del testador, a la función de la bonorum possessio en la época justiniana.*

Nos referimos al legado de cosa específica y determinada propia del testador, porque de todos, como ya dijimos inicialmente, es el que ofrece verdadero problema en relación con la cuestión planteada, la cual se reduce a los siguientes términos: si bien el legatario es propietario, para tomar posesión de la cosa legada, ésta ha de serle entregada por el heredero. De manera que, aunque aquí se reduce al mínimo el papel o función del heredero, no puede desconocerse que ésta se halla presente (20); en otros supuestos de legado, en cambio, aun en el más próximo: *legado puro y simple* (art. 881 del C. c.), el legatario no adquiere más que un *derecho de crédito* y, por tanto, no puede plantearse esta situación siendo, por otra parte, mucho más amplia la función del heredero (21); de ésta no vamos a ocuparnos aquí, sino únicamente de precisar a que se contrae en el supuesto planteado, sobre todo cuando puede de ella prescindirse, según los diversos casos, considerándola siempre como regla general (22), susceptible por ello

(20) En el mismo supuesto ha de considerarse cuando el legado consista en rentas o pensiones periódicas impuestas en el testamento como carga real sobre bienes hereditarios, según se deduce del art. 47 de la L.H.

(21) LACRUZ, *Notas al Derecho de Sucesiones* de BINDER, trad. esp., Barcelona, 1953, pág. 320; ESPÍN, *Manual de Derecho civil*, V, Madrid, 1957, páginas 233-234; OSSORIO, *Manual de Sucesión testada*, cit., págs. 360, 374 y ss.; VALLET, *Apuntes de Derecho Sucesorio*, cit. págs. 292 y ss.; CASTÁN, *Derecho civil español, común y foral*, IV, Madrid, 1944 (Notarías), pág. 598; CLEMENTE DE DIEGO, *Instituciones de Derecho civil español*, III, Madrid, 1959, pág. 507; VALVERDE, *Tratado de Derecho civil español*, V, Valladolid, 1939, págs. 321 y ss.; TRAVIESAS, *Legados*, en RDP, 1931, pág. 179; MUCTUS SCAEVOLA, *Código civil español*, XV, Madrid, 1904, págs. 331 y ss.; MANRESA, *Comentarios al Código civil español*, VI, Madrid, 1898, págs. 650 y ss.; SÁNCHEZ ROMÁN, *Estudios de Derecho civil*, VI-2, Madrid, 1910, pág. 1291.

(22) Es por otra parte desconcertante la opinión de SÁNCHEZ ROMÁN, *Estudios*, VI-2, pág. 1291, cuando dice: "La posesión de derecho o el derecho de posesión de la cosa específicamente legada, se entiende transmitida por ministerio de la ley desde igual instante (se refiere a la apertura de la sucesión), según el artículo 440 antes citado, por analogía con lo que éste dispone para la de los bienes hereditarios y además como complemento de la adquisición de propiedad declarada en el artículo 882" Y seguidamente añade: "La entrega necesitará, sin embargo, ser realizada por el heredero o albacea, cuando éste se halle autorizado para ello, pues según el artículo 885, el legatario, no puede ocupar por su propia autoridad la cosa legada, sino que debe pedir su entrega y posesión a dicho heredero o albacea." Contradicción que hay que buscar en parte, en la concepción misma que este autor tiene de la posesión, como se evidencia, sin ulteriores indagaciones de lo que él mismo afirma a renglón seguido, diciendo: "parece contradictorio este artículo (se refiere al 885) con el 440, y no es así, sin duda porque el 885 dice relación a la posesión de hecho, obtenida mediante la entrega, y el 440 a la de derecho".

de excepciones, que son las que aquí realmente hay que determinar, ante el silencio o disparidad de la doctrina; pero antes, lo mismo que hemos hecho con el principio de la posesión civilísima, vamos a referirnos al fundamento de la función atribuida por la ley al heredero.

Esta cuestión se halla en conexión bien estrecha con los temas centrales del Derecho de Sucesiones. No basta, por ello, para contestarla tener presente la distinción entre sucesión a *título universal* y a *título singular* y reconducir la primera a la herencia y la segunda al legado (23), porque a veces esta equivalencia puede no existir, y además ella sola no nos aclararía gran cosa. Es preciso acudir al *concepto mismo de heredero* para darnos cuenta exacta del alcance de la función que cumple éste con la entrega de la cosa legada al legatario, aun cuando, en el supuesto que nos ocupa, haya adquirido su propiedad desde la apertura de la sucesión el propio legatario; todo ello, con independencia de su condición de poseedor, conforme al art. 440 del Código civil, pues esto no es más que un medio técnico para facilitar el cumplimiento de una serie de fines previstos por el ordenamiento, entre los que se encuentra la función indicada.

No es suficiente la consideración de que el heredero es un sucesor a título universal simplemente, porque ello nos lleva a la concepción de la sucesión hereditaria como una sucesión en el patrimonio del causante; y no es que entendamos haya de volverse a la idea de que la sucesión *mortis causa* ha de concebirse como una sucesión en la persona, sino más bien creemos —lo que en la doctrina moderna se va abriendo paso— que hay que huir de esas dos referencias unívocas (lo cual no se halla en desacuerdo, por otra parte, con lo que resulta de armonizar los arts. 657 y 659 del C. c.) y superarlas (24). Por ello, el

(23) Para el examen de esta cuestión y de su debatida problemática téngase en cuenta la bibliografía siguiente: TRAVIESAS, *Sobre Derecho hereditario*, en RDP, 1921, págs 3 y ss.; FERRARA, *Estudio sobre la sucesión a título universal y particular, con especial aplicación a la legislación española*, en RDP, 1923, páginas 325 y ss.; OSSORIO MORALES, *El legado de parte alícuota*, en *Estudios de Derecho privado*, Barcelona, 1942, págs. 115 y ss.; *Comentario a la Sentencia de 10 de octubre de 1940*, en RGIJ, 1941, págs. 149 y ss. BONET RAMÓN, *Comentario Idem*, en RDP, 1951, págs. 40 y ss.; ROCA SASTRE, *El legado de parte alícuota*, en *Estudios de Derecho privado*, II, Madrid, 1948, págs. 181 y ss.; GONZÁLEZ PALOMINO, *Estudios de arte menor de Derecho Sucesorio*, en AAMN, 1946, págs. 525 y ss.; NÚÑEZ LAGOS, *El Derecho Sucesorio ante la tradición española*, en RGIJ, 1951, págs. 385 y ss.; VALLET, *Afustes de Derecho Sucesorio*, págs. 227 y ss. Entre las obras generales: CASTÁN, *Derecho civil*, IV, ed. cit., páginas 159 y ss.; DE BUEN, *Notas*, a COLIN y CAPITANT, *Curso elemental de Derecho civil*, trad. esp., VIII, Madrid, 1928; OSSORIO, *Manual*, págs. 178 y ss.; PUTG BRUÉAT, *Fundamentos*, V-1, págs. 67 y ss.; LACRUZ, *Derecho de Sucesiones*, I, págs. 30 y ss.

(24) Para la evolución del carácter de la herencia en el Derecho romano y en el Derecho moderno: BONFANTE, *Scritti Giuridici Varii*, I, Torino, 1926, trabajos V, VI, VIII, XIII, XIV y XV, principalmente; también BIONDI, *Diritto ereditario romano, Parte Generale*, Milano, 1954, págs. 30 y ss., y para una apretada síntesis de teorías: CASTÁN, *La dogmática de la herencia y su crisis*

profesor LACRUZ centra la cuestión diciendo que el hecho de la sucesión hereditaria, "es un efecto de la ley y en su caso de la voluntad privada. De ésta, en cuanto ordena la sucesión en todos sus aspectos: atribución de bienes, gravamen de legados, etc. De aquélla, en cuanto organiza la particular posición jurídica del heredero, que no sucede en una *universitas*, pero sí recibe a la vez los bienes, derechos y obligaciones del causante en su generalidad, y que no continúa la personalidad del causante, pero sí sirve de término activo y pasivo a relaciones, de las que el causante, por su propia voluntad, no hubiera podido despojarse, y que ahora se insertan en la persona del sucesor con el mismo carácter personalísimo que tenían en cabeza de su anterior titular. Aún más: la propia condición de sucesor es también personalísima del heredero" (25). Así centrada la cuestión, con esta acertada perspectiva, nos permite considerar con el propio LACRUZ, por una parte, que el heredero sucede al causante no en su persona, pero sí en su esfera estrictamente personal, la cual compete al heredero por razón de tal, situación que el testador no puede alterar (26); y por otra, tener en cuenta que el heredero, no sólo recibe todas las deudas y obligaciones del causante, diferenciándose con ello del legatario —al igual que también recibe la *posesión civilísima*—, sino que, además, "ya en los límites de los derechos subjetivos, se le confiere un cargo de curador de la memoria de su causante, y a este fin se le autoriza para el ejercicio de ciertos derechos y facultades emanados de la personalidad de aquél. Este cargo, que compete regularmente al heredero en los países continentales, no puede ser nunca efecto de una transmisión, porque no atañe a derechos patrimoniales. Finalmente, adquiere el heredero derechos y obligaciones que no existían en el *decius*, y esto, sin duda, tampoco es propio de un legatario: por ejemplo, viene obligado a pagar los legados y cargas impuestas por el causante en su testamento" (27).

Por ello, MUCRUS SCAEVOLA, con acertada visión y respecto al tema concreto que nos ocupa, decía que aparece claramente el papel del heredero en materia de entrega de legados, interviniendo en esta cuestión "a título de intermediario entre el difunto y los demás partícipes singulares testamentarios", queriendo en estos casos el legislador que medie "un acto solemne y formal de entrega, de investidura simbólica de la cualidad de legatario por virtud de la tradición real o simulada de las cosas en que las mandas consistan". Añadiendo, para poner en claro, pese a lo dicho, el alcance de esta entrega, que este requisito "es complementario del cumplimiento del legado, al par que una circunstancia *sine qua non* cuando el legatario quiera, material y perso-

actual, en RGJ.J, 1959 (septiembre y octubre), sobre todo en orden al concepto de herencia en general.

(25) *Op. cit.*, pág. 47.

(26) *Op. cit.*, pág. 48 y págs. 83 y ss.

(27) *Op. cit.*, pág. 50.

nalmente, disfrutar por sí mismo, o hacer que otro a su nombre disfrute la cosa legada..., aunque nunca una condición primordial, una solemnidad previa a la efectiva adquisición del dominio de dicha cosa y a la entrada en la cualidad de legatario" (28). En suma, esta facultad-deber, o función, más bien, como inicialmente la hemos llamado, corresponde a lo que JUSTINIANO llamaba el *honor* de heredero (29), o al menos, se presenta en un campo vecino, respondiendo a la misma idea fundamental.

De forma, que no hay que buscar únicamente el fundamento de la función de entrega de la cosa legada, aun siendo específica y determinada propia del testador, en la circunstancia de corresponder al heredero la *posesión civilísima*, ya que esta función de entrega existía, en el plano histórico y dogmático, antes de que la transmisión posesoria que tiene lugar mediante el art. 440 del C. c., en general, o de la ley 45 de Toro, para el mayorazgo, fuese acordada. Y así, en la ley 37.^a, título IX de la P. 6.^a, nos encontramos con la citada obligación de entrega, referida a éste y otros supuestos, lo que nos prueba, como es obvio, que esta exigencia pertenece a la disciplina propia y común de los legados en general. Por eso, cualquier excepción, habida cuenta el doble fundamento de la regla general, para ser admitida tiene que ser sólidamente fundamentada. Además, toda esta materia tiene su antecedente en el Derecho romano, como vamos a ver seguidamente.

En este sentido, observa POLACCO certeramente, que si bien en estos casos la adquisición de la propiedad de las cosas legadas directamente por el legatario del testador, y no del heredero, emerge de varios textos romanos (30), en cambio, como propiedad y posesión son dos cosas distintas, el legatario no podía por su propia autoridad tomar posesión de las cosas legadas, y en el supuesto de que lo hubiere hecho el heredero tiene contra él el *interdictum quod legatorum* (D. 43, 31, 2, y C. VIII, 3, 1) (31), si bien este remedio concedido inicialmente por el pretor al *bonorum possessor*, no se extendió al heredero hasta el tiempo de JUSTINIANO (32). Esto hace que vinieran a confundirse los *genera legatorum*, perdiendo interés, con ello, las autorizaciones del testador para tomar posesión de la cosa legada (*sumisio, praecipito*), ya que precisamente el *interdictum quod legatorum*, como indica BRONDI, trata de eludir tales tomas de posesión (33). Cuestión ésta que ha discutido la doctrina en el Derecho moderno, como veremos (34).

(28) *Código civil*, XV, págs. 360-361.

(29) *Novela 115, cap. I^o*, a propósito de la institución *ex re certa*.

(30) Cita (*vid. infra*): D, 47, 2, 64, y D, 31, 2, 80.

(31) *Delle Successioni*, Roma, 1928, I, pág. 415.

(32) ARIAS RAMOS-ARIAS BONET, *Derecho romano*, II, Madrid, 1960, página 813.

(33) *Sucesión testamentaria y donación*, trad. esp., Barcelona, 1960, páginas 382-384. Esto no sólo es importante para la historia del legado, sino para advertir el fundamento de su regulación actual, en lo que se encuentra de acuerdo la generalidad de la doctrina: véanse referencias *ut infra*.

(34) En el Derecho italiano ha venido a cerrar la discusión el art. 649-3

No hay que olvidar, por otra parte, que esta función del heredero ampara y defiende —como toda función en derecho— unos intereses de legalidad indiscutible, lo que realiza a través del control de la inoficiosidad de legados y otras disposiciones, de la integridad de las legítimas^o (35). Esto tiene su precedente en la *cuarta Falcidia* del Derecho romano (C, VI, 50, 2 y ss.), lo que tampoco ha pasado desapercibido a la doctrina (36); teniendo en cuenta, además, que en el propio *Codex Iustinianii* (VIII, 3, 1), se indica esto, precisamente, como objeto o fin del *interdictum quod legatorum*, recogiendo el texto citado una constitución de los Emperadores DIOCLECIANO y MAXIMIANO (37). Aunque es verdad que originariamente tuviera una función distinta, el hecho es, que partiendo de la *bonorum possessio*, y a través de la unificación justiniana con la *hereditas*, o antes, al ponerse en contradicción con la adquisición de ciertos legados (*per vindicationem, sinendi modo, per praeceptionem*) en los cuales era lícita la toma de posesión por el propio legatario, vino a resultar que, en la mayoría de los casos (38), el conflicto era resuelto en beneficio del *bonorum possessor* primero, y más adelante del *heres* (39), con lo que se llegó en la práctica a una situación parecida a la que ofrece el Derecho moderno. La disparidad terminológica y aun conceptual subsiste entre *bonorum possessio* y *hereditas*, pero al irse vaciando de contenido la *hereditas*, y al confundirse *propiedad* y *posesión* con la vulgarización, lo que ocurre ya en el período postclásico permaneciendo en la época justiniana en muchos aspectos (40), resulta que la *bonorum possessio* adquiere con ello función de tutela posesoria del derecho hereditario (41).

del C. c. de 1942, al completar la fórmula contenida en el art. 863 del Código derogado, disponiendo que: "El legatario debe pedir al gravado la posesión de la cosa legada, aun cuando haya sido expresamente dispensado de ello por el testador". Pero de esto ya nos ocuparemos más adelante.

(35) Así la RDGR de 19 de mayo de 1947, e implícitamente la Exposición de Motivos de la Ley Hipotecaria de 1861.

(36) Recientemente, BRUNELLI-ZAPULLI, *Il libro delle successioni e donazioni (Commento al nuovo Codice civile italiano)*, Milano, 1951, 5.^a ed., pág. 391; GIANNATTASIO, *Delle successioni (Commentario del Codice civile, II-II)*, Torino, 1961, pág. 270.

(37) Expresa este texto: "Si se acredita que los legados absorben la herencia, la ley Falcidia favorece oportunamente al heredero instituido concediéndole la cuarta parte de la misma. En consecuencia si el legatario o fideicomisario, sin el consentimiento de tu padre, que, según aseguras, sucedió al testador y recibió la posesión de sus bienes, se ha retenido el legado o fideicomiso que se le dejó, puedes pedir, en fuerza del interdicto concedido a los herederos, escritos contra los legatarios, que se te otorgue la posesión de los bienes para que puedas retener la cuarta parte, bien que prestando la caución exigida en tales casos."

(38) Suponía, en parte, una excepción a este régimen el legado *per praeceptionem*, en lo que tenga de herencia, lo mismo que otros legados a favor de un heredero (D, 43, 3, 1, 6).

(39) BIONDI, *Op. y l. cit.*; ARIAS RAMOS, *Op. y l. cit.*

(40) Para esto véanse las referencias que se contienen en mi libro antes citado, *Tutela interdical de la posesión*, págs. 17 y ss.

(41) VOGLI, *Diritto ereditario romano*, I, Milano, 1960, págs. 601 y 192; para una conexión con el Derecho italiano moderno en esta cuestión: Grosso, I

3) *Armonización de estas implicaciones en la organización de la disciplina que regula esta materia.*

Aunque un estudio minucioso de esta materia exigiría un examen muy cuidado de fuentes, de presupuestos históricos y de concepciones dogmáticas, que luego habría que decantar y contrastar con un método adecuado, sin llegar a tales extremos, podemos afirmar que en el Derecho romano justinianeo, y aun antes, seguramente, se llega a una situación en que, a través de la *honorum possessio*, se plantea, con las peculiaridades propias de cada sistema, una organización de esta materia que en esquema responde al mismo criterio ofrecido por el Derecho moderno, salvando naturalmente las grandes distancias que ambos ofrecen sobre todo en el Derecho anterior a las *Novelas* (118 y 127) de JUSTINIANO. Las esenciales diferencias que alejan ambos sistemas se pueden reducir a dos: la estructura de la herencia clásica y la circunstancia de que la posesión como hecho no era transmisible a título sucesorio, debiendo adquirirla por sí nuevamente el heredero (D, 41, 2, 23) (42), que es lo que viene a suplir en el Derecho moderno la transmisión automática, operada por la adquisición en el heredero de la *posesión civilísima* de los bienes de la herencia. Pero a pesar de estas diferencias, y de otras, existe un evidente paralelismo en el tratamiento general de la cuestión entre el Derecho romano y el moderno; o al menos, una proporción entre adquisición de la posesión de la herencia y adquisición de la posesión del legado, lo que, dada su pervivencia en las fuentes, ha influido, como no podía por menos, en la organización de la disciplina moderna de esta materia, aunque oscurecida a través del auge que la otra implicación de la *posesión civilísima* adquiere, y conforme a la cual se ha llevado a cabo la codificación; sin olvidar, tampoco, que en la proporción que ha de establecerse ésta actúa como un principio fundamental ordenador del sistema, de base técnica más amplia, mientras que las incitaciones romanísticas provenientes de aquel otro campo presentan proporciones más modestas. Por ello, sin duda, esta cuestión se refleja certeramente en la doctrina moderna, cuando a la vez que se alude a la *possessio civilissima*, como fundamento técnico, se evoca el *interdictum quod legatorum* (43). Mientras, por otra parte, estos principios fueron seguidos, según el testi-

legati, I, Torino, s/d., págs. 219 y ss.; MARCHI, *Le basi romanistiche del Codice civile*, Torino, 1951, págs. 123-124; en general la bibliografía, que veremos y utilizaremos más adelante.

(42) Para esto: FADDA y BENZA, *Notas a WINDSCHEID, Diritto delle Pandette*, V, Torino, 1926, págs. 464 y ss.

(43) Véase la doctrina española citada anteriormente; para la italiana y francesa, la que más adelante citaremos. A veces ha sido exagerada esta implicación romanística con fines polémicos, así ROCA SASTRE, *Op. cit.*, en RGIJ, 1953, páginas 357 y ss.; Notas a KIPP, *Derecho de Sucesiones*, I, en el *Tratado de Derecho civil* de ENNECERUS, V-1, Barcelona, 1951, págs. 335 y ss.

monio de POTHIER, en el Derecho común y en el Derecho francés (44) y acogidos en el Código de NAPOLEÓN (45), de donde coincidiendo, en parte, con la propia tradición jurídica, se extendió a otros Códigos europeos, entre ellos el italiano de 1865 y el español.

