

Perspectiva histórica de las cautelas testamentarias de opción compensatoria de la legítima (*)

JUAN VALLET DE GOYTISOLO

Notario

SUMARIO: I. *Planteamiento*: ¿En qué consisten las cautelas testamentarias de opción compensatoria de la legítima.—II. Denominaciones aplicadas a estas cautelas: *Socini, Gualdensis, Durantis, Angeli, Decii, Cumani*.—III. Origen de esas cautelas y sus diferentes aplicaciones y fórmulas.—IV. Soluciones que la Historia del Derecho y el Derecho comparado ofrecen para los supuestos de atribución *mortis causa* de mayor *quantum* y menor *quale* de lo debido por razón de legítima.—V. ¿Son necesarias las cautelas testamentarias expresas de opción en compensación de la legítima, para que el legitimario no exija acumulativamente el mayor *quantum* además del *quale* a que tiene derecho? A) Supuestos admitidos de compensación forzosa del mayor *quantum* con el menor *quale*. B) Supuestos de opción forzosa *ex iure*.—VI. ¿Son lícitas, válidas y eficaces esas cautelas? A) *Objeciones a su validez*: a) Objeciones de carácter general. b) Objeciones a los supuestos en que la cautela esté formulada como una sanción o imposición de pena, que priva del exceso sobre la legítima atribuido testamentariamente al legitimario que no acepte un gravamen sobre su legítima. B) Argumentos esgrimidos a favor de su validez. C) Cuestiones que suscita la aplicación de estas cautelas al tercio de mejora.—VII. Las cautelas de opción compensatoria de la legítima en el Derecho positivo y la Jurisprudencia española.—VIII. Requisitos para la eficacia de estas cautelas. A) Atribución al legitimario de un mayor *quantum* del legalmente debido al mismo. B) Expresa imposición del gravamen incluso sobre la legítima. C) Imposición expresa por el testador de la absoluta incompatibilidad de reclamar la legítima y recibir, además, lo atribuido *ultra legítima*. D) Aceptación por legitimario por la atribución testamentaria con su gravamen.—Supuestos: a) de aceptación de legado en lugar de la legítima o de prelegado; b) de aceptación de mayor cuota hereditaria.—¿Cabe señalar plazo para ejercitar la alternativa?—¿Cabe aceptar con reservas?—Planteamiento actual de estas cuestiones.

(*) El presente trabajo reproduce el discurso de su autor en su recepción en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación el 27 mayo 1963, y es síntesis de otro más amplio a publicar en los volúmenes conmemorativos del centenario de la Ley Orgánica del Notariado.

Todo el Derecho, arte de lo justo, se mueve entre dos fuerzas flúidas que continuamente se interfieren y entran en conflicto: La libre voluntad del sujeto y lo prohibido normativamente. En Derecho sucesorio esta pugna es especialmente simple: De una parte, la voluntad del testador es la ley de su sucesión. De otra, hay ciertas instituciones ante las cuales esta voluntad se estrecha: las legítimas, las reservas, la ineficacia de las condiciones imposibles, inmorales o ilícitas, y otras instituciones de las cuales aquélla no puede salirse si quiere tener cauce adecuado: las formalidades testamentarias.

En la frontera indecisa y fluctuante entre la voluntad del testador y las legítimas es donde vamos a situarnos en este estudio. Zona polémica en la cual el interés y la voluntad del legitimario pueden resultar decisivos a favor del predominio de la intención del causante y del repliegue elástico de las normas prohibitivas, que —en definitiva— solamente están orientadas a proteger el interés del propio legitimario.

En el fondo es ésta la mecánica de las cautelas de compensación legitimaria.

Las legítimas tienen cuantitativamente y cualitativamente fijado su contenido por la norma. Tienen predeterminado *quantum* y *quale* (1). Siendo así:

¿Puede el testador ofrecer mayor *quantum* a cambio de merma en el *quale* legitimario? ¿Puede ofrecer al legitimario una opción para que éste elija el *quantum* y el *quale* mínimos prefijados o bien un *quantum* mayor con gravamen en el *quale*? ¿Podrá, en estos casos, el legitimario a quien se planteen estas elecciones salirse fuera de los términos únicos que tiene esta alternativa de la cual se le hace único árbitro? ¿Le queda o no, además, la posibilidad jurídica de elegir una *tertía via media*, aunque el testador no se la haya brindado ni la haya querido?

He ahí la cuestión que vamos a tratar...

Pero antes de entrar propiamente en ella creemos conveniente hacer dos breves observaciones semánticas y otra histórica.

(1) La distinción entre gravamen de la legítima *in quantitate et in qualitate* ya la hallamos en el siglo xv en Bartolomé Salyceto (In secunda super III et IV Codicis partem". Lib. III. Tit. *De inoff. testamen.*, l. *Quoniam in prioribus*, núm. 8 (cfr. ed. 1541, fol. 140), quien la remite al boloñés de principios del siglo xiv, Iacobus Butrigarius, maestro de Bartolo, *in quodam consilio*. En el siglo xvi hallamos la misma distinción en los autores castellanos Rodrigo Suárez («Repetitio legis Quoniam in prioribus". Ampl. X, núms. 8, 47 y 48 —cfr. Opera Omnia, ed. postrima Douaci, 1614, págs. 413, 425 y sigs.); Jacobo Valdés (*Aditio* a los citados textos de Rodrigo Suárez, Ampl. X, núm. 48, letra P, ed. cit., pág. 438) y Juan del Castillo Sotomayor («Quotidianorum Controversiarum Iuris», lib. V, *De Coniecturis et Interpretatione Ultimarium Voluntatum*, cap. CVII, núms. 60 y 66 y sigs.—cfr. ed. Nova, Colloniae Allobrogum, 1752, págs. 753, 772 y sigs.). Recientemente ha sido redescubierta por Domenico Barbero («L'usufructo e i diritti affini"—Milán, 1952—, núm. 98, I, págs. 394 y sigs.).

I

La primera se refiere a la denominación enunciada: “cautelas de opción compensatoria de la legítima”.

La palabra “cautela”, según el Diccionario de la Real Academia Española, puede significar: “Precaución o reserva con que se procede”, o bien: “Astucia, maña y sutileza para engañar”. Esa duplicidad de significado nos indica la existencia de dos clases de cautelas y nos inicia en la posibilidad de una problemática para clasificar, en una u otra especie, las cautelas que se establezcan.

La misma dualidad es observada por Brugi (2) al distinguir las genuinas y leales cautelas a las malévolas y frívolas. Las cautelas —dice— son enseñanzas de los juristas en torno al modo de concluir prudente y exactamente los actos jurídicos o de escapar a las consecuencias demasiado rigurosas de los principios de derecho. “La importancia de las cautelas —explica— deriva del hecho mismo de que interpretar las normas jurídicas, más en su espíritu que en su letra, es arte difícil, no al alcance del vulgo. Se puede..., con laudable fraude de la letra de la ley, salvar su espíritu y hacer triunfar la equidad... La cautela es, pues, un arma de doble filo, puesto que utilizada en fraude de la ley puede conducir a los astutos o a los deshonestos a conculcar las prohibiciones de ésta, aun fingiendo respetarla.”

De las cautelas malévolas en fraude de la ley se ha ocupado nuestro querido maestro Federico de Castro (3).

A nosotros lo que específicamente nos interesa es precisar el concepto genuino de las que intitula cautelas leales. “Cautela —hemos dicho siguiendo nuestro Diccionario— es precaución y reserva con que se procede.” Según el mismo Diccionario, “Precaución” es: “Reserva, cautela, para evitar o prever los inconvenientes, embarazos o daños que puedan temerse”; y “Reserva”, en el sentido que aquí nos interesa, es: “precaución [de una cosa] para que sirva a su tiempo”. “Buena cautela” —también según el Diccionario en la voz Cautela— es: “igual a buen consejo, referencia que recomienda prevenirse con tiempo de los daños que puedan sobrevenir”.

Tratamos aquí de precisar qué precaución, qué prevención, es la que caracteriza las cautelas de compensación legítima y cuál es el daño o inconveniente que con ellas quiere prevenirse y contra el cual se quiere precaver.

Hemos anticipado antes que las legítimas tienen predeterminado su *quale* y su *quantum*, y que el testador puede querer disponer a

(2) Biagio Brugi, voz “Cautela”, en “Il Digesto Italiano”, vol. VII (Turín, 1887-1896), pág. 657.

(3) Federico de Castro y Bravo, “Derecho Civil de España”, Parte General”, vol. I, parte V, cap. I, 3 a (cfr. 3.ª ed., Madrid, 1955, pág. 603). De ese tipo es la cautela —tal vez la más antigua conocida— relatada por Odofredo, al explicar el Codex I-II, 1 § 1.º, pág. 7 A, aconsejando no utilizarla para no poner en riesgo la salvación del alma (cfr. Nino Tamassia “Odofredo”—Bologna, 1894—, pág. 54, y Biagio Brugi al comentar esta obra de Tamassia en “Archivio Giuridico”, vol. LIV, año 1895, pág. 105).

favor de un legitimario de un *quantum* mayor pero con gravamen en el *quale*. La cautela de aquél, en este caso, consiste en evitar que éste reciba ese exceso cuantitativo sobre el *quantum* legalmente exigido y, a la vez, reclame todo el rigor del *quale* preñado por la norma. Es decir, que, en suma, quede más beneficiado de lo que la ley exige al testador y en mayor grado de lo que éste quiso. En otras palabras: se trata de prevenir la posibilidad de que el legitimario obtenga una suma total mayor que la exigida por la ley y de la querida por el causante.

Para ello cabe en lo previsible que éste conceda una opción a aquél para elegir aquello que estrictamente la ley le garantiza como un mínimo forzoso, o bien contentarse con recibir lo que el testador le ofrece, aumentando en el *quantum* y reduciendo en el *quale*.