Ahora bien, a nuestro juicio, dada la incrustación de esta implicación en un campo que ofrece las más diversas superposiciones y organizada la herencia moderna reflexivamente en este punto, no hay que pensar que el medio técnico que sirve a posibilitar la disciplina de la adquisición de la posesión del legado (posesión civilísima), venga —aparte de que tiene otros fines— fundamentalmente alterado por esta implicación cuando, por otra parte, se ofrece, aunque por planos que han sido originalmente trazados de diversa manera, dirigido a un mismo objetivo, lo que, por otra parte, un proceso de maduración, dentro de la evolución jurídica, ha ido armonizando y aglutinando hasta obtener el ajuste de las diversas piezas que componen el sistema. A lo sumo, esta implicación presentará, en los diversos matices que ofrecen los textos romanos, un acervo de soluciones que vienen a completar y a verificar idénticos o análogos principios, y sobre todo, a esclarecer su fundamento dogmático.

Pero, además, hay que tener en cuenta el otro factor que hemos apuntado, pues si bien es verdad que en el orden técnico, habida cuenta de que al heredero corresponde, en el Derecho moderno, la posesión de los bienes de la herencia, será fácil construir por la sola aplicación de este principio, y de las conexiones antes indicadas, la norma que ha de regir cada caso concreto; también es cierto que, cuando, por consideraciones ajenas a su escueto planteamiento, haya de surgir una plausible duda, pueda entonces traerse en su apoyo la implicación de la función del heredero en la entrega de la cosa legada (o del albacea en su caso cuando se halle autorizado para ello, lo que responde a fundamentos diferentes), ya que el heredero aparece como ordenador y ejecutor del cumplimiento de la voluntad del testador. Armonización que ofrece idénticas proporciones en la evolución del Derecho romano.

En cambio, en el orden estructural de la institución jurídico-privada del legado, dentro del marco general de la sucesión, la *posesión*

(44) *Traité des donations et testaments (Oeuvres complètes, IV)*, Bruxelles, 1830, V, secc. II, § 2, págs. 559 y ss.; anteriormente DOMAT, *Les lois civiles en Oeuvres complètes*, ed. Rémy, II, París, 1835, págs. 708 y ss.

(45) Así BIGOT-PRÉAMENEU, en la *Exposé des motifs du tit. II, lib. III du Code civil*, al Consejo de Estado, el 2 de floreal del año XI, en *Réveil complet des Discours prononcés lors de la présentation du Code civil...*, etc., I (Discours), París, 1938, pág. 390, y JAUBERT, en *Rapport au Tribunalado*, sobre el mismo, el 9 de floreal del año XI, *Ibid.*, págs. 409-410; aunque los autores de la codificación francesa se hallan pendientes, sobre todo, de conciliar en esta materia, y en la sucesión en general, las diferencias existentes entre el Derecho escrito y el consuetudinario, como puede verse en los textos citados, bien que por ello no se abandona la dirección indicada. Véase, también: LOCRE, *La législation civile*, etc., XI, París, 1827, pág. 44.

civilissima (al igual que probablemente la *bonorum possessio*, en la época justiniana), como recurso técnico, viene a estar subordinada al papel y función del heredero, y adaptada en este caso particular a su cumplimiento (46), aunque cómo toda construcción técnica cumpla otras funciones dentro de la ordenación de la sucesión.

De esta forma, el desarrollo del principio general, y el de sus aplicaciones en supuestos más concretos, se ofrece con perfecta armonía como una consecuencia de su fundamento ordenativo y técnico. Y así, lo que aparece claro en nuestro sistema, por la propia regulación positiva, y al menos como principio general, aunque las aplicaciones a casos concretos ofrezcan en la doctrina disparidad de opiniones, se presenta de igual modo claro en los sistemas jurídicos romanos, pues no en vano esta cuestión, que tiene sus precedentes romanos, encuentra, por otra parte, a través de la influencia germánica, su desarrollo en el Derecho común y en el Derecho intermedio, en general, a través de la atribución al heredero de la posesión del caudal hereditario. Criterio que bajo esta doble influencia es acogido en las codificaciones, no sólo por el Código civil italiano de 1865, que ofrece una notable semejanza con el nuestro en este punto (47) y que es continuado por el Código civil de 1942 (48) y aun con fórmulas más perfectas que su precedente (49), sino también, por el Código

(46) Esta prelación de criterios (dogmático y técnico) viene recogida en cualquier exposición doctrinal aunque no se presente explícitamente indicada. Así TRAVIESAS enunciaba esta disciplina de la siguiente manera: "La cosa legada puede ser objeto de posesión o no. Si es objeto de posesión, el legatario no puede ocuparla por su propia autoridad (art. 885 del C. c.). Con respecto a las cosas propias del testador tiene esto fundamento en que su posesión, de derecho, se transmite al heredero desde la muerte de aquél (art. 440 del C. c.). Si la cosa es del heredero o del legatario gravado éstos deberán hacer la entrega porque a ellos corresponderá la posesión. Tratándose de cosas genéricas o de legado alternativo, será necesaria que la elección se concrete en la cosa específica con que haya de efectuarse el pago, y desde entonces corresponderá la entrega por el heredero o el legatario gravado. Si la cosa legada..., etc." (*Legados*, en RDP, 1931, págs. 184-185).

(47) Su art. 863, disponía: "El legatario debe pedir al heredero la toma de posesión de la cosa legada". Véase: PACIFICI-MAZZONI, *Istituzioni di Diritto civile italiano*, 5.^a ed., VI-2.^a, Torino, 1927, pág. 445; VENZI, *Nota* al anterior, *Ibid.*, págs. 446-447; RICCI, *Corso teorico-pratico di Diritto civile*, 3.^a ed., III, Torino, 1923, pág. 877 y ss.; POLACCO, *Op. y l. cit.*; LOSANA, *Le successioni testamentarie secondo il C. c. italiano (Commento pratico)*, Torino, 1884, págs. 377-378; DEGNI, *Lezioni di Diritto civile, La successione a causa di morte*, II, *La successione testamentaria*, 2, Padova, 1934, págs. 61-62; RUGGERO, *Institutiones de Derecho civil*, trad. esp. de la 4.^a ed. ital., II, Madrid, 1931, págs. 1180-1181.

(48) Recuérdese el artículo 649-3, anteriormente citado, y aunque el artículo 460-1, huye de las fórmulas clásicas de expresión de la transmisión automática de la posesión *ope legis*, viene a colocar al heredero en situación de actuar sus efectos, lo que en definitiva es lo mismo; así dice: "El llamado a la herencia puede ejercitar las acciones posesorias en tutela de los bienes hereditarios sin necesidad de material aprehensión."

(49) Véase: BRUNELLI-ZAPPULLI, *Op. cit.*, pág. 391; GIANNATTASIO, *Op. y vol. cit.*, págs. 269 y ss.; BENETTINI, *Compendio di Diritto Civile, secondo il nuovo Codice*, II Milano, 1940, pág. 111; AZZARITI-MARTÍNEZ-AZZARITI, *Suc-*

francés, a pesar de que en él está organizado conforme a presupuestos diferentes el Derecho Sucesorio. Efectivamente, allí no existen otros herederos que los legítimos, de manera que los demás sucesores nombrados por el causante son meros legatarios, aunque éstos pueden ser universales o particulares, según sean favorecidos por legado universal (arts. 1.003 y ss.), a título universal (arts. 1.010 y ss.), o particular (arts. 1.014 y ss.). Conforme a esto cuando existe concurrencia entre legatarios y herederos legítimos, el legatario, aunque sea universal, no recibe la *saisine* de los bienes hereditarios; en otro caso, este legatario universal efectivamente la recibe, aunque existen otras excepciones. En cambio, los demás legatarios nunca reciben la *saisine* y habrán de pedirla a los herederos (50). En el Derecho alemán, en fin, no pueden existir interferencias en la cuestión que nos ocupa: de una parte, al heredero le corresponde la posesión de los bienes de la herencia (§ 857 BGB), y de otra, el legado aparece siempre configurado como un derecho de crédito en favor del legatario (particularmente §§ 2.174 y 2.176), de manera que no existe la posibilidad de conflictos que se plantean en el Derecho español, italiano o francés (51). Aspecto parecido ofrece también la regulación de otros códigos germánicos (austriaco y suizo) (52).

cesioni per causa di morte e donazioni, 3.^a ed., Padova, 1959, págs. 446 y ss.; GANGI, *La successione testamentaria nel vigente Diritto italiano*, II, 2.^a ed., Milano, 1952, págs. 129 y ss.

(50) Véase: RIPERT-BOULANGER, *Traité élémentaire de Droit civil*, de PLANIOL, III, París, 1951, págs. 710 y ss.; RIPERT-PLANIOL, *Tratado práctico de Derecho civil francés*, trad. cast., V, La Habana, 1935, págs. 696 y ss.; COLIN y CAPITANT, *Curso*, 1. cit.; AUBRY ET RAU, *Cours de Droit civil française*, 5.^a ed., XI, París, 1919, págs. 459 y ss.; BONNECASE, *Elementos de Derecho civil*, III, trad. cast., Puebla, 1946, págs. 362 y ss.; LAURENT, *Cours élémentaire de Droit civil*, II, Bruxelles-París, 1878, págs. 262 y ss.; TROPLONG, *Il Diritto civile spiegato delle donazioni tra vivi e de testamenti*, (Commentario del tit. II del lib. III del Codice civile, 1.^a ed., trad. ital., Palermo, 1856, II, págs. 337 y ss.)

(51) Véase: BINDER, *Derecho de Sucesiones*, trad. y notas de LACRUZ, cit., págs. 315 y ss.; KIPP, *Derecho de Sucesiones*, cit., 2, págs. 142 y ss.; COING-KIPP, *Erbrecht*, en *Lehrbuch des Bürg. Rechts de ENNECCERUS*, Tübingen, 1953, págs. 172 y ss.; DIETZ, *Erbrecht*, Bonn, 1949, págs. 231 y ss.; BOEHMER-LEHMANN-SEYBOLD, en *Kommentar zum BGB*, de STAUDINGER, 11.^a ed., V-1, Berlín, 1954, págs. 888 y ss.; PALANDT, *BGB*, Berlín, 19A55, págs. 1791 y ss., y 1801 y ss.; STROHAL-PLANCK, *Kommentar zum BGB*, 4.^a ed., V, Berlín und Leipzig, 1930, págs. 528 y ss.; PLANCK, *Kommentar zum BGB*, V, Berlín, 1902, páginas 325 y ss.

(52) En cambio, en los códigos prusiano y sajón, se conocía un tipo de legado con eficacia real. En derecho francés se discute esta eficacia, y en "derecho inglés, el testamento, sólo contiene legados y la designación de un ejecutor testamentario, los inmuebles pasan automáticamente a los legatarios; éstos reciben los muebles a través del ejecutor testamentario, que es sucesor universal del causante" (KIPP, *Ibid.*, J.

I I

- 1) *Prohibición al legatario de tomar por sí mismo la cosa legada. Interdicto "quod legatorum". Valor de la autorización al legatario hecha por el testador.*

Como hemos anticipado, al trazar las directrices del sistema, el legatario, ni aun en el supuesto del artículo 882 del C. c., puede tomar por sí mismo posesión de la cosa legada, la cual le debe ser entregada por el heredero, o el albacea si está autorizado para ello (art. 885), disciplina que como también puede deducirse de lo ya indicado, se ofrece en forma análoga en los Derechos francés e italiano.

Asimismo, si el legatario se hubiera aventurado a tomar la posesión por sí mismo, el heredero puede recuperarla por medio del interdicto. Este remedio posesorio, denominado en el Derecho romano, *quod legatorum* (D, 43, 31, 2), reviste en nuestro Derecho la forma del *interdicto de retener* o *recobrar*, presentándose como uno de los supuestos en que pueda darse, conforme a lo que se deduce del artículo 1.652 de la LEC., según el cual ha de acreditarse en la demanda: "hallarse el reclamante o su *causante* en la posesión o tenencia de la cosa" (53); lo que está de acuerdo, por otra parte, con la norma general contenida en el artículo 441 del C. c., al establecer que: "*en ningún caso puede adquirirse violentamente la posesión mientras exista un poseedor que se oponga a ello*", y naturalmente, de acuerdo también con la atribución al heredero de la posesión de los bienes de la herencia (art. 440 del C. c. (54).

Por otra parte, esta regulación tiene su adecuado reflejo en lo dispuesto en la Ley Hipotecaria respecto de la inscripción de los bienes inmuebles adquiridos a título de legado específico de cosa propia del testador (y supuestos asimilados: créditos o pensiones consignados sobre ellos, según el art. 47), los cuales no pueden ser inscritos hasta que no tenga lugar su entrega. Esto, que se deducía de la *Exposición de Motivos de la Ley Hipotecaria de 1861*, y de lo dispuesto en el artículo 47, moderno y antiguo de la Ley, por cuanto se autoriza por éste, y por el 42-7º, a que el legatario pida anotación preventiva de

(53) DE LOS MOZOS, *Tutela interdictal de la posesión*, págs. 206 y ss.; VALLET, *Apuntes de Derecho Sucesorio*, págs. 291 y ss.; MUCIUS SCAEVOVA, *Código civil*, XV, págs. 361 y ss., etc...

(54) Así la S. de 3 de junio de 1947, viene a recoger esta doctrina, anteriormente examinada diciendo que: "aunque el legatario tenga derecho al legado desde el momento de la muerte del testador, y aunque adquiriera desde ese mismo momento la propiedad de la cosa legada, cuando es específica determinada y propia del testador conforme al artículo 882 del C. c. le falta la posesión transmitida de derecho al heredero con arreglo al texto citado y de ahí el precepto del artículo 885 del mismo cuerpo legal, según cuyos términos "el legatario no puede ocupar por su propia autoridad la cosa legada, sino que debe pedir su entrega y posesión al heredero o al albacea, cuando éste se halle autorizado para darla".

su derecho hasta tanto no se verifique la entrega y que encontraba también fundamento en el artículo 20 de la Ley Hipotecaria de 1909 (55), en un plano más general, conforme a las propias directrices del sistema registral, ha encontrado al fin su expresión concreta en el artículo 83 del Reglamento Hipotecario, después de la Reforma de 1959, de todo lo cual nos ocuparemos oportunamente más adelante, según interese al objeto de nuestro estudio.

Ahora bien, este principio general, cuyo alcance no puede ser más claro y preciso, presenta algunas excepciones, y como además se plantea por la doctrina la posibilidad de otras, es preciso que nos detengamos en el análisis de esta problemática con algún cuidado, estableciendo para ello el estudio de los posibles supuestos, agrupados de la siguiente manera: naturaleza que presente el legado en relación con la institución de heredero, situación especial en que pueden encontrarse los bienes legados o que no haya herederos o albaceas.

De todos ellos nos ocuparemos en los epígrafes siguientes para hacerlo aquí del supuesto más general y que más directamente se opone al principio formulado, consistente en la *autorización expresa del testador en favor del legatario*, para que éste por sí mismo tome posesión de la cosa legada.

Este supuesto es de reconocer, ha tenido en todo tiempo sus partidarios, en la doctrina, y hasta en la jurisprudencia la Sentencia de 26 de octubre de 1928, y recientemente la opinión de VALLET DE GORTISOLO. Frente a esto, vamos a tratar de demostrar que no existe razón alguna para admitir esta excepción.

La *Sentencia de 26 de octubre de 1928* plantea la cuestión llevándola a la voluntad del testador, entendida como ley de la sucesión, lo cual es verdaderamente cierto, dentro de sus propios límites, pero no más allá de ellos; de manera que esa voluntad pueda suplantarse a las normas ordenadoras de nuestro sistema sucesorio, lo cual responde a un principio interpretativo incontrovertible dentro de este campo. No obstante, esta sentencia, que hasta el presente se encuentra aislada, indica, efectivamente, y aludiendo a unos vagos preceptos del Código, que lo son tal por no tener aplicación al caso que "la voluntad" del testador válidamente expresada es la ley obligatoria para todas las personas que del testamento derivan sus derechos y en virtud de la disposición de aquél de que los legatarios se apoderen por sí de los bienes que les lega es de inexcusable obser-

(55) "Para inscribir o anotar los documentos en virtud de los que se transfiera o grave el dominio o posesión de bienes inmuebles o derechos reales, deberá constar previamente inscrito o anotado el derecho de la persona que otorgue, o en cuyo nombre se haga la transmisión o gravamen" (párrafo primero). Lo que debe entenderse en relación con lo dispuesto en el artículo 885 del C. c. y teniendo en cuenta que no se halla comprendido este supuesto entre las excepciones que a la regla general transcrita establece el propio citado artículo 20 de la LII. Posteriormente, como es sabido, esa referencia a la *posesión* es eliminada.

vancia para los herederos, así como la prohibición a éstos de oponerse al ejercicio de dicha facultad otorgada a los legatarios..., el artículo 885, no puede cohartar al testador para la autorización supradicha y sólo es aplicable en el caso de que éste no haya usado de su libre facultad". En contra de esta sentencia, se muestra la doctrina, que con profundidad y acierto desarrolla la Resolución de la Dirección General de los Registros de 19 de mayo de 1947, a la que seguidamente aludiremos.

También es partidario de este régimen de excepción para el supuesto contemplado, entre los autores de nuestra más reciente doctrina, VALLET quien se expresa con el siguiente argumento, a nuestro juicio contradictorio: "En estos supuestos —pregunta— ¿se entenderá que el testador ha desviado la sucesión posesoria, admitida a favor del heredero —en el artículo 440— haciéndola desembocar en el legatario autorizado para ocupar la cosa por sí mismo? A nuestro juicio —contesta— ha de entenderse así. El artículo 440 consagra una *successio in possessionem*, en sustitución de la clásica *successio in usucapionem*. El testador no puede impedirlo, porque se determina por la ley como consecuencia consustancial del fenómeno sucesorio. Pero ningún inconveniente existe en que pueda desviar esa sucesión señalando un destinatario distinto de los herederos, que podrá ser un albacea, el comisario, los contadores partidores o algún legatario. La posesión se transmite *ipso iure* con la muerte del causante. No cabe dejarla interrumpida habiendo personas designadas testamentariamente para hacerla efectiva". Añadiendo, por último: "Subrayemos, por tanto, que no es característica esencial de la naturaleza del legado la entrega de su posesión por el heredero al legatario", extendiéndose en la consideración de que hay supuestos en los que el legatario puede ocupar por sí mismo la cosa legada, como en el supuesto del legatario *de facto* por haber sido instituido heredero *ex re certa*, o en el del *legado pro legitima*, o en otros análogos de diversa índole, como cuando no existieran herederos o albaceas que realicen la entrega; casos que acumula al que nos estamos refiriendo (56).

A esta argumentación, tan hábilmente planteada por este ilustre investigador, tenemos que objetar lo siguiente: 1.º) No se puede argumentar uniendo unos y otros supuestos de los indicados, ya que sin la adecuada diagnosis metodológica, la perspectiva resultante tiene que ser necesariamente equivocada, o cuando menos confusa; por esto hemos indicado el estudio de cada uno de esos supuestos agrupándoles en tres apartados distintos, porque en cada uno de ellos será distinto el criterio que ha de aplicarse, y así efectivamente no cabe involucrar el supuesto de autorización del testador al legatario con aquellos otros en que el legado, como forma de disposición testamentaria, cumple función práctica compleja o específica, y menos aún con los

(56) *Apuntes de Derecho Sucesorio*, págs. 294 y 295, texto y notas.

supuestos que aquí tienen el tratamiento de excepcionales, en que no existan herederos o albaceas que realicen la entrega; aun cuando en estos casos, por otra parte, la disciplina particular que les rige en nada apoya la tesis combatida, salvo excepciones muy contadas (que por serlo ofrecen una fundamentación que nada tiene que ver para lo que aquí se debate). 2.º) No se puede aceptar como fundamento la transmisión de la posesión *ope legis* en favor del heredero, por vía de la sucesión del causante, la que se halla establecida con criterio de generalidad, sin admisión de derogación particular alguna, y extender que el testador *puede desviar* esa sucesión, ya que no existe ninguna razón para ello, aparte de que lo que es obra de la ley no puede quedar al arbitrio de los particulares, total ni parcialmente, aun cuando de ordenar su sucesión testamentaria se trate, pues por la misma razón podrían admitirse, en contrario, otras derogaciones de la autonomía privada al imperio de la ley dentro del sistema sucesorio; cuando, por otra parte, por razón de su misma materia la norma del artículo 440 del C. c. es de tal naturaleza que no puede dejarse al arbitrio privado. 3.º) Si no se involucran cuestiones que nada tienen que ver con la aquí estrictamente planteada, como hace el prestigioso autor citado, aparece con toda claridad la necesaria entrega del legado por el heredero, lo cual responde, no sólo a normas concretas de derecho positivo que no pueden olvidarse (art. 885 del C. c.), sino también a la aplicación concreta de normas más generales (art. 440 del C. c.) y, sobre todo, al indudable reconocimiento del honor y de la función del heredero, que tiene su precedente en nuestro Derecho histórico y en el proceso de maduración que alcanza el Derecho romano en época justinianea, como anteriormente hemos indicado.