Pero, ¿es necesario recurrir a esa cautela para evitar aquella acumulación no querida por el testador ni exigida por la ley? Si tal compensación del exceso en el *quantum* con el defecto del *quale* no opera *ex iure*, ni la elección entre uno y otro término es exigida expresamente por la ley o tácitamente por el ordenamiento jurídico, entonces su previsión por el testador será necesaria para evitar aquella acumulación.

Reconocida su utilidad, aún cabe preguntar si será posible su empleo y si no resultará éste antijurídico. Y, en caso de ser válido: ¿a qué requisitos deberá acomodarse su disposición?

He ahí las preguntas que tendremos que contestar para cumplir la tarea que acometemos.

Esta delimitación de las *cautelas de opción compensatoria de las legítimas* precisa nuestro tema. Quedan fuera de él, por consiguiente, aquellas cautelas dirigidas a impedir toda impugnación del testamento o de las ventas simuladas por el testador, o cualquier intervención judicial, o bien la impugnación de la partición hecha por el mismo testador o encomendada a los contadores, partidores o comisarios, o de la verificada conjuntamente de los bienes del testador y de su cónyuge por ambos o sólo por aquél. En los primeros de estos casos no puede hablarse propiamente de compensación legitimaria, pues no se impone sustancialmente gravamen en el *quale legitimario*, sino que nada más y nada menos se exige que sea aceptada una *incertidumbre* cuantitativa a cambio de no perder el posible exceso relicto por encima de la legítima. En los segundos se trata de que sea aceptado un determinado acto particional bajo pena de perder la liberalidad atribuida: tampoco hay, pues, propiamente compensación de *quale* por *quantum* legitimarios. Prueba lo que decimos el hecho de que estas cautelas se suelen imponer tanto a los herederos que son los legitimarios como a los que no lo son (con la única particularidad de que, a diferencia de los demás herederos, a los legitimarios —como es sabido— no cabe privarles de su legítima sin justa causa de desheredación, circunstancia esta última que ha contribuido a que algunos hayan confundido estos supuestos con los que tratamos de estudiar).

II

Modernamente se engloban semánticamente todas las cautelas objeto de nuestro estudio —e incluso, por algunos, las que hemos excluido de él— bajo la denominación genérica de *cautela Socini* o *sociniana* (4). Así lo hizo Gluck (5) y era habitual en el siglo XVIII. De-

(4) V. gr., en Alemania: Mühlenbruch, "Doctrina Pandectarum" (ed. Nova, Bruselas, 1838), § 680, núm. 3; Arnsts, "Trattato delle Pandette" (vers. italiana de Filippo Serafini—Bologna, 1875—, vol. III, § 595, pág. 309); C. Maynz, "Curso de Derecho Romano" (trad. española de Antonio José Pou y Ordinas, Barcelona, 1888), t. III, § 391, nota 25, pág. 418; Windscheid, "II Diritto delle Pandette" (vers. italiana con notas de Fadda y Bensa, Turin, 1925), § 582, pág. 256, nota 4; Rodolfo Sohm, "Instituciones de Derecho romano" (trad. española de W. Rocas, Madrid, 1928), núm. 99, pág. 654, nota 1; Julius Binder, "Derecho de Sucesiones" (trad. española con notas de Lacruz Berdejo, Barcelona, 1953), § 32, II, pág. 299; Theodor Kipp, "Derecho de Sucesiones" (trad. española con estudios comparativos de Roca Sastre, Barcelona, 1951), vol. II, § 132, I, pág. 311.

En Suiza: Ernest Roguin, "Traité de Droit Civil Comparé", "Les successions", vol. IV (París, 1912), núm. 2.425, pág. 627.

En Italia: Filippo Serafini, "Instituciones de Derecho Romano" (7.ª vers. española de Juan de Dios Trías, Barcelona, s. f.), § 196, nota 12, pág. 389; B. Brugi, "Digesto...", *loc cit.*, pág. 659; Césare Losana, "Successione testamentaria", en "Il Digesto italiano", vol. XXII, parte 4.ª, núm. 358, págs. 154 y sigs.; Vittorio Polacco, "Delle Successioni" (2.ª ed., Milano, 1937), vol. I, pág. 264; Leonardo Coviello, "Successione legítima e necessaria" (2.ª ed. revisada y puesta al día, Milán, 1938), cap. XXIX, § 4.ª, pág. 321; Walter D'Avanzo, "L'abbandono del legittimario nella "cautio" sociniana e la necessità dell'atto scritto se a per oggetto beni immobili", en *Giurisprudenza Italiana*, vol. XC (1938), columnas 145 y sigs.; Nicola Stolfi e Francesco Stolfi, "Il nuovo Codice Civile Commentato", lib. II, "Delle Successioni e Donazioni" (Napoli, 1941), art. 96, pág. 145; Ludovico Barassi, "Le successioni per causa di morte" (3.ª ed., Milano, 1947), 97 bis, págs. 274 y sigs.; F. S. Azzariti, G. Martínez, G. Azzariti, "Successioni per causa di morte" (2.ª ed., Padova, 1948), núm. 123, pág. 197; Francesco Messineo, "Manuale di Diritto Civile e Commerciale", III-II (Milán, 1952), 200, núm. 6 A, pág. 358; Domenico Barbero, "Sistema Istituzionale del Diritto Privato Italiano" (5.ª ed., Torino, 1958), núm. 1.107, t. II, pág. 1008; Carlo Giannattasio, "Delle Successioni", lib. II, t. I (Tarino, 1961), art. 550, núm. 13, pág. 927.

Como luego veremos (nota 6), en el siglo XVII el Cardenal de Luca nos dice que era de uso vulgar la denominación de *cautela Socini*. También en el mismo siglo vemos esta denominación en el Cardenal Carlos Leopoldo Calcagninus ("De variatione ultimae voluntatis, Trebellianica veriusque etiam ad Feudalem materiam Observationibus", Disc. LV, núm. 21 (ed., Roma, 1746).

En Alemania, en el siglo XVIII era general entre los juristas esa denominación, como prueban los títulos de las siguientes obras que nos cita Glück: Wern. Franc. Corn. Setels (Grollmann), "Dis. de iure circa cautelam Socini" (Giessae, 1707); von Cramer, "Progr. de cautela Socini abundante", en "Opuscul.", vol. II, núm. 23 (Marle, 1741); Just. Friol. Runde, "Prog. de usu longoevo cautela, quem vocant Socini, ante ipsum Socinum" (Cassel, 1776); Heinrich Wilhelm Koch, "Ueber die socinische Cautel" (Giessen, 1726).

En España, la denominación Cautela Socini o sociniana es muy reciente. Pese a que —como luego veremos— las cautelas de compensación legitimaria son de muy antiguo conocidas en nuestro país, así como las opiniones de Angelo, Durantes, Decio, Socino, etc., no es menos cierto que no hemos hallado ningún autor anterior al siglo actual que emplee tal denominación ni otra es-

nominación que hallamos en el siglo XVII en el *Theatrum Veritatis et Iustitiae* del Cardenal de Luca. Pero este autor afirmó que dicha cautela era debida a Angelo en su comentario del § *Prohibemus* de la *Authentica de triente et semisse* y al *Arte testandi* de Durantis (6). Y, en el mismo siglo XVII, Merlino (7) y Tonduti (8) hablan de la *cautela Angeli*.

En el siglo pasado, Richeri (9), en su "Jurisprudencia Universal", habló de la *cautela Gualdensis*. "quo passim Socino tribuuntur, atque ideo Socini etiam cautela appellantur". Esa denominación de *cautela Gualdense* es más antigua, pues la hallamos en el siglo XVI en Marcus Antonius Eugenius Perusino (10), que compara el caso dictaminado por Decio y la cautela "tradita por modernum Gualdensem".

pecífica. Los primeros en utilizar aquel nombre entre nosotros, salvo error u omisión, han sido: Tomás Fontova y Esteva, "La ilegítima dels fills a Catalunya", en *Rev. Jurídica de Catalunya*. XX (enero-febrero 1915), pág. 133; José Pella y Forgas, "Código civil de Catalunya", t. III (Barcelona, 1918), art. 813, págs. 266 y sigs.; Antonio M.^a Borrell i Soler, "Dret civil vigent a Catalunya", V-2.º (Barcelona, 1923), § 504, págs. 418 y sig. La denominación se ha generalizado en nuestra doctrina después de nuestra última guerra, alternando algunos la expresión *cautela socini* con las de *cautela angélica* y *cautela gualdense*.

Muchos autores dan un sentido genérico a estas cautelas. Significado amplísimo ya que en el siglo XVIII vemos en Agustín Leyser ("Meditationes ad Pandectas", Specimen XCIII, medit. III, ad Lib. V, tit. II.—ed. Nova, Frankenthalii, 1778—, vol. II, págs. 301 y sigs., y Specimen CCCXCVI ad Lib. XXXIV, tit. VI, medit. III, vol. III, pág. 941), pues en su ámbito coloca la finalidad de impedir la querrela contra el testamento, supuesto respecto al cual argumentó él en contra de la licitud y validez de la cautela.

(5) Federico Glück, *op. cit.*, lib. V, tit. II, 546, págs. 419 y sigs.

(6) Cardenal Juan Bautista de Luca, *Theatrum veritatis et Iustitiae*, lib. II, parts. III, "De legitimæ, trebellianicæ allisque detractionibus", disc. XVIII (ed. Venezia, 1716, vol. VI, págs. 274 y sig.), núms. 1 y 4. Notemos que De Luca escribe *Socino* (con dos *c* y no *Socino* con sólo una; falta en la que también incurrió el Cardenal Calcagninus, antes citado). La misma denominación de cautela Socini y atribución a Angelo, en su comentario al § *Prohibemus*, hallamos a primeros del siglo XVIII en Francisco Antonio Bonfinio, "De Jure Fideicommissorum magis controversis disputationes præcipuae", tit. IV, disp. CXLV, núm. 9 (cfr. ed. Venetiis, 1741, t. II, pág. 204).