Abundando en argumentos análogos, la resolución citada de 19 de mayo de 1947, recuerda que: "El artículo 882 del C. c. según el cual se transmite al legatario la propiedad del legado de cosa específica y determinada propia del testador desde que éste muere, es necesario ponerlo en relación con el 885 del mismo Cuerpo legal, que sin distinción alguna respecto de las diversas clases de legados prohíbe al legatario ocupar por su propia autoridad la cosa legada, cuya entrega y posesión deberá pedir al heredero o al albacea cuando éste se halle autorizado para darla, doctrina que se inspira en el precedente del Derecho romano consignado en el D., 43, 3, 1, 2." Pero, por otra parte, esta resolución aporta otro argumento que viene a comprobar la doctrina indicada, así dice, que: "La Exposición de Motivos de nuestra primitiva Ley Hipotecaria, que por su luminosa doctrina y el acierto que preside su redacción constituye el más valioso elemento interpretativo de nuestro ordenamiento inmobiliario, al tratar de la materia de anotaciones preventivas y referirse a la de legados consigna que " cuando la cosa legada es determinada e inmueble con arreglo a los principios del Derecho la propiedad pasa al legatario

desde el momento en que expire el testador; el heredero es el que tiene que entregar, pero sin que por ello pueda decirse que ni un solo momento ha estado la cosa en su dominio”, y agrega: “que mientras llegue el caso de que la tradición se verifique justo es, por lo menos, que tenga derecho el dueño a impedir que la cosa se enajene a un tercero, que por tener inscrito su derecho y ser el adquirente de buena fe pueda después defenderse con éxito en la reivindicación”; y estas palabras demuestran que la tradición de la cosa legada compete a los herederos” (57). Y por si ello fuera poco, la misma resolución citada, alude a supuestos distintos del planteado en el presente caso, pero distinguiendo donde VALLET implica, y así expresa que si “la resolución de 30 de diciembre de 1916, alegada por ambas partes (58), decidió un caso en que toda la herencia se había distribuido en le-

(57) Véase, *Exposición de Motivos de la Ley Hipotecaria de 1861*, en *Ley Hipotecaria reformada*, edición oficial, Madrid, 1870, págs. XLII y ss. Nótese que cuando la exposición y resolución citadas hablan de tradición, emplean este término en sentido vulgar, equivalente a entrega, pero no en el sentido técnico de “modo” de adquirir, ya que se trata, no de la adquisición de la propiedad, sino simplemente de la posesión.

(58) El supuesto de hecho de esta resolución viene acogido en uno de sus considerandos: “Presentada a inscripción en el Registro de la Propiedad una escritura de aceptación de legado de cosa específica y adjudicación de ésta al legatario, con los antecedentes que se desprenden de la nota denegatoria y de los considerandos que siguen, se denegó la inscripción por el Registrador en los términos siguientes: “No admitida la inscripción del precedente documento por el defecto no subsanable que impide tomar anotación preventiva, aunque se solicitara, de otorgarse de aceptación y adjudicación de la cosa legada por la propia legataria, representada por D. I. J. C., siendo así que por imperativo del artículo 885 del C. c. el legatario no puede ocupar por su propia autoridad la cosa legada, sino que debe pedir su entrega y posesión al heredero o al albacea cuando éste se halle autorizado para darla, y resultando del testamento del causante que éste no designó albaceas ni contadores partidores, con facultad de entregar legados, y que instituyó herederos por terceras partes a las personas que en él se designan, son tales herederos los que han de verificar la entrega y otorgar la correspondiente escritura para que pueda ser inscrita la cosa legada en el Registro, sin que a esta exigencia se oponga la consideración de que los legados de cosa específica y determinada propia del testador el legatario adquiere su propiedad desde que aquél muere, porque hay que relacionar el artículo 882 del C. c. que así lo establece, con el requisito formal exigido por el 885, antes citado, aparte de que una cosa es la adquisición civil de un derecho real y otra su consumación por la tradición y los requisitos formales de la entrega para que tal derecho tenga acceso al Registro, criterio que confirma la Ley Hipotecaria al establecer en su artículo 42-7, el derecho de pedir anotación preventiva al legatario, que no tenga derecho, según las leyes, a promover el juicio de testamentaria, no sólo tratándose de legados de género o cantidad, sino como determina el artículo 47, también el legatario de bienes inmuebles determinados, anotación que sería innecesaria si el legatario de una finca pudiera inscribirla sin necesitar que se la entregaren los herederos del testador. “Contra esta calificación del Registrador se interpuso por el Notario autorizante de la escritura recurso gubernativo, que terminó declarando la Dirección General que la escritura no se hallaba extendida con arreglo a las formalidades y prescripciones legales.”

gados y la inexistencia de herederos, cuyo lugar ocuparon los legatarios, para la liquidación del patrimonio, permitió un criterio tolerante, "no puede llegarse a la misma solución en el presente caso por no constar la renuncia de todos los herederos". Concluyendo con señalar la resolución que comentamos, el motivo que guía al legislador a establecer esta disciplina, el cual aparece congruente con la función del heredero en esta materia y sirve de garantía a la tutela de sus intereses, como anteriormente hemos apuntado y que hay que encontrar en el posible perjuicio a las legítimas, en lo que también parece mostrarse de acuerdo implícitamente la Exposición de Motivos de la Ley Hipotecaria de 1861 (59).

Por otra parte, VALLET, en su argumentación, cita únicamente en su apoyo a MORELL y ROCA SASTRE (60), pero hay que advertir que siguiendo VALLET esa táctica de implicar con el tema planteado, otros que en apariencia parece que se hallan en conexión con él, resulta que de estos autores el primero no se refiere sino a supuestos excepcionales, en los cuales mediante la concurrencia de otras causas puede darse la adquisición posesoria del legado sin intervención del heredero, o cuando menos, puede ésta hacerse cuestionable, lo cual es bien distinto y de muy diferente trascendencia. Así MORELL se expresa en los siguientes términos: "En casos excepcionales en que no haya herederos ni albaceas a quien reclamar, si nadie posee los bienes en concepto de dueño, podría inscribirse el legado y pedirse la posesión judicial por los trámites marcados en los artículos 2.056 al 2.060 de la LEC. y con arreglo al 41 de la LFL., o por medio del interdicto de adquirir, si concurren los requisitos que aquella Ley exige para este juicio." Cuando, por otra parte, respecto al tema concreto que nos ocupa, se manifiesta, como no podía por menos, de la siguiente forma: "Para la inscripción del legado de una determinada finca, aunque el legatario ha de estimarse dueño de ella desde la muerte del testador, no basta la presentación del testamento y partida de defunción del causante y certificado del Registro de Actos de Última Voluntad, como parecería natural y lógico, sino que ha de exigirse escritura de entrega del legado por quien corresponda, con arreglo a los preceptos de la Ley Hipotecaria y al artículo 885 del C. c. Esta era en esencia la misma doctrina admitida por la Dirección General de los Registros en sus RR. de 4 de marzo de 1867, 4 de febrero de 1880, 7 de septiembre de 1881, 3 de noviembre de 1887 y 12 de octubre de 1905." (61). ROCA SASTRE, en cambio,

(59) También MORELL, *Comentario a la Ley Hipotecaria*, 2.^a ed. III, Madrid, 1928; pág. 140.

(60) *Apuntes de Derecho Sucesorio*, pág. 294.

(61) *Comentarios*, III, págs. 140--41. No obstante, es de indicar en contra la Resolución de 21 de diciembre de 1868, la cual según GALINDO y ESCOSTURA, *Comentarios a la Legislación Hipotecaria de España y Ultramar*, 2.^a ed., II, Madrid, 1890, pág. 657, "declara por el contrario, que tratándose de legados específicos de inmuebles, como el dominio lo adquiere el legatario desde la

acepta la tesis de VALLET, admitiendo este supuesto, al amparo de la Sentencia de 26 de octubre de 1928, como una excepción al principio general que establece la necesidad de la entrega de la posesión por el heredero (62). Pero esto no ha de extrañarnos en este autor, ya que tratando de fundamentar esta disciplina en exclusivas implicaciones romanas, niega la *posesión civilísima*; olvidando, por otra parte, lo que en términos generales reconoce, y sin que haya razón de peso para distinguir en este caso, ya que toda esta normativa viene confirmada por el régimen hipotecario al establecer el artículo 47 de la L.H. que: "El legatario de bienes inmuebles, determinados, o de créditos o pensiones consignados sobre ellos, podrá pedir en cualquier tiempo anotación preventiva de su derecho." Lo que no tendría sentido, si no fuera precisa la entrega de la posesión por el heredero o el albacea autorizado para ello, ya que si pudiera inscribir por sí solo el legatario la cosa legada, era inútil esta anotación preventiva (63). Además, hemos de tener en cuenta que aquellas implicaciones romanas a las que ROCA SASTRE quiere atenerse, nos vienen a poner por el camino de sus propias fuentes, en la pista de lo contrario (especialmente, D. 43, 3, 1), pues como indica BIONDI, al confundirse las diversas formas de legados en la época justiniana pierden interés las autorizaciones del testador para tomar posesión el legatario de la cosa legada, ya que precisamente con el *interdictum quod legatorum* se trató de eludir tales formas de toma de posesión (64).

Por otra parte, en la doctrina moderna, nada hemos encontrado que autorice (65) otra interpretación, en el presente caso, que la opinión que defendemos frente a la contraria, sustentada por ROCA y por VALLET, como no sean vaguedades e imprecisiones en relación con un planteamiento más general del tema, que anteriormente hemos denunciado, pero de las que no siempre se puede sacar conclusión alguna en este punto (66). Por lo que, respecta a la doctrina antigua, nos hallamos en el mismo caso, aunque haya que confesar el silencio de los autores en relación con esta concreta problemática, bien que tales principios puedan deducirse del establecimiento de otros más generales (67). Cuando además podemos encontrar un fiel reflejo del

muerte del testador, *no es necesaria la entrega de la cosa legada*, ni siquiera estar en posesión material de ella". Si bien estos autores acogen la doctrina dominante, *Ibid.*, pág. cit.

(62) *Derecho Hipotecario*, 5.ª ed., II, Barcelona, 1954, pág. 610.

(63) Criterio éste que viene confirmado por las R.R. de 12 de noviembre de 1927 y las ya citadas de 19 de mayo de 1947 y 19 de septiembre de 1952.

(64) *Sucesión testamentaria y donación*, págs. 382-384.

(65) Véase la bibliografía citada anteriormente.

(66) Nos referimos a las opiniones de DÍAZ CRUZ, a las expresiones inadecuadamente utilizadas por SÁNCHEZ ROMÁN y a alguna otra, no tan directamente aplicable al caso.

(67) Así FERNÁNDEZ ELÍAS, *Novísimo Tratado Histórico-filosófico del Derecho civil español*, Madrid, 1873; págs. 520 y ss.; GUTIÉRREZ, *Códigos o Estudios fundamentales sobre el Derecho civil español*, 3, Madrid, 1881, págs. 523 y ss.; VISO, *Lecciones elementales de historia y de Derecho civil*, II, Madrid,

estado de la doctrina en la época de la codificación en la *Exposición de Motivos de la Ley Hipotecaria de 1861*, como ya hemos indicado (68).

No quita, en cambio, el que podamos encontrar entre las fuentes romanas algún texto en el que se contenga una autorización al legatario para tomar posesión directamente de la cosa legada (MODESTINO, D, 31, único, 34, 1 y ss.), pues ello no desnaturaliza el carácter de las reformas que en las últimas fases de desarrollo del Derecho romano tienen lugar. Ni tampoco el que en la *Glosa* se encuentre de ello constancia (69), porque además hay que tener en cuenta que junto a la autorización del testador se implica con ello, en el texto citado, la especial condición de la legataria, hija de aquél y por tanto legítima; implicación de la que se encuentra, también, la correspondiente salvedad en la glosa correspondiente, habida cuenta del régimen especial que para tal supuesto establecen las fuentes romanas (D, 43, 3, 1, 4 y 6) (70).

Pero, sobre todo, en estos casos, por medio de la *praeceptio* se trata de una verdadera institución de heredero, que reviste la forma de legado, dada la repugnancia que inspiraba a los romanos que la herencia pudiera versar sobre cosas concretas (71). Sobre esta base,

1879, pág. 398; GÓMEZ DE LA SERNA y MONTALBÁN, *Elementos de Derecho civil y penal de España*, II, Madrid, 1877, págs. 59 y ss.; MORATO, *El Derecho civil español*, etc., II, Valladolid, 1868, págs. 165 y ss.; SALA, *Ilustración del Derecho Real de España*, I, Valencia, 1803, págs. 193 y ss. En forma más decidida GARCÍA GOYENA, *Concordancias, motivos y comentarios del C. c. español*, II, Madrid, 1852, pág. 140, y BOFARULL, *El C. civil español*, etc., Madrid, 1888, II, pág. 276.

(68) Ha de añadirse también lo que representa la redacción del antiguo artículo 20 de la LH de 1909, como ya hemos indicado.

(69) VALLET, Op. cit., pág. 286, alude a este extremo, citando a GODOFREDO, en la *glosa* al texto citado y refiriéndose a ANTONIO GÓMEZ, quien da la posibilidad advertida en el texto, como opinión común de los doctores.

(70) Efectivamente, bien es cierto que GODOFREDO en su glosa al D, 31, 1, 34, 1, dice: "*testator legatario ius conferre potest legari non ab herede, sed per se hoc est semetipso capiendi*", pero hay que fijarse en que, por una parte, la misma glosa añade, seguidamente que esta posibilidad se halla restringida por el *interdictum quod legatorum*, ocupándose después de otros supuestos distintos en que tampoco actúa el principio a que responde este remedio posesorio (GODOFREDO, *Corpus iuris civiles*, I, ed. Lugduni, 1650, col. 1034); por otra parte, que el D, 31, 1, 34, 1, no se refiere a una general autorización al testador, sino que el supuesto que sirve de base a la respuesta de MODESTINO, es como sigue: "Lucio Ticio expresó así en su testamento: Salud a Octaviana Estratónica, mi hija querida: Quiero que ella por sí misma reciba la casa de campo de Gaza con todas sus pertenencias"; y todo lo cual, no nos extraña porque, como ya hemos advertido anteriormente, e indicamos en el texto, este supuesto constituye una excepción a la disciplina común, lo que aparece recogido en D, 43, 3, 1, 4 para el legado *per praeceptionem* y en D, 43, 3, 1, 6, para otros supuestos de legado a favor de un heredero, lo que naturalmente no pasa desapercibido a la glosa; pero fuera de estos casos, en ella misma, se reconoce que la disciplina a que aluden esos textos (el *quod legatorum*) presenta una aplicación universal: "*Hoc interdictum competit contra legatarium quencunque*" (GODOFREDO, Ad., D, 43, 3, 1, 6, Op. cit., I, col. 1.530).

ninguna autoridad añade el agregar a la opinión de la Glosa la de ANTONIO GÓMEZ, aunque se refiera a la *communis opinio* de los doctores, ya que se atiene a los términos indicados (72); tampoco hay que olvidar según el autorizado parecer de BUSSI, que, “la doctrina de los legados por lo que respecta a las relaciones con el fideicomiso y en relación con la mediatividad o inmediatividad del legado, no se puede decir que haya sido particularmente profundizada por el Derecho común”, sino por las escuelas posteriores, en particular CULACIO (73) y también DONELLO, de quienes DOMAT, pero sobre todo, POTHIER, derivan su doctrina, la cual se consagrará definitivamente en la codificación. Pareciendo por todos los indicios, que el silencio sobre este punto se explica como una consecuencia de seguir el fácil camino de hacer aplicaciones a un caso concreto de un principio general (74). El cual en nuestro Derecho histórico viene expresado en las Partidas (37.^a y 38.^a, tít. IX y 2.^a, tít. X de la P. 6.^a), encontrando a mayor

(71) BIONDI, *Sucesión testamentaria*, pág. 478. Hay que tener en cuenta además que cuando acudimos al Derecho romano en estas materias, nos encontramos con un Derecho en franca transformación, en el cual una serie de fórmulas técnicas son utilizadas para su adaptación a las sucesivas situaciones sociales, y así en una materia muy próxima a ésta nos encontramos con el *legado de herencia*, que tiene su antecedente en el *legatum partitionis* de la época clásica, que viene a ser la situación inversa de la indicada en el texto, es decir, cuando uno quiere atribuir parte de la herencia sin conferir al sucesor la condición de heredero, lo que para algunos tuvo por objeto eludir la prohibición de la *Lex Voconia* que impedía instituir herederos a las mujeres, cuando el patrimonio del testador fuera superior a cien mil *ases* (BIONDI, *Op. cit.*, págs. 453 y ss.). Por otra parte, si bien la legítima puede dejarse, ya en C, III, 28, 30 y Novela, 115, cap. V, en legados, donaciones, instituciones en cosa cierta, o en otra cualquier forma sucesoria, que no sea la institución de heredero en cambio, por el *honor* del título, el legitimario que no sea heredero no puede hacer valer sus derechos a la legítima contra el testamento con la acción de inoficiosidad o de suplemento de la legítima. Situación que continúa en el Derecho común y que recoge las Partidas 6, 8, 5. Una confirmación de lo que decimos hay que hallarla en D, 43, 3, 1, 6, a propósito de la aplicación o no del *quod legatorum*, mediante *praeceptio* o prelegado. Todo esto indica que en el Derecho antiguo, al ofrecerse una maduración incompleta de cada una de estas formas jurídicas, desde nuestra perspectiva, naturalmente, se mezclarán los diversos ingredientes en las instituciones, lo que hoy, lógicamente, conviene separar. A la función de la *praeceptio* en el Derecho romano, en relación con otras instituciones afines, ya hemos aludido anteriormente en otra ocasión: DE LOS MOZOS, *La partición de herencia por el propio testador*, RDN, 27, 1960, págs. 107 y ss. y allí bibliografía.

(72) Así entre otros supuestos que aquí no hacen al caso alude a la doctrina suscitada en torno al D, 31, 1, 34, 1, en sus *Variae resolutiones iuris civilis, communis et regii*, Lugduni, 1701, I-XII, 10, pág. 160.

(73) *La formazione dei dogmi di Diritto privato nel Diritto comune*, II, Padova, 1939, pág. 202.

(74) Y así CULACIO se ocupa únicamente de las excepciones al *interdictum quod legatorum*, en el supuesto de donación *mortis causa* y de ocupación de la cosa legada que se encuentre vacante: *Opera Juridica*, V, *Codex Iustinianus, Lintetia Parisinorum*, 1658, ad VIII, 3, 1, cols. 1171-1172; I, *Partilla, Ad*, D, 43, 3, col. 863; DONELLO, *Commentarii de iure civili*, ed. BUCHER, Norimbergae, 1822, V, págs. 195 y ss.; IX pág. 342; véanse las referencias anteriores de DOMAT y POTHIER.

abundamiento en la doctrina francesa e italiana antigua, en cuanto a la cuestión concreta examinada, nuevo apoyo, el cual tiene para nosotros interés indudable por la orientación que sigue la codificación; a todo esto, ha de añadirse, en fin, el testimonio del nuevo Código civil italiano. Así, en efecto, entre los autores franceses de la Escuela de la Exégesis domina la opinión de que el testador no tiene la facultad de relevar al legatario de que pida la entrega al heredero (75), así entre otros, DEMOLONDE (76) y AUBRY ET RAU (77), siguiendo a ZACHARIAE (78), aunque esta opinión no deje de tener contradictores. La misma situación se encuentra en la doctrina italiana antigua, siguiendo igualmente el criterio dominante, entre otros, PACIFICI-MAZZONI (79), y teniendo en contra a LOSANA (80); siendo de notar que, por existir un mayor equilibrio de fuerzas, el nuevo *Código civile*, en su artículo 649-3, ha cerrado definitivamente la discusión, estableciendo, que: "El legatario debe pedir al gravado con el legado la posesión de la cosa legada, aun cuando haya sido expresamente dispensado de ello por el testador" (81). Con todo lo cual creemos queda más que suficiente aclarado el alcance de este supuesto, en relación con el art. 885 de nuestro C. c., cuando, por otra parte, si nos fijamos en su misma relación hallaremos, lo que ya GARCÍA GOYENA, apuntó respecto del precedente del Proyecto de 1851, que era el art. 700; y BOFARULL, reiteró en relación con el mismo precepto citado, y es que la expresión utilizada para que el legatario tome posesión de la cosa, diciendo "que no puede ocuparla *por su propia autoridad*", tiene un valor y un significado preciso en el lenguaje jurídico, cuya tradición se remonta al Derecho romano (D. 50, 17, 176 pr.) y a las Partidas (10.^a, X, P. 7.^a) (82), como principio fundamental de Derecho que afecta al orden público.