(7) Mercurial Merlino, "De legitima tractatus absolutissimus" (ed. Genevae, 1652), lib. III, tit. III, Quaest. VIII, núm. 9 (pág. 357): "quando testator utitur cautela ab Angelo tradita..., quod scilicet ponet in potestate filii accipere hereditatem cum onere, et in casu quo legitimam sine onere velit: quod a residuo privet".

(8) Petrus Franciscus de Tonduti Sanlegeri, "Quaestionum et Resolutionum Canoniarum et Civilium", vol. II (ed. Lugduni, 1657), pars. II, cap. CLXVI, núm. 5 (pág. 145): "Immo si pater usus fuerit debite cautela, cuius authorem faciunt Angelum, nequidem ipse filius poterit impugnare onus legitimæ iniunctum, si simul paternam dispositionem approverit."

(9) Richeri, "Universa Civilis et Criminalis Jurisprudencia" (2.ª ed. torinese, Torino, 1827), tomo VII, § 284 (pág. 74).

(10) Marcus Antonius Eugenius Perusino, "Consiliorum seu Responsorum", lib. I, (Perusa, 1588), Cons. XXXVIII, núm. 12 (fol. 112). En los números 7 y 8 habla del *casus Decii*, en los 10 y sigs. del supuesto de la cautela *tradita per modernum Gualdensem*.

A primeros del siglo xvii, Jo. Franciscus Andreolus (11) había ofrecido una más exacta bipartición de las cautelas: la cautela *Cumani* y la *Durantis* (el *Gualdense*).

Tenemos, pues, varias designaciones: cautela *Socini*, cautela *Angeli*, cautela *Durantis* o *Gualdensis*, cautela *Cumani* y el caso *Decii*. ¿Significan todas ellas lo mismo?

Sabemos que hoy se da a la denominación cautela *Socini* un significado amplísimo. Pero, ¿corresponde a lo que realmente fue esa cautela?

Digamos que el *casus Decii* y la cautela *Socini* se identifican, según luego veremos: que, en cambio, Eugenius Perusino y algún otro autor separaron, por algunos efectos, ese caso o cautela de la de *Durantes* o *Gualdense*, y que Andreolus distinguió ésta de la *Cumani*.

La cautela *Angeli*, de los comentarios de Angelo degli Ubaldi (12) al § *Prohibemus* de la *Authentica de Tridente et Semisse*, es algo muy distinto. Se trataba de compensar el mayor *quantum* de la nuda propiedad de la parte libre con el menor *quale* de la legítima, gravada con el usufructo universal generalmente del cónyuge viudo. Pero de compensarlo sin opción para el legitimario, faltando en ella la alternativa puesta a disposición del legitimario que caracteriza las cautelas de que tratamos.

III

Pero, ¿en qué consisten esas cautelas?. ¿cuál es su origen?, ¿cuáles son sus diferencias?

Gluck (13) explica que el inventor de la que llama cautela *Socini* fué el noble florentino Nicolaus Antenoreus (14), que la puso en su testamento, y que prueba que era habitual antes de Socino la referencia que éste hace al *Imolense* y el testimonio del Cardenal de Luca a Angelo y *Durantes*. De estas citas hemos visto que es una pista falsa la de Angelo en sus *Authenticas*, y es también falsa la pista de Juan de Imola, pues el texto del mismo, que cita Socino (15) y que hemos

(11) Io. Franciscus Andreolus, "Controversiarum Forensium", pars. III, Contr. CCL, núms. 6, 7 y 8, pág. 88 (Venecia, 1662).

(12) Angelo degli Ubaldi, "In Authenticorum Volumen, aurea ac peregrina Commentaria", Colla III, tit. V, *De tridente et semisse*, verb. *Prohibemus*, núm. 5 (ed. Venecia, 1580, fol. 14).

(13) Glück, *loc. cit.*, pág. 420.

(14) Parece muy aventurado señalar al testador Nicolaus Antenoreus como inventor de la cautela en cuestión. Es más probable que la solución fuese propuesta por el Notario o Abogado (tal vez el mismo Nicolás, "eximius doctor et advocatus Florentinus", citado en el *casus* del Consilium CXXII de Socini, como el primero que dictaminó sobre el testamento en cuestión) o jurista que diese forma a su voluntad, y posiblemente éste conocería algún *arte testandi*, anterior al de *Durantes*, el *Gualdense*, del que luego nos ocuparemos.

(15) La cita que Mariano Socino el joven ("Prima Pars Consiliorum"—ed. Lugduni, 1550—, Consil 122, núm. 24, fol. 235 vto.) hace de Juan de Imola (comentario a la ley final. Dig. XXVIII-VII, col. 7.ª, vers. *Fecit optime*)—texto del cual nos ocuparemos más adelante—no se refiere al uso de cautela alguna,

consultado (16), plantea un supuesto de compensación automática que termina por rechazar. La de Durantes el Gualdense (17) es cierta, pero es de notar que tanto éste como Socino el joven (18) citan ya a Philippo Decio, Medionalensis (19).

Hemos procurado, en dos años de buscar viejos textos, profundizar esta cuestión y vamos ahora a ofrecer la síntesis de nuestra investigación.

En el siglo XIV los hermanos Baldo y Angelo degli Ubaldi hacen ya referencia a las cautelas que nos interesan en textos muy poco conocidos.

Hemos desechado como cautela de compensación legitimaria la de Angelo en su indicado comentario a las Authenticas, pero, en cambio, una cita que de él hizo el autor del siglo XV, Nicolás Boerio (20), destacando su olvido, nos ha llevado al comentario del propio Angelo (21) a la ley *Quotiens*, del título *De fideicommissis* del *Código* (VII-XLII, 11), donde relató que en Perusa era costumbre, practicada por los padres acaudalados de hijos disolutos, disponer que si éstos incumplieren su prohibición de enajenar bienes inmuebles antes de cumplir determinada edad, se adjudicarían dichos bienes a iglesias u hospitales.

Baldo (22), al comentar la ley única del título "*De his quae poenae nominatim in testamento vel codicillis relinquuntur*" (Cod. VI-XLI, 1), admitió la validez de la disposición dirigida al heredero: "*non molestare uxorem in quodam legato, et si molestaverit privavit eum hereditariae*". Ciertamente que no aclaró si se trataba de un heredero forzoso o voluntario, aunque, dada la solución—pérdida de toda la herencia—, debía tratarse de un heredero voluntario; pero al parecer nada empuja a que igual solución se aplicara a un heredero forzoso en cuanto a la parte disponible, si para este supuesto y en cuanto a dicha porción le hubiese sido nombrado sustituto, o si tuviese algún coheredero que no

sino a la compensación *ex iure* de recompensa y gravamen. He ahí la referencia escueta que Socino hace—en su dicho texto— a la opinión de Imola: "*dum dicit quod propter recompensationem quis aliquando non dicitur gravari: ubi alias diceretur gravatus*".

(16) Iohannes de Imola, "Lectura super prima parte Infortiati", tit. *De conditionibus institutionum*, l. final, "Si filius sub condicione" (XXVIII-VII, 28), cols. 10 y sig. (cfr. ed. Venetiis, 13 septiembre 1475).

(17) Jo. Guilielmus Durantes, Gualdense, "De arte testandi et cautelis ultimorum voluntatum tractatus", tit. V, Cautela XXXI, núm. 6 (cfr. ed. Roma, 1540, fol. LXVI vto.).

(18) Socino iniore, *op. y consil. cits.*, *Casus*, fol. 234.

(19) Philippus Decius, Medionalensis, "Volumen Quintum Consiliorum", cons. 687, núm. 2 (cfr. ed. 1536, fol. 41 vto.).

(20) Nicolaus Boerius, "Decisiones Aureae", pars. I, Quaestio LXXXVII, núm. 7 (cfr. ed. Lugduni, 1547, vol. I, fol. 240 vto.), donde dice "et de hoc dicto Angeli in quo multum haesito, nullus modernorum in dicta l. *quotiens* facit mentionem".

(21) Angelo degli Ubaldi, "In Codicem Commentaria", tit. *De fideicommissis*, lex *Quotiens* (Cod. VI-XLII, 11) (cfr. ed. Venetiis, 1579, fol. 172).

(22) Baldo de Ubaldi, "Commentarium in Sextum Codicis Libris", tit. XLII, Lex única, núm. 43 (cf. ed. Lugduni, 1585, fol. 150).

incurriera en la pena. Pero hay otro texto de Baldo (23) que puede aclararnos su pensamiento. Se trata de un texto muy poco conocido, pues se halla en su comentario a la ley 1.^a del título *De iure fisci* (Cód. X-I), que hemos encontrado impensadamente a través de una cita de Rodrigo Suárez (24) refiriéndolo al legado dejado bajo la condición de no reclamar suplemento de la legítima. Sin embargo, creemos hallar algo más en él, pues a continuación trata del gravamen de restituir lo relicto, y concluye que debe rechazarse la condición puesta a la atribución de la legítima, pero que no debe ser rechazada la revocación de la disposición del legado ordenado por el testador para el caso de rechazarse la condición o la restitución respecto a la legítima.

A principios del siglo xv. Raphael de Raymundis, conocido por Cumanus o Comensen, en sus *Consilia* XXV (25) y LII (26) y en su comentario al § *Cum filio* de la ley *Coheredi* (27), planteó una cautela, a través, simplemente, de la cláusula "*omni meliori modo*" en función cautelar. El hijo era instituido heredero universal y gravado con restitución fideicomisaria universal, prohibiéndole la detracción de legítima y trebellianica, y ordenándose que la disposición valiera del mejor modo que valer pudiese. Según Cumanus, si el hijo infringiere la disposición o sus herederos pretendieren detraer su legítima o la trebellianica, debía restituirse al fideicomisario no sólo la parte libremente disponible por el testador, sino los frutos producidos por ésta hasta el montante de la legítima. Si tales frutos hubiesen sido consumidos, sería preciso satisfacer su valor en metálico y, de no haberlo, con los bienes de la legítima. El problema de esa compensación dió lugar a críticas de la cautela *Cumani* por Alejandro de Imola (28), Ripa (29), Ruínus (30), etc.

Por eso mismo Carolus Ruínus (31), que acabamos de citar como contradictor de Cumanus, a mediados del siglo xv nos ofrece otra cautela. A su juicio, no se puede imponer privación alguna de la porción disponible a quien no acepte el gravamen de restituir o no enajenar los

(23) Baldo de Ubaldis, "Ad. Lib. X Codicis", "Tit. *De iure fisci*", Lex I "*Si prius*", núm. 34, vers. *Item ponit* (ed. cit., vol. "In VII, VIII, IX, X et XI Cod." fol. 672).

(24) Rodrigo Suárez, *loc. cit.*, núm. 47 (pág. 425).

(25) Raphael de Raymundis, Cumanus, "*Consilia*", Cons. XXV (cfr. ed. Brixiac, 1940, fol. 15).

(26) Cumanus, *op. cit.*, Consil. LII (fol. 25, ed. cit.).

(27) Cumanus, "*Commentatione in primam Infortiatum partem*", Tit. *de vulg. et pupill.* (XXVIII-VI), 1. *Coheredi*, § *Cum filio*, núm. 2 (cfr. ed. Lugduni, 1544, fol. III vto.).

(28) Alexander Tartagui de Imola *Ad S. C. Trebell.*, L. *De Fideicommissarium* XVIII, núms. 6 y 7 (cfr. "*In primam atque secundam infortiati partem comment.*", ed. Auguste Taurinorum, 1575, fol. 276 vto.).

(29) Ioannes Franciscus Ripa, "*In secundam fi. veteris partem commentaria*", *Ad S. C. Trebell.*, 1. *Fideicommissaria*, núm. 41 (cfr. ed. Augustae Taurinorum, 1536, vol. 173 vto.).

(30) Carolus Ruínus, "*Responsorum sive consiliorum*", Consil. CXLIX, números 9, 10 y 13 (cfr. ed. Vercetii, 1571, Lib. III, fol. 234 vto. y sig.).

(31) Ruínus, *op. cit.*, Consil. CXXXVI, núm. 13 (cfr. ed. cit., Lib. II, fol. 181).

bienes de la legítima, pero, en cambio, es posible condicionarle una atribución futura a la aceptación del gravamen.

Por otra parte, análoga cautela a la perusina, relatada por Angelo, formulada como pena de privación de la parte disponible al hijo que incumpla la prohibición de enajenar bien alguno, con imputación a la legítima de los enajenados en contravención de la prohibición, la vemos admitida también por Cunano (32) y Paulo de Castro (33) en el siglo xv. y seguidamente por Opizon (34), Alciato (35), Cephalus (36), Socino iunior (37), Surdus (38), etc., en el siglo xvi.

Y llegados ya al siglo xvi hallamos el *Arte testandi* de Durantes Gualdense, los dictámenes emitidos acerca del famoso testamento del noble florentino Nicolaus Antenoreus, la cautela propuesta por Molinoeus para la atribución o gravamen de "*propes*" en el *Droit coutumier* y las de los juristas castellanos para constituir mayorazgos sin autorización regia.

La cautela XXXI del *Arte testandi* de Jo. Guillelmus Durantes Gualdense (39), explicó: "Remedium est, quod testator rogat filium etiam legitimam restituere, adiciendo quod si onere fideicommissi filius non sit contentus, tunc intelligatur ut sit tantum in legitima institutus, et in residuo instituat, atque substituat quos per fideicommissum substituere proponebat". Es decir, la alternativa ofrecida era la institución en toda la herencia con gravamen de un fideicomiso universal o sólo la institución en la legítima estricta pero pura y sin gravamen.

Y vamos al testamento Nicolai Antenorei (40): Este instituyó herederos a sus hijos Alexandro y Camilo, y a otro hijo suyo, Juan Bau-

(32) Raphael Cumanus, "Commentationes in Pandectarum Partis Secundam (quam Infortiatum vulgus suo arbitrio magis et rationem vocitat)", Tít. *De legatis primo*, lex *Filius familiae*, § *Divi verus* (cfr. ed. Lugduni, 1544, fol. 58).

(33) Paulus de Castro, "Cosilia et Allegationes", cons. 77 (cfr. en ed. Venecia, 1477, o en "Consiliorum", fol. 37, ed. Venecia, 1570) y cons. 302 (cfr. "Consiliorum sive Responsorum", ed. Venetiis, 1580, vol. I, fol. 157 vto.). En el Consilia 77 planteó: "Pater si facis filiis de non alienando infra 30 annos sub poena privationis hereditatis, quum vult, devenire in aliquem, tale praeceptum valet etiam ad legitimam eis debitam". Aceptó la validez de la privación y la imputación a la legítima de lo enajenado.

Su Consilia 302 trata de una prohibición de enajenar impuesta a los hijos hasta cumplir éstos los treinta años, disponiendo que de incumplirla, los bienes pasarían a la sociedad San Michaelis. Disposición que acepta como válida.

(34) Ambrosio de Opizon, "Repetitio Super § Divi, I, Filius familiae" número 44 (ed. Venecia, 1533, fol. 122).

(35) Andrea Alciatus "Responsam", resp. CCCXCVII, núms. 2 y 3 (cfr. ed. Lugduni, 1561, fol. 339), quien acepta la validez de la cláusula "Si filios legitimam alienaverit, relinquo aliqua caetera bona hospitalis".

(36) Joannem Cephalus "Consiliorum sive Responsorum Iuris", Lib. II, Consil. CLIII, núms. 44 y sigs. (cfr. ed. Francofurti ad Moenum, 1579, fol. 12 vto.).

(37) Mariano Socino iunior, *op. cit.*, Lib. III, consil. 87, núms. 5 y 6.

(38) Juan Pedro Surdus "Consiliorum sive Responsorum", Lib. II, Consil. CCXV, núms. 14, 15 y 17 y sigs. (cfr. ed. Venecia, 1611, vol. II, fols. 172 y sigs.) y "Decisiones Sacri Mantuani Senatus", Decis XXI, núm. 20 (cfr. ed. Venecia, 1615, pág. 42).

(39) Durantes Gualdense, loc. cit., cfr. *infra* nota (17).

(40) Cfr. Socinus iunior. Lib. I, Consil CXXII, *casus* (fol. 234).

tista, le legó varios bienes largamente superiores a su legítima, pero gravándole con fideicomiso "*si sine liberis masculis decederit*" a favor de sus hermanos supérstites. Añadió el testador que, en cualquier caso, si su hijo Juan Bautista no estuviere conforme con esa disposición se entendería privado de dicho legado e instituido únicamente en su rata porción legitimaria y nada más, etc.

Después de fallecido Nicolaus Antenoreus, su hijo Juan Bautista aceptó el legado con conocimiento del testamento de aquél. Vivió dicho hijo "*per plures annos, et bona sibi legata tenuit, et eis uberrimus redditus annuos recolligit*".

Al fallecer sin hijos, sus hermanos reclamaron a los herederos del mismo la restitución de los bienes legados. Pero los herederos de Juan Bautista pretendieron precisamente detraer la legítima y la trebellianica de éste.

Se pidió dictamen a varios juristas. Conocemos las respuestas de Felipe Decio (41), Mariano Socino el joven (42), Francischinus Curtius iunior (43) y Petrus Paulus Parisius iunior (44), los cuatro favorables a la total restitución sin detracción de legítima ni trebellianica por los herederos de Juan Bautista, es decir, a la eficacia de la cláusula puesta por Nicolás, dada la aceptación por aquél del legado condicional.

Vemos en la cautela puesta en el testamento de Nicolás Antenoreo una interesante variante respecto la Gualdense de Durantes, pues en el testamento del noble florentino la atribución condicionada no era la institución universal, sino un legado en lugar de la legítima, con *quantum* muy superior a ésta.

Todavía hallamos otra fórmula en el mismo siglo XVI: la atribución de un prelegado para caso de aceptar el gravamen, que analizan y aceptan Menochio (45), Mantica (46), Peregrino (47), Fusario (48), Barriosa (49) y otros autores.

(41) Philippus Decius nace en Milán en 1454 y fallece en Siena el 13-X-1535.

(42) Nació Mariano Socino el joven en Siena en 1482 y falleció en Bolonia en 1566, fue maestro de Antonio Agustín y del Pancirolo (cfr. Stefano Kutner, voz "Socino Mariano Iunior", en Nuevo Digesto Italiano, vol. XII-1.* (Turín, 1940, pág. 543).

(43) Francischinus Curtius Iunior, "Consiliorum. Pars Prima", cons. CLIX, especialmente núms. 1, 3, 5, 6 y 9 (cfr. ed. Venecia, 1575, fol. 105 vto. y 106). En su proemio, y después de explicar el caso, refiere: *in qua controversia consulertunt quam plures Iurisconsulti*" y que, requerido también a dictaminar, "*licet prima facie durum videatur velle excludere causam habentes a dicto Ioann. Baptista a legitima sibi debita iure naturae, tamen in casu proposito concurso in sententiam dominorum consulentium quod nec trebellianicam nec legitiman debeat*".

(44) Petrus Paulus Parisius, "Consiliorum", Pars. III. Consil. IX, especialmente núms. 4, 5, 16 y 27 (cfr. ed. Venecia, 1583, fol. 17).