2) Situaciones especiales provocadas por la naturaleza del legado en relación con la institución de heredero.

Existen algunos supuestos en que el heredero pierde esa función de entrega de los legados y entonces el legatario tiene por sí mismo el derecho a tomar posesión de la cosa legada, pero esto sucede no porque se establezca una derogación del principio general que rige la materia y en su virtud aparezcan determinadas excepciones, sino que en

(75) Téngase en cuenta las salvedades advertidas anteriormente sobre el sistema sucesorio francés, en este punto, y sus diferencias con el español e italiano.

(76) *Cours de Code civil*, París, 1876-1884, XII, pág. 622.

(77) *Cours*, cit., XI, pág. 462.

(78) *Droit civil française*, trad. fr., II, París, 1859-1860, § 717 texto y nota 3.

(79) *Instituzioni*, VI-2.^a, pág. 445.

(80) *Le successioni*, pág. 379.

(81) AZZARITI-MARTÍNEZ-AZZARITI, *Successioni*, pág. 446; BRUNELLI-ZAPU-LLI, *Il libro delle successioni*, pág. 391; GANGI, *La successione*, II, pág. 129; GIANNATTASIO, *Delle successioni*, pág. 269.

(82) GARCÍA GOYENA, *Concordancias*, II, pág. 140; BOFARULL, *Código civil*, página 276.

estos supuestos no ha lugar a la aplicación de tal principio por el hecho de que el legado no es propiamente tal, o que aún siéndolo no se ofrece con la pureza de líneas que en general le caracteriza en su distinción de la herencia.

Hay aquí, por tanto, que examinar a este respecto los siguientes supuestos: distribución de toda la herencia en legados, legado de "parte alícuota", sucesión en el usufructo de la herencia o de una cuota de la misma, institución *ex re certa*, legado pro legítima y prelegado; bien que se trata, como veremos, de supuestos ciertos que excluyen la aplicación del principio general indicado, o porque así lo ha entendido un sector de la doctrina y es preciso examinarles; o en fin, porque presentan aspectos semejantes con los anteriores.

a) *Distribución de toda la herencia en legados.*

Este supuesto es en el que aparece más claro un régimen de excepción, ya que el propio C. c. en su artículo 891, establece: "Si toda la herencia se distribuye en legados, se prorratearán las deudas y gravámenes de ella entre los legatarios a proporción de sus cuotas, a no ser que el testador hubiera dispuesto otra cosa", lo que es tanto como decir que en este caso no hay propiamente legados, aunque no haya tampoco sucesión universal, pues la responsabilidad de estos legatarios especiales es *intra vires hereditatis* (83), pero de todos modos, el fundamento parece lógico ya que al no haber herederos tales legatarios están autorizados para ocupar por sí mismos los bienes legados (84) y así lo reconoce la doctrina que se ha ocupado de este tema; y ya de antiguo la Resolución de la Dirección General de los Registros de 30 de diciembre 1916 (85), que viene confirmada por la anteriormente citada de 19 de mayo de 1947.

(83) OSSORIO MORALES, *Manual de Sucesión testada*, pág. 358; LACRUZ, *Derecho de Sucesiones*, págs. 96 y ss.; en contra VALLET, *Apuntes de Derecho Sucesorio*, pág. 298 y ss.

(84) ESPÍN, *Manual de Derecho civil*, V, pág. 222; OSSORIO MORALES, *Manual de Sucesión testada*, pág. 359; LACRUZ, *Derecho de Sucesiones*, pág. 98; VALLET, *Apuntes de Derecho Sucesorio*, pág. 295; ROCA SASTRE, *Derecho Hipotecario*, II, pág. 609; MAURANDI, *Distribución de toda la herencia en legados de cosa específica y determinada propia del testador*, en RGD, 1950, págs. 431 y siguientes.

(85) "Cualquiera que sea el alcance del art. 885 del C. c. al establecer que el legatario no debe ocupar por su propia autoridad la cosa legada, sino que debe pedir su entrega y posesión al heredero o albacea cuando éste se halla autorizado para darla, pueden concurrir en las sucesiones por causa de muerte tales circunstancias que, unidas al terminante precepto del art. 882 del C. c., permitan, cuando el legado es de cosa específica y determinada propia del testador, que el legatario, adquirente de la propiedad desde que aquél muere, tenga facultades para solicitar y obtener la inscripción de los inmuebles y derechos reales en el Registro. Uno de tales supuestos es el admitido por el art. 891, de que toda la herencia se distribuye en legados, puesto que al permitir una forma especial de sucesión hereditaria en la que se prorratean las deudas y gravámenes entre los legatarios y éstos ocupan el lugar de los herederos, transformando en cierta manera las formas de representación del causante en problemas de liquidación de

b) *Legado de parte alícuota.*

Aquí lo que verdaderamente se ha discutido, y muy ampliamente por cierto, ha sido la naturaleza del legado de parte alícuota, primero, en función de su admisión en nuestro sistema; después, tratando de dilucidarla, anteponiendo las diferencias entre legado e institución de heredero, y por último, considerándole como una simple *pars bonorum*, criterio que parece prevalece en la más reciente y autorizada doctrina; ahora bien, fuera de esto, que podía ser materia de una interesante monografía al objeto de nuestro estudio el problema se plantea de muy distinta manera, pues se trata únicamente de poner en relación el concepto más aceptable con ciertas normas complementarias de la disciplina del Código en relación con la adquisición de la posesión de los legados. No obstante, vamos a situar a esta cuestión brevemente para penetrar después en el examen y aplicación a este supuesto del problema que nos ocupa.

Al legado de parte alícuota, se refiere en primer lugar el C. c. en su artículo 655, equivocadamente, cuando tratando de quienes pueden pedir la reducción de las donaciones inoficiosas, señala a los legatarios de parte alícuota junto a los herederos forzosos, indicación superflua y evidentemente errónea, como se advierte de poner en relación este artículo con los demás del Código que aluden a esta especial disciplina (arts. 654, 636 y 817), lo que acertadamente ha puesto de relieve la doctrina (86).

patrimonio, hace innecesaria la intervención de los sucesores a título universal y absurda la exigencia de una declaración de herederos para el limitado fin de entregar las cosas relictas. Conexión esta última, de la que se ocupa, acertada y brillantemente LACRUZ, *Derecho de Sucesiones*, pág. 99.

(86) Especialmente OSSORIO MORALES, en *El legado de parte alícuota*, en *Estudios de Derecho privado*, Barcelona, 1942, págs. 123 y ss., sobre lo anteriormente indicado por MANRESA, *Comentarios*, V, pág. 194 (ed. 1921) y CLEMENTE DE DIEGO, *Instituciones*, II (ed. 1930), pág. 209, nota 1 (cits. por el anterior *Ibid.*, página 123, nota 15). El error del Código procede de haber copiado al pie de la letra a su modelo el art. 1.092 del C. c. italiano de 1865, quien a su vez había copiado el art. 921 del C. c. francés. Efectivamente, el art. 1.092 del C. c. italiano, establecía que podrán pedir la reducción de las donaciones *aquellos a cuyo favor la ley reserva la legítima u otra cuota de la sucesión*, esto se explica porque en aquel Derecho se comprenden las *reservas* propiamente dichas y otros derechos sucesorios, también de carácter necesario; pues bien, tal expresión legal al no ofrecer literalmente un equivalente en nuestro Derecho, hace que nuestro legislador traduzca *cuota* por *parte alícuota*, atribuyendo la facultad de pedir la reducción de donaciones a "aquellos que tengan derecho a legítima o a una parte alícuota de la herencia". Hay que disculpar, si cabe, a nuestro legislador, pues también el C. c. italiano al tomar el art. 1.092 del 921 del C. c. francés, incurre en manifiesto error, pues en su párrafo tercero añade: los donatarios, los legatarios y los acreedores del difunto no pueden pedir la reducción ni aprovecharse de ella", norma insuficiente e inútil (que se reitera en el párrafo tercero de nuestro art. 655), tomada al pie de la letra del inciso final del art. 921 del C. c. francés, donde tal enumeración tiene un alcance bien distinto y cobra verdadero sentido dentro de la unidad del precepto, ya que en el Derecho francés, el concepto de *legado* se refiere, como sabemos, a todos

No obstante, entre los partidarios del legado de parte alicuota, en la doctrina más antigua posterior al C. c. se ha visto en esta alusión legal un reconocimiento de tal categoría de legado (87). Pero la atención de la doctrina se agota en esa alusión y se dirige a otras normas legales ajenas al C. c. Se trata más que del artículo 1.038-3.º de la LEC, que considera legitimado “*a cualquiera de los legatarios de parte alicuota del caudal*” para promover el juicio de testamentaria y de otros preceptos que se dedican a reglamentar la intervención de dichos legatarios (arts. 1.039, 1.049, 1.055, etc. de la LEC), argumento que ha sido lógicamente invocado por los defensores de la admisión de este tipo de legado (88), con la natural objeción por parte de sus contradictores de su derogación por el C. c. (89), de otras normas de la Ley Hipotecaria, que dando por supuesto el régimen de la LEC, excluyen de la facultad de pedir anotación preventiva de su derecho “*al legatario que no tenga derecho según las leyes a promover el juicio de testamentaria*” (art. 42-7), que viene a ser por la indicación del artículo 1.038 de la LEC, el legatario que no lo sea de parte alicuota, lo que ha asimilado el legatario de parte alicuota al heredero en la opinión de varios hipotecaristas que han tomado como base la Exposición de Motivos de la Ley Hipotecaria de 1861 (90), criterio que parece confirmar el artículo 152 del Reglamento Hipotecario de 1947, al disponer que “*a los efectos de las anotaciones preventivas, reguladas por los artículos anteriores, los legatarios de parte alicuota se consideran asimilados en todo caso a los herederos*”. Referencia que para nosotros tiene mucha importancia dado el paralelismo existente que hasta ahora hemos venido notando entre la disciplina de la adquisición de la posesión del legado y su reflejo registral cuando se trate de bienes inmuebles, ha-

los llamados por testamento. Nuestro legislador no sólo transcribió en el párrafo primero del art. 655 la extensión a los *que tengan derecho a una parte alicuota de la herencia*, en relación con la facultad de pedir la reducción de donaciones inoficiosas, sino que en el párrafo tercero del mismo, congruentemente con tal incongruencia excluyó de la enumeración de los que no tienen tal facultad a los *legatarios de parte alicuota* (OSSORIO MORALES, op. cit., págs. 125 y ss.).

(87) Así, TRAVIESAS, *Legados*, en RDP, 1931, pág. 101; SÁNCHEZ ROMÁN, *Estudios*, VI-2, pág. 1.298, aunque se reconozca o no se tenga en cuenta, naturalmente, lo incorrecto de la implicación en la que tal expresión es situada a efectos de deducir de ella alguna consecuencia que pueda redundar en su calificación jurídica.

(88) Así, SÁNCHEZ ROMÁN y TRAVIESAS, *Ibid.*

(89) Lo que tiene que reconocer el propio TRAVIESAS, *Op. cit.*, en RDP, 1931, pág. 101; en particular, sobre esto, OSSORIO MORALES, *Op. cit.*, en *Estudios*, páginas 122 y ss.

(90) Decía textualmente, que el legatario de parte alicuota, “*más que legatario puede considerarse como heredero; su condición es parecida, en muchos casos, a la de éste*”. Entre estos autores: MORELL Y FERRY, *Comentarios*, III, página 137; GALINDO Y ESCOSURA, *Comentarios*, II, págs. 648 y ss. BERAUD Y LEZÓN, *Tratado de Derecho inmobiliario*, I, Madrid, 1927, pág. 527; CAMPUZANO, *Principios generales de Derecho inmobiliario y legislación hipotecaria*, Madrid, 1925, pág. 570.

biendo observado perfecto acuerdo en el legado de cosa específica y determinada propia del testador como supuesto típico de esta implicación, por ello, necesariamente más adelante hemos de volver sobre este punto. Por el momento hemos de indicar que a la postura que dan por supuesta estos hipotecaristas en relación con *el legado de parte alicuota*, de considerarle como una situación similar a la institución de heredero, que parece viene confirmada por las SS. de 16 de octubre de 1940 y 11 de enero de 1950 (91), se viene a agregar, de hecho, la de los que niegan el legado de parte alicuota como verdadero legado por hacer aplicación del criterio *objetivo* en orden a la distinción entre *herencia* y *legado* (92), y aunque esta concepción parece más acomodada al tema objeto de nuestro estudio, pues de aceptarla, se derivaría de ella misma fácilmente la conclusión de que el legatario de cuota a semejanza del heredero recibía directamente la posesión de los bienes legados. Pero esto (y aún así y todo planteado sería discutible) no nos lleva a escoger un camino fácil, pero engañoso, y tampoco a renunciar por ello, haciendo como en otras cuestiones es preciso, síntesis de los criterios *objetivo* y *subjetivo* en orden a aquella distinción, al verdadero concepto de legado de parte alicuota, que a través de sucesivas etapas y teniendo presentes los precedentes de nuestro Derecho histórico ha conquistado la doctrina. Primero, llegando a entender que el legado de parte alicuota, sólo concede a su titular un *derecho de crédito*, dirigido a

(91) La doctrina de estas sentencias viene extractada de la siguiente manera por VALLET: "1.ª) Sólo el heredero es "continuador de la personalidad de causante", característica que falta en el legado de parte alicuota. 2.ª) Ambos tienen por nota común "ser sucesores a título de atribución de bienes indeterminadamente", y esta nota común se traduce singularmente en que a la muerte del causante el legatario, como el heredero, adquiere un derecho abstracto que es preciso concretar o determinar mediante la partición, para poder fijar matemáticamente el contenido económico de la herencia y del legado, previa deducción de cargas y gravámenes, quedando equiparados en este aspecto por idéntico interés el heredero y el legatario de parte alicuota". 3.ª) El legatario parciario "adquiere, por la propia naturaleza de la institución, una condición asimilable a la del heredero a beneficio de inventario". Y así, estando "supeditado como el heredero a liquidación del caudal hereditario, habrá de participar en ellas (en las deudas) proporcionalmente a su cuota hasta el límite del haber líquido y no más" (*Apuntes de Derecho Sucesorio*, págs. 265-266). Pero con anterioridad y posterioridad a estas sentencias la jurisprudencia ha sido vacilante; para una exposición muy completa: PUIG BRUTAU, *Fundamentos*, V-1, págs. 86 y ss.; también CASTÁN, *Derecho civil*, VI-1 (1960), págs. 79 y ss., y LACRUZ, *Derecho de Sucesiones*, págs. 90-91, nota 5.

(92) FERRARA, *Estudio sobre la sucesión a título universal y particular, con especial aplicación a la legislación española*, RDP, 1923, págs. 322 y ss.; DE BUEN, *Notas a COLIN y CAPITANT, Curso VIII*, pág. 285; BONET RAMÓN, *Comentario a la Sentencia de 16 de octubre de 1940*, en RDP, 1941, pág. 40 y ss.; OSSORIO MORALES, *Op. y l. cit.*, y *Manual de Sucesión testada*, págs. 401-403; recientemente, OLAVARRÍA, *Op. cit.*, en RDP, 1953, pág. 397 y ss., y DÍAZ CRUZ, *Legados*, págs. 485 y ss.; en general, DE DIEGO, *Instituciones*, III, págs. 16 y ss. y puede considerarse incluido también en este grupo a CASTÁN, *Derecho civil*, VI-1, págs. 79 y ss.

obtener *in natura* una *pars bonorum*, de manera que el legatario es simple acreedor de cuota, pero no cotitular de los bienes (93); después, considerando que el legatario parciario sucede en una *cuota del activo líquido* de la que es *cotitular*; su participación no es *pars hereditatis*, sino *pars bonorum* del activo líquido, por eso, las deudas sólo le *afectan* como susceptibles de reducir el activo, pero no con otro alcance, que es hoy la doctrina que podemos considerar más en boga (94). precisando su concepto, aunque con una base bien amplia, el profesor LACRUZ decidiéndose por su admisión, congruentemente con el criterio *subjetivo* que adopta, dice, que si bien el testador puede llamar como legatario a cualquiera en una parte alícuota de la herencia, “lo que no podría hacer es llamar como legatario a una persona a la totalidad o una parte de su herencia, entendiendo como tal el conjunto del activo y del pasivo, es decir, en todas sus relaciones jurídicas transmisibles *mortis causa*, pues en tal caso por su propio llamamiento desvirtuaría la palabra *legar*, empleada por él, por cuanto configuraría, en el llamado la posición del heredero (95). Fuera de esto, es perfectamente admisible el legado de parte alícuota, sea de un valor de la herencia, o del remanente de los bienes después de pagar las deudas, o de la totalidad o una cuota de los cuerpos hereditarios, pues en todo caso se hace aquí un llamamiento a título singular” (96). Admitiendo, como claramente puede deducirse, las líneas generales de las dos formas que luego desarrolla en esa variada tipología de supuestos (de valor puro, de remanente, de activo de la herencia) en que la doctrina ha entendido admisible el legado de parte alícuota, o mejor dicho, que con ellas viene a coincidir, solución que nos parece la más acertada, siempre abierta a la necesaria vía interpretativa de la voluntad del testador; y doblemente aun, al dar por supuesto, cuando de tal interpretación así resulte que puede suponer institución de heredero, lo que por otra parte, se establece en la norma interpretativa del art. 668 del C. c.; y en este sentido lo ha resuelto recientemente la Sentencia de 30 de junio

(93) V.: VALLET, *Apuntes de Derecho Sucesorio*, págs. 264-265; siguen esta doctrina SÁNCHEZ ROMÁN, *Estudios*, VI-2, pág. 1298; VALVERDE, *Tratado*, V, página 326-327; GAYOSO, *Nociones de legislación hipotecaria*, II, Madrid, 1918, páginas 330 y ss.; TRAVIESAS, *Op. cit.* en RDP, 1931, págs. 101 y ss.; ROAN, *Texto refundido de la Ley Hipotecaria*, en RDP, 1946, págs. 746 y ss., y ROYO MARTÍNEZ, *Derecho Sucesorio “mortis causa”*, Sevilla, 1951, pág. 138, acentuándose en estos dos últimos el criterio *subjetivo*, en el primero de ellos, utilizando un argumento “a contrario” del art. 768, entendido como simple presunción de voluntad; en el segundo, basándose en la intención del testador al establecer que *lega* y no que instituye heredero.

(94) V.: VALLET, *Op. cit.*, págs. 269 y ss.; siguen esta doctrina: ALGUER, *Ensayos varios sobre temas fundamentales de Derecho civil*, en RJC, 1931, páginas 142 y ss.; ROCA SASTRE, *El legado de parte alícuota*, en *Estudios de Derecho privado*, II, Madrid, 1945, págs. 189 y ss.; VALLET, *Op. y l. cit.*; PUIG BRUTAU, *Fundamentos*, V-1, págs. 97 y ss.; COSSTO-GULLÓN, en *Notas a CLEMENTE DE DIEGO, Instituciones*, III, págs. 513 y otros.

(95) Limite impuesto por el criterio *objetivo*, según nos parece.

(96) *Derecho de Sucesiones*, págs. 89-90.

de 1956, según la cual si falta en el testamento la expresión formal de asignar el carácter de universalidad al sucesor “estaremos en presencia de un legado, que, si estriba en una cuota, será el legado de parte alícuota, de tradición en nuestro Derecho “aunque hay que reconocer que en otras ocasiones la jurisprudencia ha seguido un criterio vacilante” (97).

A la vista de estas breves conclusiones podemos establecer, en relación con el tema de la adquisición de la posesión del legado los siguientes supuestos:

1.º) Si no se trata propiamente de legado de parte alícuota, según se deduzca de la interpretación del llamamiento, y sí de institución de heredero, no se planteará ningún problema, pues los así instituidos recibirán la *posesión civilísima* en unión de los demás herederos.

2.º) Si consideramos se ha constituido en el testamento un legado de parte alícuota que hace al legatario únicamente acreedor de la cuota, pero no cotitular de los bienes, entonces, nos encontraremos en la misma situación que respecto a este punto ofrecen todos los legados que no sean de cosa específica y determinada propia del testador, y es que, como el legatario no adquiere por la apertura de la sucesión más que un *derecho de crédito* la adquisición de la posesión es contingente del pago del legado propiamente dicho (98).

3.º) Por último, en el supuesto de que consideremos que el legatario de cuota sucede en una *pars bonorum*, como esta se refiere al activo, aunque de ella sea cotitular, no lo es de la herencia y por ello no recibe, lo mismo que en el supuesto anterior, la *posesión civilísima*, en concurrencia con los herederos; sí en cambio recibe, a diferencia de aquél, la copropiedad de tales bienes, por lo que puede intervenir en las operaciones particionales, aunque no en todas ellas, que corresponden al heredero de no haber comisario, contador o albacea autorizado; existiendo en este caso, por otra parte, una proporción o equivalencia como mucho, con lo que sucede en el legado específico, que confiere la propiedad al legatario, pero debe pedir la posesión (99).

Las diferencias que señala el régimen de la L.H., en sus artículos 42-7 y 47, que comprenden como precedente el art. 1.038 de la LEC., al disponer que tiene facultad de pedir anotación preventiva “el legatario que no tenga derecho, según las leyes, a promover el juicio de testamentaria”, contraponiendo el legado específico con el de parte alícuota, no pueden lícitamente trasplantarse de su propio campo para obtener con ello consecuencias a él ajenas, como sería la de entender,

(97) Véanse las referencias anteriormente indicadas.

(98) Se muestran de acuerdo con este criterio: VALVERVE, *Tratado*, V, páginas 326-327; MANRESA, *Comentarios*, VI, pág. 655; GAYOSO, *Op. cit.*, II, página 331; también ROAN, *Op. cit.* en RPD, 1946, pág. 748, aunque no utilizando todos expresamente el mismo fundamento indicado en el texto.

(99) De acuerdo VALLET, *Apuntes de Derecho Sucesorio*, págs. 276-277; PUIG BRUTAU, *Fundamentos*, V-1, págs. 102-103; en contra: ROCA SASTRE, *Estudios*, II, pág. 197; *Derecho Hipotecario*, II, págs. 609 y ss., no alude a este supuesto; LACRUZ, *Derecho de Sucesiones*, pág. 92.

que en el primer caso se ofrece tal garantía de aseguramiento de los derechos del legatario, en congruencia a no beneficiarse éste de la posesión civilísima, mientras que el segundo sí. Pero este argumento, elemental y especioso, no resiste el más ligero análisis, sobre todo si tenemos en cuenta que el art. 1.038 de la LEC., al que se remite sin nombrarle la L.H., considera parte legítima para promover el juicio de testamentaría no sólo a los herederos al cónyuge, y a los legatarios de parte alicuota, sino también “a cualquier acreedor siempre que presente título escrito que justifique cumplidamente su crédito”. Por otra parte, aunque como ya vimos un grupo de hipotecaristas considerara al legatario de parte alicuota como asimilado al heredero, lo que ha venido a reiterar el art. 152 del Reglamento Hipotecario, hay que entender esta asimilación como limitada y no absoluta, lo que el propio texto del art. 152 citado, viene claramente a ofrecer, cuando la refiere “a los efectos de las anotaciones preventivas” (100).

No obstante esto, queda por determinar qué forma de aseguramiento hipotecario de sus derechos tiene el legatario de parte alicuota, porque si entendemos que únicamente se le confiere un mero crédito contra la herencia lo lógico sería implicarle en la anotación preventida de valor que establece el art. 48 de la L.H., como a legatario de cantidad; ahora bien, como no se trata de un legado de cantidad, sino de cuota, que confiere un derecho indeterminado e indiviso, pero de naturaleza semejante al del heredero no podrá pedir la anotación preventiva que establece el art. 42-7 de la L.H., pero en cambio, podrá utilizar la que establece ese mismo art. 42-6, referida a: “Los herederos respecto de su derecho hereditario; cuando no se haga especial adjudicación entre ellos de bienes concretos, cuotas o partes indivisas de los mismos”, lo que confirma el art. 46, y ha sido aclarado por los artículos 146 y 152, del vigente Reglamento, que ha resuelto la vieja cuestión planteada en el supuesto de que el testador usara de la facultad de prohibir al heredero voluntario y al legatario de parte alicuota el juicio de testamentaría (art. 1.039 de la LEC) (101), al aplicar el primero, la anotación preventiva a que se refieren los art. 42-6 y 46 de la L.H., a los legatarios de parte alicuota, y al asimilar el segundo a estos legatarios con los herederos a tales efectos; con lo que no queda en tal supuesto, ni en ninguno, sin el amparo de la correspondiente anotación preventiva y sin la facultad de promover el juicio de testa-

(100) LA RICA a este respecto indica que ha de ser de éste modo por tratarse —herencia y legado de cuota— de “figuras jurídicas diferentes” (*Comentarios al nuevo Reglamento Hipotecario*, I, Madrid, 1948, págs. 139 y ss.).

(101) En tal situación el legatario de parte alicuota quedaba desamparado, pues no tenía derecho a pedir la anotación: esta era la opinión dominante: GALINDO Y ESCOSURA, *Comentarios*, II, págs. 613-614; MORELL Y TERRY, *Comentarios*, III, pág. 137; CAMPUZANO, *Principios generales*, pág. 570; en contra: GAYOSO, *Nociones*, II, págs. 330 y ss.; BERAUZ Y LEZON, *Derecho inmobiliario*, I, págs. 527-528.

mentaría (102). Con ello, aunque esta cuestión sea en parte ajena a la que nos ocupa, creemos haber dejado perfectamente delimitada la referencia que hacíamos a estas normas hipotecarias, para fundamentar el ámbito de su desenvolvimiento que alcanza en su propio campo perfiles bien definidos, y que nos hacen meditar en que, a la hora de reestructurar el concepto de legado de parte alicuota, sin olvidar que puede presentar no una forma unívoca, sino una variada tipología, como entiende LACRUZ (103), no puede prescindirse del juego que presta la adecuada interpretación de estas normas cuando, por otra parte, parece evidente que en ellas llega a plena maduración un proceso legislativo de hondas raíces tradicionales, como agudamente ha puesto de relieve VALLET, quien después de afirmar el concepto de legado de parte alicuota, que como uno de sus supuestos acabamos de utilizar, dice, que su especial configuración”, “separa evidentemente el concepto de legatario parciario, según el actual régimen del que fue configurado en el Derecho romano clásico. El origen de ese cambio se halla en la innovación de las Leyes 20 de Toro y 1.^a, tit. XIX del Ordenamiento de Alcalá, que borraron las razones inspiradas en los fragmentos 26, 2 y 27, tit. único, lib. XXX del Digesto que lo entendían como legado damnatorio. Ciertamente, según vimos, que entre los clásicos castellanos no preponderó el criterio de dar tanta trascendencia a dichas innovaciones. Pero en Derecho vigente los preceptos del art. 1.038 de la LEC. y de los artículos 42-7 LH. y 146 y 152 de su Reglamento, así como las doctrinas de las sentencias de 16 de octubre de 1940 y 11 de enero de 1950, nos demuestran que aquellas viejas innovaciones castellanas han dado hoy todo su fruto” (104). Por otra parte, el profesor LACRUZ, a propósito del punto de arranque de esta institución y de su configuración en nuestro Derecho, dice, “que parte de la doctrina del Derecho común a la que siguieron autores españoles como ANTONIO GÓMEZ y GUTIÉRREZ, explicaba que el derecho del heredero a pagar, a su elección, en dinero o cosas, estaba limitado al legado de cuota de los bienes, no extendiéndose al de cuota de la herencia. Mas cuando la Ley 20 de Toro determinó que las mejoras se pagasen con bienes de la herencia, la opción del heredero se entendió suprimida para todos los legados de parte alicuota”. De este modo, añade, lo que aquí es particularmente relevante, “el legatario de parte alicuota tomaba parte así, en la comunidad sobre los bienes aun cuando no recibía su posesión como los herederos” (105). “Por esto —concluye el citado profe-

(102) VALLET, *Op. cit.*, pág. 272; de acuerdo, PUIG BRUTAU, *Fundamentos*, V-1, pág. 101.

(103) *Derecho de Sucesiones*, págs. 89 y ss.

(104) *Apuntes de Derecho Sucesorio*, pág. 270; para una exposición sucinta del legado parciario en Derecho romano y común y antiguo Derecho castellano, *Ibid.*, págs. 228 y ss.

(105) ANTONIO GÓMEZ, *Varias resoluciones*, I, cap. XII, “de legatis”, número 21, págs. 166-167; LLAMAS Y MOLINA, *Comentario*, I, Ad. leg. 20, págs. 220 y ss., en particular, núms. 11, 12 y 13, págs. 222-223.

sor— aludían al legado de parte alicuota los arts. 1.038, 1.049, 1.055, 1056 y 1.065 de la LEC.” (106); con lo que, la continuidad de esta regulación y la manifestación de sus concretos principios ofrecen, como vemos, una línea progresiva uniforme, que viene a confirmar lo que en relación con el tema que nos ocupa, en este punto, hemos indicado.

c) *Sucesión en el usufructo de toda la herencia o de una cuota de la misma.*

En este supuesto, se da una situación parecida a la que hemos encontrado en el precedente, bien que el supuesto, como tal, se ofrece de forma no tan complicada y discutida, aun cuando por ello no deja de presentar problemas su planteamiento, más que por abierta disparidad de criterios, por las naturales reservas a que obliga la especial naturaleza jurídica del contenido de estos llamamientos.

Efectivamente, siempre ha existido resistencia a admitir que el que sucede en el usufructo de una herencia o de una cuota de ella puede ser sucesor a título universal, es decir, heredero. Como dice el profesor LACRUZ, “en la práctica, el caso se plantea tanto en la sucesión legal —sucesión del cónyuge viudo en concurrencia con determinados herederos— como en la testamentaria (atribución del usufructo de toda la herencia o de una cuota de ella)”. Y así, añade, “los autores del Derecho común o intermedio consideraron al sucesor en el usufructo de la herencia como un legatario, siquiera con características especiales. Entre los modernos prepondera la misma opinión. Y aunque en la jurisprudencia española hay sentencias como la de 19 de enero de 1955, en las que se llama al usufructuario *heredero*, ello no pasa de ser una incorrección de léxico; en esencia —concluye— el T. S. considera al usufructuario como simple legatario” (107). Así la opinión de DE BUEN

(106) *Derecho de Sucesiones*, I, págs. 88-89. De tal forma que esta institución no aparece extraña a nuestra tradición jurídica, surgiendo poco menos que de un error del legislador en el art. 655 del C. c., como pudiera parecer del sentido con que esta cuestión es tratada por algunos de sus detractores. Circunstancia que, por otra parte, no causa extrañeza en los comentaristas de la LEC., ni en relación con el art. 406-3 de la LEC de 1855 (así, MANRESA, MIGUEL Y REUS, *Ley de Enjuiciamiento civil, comentada y explicada*, III, Madrid, 1857, págs. 137 y ss.), que es el precedente del 1.038 de la vigente, ni tampoco en relación con éste o sus concordantes: REUS, *Ley de Enjuiciamiento civil de 3 de febrero de 1881, concordada y anotada con gran extensión*, II, Madrid, 1881, páginas 526 y ss.; MANRESA, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento civil reformada* (ed. 6.ª, aumentada y arreglada por GARCÍA VALDÉS), V, Madrid, 1946, páginas 9 y ss. Además, aunque el Proyecto de Código civil de 1851 no hiciera mención de esta institución, como indica LACRUZ, *Ibid.*, no supone que ello significara suprimirla, como reconoce el propio GARCÍA GÓYENA, *Concordancias*, II, págs. 13-14.

(107) *Derecho de Sucesiones*, I, pág. 64. En Derecho catalán, según indica también el citado autor, se ha seguido el siguiente criterio: “la Compilación foral catalana, siguiendo al Derecho romano, establece en el art. 110-2.” que “el heredero instituido sólo en usufructo se equipara al heredero instituido en cosa cierta.

(108) y SÁNCHEZ ROMÁN (109), aunque con alguna salvedad (110), a los que alude LACRUZ y también TRAVIESAS (111), y recientemente VALLET (112); y entre otras las SS. de 18 de noviembre de 1907, 11 de enero de 1950, 11 de febrero de 1956 y resolución de 30 de junio de 1956.

Esto es así, no porque se oponga a ello dada la natural temporalidad del usufructo, la regla romana *semel heres, semper heres*, derogada por el art. 805 del C. c., expresamente, ni porque el usufructuario de una herencia o cuota de ella "no pueda cumplir la misión de tutela del patrimonio moral del difunto y de ejecución de su voluntad propias del sucesor universal", como dice LACRUZ (113), ya que puede perfectamente cumplir estas funciones y más aún en los supuestos de sucesión legal, en los que el cónyuge viudo es considerado como un *legitimario* (arts. 807 y 855 del C. c.), con limitaciones y facultades propias del heredero (imposibilidad de ser contador-partidor, intervención en la partición, administrador nato del caudal hereditario) y con la amplia garantía que le concede de sus derechos el art. 838-2 del C. c. sobre todos los bienes de la herencia. Pero, en cambio, tal imposibilidad tiene lugar, porque aparece incompatible la sucesión a título derivativo constitutivo por la que el usufructuario adquiere un *ius in re aliena*, con la sucesión *in loco ius* del heredero; cuando más el usufructuario no recibe el todo o parte de la herencia, sino un derecho sobre una totalidad o cuota; aunque todavía ninguna de estas consideraciones sería absolutamente decisiva, ya que el testador puede cambiar la naturaleza del llamamiento y convertir a un usufructuario en heredero por medio de la *institutio ex re certa*, porque de esta manera, se cambia el *modo* con que se adquiere, siendo idéntico al derecho adquirido, el cual se encuentra en la *asignación* y no en el llamamiento (114), y siempre que además, según observa justamente LACRUZ, se imponga al instituido "la responsabilidad general de las deudas del causante en proporción a los bienes que recibe, es decir, al valor del usufructo en este caso" (115). Porque es precisamente esto lo que di-

Si no concurre con heredero universal, aunque fuese por que éste no llegase a serlo, el instituido en usufructo será legatario" (*Ibid.*, págs. 64-65). Lo que confirma el art. 112.

(108) *Notas* a COLIN Y CAPITANT, *Curso*, VIII, págs. 208 y 329.

(109) *Estudios*, VI-1, págs. 609 y ss.

(110) Cuando dice, que, "la cualidad de heredero o legatario no depende del *derecho* que se adquiere, sino del *modo* como se adquiere, según que sea a título *universal* o *particular* (*Ibid.*), aclaración que como veremos tiene su propia resonancia.

(111) *La cuota viudal y la sucesión "mortis causa"*, en RDP, 1921, pág. 8.

(112) *Apuntes de Derecho Sucesorio*, págs. 26 y ss.

(113) *Notas* a BINDER, *Op. cit.*, pág. 15.

(114) De esta forma cobra sentido la alusión que anteriormente hemos hecho a la salvedad de SÁNCHEZ ROMÁN. Véase a este respecto la argumentación de VALLET, *Op. cit.*, pág. 30.

(115) *Derecho de Sucesiones*, I, pág. 65-66 y *Notas* a BINDER, *Op. cit.*, págs. 15-16.

ferencia al usufructuario del heredero, y así el C. c. en sus arts. 508 y 510 organiza el usufructo de herencia como una atribución a título singular, de manera que no existe homogeneidad en el reparto de las deudas entre usufructuario y nudo propietario y aquél no responde frente a acreedores y legatarios, sino únicamente *inter partes*, es decir, frente al heredero (116). Por lo que reuniendo puntos de vista, dice el profesor LACRUZ, "esta particular organización de la responsabilidad del sucesor usufructuario universal, corresponde al carácter aleatorio del usufructo, que, por estar vinculado en su asistencia ordinariamente a la vista de su titular, se resiste a una exacta determinación numérica de su valor con relación al total patrimonio hereditario", es lógico así que la posición jurídica del sucesor usufructuario "no sea absolutamente idéntica a la del genuino sucesor universal" (S. 11 de enero de 1950); tampoco puede asimilarse con todo a la del sucesor a título particular (117), tiene en fin características que le separan de un legatario cualquiera y que, como ocurren en el legado de parte alícuota, le aproximan al heredero (118), en orden a la administración de los bienes hereditarios y a la división de su caudal, o en relación con la tutela de la continuidad del patrimonio moral del difunto; lo que se manifiesta además en la posibilidad del ejercicio de determinados derechos y facultades (acción de desahucio arrendaticio, resolución de una venta, recuperación de bienes del difunto) (119).

Otra de las notas que diferenciarían al usufructuario del sucesor universal es que, si bien recibe *uno ictu* su derecho de usufructo a la apertura de la sucesión, lo mismo que el legatario de cosa específica y de terminada propia del testador recibe la propiedad en tal momento, no

(116) *Cifr.* art. 510: "Si el usufructo fuera de la totalidad o parte alícuota de una herencia, el usufructuario podrá anticipar las sumas que para el pago de las deudas hereditarias corresponden a los bienes usufructados, y tendrá derecho a exigir del propietario su restitución sin interés al extinguirse el usufructo".

"Negándose el usufructuario a hacer esta anticipación, podrá el propietario pedir que se venda la parte de los bienes usufructados que sea necesaria para pagar dichas sumas o satisfacerlas de su dinero con derecho, en este último caso, a exigir del usufructuario los intereses correspondientes."

Y el art. 508, establece: "El usufructuario universal deberá pagar por entero el legado de renta vitalicia o pensión de alimentos".

"El usufructuario de una parte alícuota de la herencia lo pagará en proporción a su cuota."

"En ninguno de los dos casos quedará obligado el propietario al reembolso."

"El usufructuario de una o más cosas particulares sólo pagará el legado cuando la renta o pensión estuviese constituida determinadamente sobre ellos."

(117) *Notas a BINDER, Op. cit.*, pág. 16.

(118) Esto es también aplicable a la cuota viudal usufructuaria del cónyuge viudo, pues si, por una parte, parecería a ello contraria la consideración y el honor de heredero que la ley le reconoce (arts. 807 y 855 del C. c.), por otra, la facultad que concede el art. 838 a los herederos para satisfacer dicha cuota en una renta vitalicia o con el producto de determinados bienes, o mediante un capital en efectivo, abona lo contrario.

(119) LACRUZ, *Derecho de Sucesiones*, I, pág. 68; VALLET, *Apuntes de Derecho Sucesorio*, págs. 30-31.

adquiere la posesión que permanece en el heredero (lo que es una consecuencia de no quedar obligado con las deudas hereditarias más que *inter partes*, ya que éstos pueden rebajar el caudal sobre el que se extiende su derecho) (120). Es de parecer contrario a esta opinión, para el usufructo universal ROCA SASTRE, pero las razones que alega no son nada convincentes (121). Además, la regulación hipotecaria de esta materia presenta la debida congruencia con tal alcance en este punto, en términos análogos a lo que vimos respecto del legado de parte alicuota (122).

Una excepción a la disciplina general se ofrece en el supuesto de que el usufructo haya sido asignado como *res certa* (lo que el testador puede conseguir mediante el art. 1.056 atribuyendo también la

(120) De acuerdo LACRUZ, *Op. y l. cit.* nota anterior; en el Derecho italiano, anterior al C. c. de 1942, encontramos idéntica opinión en PACIFICI-MAZZONI, *Istituzioni*, VI-2.^a, págs. 446-447, por considerar al usufructuario de una cuota o de un patrimonio como legatario o sucesores *mortis causa* a título particular, de acuerdo con el art. 509 del C. c. de 1865, de contenido muy semejante a nuestros arts. 508 y 510 del C. c. ya citados. Esto podría extrañar a primera vista, a propósito del usufructo viudal del cónyuge viudo, por ser éste legitimario, con ciertos honores de heredero, y encontrarse en situación inferior que otros legitimarios al no gozar de la tutela del art. 440, pero aun cuando este argumento comparativo no tenga ningún valor, cabe afirmar, goza en este caso el usufructuario de una protección más eficaz, la establecida por el art. 838-2 del C. c.