(45) Jacobo Menochio, "De Praesumptionibus Coniecturis Signis et Indicis". Pars secunda (Venetiis, 1590), Lib. IV, Praesumpt. CXCVI, núm. 23 (fol. 357) y "Consiliorum sive Responsorum", L. VII, Consil. DCLXXXI, núm. 36 (cfr. ed. Francofurti, 1594, pág. 210): "*Et accedit quod si pater testator praelegavit filio, addiecta condicione expressa quod si volet consequi praelegatum, non deducat aliquam legitiman ex fideicommissio: sed eam cum aliis bonis restituat; et si filius*

De otro tipo fue la fórmula propuesta para el *Droit Coutumier* por Molinoeus o Dumoulin (50) al comentar la "Coutume de Montargis": "nisi heres mallet, quintam in feudis vel quartam in censu in proprietatem dare", consistente en ofrecer al heredero la elección entre soportar el gravamen de usufructo en sus *propes* o entregar la parte disponible al beneficiario del gravamen.

La fórmula testamentaria expresa de ofrecer la elección entre la institución universal gravada con usufructo universal o sólo la legítima en pleno dominio, la vemos —también en el siglo XVI— admitida implícitamente por Petrus de Peralta (51) y explícitamente defendida, entre otros, por Voet (52). Juan Gutiérrez (53). Sanz Morquecho (54) y Juan del Castillo Sotomayor (55); luego, en el XVII, por Mercurial Merlino (56), Gaspar Rodríguez (57), Jean Marie Ricard (58), Renusson (59), etc., y más modernamente por Lebrun (60), Febrero (61), Richeri (62) y otros.

acceptavit praelegatum non poterit detrahere legitimam; sed eam restituat, cum filiis bonis fideicommissis suppositis".

(46) Franciscus Mantica, "Tractatus de Coniecturis Ultimarum Voluntatum", Lib. VII, Tit. VIII, núm. 11 (cfr. ed. Coloniae Allobrogum, 1631, pág. 325).

(47) Marco Antonio Peregrino. "De Fideicommissis Praesertim Universalibus", Art. XXXVI, núm. 96, vers. *Adde idem* (cfr. ed. Lugduni, 1670, pág. 517).

(48) Vicentio Fusario. "Tractatus de Substitutionibus", Quaest. CCXCVI, *Limitatur primo*, núm. 58 (pág. 226).

(49) Agustín Barbosa, "Collectanea in Codicem Iustiniani", Lib. III, *Codicis*, Tit. XXVIII, De inofficioso testamento, L. *Quoniam in prioribus*, núm. 20 (cfr. ed. Lugduni, 1697, pág. 414).

(50) Carolus Molinoeus o Charles Dumoulin: Nota a las "Coutumes de Montargis", Cap. XIII, art. II (cfr. "Nouveau Coutumier General", ed. París, 1724, nota a la pág. 487).

(51) Petrus de Peralta, "Commentaria in titul. ff. de legatis secundo", "L. Titia cum testamento", § "Titia cum nuberet", núm. 23 (Salamanca, 1563, en su "Opera Iuridica", vol. I, pág. 471).

(52) Joannis Voet, "Commentariorum ad Pandectas", Lib. V, Tit. V, II, número 63 (ed. Quarta-Veneta-Bassani, 1804. T. I, pág. 115).

(53) Juan Gutiérrez, "Practicarum Quaestionum Civilium", Lib. V, Quaest. XVIII, núm. 13 (cfr. ed. novísima, Lugduni, 1730, T. II, págs. 48 y sigs.).

(54) Pedro Sanz Morquecho. "Tractatus de bonorum divisione", Lib. IV, cap. 11, núm. 56 (ed. Madrid, 1601, pág. 347).

(55) Juan del Castillo de Sotomayor, "Quotidianorum Controversiarum Iuris", Lib. I, *De usufructu*, cap. XLV, núm. 15 (ed. Lugduni, 1667, T. I, pág. 176).

(56) Merlino, *op. cit.*, Lib. III, Tit. II Quaest. VII, núm. 12 (pág. 354).

(57) Gaspar Rodríguez, "Tractatus de annuis et mensuris redditibus". Lib. I, Quaest. V, núm. 23 (ed. Medina del Campo, 1604, fol. 23 vto.).

(58) Jean Marie Ricard, "Traité des donations entre vifs et testamentaires", 3 Parte, Cap. X, Sec. I, núm. 1450 (cfr. ed. París, 1754, vol. I, pág. 766).

(59) Philippe Renusson. "Traité des propes réels repstrez réels et conventionels", cap. III, sec. 3.º, núm. 10 (cfr. ed. París, 1681, pág. 295).

(60) Denis Le Brun, "Traité des Successions", lib. II, cap. III, sec. IV, número 12, en especial núms. 2, 8, 9 y 12 (cfr. ed. París, 1775, págs. 282 *in fine* y sig. y 287).

(61) Josef Febrero, "Librería de escribanos e instrucción jurídica theorico-práctica de principiantes", parte II, lib. I, cap. VII, § II (ed. Madrid, 1781, página 411). Después de decir (núm. 33) que el usufructo universal legado a la mujer o a un extraño, habiendo instituido herederos a los hijos, sólo vale en cuanto

Entre los autores castellanos del xvi vemos a Rodrigo Suárez (63) --antes de publicarse en Italia el dictamen de Socino--, a Covarruvias (64), Gaspar Baeza (65), los dos Luis del Molina: el doctor (66) y el jesuita (67), Peláez de Mieres (68), Juan Gutiérrez (69), Castillo Sotomayor (70), etc., aceptar la eficacia de la disposición expresa que impusiera al hijo mejorado con tercio y quinto o instituido heredero universal, la elección entre aceptar su sujeción al mayorazgo dispuesto por el testador o contentarse con su legítima estricta, aunque pura y sin gravamen ni limitación alguna.

IV

Nos hallamos ante una de las soluciones de un problema repetido permanentemente en la historia del Derecho.

Si hay legítimas y hay testamento, la colisión origina en sustancia siempre las mismas cuestiones. Su flexibilización es siempre progreso. El interés legítimo del protegido por la institución legitimaria, el juego de las normas protectoras del mismo y la libertad de testar en cuanto exceda de los límites prohibidos, al conjugarse con lógica humana han de dar siempre, en un grado de desarrollo elevado, los

al quinto, y de exponer la opinión de Ayora (núm. 34), añade: "Esto se entiende cuando claramente conste que quiso se hiciera la compensación, pues en este caso valdría el legado, existiendo los hijos y compensando la propiedad del quinto con el valor del usufructo de las otras cuatro partes, de tal suerte, que si el hijo quiere adquirir la propiedad del quinto debe consentir el legado del usufructo de todos los bienes en cuanto no exceda su importe, o contentarse con su legítima en propiedad y usufructo, pero en caso de duda, y no constando cuál fue la voluntad del testador, se ha de seguir lo resuelto en el número inmediato (núm. 33), como opinión más común y conforme a nuestro derecho."

(62) Richeri, *op. cit.*, §§ 274, 275 y 276 (t. VII, pág. 72).

(63) Rodrigo Suárez, *Repetit I. Quoniam in prioribus*, Ampl. X, núms. 47 y 48 (loc. cit., págs. 425 y sig.).

(64) Didacico Covarruvias de Leiva, "In titul. *De testamentis interpretatio*" Caput. Raynaldus 18, § 2.º, núm. 4, vers. *quinto caso* (cfr. "Opera Omnia", t. II, ed. Lugduni, 1584, pág. 102).

(65) Gaspar Baeza, "Quae de non meliorandis filiabus doctis ratione loquitur", cap. VIII, núms. 10 y 11 (cfr. ed. Granada, 1566, fol. 45 vto. y 46).

(66) Doctor Luis de Molina Morales, "De Primogeniorum Hispanorum Origine ac Natura", lib. II, cap. III, núm. 7, vers. *Tertius casus* (cfr. Novae ed. Lugduni, 1748, pág. 243).

(67) Luis de Molina, S. J., "De Iustitia et Iure", Disp. CLXXVII, núm. 10 (cfr. ed. Coloniae Allobrogum, 1733, t. I, págs. 403 y sig.) y Disp. DLXXXVIII, núms. 7 y 8 (cfr. ed. cit., t. III, pág. 16).

(68) Melchor Peláez de Mieres, "Tractatus de Maioratum et Meliorationum Hispaniae", Prima pars, Quaest. LV, núm. 3 (cfr. ed. Granatae, 1575, fol. 201 vto.).

(69) Juan Gutiérrez, *op., lib. y quaest. cits.*, núm. 15 (pág. 49).

(70) Juan del Castillo Sotomayor, *op. cit.*, lib. V, "De coniecturis et interpretatione ultimarum voluntatem, cap. LXIV, núms. 8 y sigs. (págs. 38 y sigs.), cap. LXXIX (págs. 188 y sigs.) y cap. CVII, núms. 63 y sigs. (págs. 770 y sigs.). Es sin duda éste el autor español que con mayor amplitud ha tratado de estas cautelas, tal vez aún más extensamente que Andreolus y Fusario (por citar los italianos que más páginas han dedicado al tema).

mismos o muy parecidos resultados flúidos, con escasas alternativas y con una escala gradual de corrección de poquísimas variaciones.

La visión panorámica que nos ofrecen en extensión el Derecho comparado y en profundidad la Historia, nos brinda en líneas generales cuatro grupos de soluciones para el supuesto de que el testador deje al legitimario mayor *quantum* con menor *quale*:

a) Que el legitimario, sin perder el mayor *quantum*, pueda reclamar todo su correspondiente *quale*. Con lo cual se dota al legitimario de más de lo que por su legítima tiene derecho y más de lo que el testador le quiso dar. Se incumple así la voluntad del testador en virtud de una norma que le asegura un mínimo, haciéndole atributivo de una porción mayor que ese mínimo que constituye su legítima.

b) Que deba compensarse el mayor *quantum*, hasta donde alcance, con el menor *quale*. Solución con la cual se viola cualitativamente la legítima, y el interés del legitimario puede resultar insatisfecho.

c) Que normativamente deba permitirse al legitimario optar entre obtener su *quantum* y su *quale* legal o bien preferir la atribución testamentaria de mayor *quantum* con su *quale* limitado. Pero esta opción puede no corresponder a la intención del testador que no la previno, y sus resultados, v. gr.: atribución de la parte disponible al viudo o a parientes de grado subsiguiente más alejado, puede dar lugar a consecuencias que hubiesen repugnado al *de cuius*.

También habría, partiendo de que en principio esa opción es normalmente querida por el testador, defender que debe admitirse como tácitamente dispuesta cuando éste no la haya excluido expresamente, eliminándola o sustituyéndola con otra disposición. Pero este criterio parte de un presupuesto gratuito para atribuir algo que ni la institución legitimaria *per se* reclama ni el testador, *in concreto*, ha concedido.

d) Que esa opción o elección sólo pueda ser concedida por el testador, previniéndola debidamente con el fin de evitar que se aplique *ex lege* la primera solución enumerada.

En caso de imponerse la primera de estas cuatro soluciones, las cautelas de compensación legitimaria serían imposibles. De imponerse cualquiera de las dos siguientes, la cautela testamentaria, concedida la opción compensatoria, sería innecesaria, inútil, y sólo cabría, a veces (si se admitiera), con mera eficacia modificativa de ciertas consecuencias de las resultantes de la compensación automática o de la opción *ex lege*.

Esta visión panorámica nos señala un *plan a seguir* para lograr captar con claridad nuestro objeto, determinado por las siguientes preguntas, por este orden:

- I. ¿Son útiles las cautelas testamentarias de que nos ocupamos?
- II. ¿Son posibles y jurídicamente válidas?
- III. ¿Cuáles son los requisitos necesarios para su eficacia?

V

¿Son necesarias las cautelas testamentarias expresas de opción en compensación legitimaria?

Si la compensación del gravamen en el *quale* con el mayor *quantum* del debido se verificara automáticamente, o si el legitimario tuviese, *ipso iure*, que optar entre una y otra atribución, no sería necesario prever testamentariamente cautela alguna a dichos fines.

Conviene, por tanto, que hagamos un repaso por el Derecho histórico y el comparado para ver si, por lo menos en algunos supuestos, se produce esa compensación o se impone, *ipso iure*, esa necesidad de opción. El examen es el siguiente:

A) COMPENSACIÓN FORZOSA, sin opción posible, entre el mayor *quantum* y la limitación del *quale* legitimario, parece que se dio en el Derecho romano clásico en dos supuestos recogidos en el Digesto:

a) El de la ley "*Uxori meae*" (Dig. XXXIII-II, 37) respecto al gravamen de usufructo.

b) El de las "*Si pater puellae*" (Cod. III-XXVIII, 12) v "*Cum ex filio*" (Dig. XXVIII-VI, 39) para el fideicomiso recíproco.

La primera de estas dos últimas hizo decir al glosador Azon (71) que dicho fideicomiso era válido en cuanto a las legítimas "*quia non magis quamlibet filiorum gravavit quam quilibet providet*", y a Juan de Imola (72), al extender este criterio a los supuestos de institución condicional en más de la legítima, "*quod interdum propter recompensationem quam habet filius non reputatur gravatus ubi aliis reputatur*".

La cuestión fundamental que al respecto discutieron los autores de Derecho intermedio fue la de si esos textos habían sido derogados en el Derecho nuevo por las leyes *Quoniam in prioribus* y *Scimus*, § *Cum autem*, como entendió la común opinión.

Sin embargo, respecto al usufructo, se defendió por algunos autores que si su valoración, apreciada según la edad del usufructuario, no excedía de la parte disponible no debía ser reducido. Así opinaron Angelo degli Ubaldi (73), Bartolomé Caepolla (74) y Ambrosio de Opi-

(71) Azon o Azzo del Porci, "Aurea Summa", "In tertium librum Codicis", *De inoff. test.*, núm. 22 (cfr. ed. Lugduni, 1550, fol. 48).

(72) Iohannes de Imola, *op. et lex cit.*, col. 10, vers. *Fecit optime*.

(73) Angelo degli Ubaldi, o de Perusae, "In Authenticorum Volumen, aurea ac Peregrina Commentaria", colla. III, tit. V, *De triente et semisse*, verb. *Prohibemus*, núm. 5 (ed. Venecia, 1580, vol. XIV), dijo: "Quod cum pater vult privare filium usufructu omnium suorum bonorum non habet aliud facere, nisi instituere ipsum haeredem vulgariter in omnibus suis bonis, et alteri relinquere usufructum omnium suorum, nam valebit relictum usufructus, et filius non potest dicere se gravatum in legitima, quod est verum quando nuda proprietate a legitima filii supra, valet tantum quantum valet usufructus suae legitimae. Sed si valerit minus, tunc filius potest impugnare tale legatum, quia non potest in sua legitima gravari ut l. *quoniam in prioribus*, de *inoff. test.* Et ad l. *uxori* respondetur, quod ubi pater filios non habebat, vel si habebat, valet tantum quantum usufructus legitimae."

(74) Bartholomeus Caepolla, "Tractatus Cautelarum", caut. XXI, núm. 2

zon (75) en los siglos XIV, XV y XVI, respectivamente. A principios de este último siglo, en Castilla, también defendieron esta opinión Juan López de Palacios Ruvios (76) y Fernando Gómez Arias (77), y a fines del mismo siglo, en Cataluña, Cancr (78). Criterio que modernamente trataron de sostener, en Francia, Lévassour (79), Laurent (80), y en España, José González Palomino (81), secundado por Alvaro D'Ors y José Bonet Correa (82).

El hecho es, no obstante, que la legítima, según la novela *De triente et semnisse* y su extracto la *Authentica Novissima*, debía ser atribuida en pleno dominio y en cuerpos hereditarios y que, en virtud de éstas y de las leyes *Quoniam in prioribus* y *Scimus*, § *Cum autem*, no podía

(cfr. en "Omnia quae quidem nunc extant Opera", ed. Lugduni, 1578, pág. 754): "Tamen Cautela est, ut pater instituat filium haeredem in omnibus bonis, et quod alia alteri relinquat usumfructum omnium bonorum: ... et ista est vera Cautela, quando nuda proprietate a legítima filii sibi tantum valeat, quantum valet ususfructus sine legítima."

(75) Ambrosio de Opizon, "Repetitio super § Divi", l. Filius familiae (Dig. XXX), núm. 29 (cfr. ed. Venecia, 1535, fol. 121).

(76) Juan López de Bivero o de Palacios Ruvios, "Repetitio rubricae et capituli *Per vestras*, de donationibus inter virum et uxorem", Rubr. § 25, número 4 (cfr. ed. Lyon, 1537, fol. 22 vto. *La primera edición fue publicada en 1503 en Valladolid*): "qui quotidie possunt praticari [la valoración indicada en la l. *hereditatum*, ff de l. *alcid*] in legato ususfructus vel alimentorum facte uxori vel alicui alteri: ut sciemus an exedat quintam partem bonorum testatoris que potest relinquere quo voluerit secundum legem Regni".

(77) Fernando Gómez Arias de Talavera, "Subtillissima nec non valde utilis glosa ad famosissimas, subtiles, necessarias ac quotidianas leges Tauri", Ley XLVIII, núm. 17 (ed. Complutensis, 1542, fol. 234): refiriéndose a la opinión de Palacios Ruvios y a la valoración por el criterio de la expresada ley *Hereditatum* (Dig. XXXV-II, 68) según la edad del beneficiario, añade, "quod quotidie praticari potest in legato ususfructus vel alimentorum facte uxori aut alicui alteri ut sciatur an exedat quintam partem bonorum testatoris, quam potest relinquere cui voluerit capaci iuxta l. IX, tit.V, lib. III foro...".

(78) Jacobo Cancr, "Variæ Resolutiones Utriusque Iuris", Pars. I, capítulo III, núm. 37 (cfr. ed. Novissima Lugduni, 1712, pág. 70). "Predictis adde, filius posse et legítima gravari in proprietate, et ususfructu, si tantumdem vel plus relinquatur ei, quam sit valor legítimae; cum in re propria possit gravari quando equivalens compensatio relinquatur, l. *Filius fam.*, § *Aput Mercellum, de legat*, l. *et l. Licet Imperator § Si certum, de legat* 1...".

(79) Lévassour, "De la portion disponible", núm. 88. Hemos consultado su versión italiana "Porzione disponibile o sia Trattato della porzione di Beni", trad. de Mangiarotti —Milán, 1808—, núms. 86 y sigs., págs. 83 y sigs.

(80) F. Laurent, "Principes de Droit Civil Français", núm. 152, t. XII (cfr. ed. Bruxelles, 1843, pág. 202).

(81) José González Palomino, "El usufructo universal del viudo y los herederos forzosos (Derecho Civil Común)", Rev. Dr. Priv. XXIII (mayo, 1936), páginas 160 a 165; "Estudios de Arte menor sobre Derecho sucesorio", en An. Ac. Matr. del Notariado, II (Madrid, 1946), II, "El acrecimiento en la mejora", págs. 546 y sigs.

(82) Alvaro D'Ors y José Bonet Correa, "El problema de la división del usufructo (Estudio romano-civilístico)", en An. Der. Civ. V-I (enero-marzo, 1952), pág. 117.

aplazarse sin goce (83), cosa que tampoco creemos permita el artículo 813 del C. c. (84).