(121) Diciendo que "es práctica seguida que al inscribirse el título hereditario se haga constar registralmente también el referido usufructo"; aclarando que: "en las regiones de Derecho romano, especialmente cuando el usufructo universal es dejado a título de institución hereditaria o como elemento integrante del nombramiento de la viuda, como "señora, mayora y poderosa usufructuaria" (Cataluña) se prescinde con fundamento de la entrega del legado de usufructo. Aclaración que viene a desvirtuar la afirmación general. Por otra parte (téngase en cuenta lo dicho anteriormente en relación con lo regulado en la *Compilación catalana*). Y más aún, si seguimos leyendo lo que dice ROCA SASTRE "la causa de aquella práctica de no exigir la entrega del legado de usufructo universal, radica principalmente en la simplicidad con que consta el Derecho de usufructo en el Registro unido a la circunstancia de tratarse de usufructo universal". (*Derecho Hipotecario*, II, pág. 610, texto y nota 3).

(122) En la antigua L.H. de 1909, el art. 42-6.º, autorizaba al cónyuge viudo para pedir anotaciones preventivas por el derecho que le concede el artículo 838 del C. c., la que movió a sus comentaristas a viva disensión sobre la conveniencia y necesidad de esta medida (MORELL Y TERRY, *Comentarios*, III, página 108 y ss.; CAMPUZANO, *Principios generales*, págs. 561 y ss.), facultad que, desconocida por la L.H. de 1861, fue introducida por vez primera en la L.H. de Ultramar de 14 de julio de 1893, y que la reforma de 1944 ha suprimido en la actual (ROCA SASTRE, *Derecho Hipotecario*, III, págs. 548-549), siendo únicamente interesante hacer notar presentaba una evidente asimilación a la anotación de legados de cosa inmueble determinada propia del testador. En la actualidad se admite que la anotación preventiva, prevista en los arts. 42-6.º y 46 de la L.H., puede ser utilizada por el cónyuge viudo para asegurar de modo efectivo su cuota legitimaria, es decir, la misma que se decía para el legado de parte alicuota, esta es la opinión de ESPIN (*Manual*, V, pág. 323). Por otra parte, este régimen parece se encuentra de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1.038 de la LEC., a la que en sentido contrario alude, excluyendo el art. 42-7.º de la L.H.; e integrando, de acuerdo con el 42-6.º, el art. 46 de la misma. Algo parecido podría decirse en otros supuestos de usufructo sucesorio.

responsabilidad por las deudas de la que de suyo carece el usufructuario, como no sea *inter partes* o cuando se reciba a través de una institución fideicomisaria, o se constituya en fin con facultad de disponer, pues en tales supuestos, se trata, con las salvedades correspondientes, de sucesión a título universal (123).

d) Institución "*ex re certa*"

No vamos a extendernos en plantear las bases de este supuesto en relación con el tema que nos ocupa, ya que en otro lugar a él hemos aludido con alguna precisión (124); únicamente diremos, que en este caso, dados los precedentes romanos y de nuestro antiguo Derecho (125) y la recta interpretación del art. 768 del C. c., como norma *meramente interpretativa* que no puede entenderse aisladamente (126), sino en conexión con otros preceptos del C. c. (127), pero, sobre todo, en relación con el art. 668, del cual es complemento; y así este precepto establece: "El testador puede disponer de sus bienes a título de herencia o de legado. En la duda, aunque el testador no haya usado materialmente la palabra heredero, si su voluntad está aclarada acerca de este concepto, valdrá la disposición como hecha a título universal o de herencia" (128); por lo que, conforme a lo que este precepto dispone, y teniendo en cuenta la norma del art. 675, que manda interpretar el testamento de manera que prevalezca la voluntad del testador y esto hemos de hacerlo sin olvidar el límite que marca el art. 660 del C. c., el cual no pone cortapisa alguna a esa voluntad, sino que interviene en su verificación, hallaremos que la institución en cosa cierta, lo mismo

(123) LACRUZ, *Derechos de Sucesiones*, I, págs. 68 y ss.

(124) DE LOS MOZOS, *La partición de herencia por el propio testador*, en RDN, 1960, I, págs. 199 y ss.

(125) Aparte de la solución favorable ganada en el campo institucional y dogmático por el art. 588-2 del C. c. italiano de 1942: "La indicación de bienes determinados o de un complejo de bienes, no excluye que la disposición sea a título universal, cuando resulta que el testador ha entendido asignar aquellos bienes como cuota del patrimonio".

(126) *El heredero instituido en una cosa cierta y determinada, será considerado como legatario*.

(127) VALLET pone de relieve esta relación con los arts. 764 ("El testamento será válido aunque no contenga institución de heredero..."), 891 ("Si toda la herencia se distribuye en legados.") y 912 ("La sucesión legítima tiene lugar: ... 2.º) cuando el testamento no contiene institución de heredero, en todo o en parte de los bienes, a no ser que el testador hubiera dispuesto otra cosa"). Diciendo que de llevar a sus últimas consecuencias, el art. 768, a la vista de estos preceptos llegaríamos a conclusiones absurdas (*Op. cit.*, pág. 170 y ss.).

(128) Argumento utilizado por ORTEGA PARDO, "*Heredero testamentario y heredero forzoso*", en ADC., 1950, págs. 130 y ss.; ROCA SASTRE, *Notas*, KIPP, *Derecho de Sucesiones*, I, pág. 264, ROÁN, Texto refundido de la LH, en RDP, 1944, págs. 644 y ss.; LACRUZ, *Notas a BINDER, Derecho de Sucesiones*, pág. 97; VALLET, *Ibid*, págs. 170 y ss.

en el Derecho romano (129), que en el Derecho actual puede configurar supuestos de sucesión a título universal cuando, en general, la "cosa cierta" no pierde su relación con el total del *as* hereditario, y de la concurrencia de las restantes circunstancias se evidencia la intención del testador de hacer responsables a los así instituidos de las deudas hereditarias. De manera que la institución, en cosa cierta, puede ser considerada como un legado de *facto*, que se transforma en institución hereditaria al adquirir la cosa cierta función de *cuota*, según la voluntad del testador (130). Cabe pensar como supuestos de institución *ex re certa*, los siguientes: 1) Distribución de toda la herencia en instituciones *ex re certa* (por analogía además con lo dispuesto del art. 891 del C. c., entonces los instituidos serán herederos; 2) cuando en el anterior supuesto quede alguna cosa o porción vacante, o se olvidó el testador de alguna cosa, o la adquirió posteriormente, las cosas quedan igual; 3) si el testador distribuye parte de la herencia en instituciones *ex re certa* y el resto en legados, los primeros serán sucesores a título universal; 4) ordenando, en cambio, varias instituciones en cosa cierta y el resto siendo atribuido en total a otra u otras personas dando lugar a la sucesión intestada, normalmente los primeros serán legatarios y éstos herederos, a no ser que resulte otra cosa, claramente, de la voluntad del testador (131).

Pues bien, en todos estos supuestos el instituido en cosa cierta, aunque no toma parte en la comunidad hereditaria por la especialidad de su institución, su título de heredero le permite adquirir a la apertura de la sucesión, directamente, la propiedad de la cosa en la que ha sido instituido, al igual que el legatario en el supuesto del art. 882 del C. c.

En cuanto a la adquisición de la posesión se refiere, parece que tam-

(129) En el que hubo de vencer mayor resistencia por constituir casi un absurdo al ser heredado un sucesor *in universum ius*, y sobre todo, por exigir el nombramiento formal de heredero (IGLESIAS SANTOS, *La herencia en el Derecho romano y en el Derecho moderno*, en AAMN, 1952, págs. 49 y ss.).

(130) De acuerdo VALLET, *Op. y loc. cit.*; LACRUZ, en *Derecho de Sucesiones*, I, págs. 84 y ss.; PUIG BRUTAU, *Fundamentos*, V-1, págs. 76 y ss. La regulación romana —dice LACRUZ— que todavía rige hoy directamente en Navarra y Baleares, ha pasado al artículo 110 de la *Compilación de Cataluña* (cuyo párrafo segundo anteriormente hemos transcrito) con arreglo al cual, "el heredero o herederos instituidos sólo en cosa cierta, cuando concurren con heredero o herederos instituidos sin esta asignación, serán simples legatarios de aquélla. Pero si el heredero único o todos los herederos instituidos lo son en cosa cierta, se estimarán prelegatarios de ella, y exclusión hecha de la cosa o cosas ciertas, tendrán el carácter de herederos universales por partes iguales si son varios" (*Ibid.*); en contra de esta doctrina se manifiestan los defensores del *criterio objetivo* respecto de la interpretación del C. c. en relación con la regulación de esta materia. Recientemente, en esta línea con dudosa fundamentación histórica, LÓPEZ JACOISTE, *La mejora en cosa determinada*, Madrid, 1961, págs. 51 y ss.

(131) VALLET, *Apuntes de Derecho Sucesorio*, págs. 175 y ss.; DE LOS MOZOS, *Op. cit.* en RDN, 1960, I, págs. 203-204; PUIG BRUTAU, *Fundamentos*, V-1, página 80; LACRUZ, *Derecho de Sucesiones*, págs. 86-87.

bién el instituido en cosa cierta, había de recibirla *sine corpore*, por ministerio de la Ley, como tal posesión civilísima, posibilidad que dubitativamente admite LACRUZ (132), y que VALLET restringe a los legitimarios instituidos en cosa cierta, los cuales, dice, pueden ocupar por propia autoridad la cosa objeto, o más bien, vehículo de la institución, gozando, por otra parte, de la tutela interdictal como los demás herederos, apoyándose para ello en la doctrina romanista y del antiguo Derecho castellano. Pero aún dentro de estos límites hemos de admitirlo con reservas, para ello existen diversas razones:

1.^a) Sí parece lógico que el instituido en cosa cierta que no sea legitimario, no ha de recibir la posesión de la cosa directamente, porque ello supone una garantía para los derechos legitimarios de los restantes herederos, que con él concurren a la sucesión; en el supuesto de que sea legitimario, cabe la misma cautela al ser posible una atribución excesiva en relación con la cuota legitimaria. 2.^a) Por otra parte teniendo en cuenta que las autorizaciones del testador para que el legatario de cosa cierta y determinada tome por sí mismo posesión de la cosa, no pueden derogar, la norma del art. 885 del C. c. tendríamos que con la adquisición directa de la posesión la institución en cosa cierta podría servir para eludir este precepto, es decir, para actuar *en fraude* del mismo, por lo que a la vista de tal consecuencia tal efecto no parece admisible. 3.^a) Por último, en el supuesto de admitir, en general o en particular, la adquisición de la posesión en forma automática nos encontraríamos, tratando de bienes inmuebles, con que este régimen no tendría un reflejo adecuado en nuestro sistema hipotecario.

Todo esto, supone que la cuestión aunque ello implica una incorrección, hay que plantearla en un doble plano, *institucional*, en el que la postura que combatimos parece aceptable, y *legislativo*, en el que se ofrecen particulares inconvenientes que con todo no pueden ser superados. Por esto hemos dicho que el instituido *ex re certa*, es un legatario *de facto*, aunque sea heredero. Pero esta consideración no puede servir para entender que, si bien no puede tomar posesión por su propia autoridad de la cosa en que ha sido instituido, o a propósito de la cual ha sido instituido, goza en cambio de otras ventajas de la posesión civilísima, como son las derivadas de la tutela interdictal, porque como consecuencia lógica de la anterior, es evidente que no podría actuarla contra los herederos instituidos en cuota, y si esto es así, como la tutela interdictal se produce *ante omnia*, no caben distinciones en este punto. (Art. 441 del C. c.)

Ahora bien, cabe una mayor precisión en esta problemática, y así no hay inconveniente en admitir que en el supuesto en que toda la herencia se distribuya en instituciones en cosa cierta, la posesión se transmite también a los herederos. Existiendo también otro supuesto: cuando la institución en cosa cierta venga a coincidir con la partición del testador (art. 1.056 del C. c.), bien porque se haga una previa de-

(132) *Derecho de Sucesiones*, I, pág. 87.

signación de cuotas, bien que la asignación funcione no sólo como institución y suponga también partición, o en fin, porque la partición del testador crea herederos y no legatarios, normalmente (133). En estos supuestos las dificultades de orden hipotecario tampoco existen.

C) *Legado pro legítima.*

En este supuesto hay que tener en cuenta, aparte de la naturaleza jurídica de la legítima, la posibilidad de su adquisición como legado y si existe o no el problema de la yuxtaposición de llamamientos (legal y testamentario), y conforme a estos criterios, resolver la disciplina aplicable al objeto que nos ocupa.

No podemos aquí resolver el problema, tan discutido por la doctrina, de la naturaleza jurídica de la legítima; únicamente diremos que mientras por un lado el C. c., en su artículo 806, llama a los legitimarios *herederos forzosos*, el 815 permite que el testador pueda cumplir dejándola *por cualquier título*, cuando por otra parte, además el 1.056-2.º le autoriza a su pago en dinero para conservar indivisa una explotación, permitiendo también su pago en metálico respecto de la legítima del cónyuge viudo (art. 838-1.º), o de los hijos naturales (art. 840-2.º), dándose el caso todavía de que existan supuestos en que no hay sucesión *mortis causa* por haber dispuesto el causante de todo su patrimonio en donaciones *inter vivos*, y en cambio existen legítimas, bien porque se hayan atribuido mediante donación a los presuntos legitimarios, bien que éstos tengan el derecho de impugnarlas por inoficiosas (art. 636). Ahora bien, tampoco por esto se pueden extremar las posiciones, como hace algún sector de la doctrina, en uno u otro sentido, ya que el legitimario siempre es considerado heredero, o contrariamente, no lo sea (134). En la primera posición, se entiende, desde cierto punto de vista, que aun siendo llamado por testamento, el legitimario siempre adquiere por *ministerio de la ley* (135), o desde otro, que el testador cuando establece legados en lugar de la legítima lo que hace es simplemente utilizar

(133) DE LOS MOZOS, *Op. y l. cit.*, págs. 205-206.

(134) Entre la numerosa bibliografía sobre este punto: ORTEGA PARDO, *Naturaleza jurídica del llamado legado en lugar de la legítima*, Madrid, 1945; *Heredero testamentario y heredero forzoso*, en ADC, 1950, págs. 321 y ss.; ROCA SASTRE, *Naturaleza jurídica de la legítima*, en RDP, 1944, págs. 185 y ss.; VALLET, *Apuntes de Derecho Sucesorio cit.*, págs. 117 y ss.; GONZÁLEZ PALOMINO, *Estudios de arte menor de Derecho Sucesorio: El arccimiento en la mejora*, en AAMN, 1946, págs. 499 y ss.; PORRETA CLÉRIGO, *Naturaleza de la legítima*, CCNB, 1946, págs. 195 y ss.; ESPINAR LAFUENTE, *La herencia legal y el testamento*, Barcelona, 1956, págs. 297 y ss. y las referencias en obras generales. Para una detallada bibliografía de esta cuestión anterior a 1955, ESPIN, *Manual*, citado, V, pág. 274 y ss., y allí, también, una exposición clara y sucinta de las diferentes tendencias doctrinales.

(135) Así ESPINAR LAFUENTE, *Ibid.*

lizar la facultad que le concede el artículo 1.056 (136); en la segunda se llega a decir que el legitimario es únicamente acreedor de *un simple derecho de crédito* frente a la herencia (137), o en fin, que la legítima es *una parte alícuota del activo de la herencia* una vez deducidas las deudas (138). Ante esta disparidad de criterios que la doctrina ofrece abundantemente, de lo que lo dicho no es más que una pequeña muestra, es preferible abandonar los puntos de vista excesivamente pormenorizados de donde se han pretendido extraer conclusiones generales y atenerse, como siempre que hay que delimitar un concepto que presenta el más disperso castuismo, a la consideración de los supuestos normales, en primer término, los cuales, inevitablemente, nos traerán la noción de la legítima, para después en segundo lugar, teniendo presente las excepciones a ella referidas, completar de una u otra manera su exacto y adecuado perfil. Así efectivamente, de la combinación de los preceptos del C. c. anteriormente citados y de los otros muchos que puedan ser añadidos (arts. 763, 813, 814, 816 y siguientes, 1.037, 1.075, etc.), llegamos a la conclusión de que la legítima es la proporción de los bienes de la herencia o del patrimonio del causante, que éste se halla obligado a reservar a favor de determinadas personas que reciben el nombre de legitimarios (artículos 806, 636, 819, etc.).

Por otra parte, no ofrece duda que la legítima puede ser dejada por cualquier concepto (art. 815): donación, herencia, legado, institución *ex re certa*, legado de parte alícuota; ofreciendo, entonces, las consecuencias de la forma jurídica elegida, ya que a lo que obliga la legítima, en cualquier caso, es a la expresada reserva. En este sentido es compatible el llamamiento testamentario con los derechos que se derivan de la condición de legitimario. En otro sentido, en cambio, no es que no exista compatibilidad o incompatibilidad entre la condición de legitimario y el concepto sucesorio correspondiente, porque esto es una consecuencia de la equiparación del legitimario al heredero, o de su contraposición, sino que al plantearse desorbitadamente esta cuestión por la doctrina se llega a tal problema desde una doctrina inadecuada (139) como dice VALLET, "No cabe que se produzca ni una *yuxtaposición* de llamamientos, ni siquiera su *superposición*. Pero tampoco hay *absorción* del carácter de legitimario por la cualidad de heredero... El heredero testamentario o abintestato que sea legitimario, sucede al causante en todos sus derechos y obligaciones; pero no viene obligado a soportar las cargas impuestas en testamento que perjudiquen a su legítima, ni las donaciones que sean inoficiosas o los actos simulados que le produjeran igual lesión. Es un heredero como otro

(136) ORTEGA PARDO, *Op. cit.*, en ADC, 1950, pág. 352.

(137) DE DIEGO, *Instituciones*, III, pág. 225.

(138) PUIG BRUTAU, en colaboración con ROCA SASTRE, en *Estudios de Derecho Privado*, II, pág. 142.

(139) V. ESPIN, *Manual*, V, págs. 280 y ss.

cualquiera, pero que goza de una especial protección contra los actos gratuitos de su causante que pudieran mermar aquel mínimo señalado por la Ley" (140). Y en el mismo sentido se expresa el profesor LA-CRUZ al decir que "opera la vocación prevalente pero no la secundaria; aun cuando no supone una vocación efectiva actualmente operante en la dinámica del fenómeno sucesorio, continúa existiendo y sirviendo de freno y regulador, a través de las vicisitudes de la sucesión. Su subsistencia se revelará, así, siempre que por acontecimientos posteriores se compruebe la infracción de la legítima, autorizando entonces a modificar las vocaciones testamentarias, o abintestato, reduciendo donaciones o legados. Por lo demás —añade— el legitimario a quien se dejan los bienes por título de herencia ostenta igual posición jurídica que cualquier otro heredero (salvo en lo que se refiere a la defensa de su legítima contra las disposiciones *inter vivos* o *mortis causa* del *de cuius*), quedando obligado, incluso, en virtud del art. 661, al pago de las deudas". Tampoco puede el legitimario renunciar al concepto en que el causante le deja la legítima y reclamar ésta, al contrario de lo que sucede en Derecho catalán (art. 131 de la *Compilación*) (141). Pues bien, esto que se dice del legitimario a quien se le ha dejado su legítima en concepto de herencia, se puede aplicar, como una consecuencia lógica, correctamente a los restantes conceptos sucesorios, y en particular al supuesto del legado. Negar esto, supondría negar el artículo 815 del C. c. y desnaturalizar la naturaleza jurídica de la propia legítima, la cual, creemos, se ofrece, conforme ha quedado expuesta, con suficiente claridad y rigor, de la propia configuración legal y de todo el abigarrado cortejo de sus particulares consecuencias, por encima de errores terminológicos en las expresiones del C. c. y de las innecesarias complicaciones doctrinales anteriormente criticadas.

Por esto, resulta contradictoria la afirmación de VALLET cuando dice que en el supuesto del legado *pro legítima*, el legatario legitimario adquiere directamente la posesión de las cosas así legadas, razonando que: "Hay una cuota líquida de los bienes de la herencia reservada por la Ley a los legitimarios. La disposición del causante a su favor no hace sino atribuirles esa porción que previamente les estaba destinada. Ese destino prefijado, esa reserva legal, son datos suficientes para entender que la posesión del legado *pro legítima* —sea de cuota, de cosa cierta, o de género y cantidad, contenidos en la herencia— debe pasar directamente al legatario-legitimario, en el momento de fallecer el *de cuius*, y para admitir que aquél puede ocupar por propia autoridad los bienes legados si estuviesen determinados. O bien, ha de coposeerlos con los herederos, en los supuestos de atribución de cuota o de no individualización del objeto fungible legado" (142).