Más discutida fue la vigencia de la ley *Si pater puellae*, que, siguiendo a Ricardo Malumbra, defendieron autores tan prestigiosos como Rafael Cumanus (85), Felipe Decio (86), Palacios Ruvios (87), Vázquez de Menchaca (88), Pedro de Peralta (89), Hipólito Riminaldo junior

(83) Cfr. Accursius, Glosas a las leyes: "*Omnium bonorum*" (Dig. VII-I, XXXV), "*Uxori meae*" (Dig. XXXIII-II, XXXVII, *Authentica "Novissima"*, "*Quoniam in prioribus*" (Cod. III-XVIII, XXXII), Novella 18, cap. III, "*De triente et semisse*", § *Prohibemus* (Hemos consultado la edición de Venecia, 1574 y 1575, t. I, pág. 589, d; t. II, pág. 769, c; t. III, col. 553, b, y 570, i, y t. V, pág. 94, n.); Bartolo, "In secundum Infortiati partem Commentaria", ad. lib. XXXIII, Dig. tit. II, *De usufructo legato*, lex XXXVII, *Uxori meae*, núm. 3 (fol. 89); "... aut maritus reliquit uxori usufructum omnium bonorum... Si autem reliquit liberos heredes tunc habebit mulier usufructum omnium bonorum, deducta legitima, in qua liberi gravari non possunt"; Baldo, "Commentaria in Sextum Codicis Libris", tit. XL, "De indicta viuditate, et de lege Julia Miscella toll.", lex 3, *Legem Iuliam*, núm. 9 (fol. 147 vto): "aut maritus reliquit uxori usufructum omnium bonorum... Si autem reliquit liberos heredes tunc habebit mulier usufructum omnium bonorum, deducta legitima, in qua liberi gravari non possunt"; Albericus de Rosate, "In secundam Infortiati Partem Commentaria", tit. *De usufructo legato*, XXXIII-II, l. *Uxori meae* (cfr. ed. Venecia, 1586, fol. 80 vto.), donde afirma que Dyno dice "quod si maritus constituat uxorem dominam, et massariam, et usufructuariani, quod debet habere usufructum omnium bonorum, et rerum, quod tamen—rechaza—nont est vero".

(84) Cfr. Ramón M.^a Roca Sastre, "Naturaleza Jurídica de la Legítima", en R. D. P., XXVIII (marzo 1944), págs. 203 y sig.; Florencio Porpetá Clérigo, "Naturaleza jurídica de la legítima", en Estudios de Derecho Sucesorio, Conferencias de 1945 del Colegio Notarial de Barcelona (Barcelona, 1946), págs. 194 y sigs.

(85) Raphael Cumanus, "Commentationes... in eius Pandectarum partis priman (quam Infortiatum vulgus...), tit. de vulg. et pupill. substít." (Dig. XXVIII-IV), l. *Cum ex filio*, núm. 5, vers. *Ibi Azo*. (cfr. ed. Lugduni, 1554, fol. 95 vto.).

(86) Philippus Decius Medionanensis, "Quartum Volumen Consiliorum", Consil. CCCCLVI, núms. 7, vers. "Et dictum decretum" y "Non ob. quod", 8, 9 y 10 (cfr. ed. 1536, fol. 99 vto., 2.^a col.). Los argumentos de Decio sintetizados son los siguientes: La Ley *Quoniam in prioribus* sólo deja sin efecto aquellos gravámenes en virtud de los cuales competía la *querrela*, caso que no ocurría con el fideicomiso recíproco. Que las correcciones de una ley por otras deben evitarse en cuanto puedan resultar compatibles. Que tratándose de una ley que favorece a los hijos, resulta odiosa una interpretación que la extienda de modo tal que derogue la voluntad del testador en ese caso favorable a los hijos. Que el fideicomiso recíproco no excluye la igualdad, y que si en definitiva da lugar a que en uno y no en otro se verifique la institución, ello no puede imputarse al testador que la misma condición puso a todos.

(87) Palacios Ruvios, "Repetit... *Per vestras*...". Rubrica § 50, *Límita secundo*, núm. 11, vers. *Ad cuius confirmationem* (fol. 46); señala que en el supuesto de dicha ley *Si pater puellae* "non censetur filii gravati ut eis querrela competat: quia habent aequalem spem et dubius est eventus...".

(88) Fernando Vázquez de Menchaca, "De successionum creatione origine, progressu effectuque et resolutione Tractatus", Pars Primae, lib. I, § X, núm. 250 (ed. Salamanca, 1559, fol. 215).

(89) Petrus de Peralta, *op. cit.*, l. *Cum patronus*, núm. 24 (vol. I, pág. 310).

(90), Menochio (91), Antonio Pérez (92), Fachineus (93), etc. Si bien la opinión más generalizada, siguiendo a Bartolo, (94), Baldo (95), Angelo (96), Saliceto (97), Paulo de Castro (98), Jasón (99), Rodrigo Suárez (100), Voet (101), etc., la rechazó.

Estos dos supuestos dieron lugar a que algunos de los autores, entre los que estimaron vigentes estos textos, pretendieron generalizar su doctrina a otros casos. Así leemos: en Socino iunior (102): "propter talem recompensationem, filius non dicitur in effectu privati legitima"; en Menochio (103): "attamen potest pater gravare legitimam"; en Surdus (104): "quod filius possit etiam in legitimam gravari, quando ei multo plus legitimae fuit relictum"; Cyriacus (105): "quae cum pater relinquere isti filio ultra legitimam, potuerit, et eum gravare in ipsa legitima, et illi prohibere detractionem"; Cancer (106): "pater

(90) Hippolytus Riminaldus, Ferrarensis, "Consiliorum sive responsorum", Cons. DCCXXXVI, núm. 143 (cfr. ed. Venecia, 1591, fol. 8 vto.).

(91) Jacobo Menochio, "Consiliorum sive Responsorum", lib. II, cons. CXCVI, núms. 16, 17 y 18 (cfr. ed. Venecia, 1577, fol. 366, vto.).

(92) Antonio Pérez, "Praelectiones in duodecim libros Codicis Iustiniani Imp.", lib. III, tit. XVIII, núm. 42 (cfr. ed. Napoli, 1755, t. I, pág. 104); "Eo casu non habet locum querela, quasi gravata sit legitima resolutione, nempe propter incertitudinem mutui fideicommissi, et quia a casu pendet, uter prior vitam cum morte commutaturus sit, sic ut in neutrius legitima gravamen potius, quam lucrum considerari possit".

(93) Andrea Fachineus, "Controversiarum Iuris", lib. V, caput. XXVII (cfr. ed. Venetiis, 1619, pág. 587).

(94) Bartolo, "In primam Codicem Iust. Partem". Ad tertium lib., tit. *De inoff. testam.*, l. *Si pater puellae*, XII, (ed. cit., fol. 110).

(95) Baldo, "Ad lib. tertium Cod.", tit. *De inoff. testam.*, l. *Si pater*, XII, núm. 1 (fol. 218 vto.).

(96) Angelo, "In primam atque secundam Infortiati partem Commentaria" tit. *De inoff. testam.*, l. *Si pater*, núm. 1 (fol. 53 vto.).

(97) Bartholomeus Salyceto, "Secunda super Tertio et Quarto Codicis...", tit. *De inoff. testam.*, l. *Si pater*, núm. 1, vers. *Quaerit glo.* (cfr. ed. 1532, fol. 33 vto. y sig.): "Ideo heredes primo morientis detraherent legitimam eius et trebellianicam: quia in veritate est gravamen".

(98) Paulo de Castro, "Commentariorum in Codicem Iustinianum pars Prima", tit. *De inoff. testam.*, l. *Si pater puellae*, núm. 1 (cfr. ed. Lugduni, 1553, fol. 162).

(99) Jasón del Mayno, "Prima super Codicem", l. *Si pater puellae*, núm. 1 (cfr. ed. Padua, 1486).

(100) Rodrigo Suárez, *op. cit.*, *Ampl. sexta*, núms. 4 y 5, págs. 393 y sig.

(101) Joannis Voet, "Commentariorum ad Pandectas", lib. V, tit. II, núm. 63 (cfr. ed. 4.ª, Veneta, 1804 [la 1.ª edición es de fines del siglo XVI], t. II, págs. 115 y sig.).

(102) M. Socino iunior, *op. cit.*, lib. I, Consil CXXII, núm. 24 (ed. cit., fol. 235 vto.).

(103) Jacobus Menochius, "Consiliorum sive Responsorum", lib. II, Consil CXCVI, núm. 14 (cfr. ed. Venecia, 1577, fol. 336) y lib. VII, Consil DCLXXXI, núm. 34 (cfr. ed. Francofurti, 1594, pág. 210).

(104) Joannis Petrus Surdus, "Decisiones Sacri Mantuani Senatus", dec. XXI, núms. 19 y 20 (cfr. ed. Venecia, 1615, pág. 42).

(105) Franciscus Negri Cyriacus, "Controversiarum forensium", lib. I, Contr. CXLVIII, núms. 6 y 8 (cfr. ed. Venecia, 1664, pág. 426).

(106) Iacobus Cancerius, "Variae Resolutiones Utriusque Iuris", pars. I, can. III, núm. 92 (cfr. ed. novísima Lugduni, 1712, pág. 77).

potest gravare filium in legitima multo plus ei relinquendo". No obstante, nunca pasaron estos autores de representar una minoría defensora de una arriesgada posición con los textos positivos en contra.

B) OPCIÓN FORZOSA "EX IURE" —sin necesidad de previsión del causante— entre la herencia o el legado, que supusieran una limitación del *quale* legitimario, y la legítima estricta, pura y libre de toda carga, con su contenido legalmente determinado, ha sido aceptada sin discusión en el decurso de la historia del Derecho en algunos supuestos concretos. Así:

a) En los regimenes en los cuales la legítima debía o debe deferirse a título de herencia, el legitimario preterido al que se atribuya un legado debe optar entre ejercer la querrela o aceptar el legado, o bien entre reclamar la legítima o contentarse con el legado. Así resulta de los fragmentos de Marcelo, Modestino y Paulo refundidos en el Digesto (V-II, 10, § 1.º, 12, 31 y 32), recogidos en la ley 5, tit. VIII, Partida Sexta, y de la Authentica "Ex causa", según la opinión de Bartolo (107), Baldo (108), Paulo de Castro (109), Iasón del Mayno (110), que se impuso y vemos recogida por Palacios Ruvios (111). Y así resulta el artículo 551 del nuevo *Codice civile italiano* para el supuesto de *legatto in sostituzione di legittima*.

b) En caso de ordenarse el pago de la legítima en metálico en los sistemas en que se debe satisfacer en cuerpos hereditarios. Esa opción resulta del texto de Papiniano, recogido en el Digesto y conocido por la ley *Si libertus patrono* del título *De bonis libertorum* (XXVIII-II, 41), que invocaron en ese tema Baldo (112), Barto-

(107) Bartolo de Saxoferrato, "In Secundam Codicis Partem Commentario", lib. VI, tit. *De liber. pract.* Auth. *Ex causa*, núm. 19 (cfr. ed. Augustae Taurinorum, 1589, fol. 32 vto.).