Esta afirmación, a pesar del prestigio de su mantenedor, no nos

(140) *Apuntes de Derecho Sucesorio*, págs. 113-114.

(141) *Derecho de Sucesiones*, pág. 183.

(142) *Op. cit.*, pág. 295.

parece admisible de no desmontar toda la construcción jurídica que anteriormente hemos establecido, de acuerdo con los preceptos del propio C. c. y partiendo de una interpretación armónica de los mismos. Para ello, habría que admitir una *yuxtaposición* de llamamientos que niega el propio VALLET. Por otra parte, no hay razón alguna para admitir también en el supuesto de legitimario legatario de cosa cierta y determinada o de cantidad, un régimen distinto, en cuanto a la adquisición de la posesión, del que ha de regir otros aspectos derivados de la condición de heredero: intervención en el juicio de testamentaria y pago de las deudas hereditarias que no tiene y que no pueden alcanzarle (143). Esto se deduce en el primer aspecto, claramente del propio artículo 1.038 de la LEC.; no siendo obstáculo para ello las facultades que a tales legitimarios concede el C. c. en relación con la reducción de donaciones y legados (arts. 818 y ss. 289, 636), ya que puede perfectamente obtener la efectividad de sus derechos por medio del juicio ordinario correspondiente; el cual, además, si se promueve el de testamentaria, podrá ser a él acumulado por la fuerza atractiva del juicio universal sobre el singular, y de esta manera influir en su resultado. En otros supuestos, legado de cuota, institución *ex re certa*, hay que atenerse a las reglas específicas de tales formas sucesorias, sin que para nada en este aspecto resulten modificadas por establecerse a favor de un legitimario, más que en el sentido de que éste tiene derecho a que se respete su legítima, pero lo que no puede hacerse es homologar unos y otros supuestos, porque se encuentre debajo, subyacente, la cualidad de legitimario, pues esto sería admitir la *yuxtaposición* que se niega; cuando, por entenderlo así no se establece la *absorción* del pretendido llamamiento legítimo por parte del llamamiento testamentario, sino que aquella condición queda con su libre juego frente a la posibilidad de reducir las donaciones y legados inoficiosos o de exigir el suplemento de la legítima, no tiene nada de extraño que en alguno de aquellos supuestos goce el legitimario, legatario de cuota, o instituido en cosa cierta, de facultades propiamente hereditarias, como hemos visto (pero nunca la adquisición directa de la posesión del *decuius* más que en casos excepcionales), las que le son atribuidas como consecuencia de estas formas sucesorias y con independencia de su condición de legitimario. Lo contrario sería negar la libertad testamentaria más allá del límite que impone la legítima, mientras que, por otra parte, del régimen de la legítima en sí, no se deriva otra consecuencia que la de servir de freno a la libre disposición del testador. Por eso, todos estos supuestos deben ser considerados conforme a su respectivo régimen, como hemos anticipado, de manera que en el supuesto del legado *pro legítima*, el legitimario no adquiere la posición directamente de su causante ni puede ocupar por sí mismo las cosas legadas, bien se trate o no de cosa cierta y determinada (144).

(143) VALLET entiende lo contrario. *Op. cit.*, págs. 295-296.

(144) En contra, VALLET, *Op. y l. cit.*

No puede ser a esto obstáculo la razón histórica que invoca VALLET, pues, en este sentido, no es lícito alegarlo al haber cambiado de significado la regulación del C. c., en relación con el Derecho romano y el antiguo Derecho castellano (145), como el propio VALLET reconoce (146). Efectivamente, en el Derecho romano (C. III, 28, 30 y Novela 115, cap. V) y en el antiguo Derecho castellano (Ley 5.^a, tít. VIII, P. 6.^a). La legítima había de dejarse, por el honor del título, a título de herencia para poder ejercitar las facultades que le competen como legitimario (147), criterio que abandona el art. 645 del Proyecto de 1851, antecedente del 815 del C. c., lo que destacan GARCÍA GOYENA (148) y otros autores (149).

Ni tampoco la razón práctica, alegada por el mismo VALLET (150) al pretender que, del modo que propugnamos, el legitimario-legatario se encuentra en situación de inferioridad respecto del legitimario-heredero al no recibir el primero la posesión civilísima; ya que goza de otras ventajas, como la principal de no responder de las deudas hereditarias como el heredero; teniendo en cuenta que en la realidad cumple, y puede cumplir con tales características, una función muy interesante y digna de tener en cuenta.

Por último, hay que recordar aquí también que en el tema que nos ocupa el pretender dar al legado *pro legitima* otro efecto que el indicado chocaría con el régimen de la L.H., que una vez más nos sirve de comprobante; cobrando sentido aquéllo de la sustantividad del Derecho adjetivo que tantas veces se ha repetido.

f) *Prelegado*.

En el supuesto de *prelegado* a favor de un heredero único, por l6gica, hay que admitir que el prelegatario adquiere la posesión directamente del causante, o al menos (sea éste uno de esos supuestos que no ofrecen fácil explicación conceptualmente) puede ocupar por sí

(145) El mismo valor tienen las referencias que este autor hace al Derecho catalán, cuando habla de la posibilidad de que los legitimarios, aun legatarios, pueden promover el juicio de testamentaria, citando varias sentencias del TS.; cuando nos venimos complaciendo siguiendo a LACRUZ en señalar las diferencias existentes entre el Código y la *Compilación catalana* (V. VALLET, *Op. cit.*, página 296).

(146) *Op. cit.*, págs. 282-283.

(147) Véase la glosa de GREGORIO LÓPEZ, a la Ley citada en el texto, de acuerdo con BARTOLO, JASON, BALDO, etc. *Las siete partidas del sabio Rey DON ALONSO EL NONO*, 3, Madrid, 1784, págs. 126-128; ANTONIO GÓMEZ, *Variar resoluciones*, cap. XI-1-b), pág. 134.

(148) *Concordancias*, II, pág. 95.

(149) SÁNCHEZ ROMÁN, *Estudios*, VI-2, pág. 937; MANRESA, *Comentarios*, VI, pág. 316; M. SCAEVOLA, C. c., XIV, pág. 430, también citados por VALLET, *Ibid.*

(150) *Op. cit.*, pág. 295.

mismo la cosa legada (151), por coincidir en la misma persona la cualidad de legatario y de heredero; pero en los restantes supuestos hay que atenerse a la disciplina general (152).

3) *Situaciones especiales en que pueden hallarse las cosas legadas.*

Esta materia no sugiere consideraciones de tanta entidad e importancia como las anteriores, pero merece, en cambio, cierta atención. Por otra parte, su análisis es más sencillo, pues para ello contamos con algún apoyo doctrinal directamente referido al tema que nos ocupa.

El supuesto más importante es el del legatario que a la muerte del testador *se halle en posesión de la cosa legada por otro título* (depósito, comodato, arrendamiento); o cuando *coposea* la cosa legada; o cuando, *muerto el heredero, se halle la cosa en posesión del legatario*, supuesto que hay que distinguir de la adquisición tácita de la posesión, que es una forma indirecta de entrega.

En estos casos, se trata de hacer ver que no es precisa la *entrega* del legado, ya que existe un estado posesorio anterior, simultáneo o posterior a la apertura de la sucesión que facilita el camino de la adquisición posesoria o que le suple. No es que el legatario adquiera directamente la posesión de la cosa legada, sino que no precisa adquirirla porque la tiene de una u otra manera y únicamente lo que sucede con la apertura de la sucesión, o con la muerte del heredero obligado a entregarla, es que consolida aquella posición al haber adquirido el dominio; de manera que aquella autorización limitada (título posesorio anterior, *detentación*) o de hecho para poseer la cosa legada adquiere plena efectividad. Pero esta doctrina no puede ser aceptada; para imponerla vamos a analizar someramente cada uno de los supuestos contemplados:

a) Cuando el legatario estuviere en posesión de la cosa por otro título (depósito, comodato, préstamo), debe pedir al heredero la entrega de la cosa legada. La tesis contraria ha gozado de prestigio en la doctrina extranjera; aún recientemente BRUNELLI-ZAPPULLI (153) ha defendido este punto de vista, pero donde más se desarrolla esta opinión es entre los autores franceses del siglo XIX, partiendo de una errónea interpretación de un pasaje de POTHIER; así TROPLONG (154), RICARD, DURATON, COLMET DE SANTERRE, MERLIN, DELVINCOURT, GRENIER, TOULLIER, ZACHARIAE; pero la doctrina, sobre todo a partir de AUBRY y RAU, ha cambiado de dirección (155). En Italia son

(151) Así ROCA SASTRE, *Derecho Hipotecario*, II, pág. 609, citando de acuerdo las Resoluciones de 28 de abril de 1876 y 18 de julio de 1900.

(152) Esta disciplina presenta también abolengo romano: D, 43, 3, 1, 6.

(153) *Op. cit.*, pág. 391.

(154) *Donazioni ed testamenti*, II, pág. 339.

(155) Citan al elenco de autores indicado en el texto, salvo el primero, AUBRY ET RAU, *Cours*, IX, pág. 461, nota 4, aludiendo al pasaje de POTHIER, en el que se plantea un supuesto de autorización tácita para tomar posesión de la

también muy escasos autores los que siguen la tesis combatida en la doctrina antigua, así BORSARI, CORTE-FENNA (156), mientras que la mayoría se muestran partidarios del criterio contrario: LOSANA (157), RICCI (158), DEGNI (159), PACIFICI-MAZZONI (160) y lo mismo sucede, con excepción de BRUNELLI-ZAPPULLI, en la doctrina posterior al Código civil de 1942: GIANNATTASIO (161), GANGI (162), AZZARITTI (163). En la nuestra, únicamente MUCIUS SCAEVOLE cita la opinión criticada atribuyéndosela a ROGROM, sin tomar partido por una u otra solución (164). En definitiva esta postura carece de fundamento serio, pues únicamente se dice por sus mantenedores que es innecesaria e inútil la petición de entrega por el legatario cuando se halle en posesión de la cosa, ya que entonces carecería tal entrega de objeto (165). Pero no se dan cuenta que no es posible eludir la entrega en tales supuestos, ya que ello implicaría una inversión en el título posesorio del legatario (*animus*) cuando nadie puede derivar de sí mismo la causa de su posesión y ello va, por otra parte, en contra de la posesión civilísima que adquiere *ipso iure* el heredero (166); ahora bien, esto no supone, como dice PACIFICI-MAZZONI, que el legatario en tales supuestos haya de efectuar la devolución de la cosa con objeto de después obtener la entrega, basta que en este caso la petición vaya dirigida a cambiar el título posesorio (167); o a lo sumo, como dicen AUBRY y RAU, cuando el legatario le reclame al heredero la entrega de la cosa, podrá reconvenir solicitando su consignación como legado (168). De todos modos, esta disciplina cuenta con un claro precedente romano que los autores de la Escuela de la Exégesis, siguiendo erróneamente a POTHIER, no supieron encontrar (169). Por esto, agudamente LOSANA entiende que ella ha de regir cuando se trate de posesión o

cosa legada al legatario por el heredero (*Des donations testamentaires*, cap. V, secc. II, 32).

(156) Cits. por DEGNI, *Op. cit.*, II, pág. 62.

(157) *Op. cit.*, pág. 379.

(158) *Op. cit.*, III, pág. 878.

(159) *Ibid.*

(160) *Istituzioni*, VI-2.^a, pág. 445.

(161) *Op. cit.*, II-II, pág. 269.

(162) *Op. cit.*, II, pág. 129.

(163) AZZARITTI-MARTÍNEZ-AZZARITTI, *Op. cit.*, pág. 446.

(164) *Código civil*, XV, pág. 361.

(165) Así TROPLONG, *Op. cit.*, II, pág. 339; DEMOLOMBE, *Op. cit.*, XXII, página 268, etc.

(166) Así únicamente: LOSANA, PACIFICI-MAZZONI, AUBRY ET RAU, AZZARITTI-MARTÍNEZ-AZZARITTI, *Ops. y ls. cits. ibid.*

(167) *Istituzioni*, VI-2.^a, pág. 445.

(168) *Cours*, XI, pág. 461, nota 4.

(169) Efectivamente en D, 43, 3, 1, 9, encontramos un supuesto análogo para el caso de que alguien sea puesto en posesión de los legados para su custodia o guarda, lo que es generalizado por la *Glosa* y aplicado a otros supuestos, al decir: *possidere et tenere differunt* (GODOFREDO, *In tit. "quod legatorum"*, (D, 43, 3, 1), en *Corpus iuris civilis*, I, ed. cit., col. 1530.)

quassi possessio de cosas incorporales o derechos (servidumbres) (170). Incluso, hay autores que van más lejos, al considerar que, aun en el legado de liberación de deuda, que es sin duda el más innaterial de todos, el legatario debe pedir la posesión al heredero (171), lo cual sí que, realmente, carece de objeto (172); pero no solamente en este supuesto, sino cuando se trate de legados de cantidad o de cosa determinada solamente en el género, en todos estos supuestos, el legatario no tiene más que una acción para exigir el pago contra el heredero, como ya hemos anticipado.

b) La misma disciplina hay que establecer cuando el legatario sea *coposcedor de la cosa legada*, por ser copropietario de ella, aun cuando tenga la cualidad de coheredero (prelegado), pues la limitación que entraña la coposesión pone las cosas en situación análoga al supuesto anterior; así LOSANA afirma que tanto vale tomar posesión de una cosa (arbitrariamente, se entiende) como invertir la material y precaria detentación (173); por otra parte, el heredero frente al legatario-coposcedor goza de la misma aptitud para defenderse con el interdicto *quod legatorum*, pues la coposesión no supone ninguna limitación en este sentido (174).

Lo mismo se ha de decir cuando la situación de comunidad provenga de la existencia de un régimen económico-matrimonial de este tipo, cuando abierta la sucesión se halle pendiente de liquidación. Así lo entienden AUBRY y RAU para la *communauté en biens*, aludiendo al caso del marido legatario de su mujer en el mobiliario doméstico, bien que haya tenido como jefe de la misma la administración de la comunidad y se hallare en posesión de las cosas legadas, y al caso inverso de la mujer respecto del marido (175). Lo que igualmente debe establecerse para nuestra sociedad de gananciales; en este sentido es muy interesante la Sentencia de 17 de abril de 1959, refiriéndose al supuesto en que la viuda legataria de su marido, pendiente de liquidación la sociedad de gananciales para obtener la posesión del legado debe pedir su entrega a los herederos (176).

(170) *Le successioni testamentarie...*, pág. 379. Esto se aplica también al usufructo en el Derecho romano, por su condición de servidumbre personal. Así, D, 43, 3, 1, 8. Y aunque la *Glosa* se refiere a este supuesto, como al anterior (depósito) la distinción antes indicada se construye sobre éste: "*possidere et tenere differunt. Huius rei hoc quodque argumentum est, quod usufructus et usus non possideatur. Ita servitutes tenentur, non possidentur*" (Ibid).

(171) RICCI, *Corso*, III, pág. 878.

(172) LOSANA, *Op. cit.*, pág. 379; PACIFICI-MAZZONI, *Istituzioni*, VI-2.^a, página 447.

(173) *Op. y l. cit.*, de acuerdo, PACIFICI-MAZZONI, *Istituzioni*, VI-2.^a, página 446, y explícita o implícitamente los autores anteriormente citados.

(174) V. DE LOS MOZOS, *Tutela interdictal de la posesión*, núm. 31.

(175) *Cours*, XI, pág. 462.

(176) En el *motivo de casación* (tercero del recurso) que prosperó, pues la Audiencia había sostenido lo contrario fundándose en que previamente debe liquidarse la sociedad de gananciales, se ofrecía la siguiente interesante argumentación: una cosa es que el legatario en el supuesto del art. 885 sea propietario

c) Tampoco suple la necesidad de la entrega la circunstancia de que muerto el heredero la cosa legada se encuentre en posesión del legatario, ya que se da la misma situación de inversión posesoria que advertíamos en el primero de los supuestos contemplados, ni es suficiente la explicación de que en tal caso se presume la autorización del heredero, como entendían las resoluciones de 15 de julio de 1868 y 18 de julio de 1900 y defienden ROCA SASTRE (177) y VALLET (178), teniendo en cuenta que el primero de ellos niega la posesión civilísima y el segundo considera que no va contra la naturaleza del legado la posibilidad de la adquisición *ipso iure* de la posesión (179). Cuando, por otra parte, la Resolución de 19 de noviembre de 1952 ha rectificado el criterio anteriormente sustentado por la Dirección General de los Registros, y sobre todo, a la vista de la nueva redacción dada al artículo 83 del Reglamento Hipotecario en la reforma de 17 de marzo de 1959, en la que, como ya dijimos, llenando una laguna anterior, alude directamente a la escritura de entrega.

d) ROCA SASTRE, al buscar precedentes romanos en apoyo de su tesis, respecto del supuesto anterior, se va a otro supuesto distinto (180), sobre todo, antes de la última reforma de Reglamento Hipo-

de la cosa legada y tenga incluso acción de carácter real para reclamarla, "pero de esto a admitir una especie de *constitutum possessorium*, por virtud del cual el legatario venga a adquirir el dominio de los bienes legados, es algo que pugna con la misma esencia de la transmisión *mortis causa*". Argumentación que como vemos va más allá de donde debiera al referirse al *dominio* y no a la *posesión*. Terminología sin duda equivocada, que no acoge al pie de la letra el considerando correspondiente (sexto) aunque, por otra parte, su doctrina aplicada al objeto de nuestro estudio, resultaría excesiva tomada al pie de la letra, pues no siempre es preciso, para que luego proceda a la entrega, como anteriormente hemos indicado, siguiendo a PACIFICI-MAZZONI, que primero el legatario devuelva las cosas legadas al heredero que se encuentren en su poder, lo cual no tiene sentido, en general, sino únicamente en el caso controvertido en la citada sentencia por lo que se deduce de sus antecedentes; así se dice en su *sexto considerando* citado, refiriéndose al art. 885, que: "en su consecuencia, en el caso presente, la viuda del causante está obligada a entregar al hermano y heredero del mismo los bienes que retenga en su poder y que, por ser de la propiedad exclusiva de su marido, en el momento de su muerte, tengan carácter hereditario, sin que la necesidad de practicar la liquidación de la sociedad de gananciales pueda tener otras consecuencias que determinar la posible responsabilidad de tales bienes, derivada de la existencia de la sociedad conyugal, pero que no puede afectar al carácter hereditario de los mismos y fijar el haber de dicha sociedad de gananciales, dividiendo su remanente líquido entre el cónyuge sobreviviente y los herederos del premuerto, pero cuya liquidación no puede constituir obstáculo legal para que los bienes conocidamente hereditarios estén mientras llega el momento de tal liquidación en la posesión de aquél a quien la ley se la confiere de pleno derecho, y por ello es errónea la sentencia, en cuanto declara que mientras que no se liquide la sociedad de gananciales y se determinen los bienes que constituyen la herencia".

(177) *Derecho Hipotecario*, II, pág. 609.

(178) *Apuntes de Derecho Sucesorio*, pág. 295, nota 544.

(179) De idéntica opinión, no obstante era MORELL Y FERRY, *Comentarios*, III, pág. 141.

(180) *Ibid.*

tecario, a aquel en que aparezca el *legatario en posesión de la cosa por autorización tácita del heredero*, en el que a diferencia del anterior, aunque tácitamente existe una autorización para que el legatario ocupe la cosa legada, que es bien distinto de una *presunción* de que haya sido autorizado porque se halle en posesión de la cosa, bien a la apertura de la sucesión como en los anteriores, bien a la muerte del heredero, como en el precedente. Lo que sucede, es que en este caso se plantea la dificultad de la constancia o prueba de semejante autorización, lo que constituye un problema de hecho a resolver en cada caso; aparte de esto tropieza con el inconveniente de la nueva redacción del artículo 83 del Reglamento Hipotecario. Pero vayamos por partes. Efectivamente esta materia goza de un claro precedente romano, en D, 41, 3, 1, 11, en el cual se hace consistir la autorización tácita o favor del legatario en la tolerancia del heredero, y esta pauta, muy razonablemente por otra parte, se mantiene en el Derecho intermedio (181), de acuerdo con una línea uniforme. Por esto no es de extrañar que sea aceptada esta solución por la doctrina francesa (182) y, sobre todo, por la italiana (183) y que en tal supuesto debamos propugnarla como admisible institucionalmente, ello no ofrece ninguna dificultad; únicamente para bienes inmuebles nos encontraremos con la dificultad textual que presenta el artículo 83 del Reglamento Hipotecario, pero esta dificultad no es de fondo en este caso, ni siquiera insalvable, porque las líneas fundamentales de la regulación son las mismas, vienen impuestas por el artículo 885 del C. c. del que la I.L.I. en sus sucesivas redacciones no ha sido, en esta materia más que un reflejo, cuando más su Reglamento. En la práctica puede suceder que viviendo el heredero no tenga inconveniente en otorgar la correspondiente escritura de entrega, o aun negándose a ello el legatario podrá exigírselo judicialmente, en todo caso de no obtener el reconocimiento de haberla efectuado tácitamente; fallecido el heredero y no habiendo persona obligada a la entrega, el legatario se encontrará en la misma situación o a lo sumo podrá utilizar el acta de notoriedad o la información para perpetua memoria, no como medio para suplir directamente la escritura de entrega, pero sí hábil para suplirla indirectamente, como medio de acreditar el fundamento de la autorización tácita (que en la práctica puede ser expresa, pero verbal, incluso acompañada de la entrega material y tener los mismos incon-

(181) Así primeramente en la *Glosa*: V. GODOFREDO, *Op.* y *l. cit.*, después en la *Escuela Culta*: V. CUTACIO (*in tit.* "quod legatorum", lib. VIII del *Codex*, en *Operum postumorum*, V, Lutetia Parisiorum, 1658, col. 1772; como en los doctores de nuestra doctrina: ANTONIO GÓMEZ, *Variae resolutiones*, cap. XLXII-10 d), pág. 160; y por último, en su postrera etapa POTHIER, *Des donations testamentaires*, cap. V, secc. II, 2, lo que indujo a confusión a otros autores posteriores, como ya indicamos.

(182) AUBRY ET RAU, *Cours*, XI, pág. 463.

(183) RICCI, *Corso*, III, pág. 878; PACIFICI-MAZZONI, *Istituzioni*, V-2.^a, páginas 445-446; y allí referencias de bibliografía francesa e italiana.

venientes de adverbación) (184). En definitiva hemos de entender que en este supuesto, lo importante no es la forma de entrega, sino que el legatario no haya tomado posesión de la cosa por su propia autoridad, pues lo contrario quedará patente de la autorización tácita, a la que luego, para que pueda tener acceso al Registro de la Propiedad, hay que buscarle el más adecuado expediente conforme a las circunstancias del caso.

- 4) *Casos anormales: facultades del albacea y del contador-partidor; ausencia de personas obligadas a la entrega; cuando el obligado sea otro legatario.*

El supuesto normal es que el obligado a entregar la cosa sea el heredero, pero puede suceder que el albacea o testamentario se halle autorizado para ello por así haberlo dispuesto el testador, conforme a las facultades que le confiere el artículo 901 del C. c. ya que en caso contrario el albacea sólo podrá satisfacer los legados de cantidad que consistan en metálico con el conocimiento y el beneplácito de los herederos (art. 902, 2.º, C. c.), de forma que en este sentido hay que entender lo dispuesto por el artículo 885 del C. c., que además resulta del tenor literal de este mismo precepto; y ésta ha sido siempre, por otra parte, la interpretación que ha dado la doctrina (185), pero la nueva redacción dada al artículo 83 del Reglamento Hipotecario, en su última reforma ha alterado este orden, al expresar que: “*los inmuebles determinadamente legados se inscribirán en virtud de escritura de entrega otorgada por el legatario y por el contador-partidor o albacea facultado para hacer la entrega, o en su defecto, por el heredero o herederos*”. Ahora bien, no podemos aceptar, pura y simplemente, una derogación del artículo 885 del C. c. por este precepto reglamentario, ni en cuanto ha alterado el orden de preferencia, ni en cuanto ha introducido un nuevo personaje en la acción: el contador partidor.

En cuanto a este segundo punto, estamos de acuerdo con ROCA SASTRE, en que la función del contador partidor, es contar y partir, pero no entregar —aunque al contar y partir llegue a reducirlos incluso (R. de 9 de marzo de 1927)— los legados, que es función del heredero. Únicamente cabe que el testador le haya autorizado a este cometido y entonces cumple función de albacea; en caso contrario no cabe atenerse al artículo 83 del R. H. En cuanto al primer punto, no estamos de acuerdo con ROCA SASTRE, porque entiende que el artículo 83 del R. H., al alterar el orden de preferencia establecido por la entrega

(184) ROCA SASTRE invoca este remedio supletorio en el supuesto anterior, respecto del cual creemos no tiene aplicación, pues las bases son bien diferentes (*Derecho Hipotecario*, II, pág. 609).

(185) MUCIUS SCAEVOLA. *Código civil*, XV, pág. 362; MANRESA, *Comentarios*, VI, pág. 637; GALINDO Y ESCOSURA, *Leyslación hipotecaria*, II, pág. 657; MORELL Y TERRY, *Comentarios*, III, pág. 140; SÁNCHEZ ROMÁN, *Estudios*, VI-2, pág. 1291; ESPIN, *Manual*, V, págs. 233-234.

de legados, conforme, no sólo al artículo 885, sino a todo el sistema que centra este precepto, ha supuesto una reforma de este artículo del Código, al echar a aquél abajo; pero si estamos de acuerdo con ROCA SASTRE, al advertir la finalidad de esta reforma, para en la práctica llegar a coincidir, aunque sin extraer las consecuencias generales que él establece. Vamos a explicarnos. Hay que distinguir en la actuación del art. 83 del R. II. dos planos: el normal y el anormal; en el supuesto normal, no hay contradicción con el art. 885 del C. c. porque, o existe la autorización a favor del albacea (o del contador partidor, y entonces es albacea en este extremo), o no existe; en el anormal, viene a coincidir el fin previsto en la reforma del R. II. con la no actuación del art. 885 del C. c. por lo que respecta al heredero. Aludiendo a lo primero, ROCA SASTRE dice que "esta reforma es evidentemente práctica. Lo natural es que sean los propios herederos los que hayan de hacer entrega de los legados. Pero ya se ha dicho que la Resolución de 19 de mayo de 1947 se queja del poco interés que a veces los herederos tienen de aceptar ciertas herencias (si bien los legatarios cuentan con la *interrogatio in iure* que permite el art. 1.005 del C. c.) y que la de 19 de mayo de 1952 preconiza que de *lege ferenda* se arbitre una fórmula más sencilla para la entrega. Al testador le queda el recurso de facultar a un albacea para verificarla, pero el albacea según la Resolución de 7 de abril de 1906, no podrá proceder a dicha entrega sin que preceda la liquidación y partición de la herencia... Ante estas dificultades la fórmula del art. 83 del R. II. es buena desde el punto de vista práctico... Lo recomendable es que en los testamentos en que se ordenen legados y se designe contador-partidor, el testador faculte a éste para verificar la entrega". Pues bien, en estos casos no es que *padezca* el C. c., como entiende ROCA SASTRE, es decir, que se derogue (186), sino que no actúa, pues al no haber aceptado el heredero la herencia, no ha recibido la *posesión civilísima*, y de esta manera el legatario tiene un recurso más eficaz y rápido que el de la *interrogatio in iure* aludida.

En el segundo de los supuestos anormales considerados, cuando no existan herederos ni albaceas autorizados a la entrega, la doctrina ha intentado diversas construcciones que nos parecen artificiosas y discutibles. MORELL (187), MANRESA (188) y ROCA SASTRE (189), entienden que pueden acudir al procedimiento establecido en los arts. 2.056 y siguientes de la LEC.; pero esto ofrece una notable dificultad, y es que el artículo 2.056 de la LEC exige para ello, que los bienes sobre los que se reclama la posesión judicial han de estar inscritos, excluyéndose además que los mismos bienes se hayan adquirido a título hereditario. Más convincente es la opinión de MUCIUS SCAEVOLA, siguiendo a

(186) *Suplemento al Derecho Hipotecario*, págs. 57-58.

(187) *Comentarios*, III, pág. 141.

(188) *Comentarios*, VI, pág. 640.

(189) *Derecho Hipotecario*, II, pág. 610.

MANRESA (190), quien entiende que en estos supuestos, cuando nadie posee los bienes a título de dueño o de usufructuario, puede intentarse el *interdicto de adquirir* (art. 1.633 de la LEC) (191). Pero en todo caso, siempre cabe que el legatario, utilizando la facultad que le concede el art. 1.005 del C. c. se dirija contra los presuntos herederos abintestato, que no pueden faltar, pues siempre estará en último lugar el Estado (arts. 956 y siguientes del C. c.) y pedir, conforme al 1.020 que se nombre un administrador de la herencia, al cual incumbe, desde luego, de acuerdo con los arts. 1.026 y siguientes, el pago de los legados (192).

Vamos a referirnos, por último, al supuesto en que sea *otro legatario el obligado a la entrega* de la cosa legada. En este caso, aunque no lo diga el art. 885 del C. c., que se refiere sólo al heredero o albacea, parece que legatario obligado se halla lógicamente comprendido, al admitirse esta posibilidad por el art. 858 del C. c. Por otra parte, son de invocar en este supuesto todas las normas que, por analogía, sean aplicables. Hay que distinguir, no obstante, si el legatario gravado tiene ya la posesión de la cosa por haberla recibido del heredero o no. En el primer caso, habrá que reclamársela al legatario gravado (193), en el segundo, no creemos que se pueda pedir directamente al heredero, como entiende LOSANA en la doctrina italiana antigua, aun reconociendo que en la entrega debe intervenir el legatario gravado (194), ni tampoco cabe pensar, como cree RICCI, que esto puede plantearse en el caso de que el legatario gravado se la haya devuelto al heredero, porque éste no tiene por qué volver a recibirla (195); más lógico es entender que no habiéndola recibido el legatario gravado, el segundo legatario, pueda actuar subrogándose en las acciones del primero, o demandando al heredero y al primer legatario, según la diversa actitud en que éstos se encuentren. Para ello, la acción de que

(190) *Comentarios a la LEC*, VI, pág. 118.

(191) *Código civil*, XV, pág. 365.

(192) MORELL Y TERRY, *Comentarios*, III, pág. 141; MUCIUS SCAEVOLE, *Código civil*, XV, págs. 364-365, después de citar al C. c. portugués y a los autores del *Febrero reformado*, y de dar muchos rodeos, no llega a formularse con claridad esta solución. Para la misión del administrador en este sentido: GUTRAMA, *La administración de la herencia en el Derecho español*, Madrid, 1950, págs. 255 y ss. Bien es verdad, como dice MUCIUS SCAEVOLE, que: "si el heredero o legatario no acepta la herencia o el legado gravados (en el supuesto en que sea un legatario el obligado a la entrega), creemos que las mandas deberán satisfacerse por los albaceas, a no ser que el testador hubiera instituido a los primeros y señalándoles el referido gravamen con la condición de que *nadie más que ellos lo habrían de prestar*, en cuyo caso, claro es que el efecto cesaría con la causa que lo produjo, es decir, el legado se extinguiría por no haber quien legítimamente le entregara, y por virtud también, según lo dicho, de la intención del testador" (Ibid). En este caso la reserva hecha por el testador arrastra a la misma institución del legado, de manera que el legatario, en este caso, ni siquiera adquiere la propiedad.

(193) Así, RICCI, *Corso*, III, pág. 879; LOSANA, *Le successioni*, págs. 379-380.

(194) *Ibid.*

(195) *Ibid.*

dispone el legatario, aparte de la real *reivindicatoria*, que le compete como propietario de la cosa desde el momento de la muerte del testador, tiene la acción *ex testamento*, la cual, lo mismo que en el supuesto normal, es una acción personal, que se concede frente a determinadas personas obligadas a la entrega (*ex art. 885 del C. c.*) (196).

5) *Entrega de los legados de cosa específica y determinada: inmediatez del derecho a la entrega; formas de entrega.*

Hemos visto, anteriormente, cómo el legatario de cosa específica y determinada no puede tomar posesión de la cosa legada por su propia autoridad, teniendo que pedir su entrega al heredero. También hemos aludido, aunque de pasada, pues la cuestión no ofrece problema alguno, a las acciones que tiene el legatario como propietario de la cosa y para obtener la efectividad de su entrega. Habiendo desfilado ante nosotros, también, el *modus operandi* de toda esta actuación en los más diversos supuestos en que las cosas legadas puedan encontrarse y en relación con la diversa naturaleza que puede presentar el legado, indicándose a propósito de ellas los recursos y garantías de que puede disponer el legatario para llegar a la efectividad de su derecho, y entre tanto al aseguramiento del mismo. Por ello, no vamos a repetir aquí, de nuevo, lo que ya queda dicho y examinado, en aras de una sistemática, que aquí resultaría reiterante y pormenorizada, dado el reducido ámbito del tema objeto de nuestro estudio. Únicamente trataremos aquí, como final de este trabajo, de la *inmediatez* del derecho a la entrega y de las *formas* de entrega de los legados.

La *inmediatez* del derecho a la entrega se produce como en toda sucesión *mortis causa*, con las peculiaridades propias de este modo de adquirir, es, en este caso, una consecuencia inmediata de la conjugación de dos principios: el art. 882 del C. c., de una parte, que confiere al legatario el dominio de la cosa legada desde la muerte del testador, lo que viene a ser una réplica o aplicación concreta del artículo 657 del C. c., como se deduce claramente del artículo precedente (el 881 del C. c.); y los arts. 988 y 989 del C. c. por otra, ya que, aun adquirido ese derecho de propiedad desde la apertura de la sucesión, no podrán instar su entrega mientras la herencia no haya sido aceptada, en los supuestos normales, se entiende, pues hasta tanto no existen personas obligadas a dicha entrega. Así, el art. 1.025 del C. c., dispone, que durante la formación de inventario y el término para deliberar, los legatarios no podrán demandar el pago de los legados; y como esta entrega se realiza a través de la posesión que recibe el heredero del caudal relicto, el propio art. 440 viene a ser una confirmación de esta conjugación de principios al condicionar, lógicamente, a la aceptación la adquisición hereditaria de la posesión. Pero superado

(196) MUCIUS SCARVOLA, *Código civil*, XV, págs. 362 y ss.

este necesario *a priori*, el legatario podrá pedir en cualquier momento la entrega de su legado. Así viene a reconocerlo la jurisprudencia; aunque no se hayan realizado las operaciones particionales o liquidado la sociedad de gananciales (197).

Vamos, por último, a ocuparnos de las *formas de entrega* de los legados. Para ello, en primer lugar, advertimos, siguiendo a MANRESA, que hay que tener presente las formas de tradición, aunque aquí no se trate de propia tradición (198), que a propósito de la compraventa establece el C. c. en los arts. 1.462 y 1.463 (199), pero esto no es más que expresión de la forma técnica de llevar a cabo la entrega; para hacer una clasificación general conviene tener en cuenta otras circunstancias. Así, y remitiéndonos a los que anteriormente se han tratado podemos ofrecer el cuadro de supuestos siguiente:

a) *Por la forma técnica utilizada*: la entrega puede ser *real* e incluso manual cuando se trate de bienes muebles; *simbólica*, mediante la entrega de las llaves donde las cosas muebles se hallen guardadas, o del resguardo o recibo de depósito o consigna donde se encuentren; *instrumental*, mediante escritura de entrega (conforme lo que determina el art. 83 del R. H.) (200), u otra forma análoga, todo ello de acuerdo con lo previsto en el art. 1.462 y en el 1.463 del C. c. para la tradición, lo que aquí puede aplicarse con evidente analogía (201).

b) *Por la forma técnica impropia utilizada*: cuando tiene lugar una entrega *tácita*, que no es propiamente entrega, sino ocupación por otro tolerada por quien debe entregar, y que tratándose de inmuebles tropieza a veces con las dificultades que anteriormente hemos indicado. No puede admitirse en cambio una forma de entrega

(197) Así, ya la Sentencia de 11 de noviembre de 1913, en un supuesto en el que el obligado a la entrega era el albacea, criterio que reitera, en general, la de 3 de junio de 1947, y posteriormente, la anteriormente citada de 17 de abril de 1959, pues ya decía a este respecto la Resolución de 12 de noviembre de 1927, planteándose que si no tiene lugar la entrega voluntaria se podrá exigir judicialmente y el Juzgado obligar a ella mientras no se presuma un conflicto, ya que los intereses del legatario en otro caso son independientes de la liquidación del caudal hereditario.

(198) Esto parece evidente, a ello ya hemos aludido con anterioridad (V. ROCA SASTRE, *Derecho Hipotecario*, II, pág. 607, núm. 2, lo caracteriza como mera *puesta en posesión*).

(199) *Comentarios*, VI, pág. 650.

(200) Antes de la última reforma del Reglamento Hipotecario, se daba por supuesta a pesar del silencio de la Ley Hipotecaria y del Código civil, como hemos visto hacían los hipotecaristas más destacados y como entendía la generalidad de la doctrina, las resoluciones de la DGRN y la propia jurisprudencia. Entre las obras prácticas, ZARZOSO, *Instrumentos públicos*, Madrid, 1887, págs. 326-327.

(201) Este acto de entrega es un acto de mera ejecución que tiene su causa en el testamento y en la apertura de la sucesión, no siendo precisa la aceptación expresa del legatario, por que no es un donatario, sino su mera concurrencia para hacerse cargo de la entrega; por eso ZARZOSO, *Ibid.* le considera como unilateral.

presunta, aun cuando haya fallecido el heredero y la cosa legada se halle en poder del legatario como ya hemos indicado.

c) *Por la naturaleza del acto en que tiene lugar*: independiente y específico (entrega real o simbólica), cuando tiene lugar *ex proceso*; o en la *partición* misma concurriendo los legatarios (202) o en la escritura de *manifestación de herencia*, cuando se trate de heredero único.

d) *Por las personas obligadas a la entrega*: supuesto *normal*, los herederos (y aun los herederos de los herederos) y el albacea autorizado para ello (en contra de la redacción literal del art. 83 del R. H.) o aun el *contador partidor*, que también tenga la condición de ejecutor testamentario y fuese autorizado al efecto (única interpretación posible del art. 83 del R. H.); o en fin, otro *legatario* gravado a su vez con el legado (art. 858 C. c.); supuestos *anormales*: 1) cuando no se haya aceptado ni repudiado la herencia, el legatario puede acudir al albacea o contador partidor que tenga la condición de ejecutor, autorizados para entregar (art. 83 del R. H.); o utilizando la *interrogatio in iure* del art. 1.005, solicitar conforme al 1.020 el nombramiento de *administrador judicial de la herencia*, el cual, de acuerdo con el 1.026, todos del C. c., puede entregar los legados; 2) cuando no existan herederos testamentarios ni albaceas, por el camino anteriormente indicado, podrá el legatario obtener la entrega del *administrador* o de los herederos *abintestato*; o cuando nadie posea los bienes a título de dueño o de usufructuario, del Juzgado, por medio del *interdicto de adquirir* (art. 1.633 de la LEC.).

e) *Por la forma de verificarla estas personas*: entrega *voluntaria*, cuando la hacen los obligados sin coacción alguna por cualquiera de los procedimientos indicados, bien que tratándose de inmuebles el legatario tiene derecho a que se le haga en forma adecuada (203) para inscribir su derecho; a ésta se opone la *entrega judicial*, que tiene lugar en trámite de ejecución de sentencia, en la que se condene al heredero a efectuar escritura de entrega, en los supuestos normales. En los anormales, mediante la forma directa o indirecta que corresponda en cada caso (autorizando o aprobando la entrega del administrador judicial o sentencia interdictal).

f) Cuando el legatario se halle en posesión de la cosa legada por otro concepto, debe procederse a la entrega *brevis manu* y hacerse en escritura pública cuando se trate de inmuebles, como anteriormente hemos visto.

(202) Así MORELL y TERRY, *Comentarios*, III, pág. 141; ROCA SASTRE, *Derecho Hipotecario*, II, pág. 608, nota 4; GÓMEZ LLANA, *Particiones hereditarias*, II, Madrid, s/d., págs. 275 y ss.; cuando el contador partidor que es también comisario, hace la entrega: Sentencia 24 de marzo de 1928.

(203) Esto es una accesoriedad de la obligación de entrega que resulta indiscutible, y este supuesto debe quedar comprendido en la enumeración abierta, *ad exemplum* y no taxativa, que hace el artículo 886 del C. c., y por analogía de lo dispuesto en el artículo 1.464 del mismo.