(108) Baldo de Ubaldis, "Commentaria in sextum Codicis Libris", tit. *De liber. pract.* Auth. *Ex causa*, núm. 60 (cfr. ed. Lugduni, 1585, fol. 104), también se inclina por la opinión de Jacobus de Belviso (o de Belvixio) y de Martinus de Syllimanus. Si bien observa que éste se apoyó en razones que sólo estimó de equidad y entendió que por razones de rigor la solución sería la contraria, mientras que a su juicio [de Baldo] ambas razones coincidían a favor de la solución negativa, "et est ratio, quia testator legavit animo minuendi de universali successione quod patet quia ad alium applicavit... sed certum est quod illud quod sit ad diminutionem non debet augere portionem".

(109) Paulus Castrensis, "In Secundum Codicis Partem Commentarium", tit. *De liber. pract.* (Cod. VI-XXVIII), Autent. *Ex causa*, núm. 15 (cfr. ed. Lugduni, 1553, fol. 70, lin. final y 70 vto.).

(110) Iason de Mayno, "Secunda super Codicis", tit. *De liber. pract.* Auth. *Ex causa*, núm. 15 (cfr. ed. Lugduni, 1553, fol. 12 vto.).

(111) Juan López de Bivero o de Palacios Ruvios, "Glossemata ad legem Tauri", Lex. XXIV, núm. 15, aps. 2.º y sigs. (cfr. en *Opera Omnia*, ed. Antuerpiae, 1616, pág. 587).

(112) Baldo de Ubaldis, "Comment, in primum, secundum et tertium Codicis libros", lib. III, tit. XXVIII, *De inoff. testam.*, 1. *Scimus*, núm. 10 (cfr. ed. Lugduni, 1585, fol. 226).

lo (113), Paulo de Castro (114), Iasón (115) y nuestros Rodrigo Suárez (116) y Pedro de Peralta (117).

c) En la disposición de cosa ajena en pago de la legítima, según leemos en Baldo (118) y en Rodrigo Suárez (119).

d) Menos pacífica, aunque al parecer predominante en la jurisprudencia francesa posterior a 1699, fué la relativa a la necesidad de escoger, en el *Droit coutumier de l'ancien régime*, entre reclamar la reserva en "propres" o conservar los muebles y "acquets". Criterio que con variantes habían defendido Dumoulin (120), Lalande (121), Ricard (122), Pothier (123), entre otros, que también extendieron la opción al supuesto de deferirse sólo en usufructo o en nuda propiedad la herencia.

e) En el siglo xv, Juan de Imola (124) y Benedictus de Benedictis Capra (125) opinaron que el heredero legítimario gravado con

(113) Bartolo, "Commentaria in priman Infortiati partem", tit. *De heredib. institut.*, l. *Suus quoque* (Dig. XXVIII-IV, 4), núm. 10, cfr. ed. Augustae-Taurinorum, 1589, fol. 141).

(114) Paulo de Castro, "Comment. in Codicem Inst., Pars prima", tit. *De inoff. testam.*, l. *Scimus*, § *Repletionem*, núm. 10 (fol. 151).

(115) Iason del Mayno, "Lectione primae partis Codicis", tit. *De inoff. testam.*, l. *Scimus antea*, núm. 7 (cfr. ed. Lugduni, 1553, fol. 150 vto. y sig.).

(116) Rodrigo Suárez, *op. cit.*, Ampl. XI, núms. 1 a 4 (págs. 441 y sig.).

(117) Petrus de Peralta, "Praelectiones", lex III, *Qui fideicommissum*, tit. *De heredib. institut.*, núm. 60, en "Relectiones Praecellentis", "Opera Juridica", vol. II (Salmanticae, 1563), fol. 193, col. 2.^a.

(118) Baldo de Ubaldis, "Commentario in Sextum Codicis Libris", tit. *De legatis*, ley "Cum rem alienam" (VI-XXXVII, § 10), núm. 11 (cfr. ed. Lugduni, 1535, fol. 138 vto.).

(119) Rodrigo Suárez, *Ampl. ult. cit.*, núm. 6 (pág. 443).

(120) Charles Dumoulin o Carolus Molinoeus, (Comentario al art. 95 de la Coutume de Paris" (cfr. referencia que le hace Lalande, *loc. cit.*, en la nota siguiente).

(121) Mr. de Lalande, "Coutume d'Orleans Commentée", tit. XVI, números 45 y 46 (cfr. 2.^a ed., París, 1722, t. I, pág. 641), donde respectivamente refiere algunos *arrets* a favor y observa que el heredero no puede quejarse, pues está bastante recompensado.

(122) Jean Marie Ricard, "Traité des donations entre vifs et testamentaires", 3.^a parte, cap. X, sec. I, núms. 1435 y sigs. (cfr. ed. París, 1754, vol. I, págs. 762 y sigs.).

(123) Pothier, "Coutumes des Duché, Bailliage et Prévoté d'Orleans", Introd. al tit. XVI, sec. IV, § 2.^o, núm. 55 (cfr. en *Oeuvres de Pothier*, t. XVI —ed. París, 1825—, págs. 315 y sigs.) y "Traité des donations testamentaires", cap. IV, art. II, V (*op. cit.*, t. XIII, págs. 127 y sigs.).

(124) Ioannes de Imola, "In tertium decretalia Commentarium", cap. Raynutius, núm. 70 (cfr. ed. Venetiis, 1575, fol. 357 vto.), donde expone que el instituido no puede concurrir con su sustituto vulgar sino en tres casos, siendo el tercero: "in filio instituto a patre dato sibi substituto vulgari si fuerit gravatus in re propria, quia si nolit gravamen acceptare poterit habere portionem sibi debitam et substitutus habebit residuum", citando la ley 3 del tit. *De impuberis* del Código de Justiniano (VI-XXVI, 3).

(125) Benedictus de Benedictis Capra, Perusini, "Conclusionum Regularum, Tractatum et Communium Opinionum", vol. I (cfr. ed. Venetiis, 1568), "Substitutionum Tractatus Amplius", "Prima specie substitutionum", núm. 79 (fol. 171 vto.).

legado de cosa propia puede optar por aceptar la herencia y cumplir el legado o por renunciar a la herencia y exigir la legítima sin tener que cumplir el legado.

f) En el supuesto de gravarse la legítima de los instituidos herederos con usufructo o renta vitalicia, en los supuestos de los artículos 917, francés; 820, § 3.º, español, y 550, italiano, vigente (126). Este último extiende el criterio también al gravamen de nuda propiedad, a diferencia de los otros dos textos.

Esa necesidad de opción en el supuesto de usufructo universal a favor de la viuda o de extraño impuesta a los hijos instituidos herederos universales, además que en los autores franceses capitaneados por Molinoeus (127), la vemos reconocida por Marco Antonio Cucchus (128) en Italia, y por Ayerve de Ayora (129) en España, si bien en los tres países estas opiniones fueron rechazadas por la mayoría de los autores, pues de satisfacerse con pleno dominio de la parte disponible el legado de usufructo se hacía algo que el testador, pudiéndolo ordenar, no lo había mandado (130).

(126) Acerca de estos preceptos, comparativamente, nos hemos ocupado en *La cosiddetta cautela sociniana tacita o legale*. Conferencia pronunciada en el "Istituto de Diritto Comparato Italo-Ibero-Americano" de Bologna el 14 de mayo de 1962; publicado en castellano, con el título "La opción legal del legitimario cuando el testador ha dispuesto un usufructo o una renta vitalicia que sobrepase la porción disponible", en ANUARIO DE DERECHO CIVIL, XV-III, páginas 590 y sigs. (julio-septiembre 1962).

(127) Carolus Molinoeus (o Charles Dumoulin), en su comentario al artículo 92 de las costumbres de París, de 1510, dice: "Puto quod valet legatum ususfructus omnium propiorum si est minus quam sit legatum proprietatis quintae partis, nisi forte heredes dare malint quintam partem proprietatis, et ita debet hic articulus restringi".

(128) Marcus Antonius Cucchus, "Commenta seu repetitio in Auth. Novissima, C. De Inoffic. Testament. seu Tractatus De Legitima" (ed. Papiae, 1574), cap. "Legítima pleno iure relinquenda", núm. 2 (fol. 103).

(129) Antonio Ayerve de Ayora, "Tractatus de partitionibus bonorum communum inter maritum et uxorem et filius ac heredes eorum", Pars II, Quaest XXI, núms. 60 y sigs. (cfr. ed. Granada, 1586, fol. 56 vto., y ed. Valencia, 1766, núms. 70 y sigs., págs. 178 y sigs.).

(130) Cfr. v. gr., Rodrigo Suárez, op. cit., Ampliatio tertia, núm. 6 (página 385). Jacobo Valdés, en su *additio* F a esta *Ampliatio* (pág. 388) comenta así la declaración hecha por aquél de que no cabe compensar el usufructo de la legítima con la nuda propiedad del quinto: "quia testator non proprietatem, sed ususfructum reliquit", Juan Gutiérrez, op. cit., lib. V. Quaest. XVIII, núms. 1 y sigs. (cfr. ed. cit., vol. II, págs. 46 y sigs.). Después de referir (núms. 2 y 3), los argumentos a favor de la validez del usufructo universal legado si su valoración no excede del valor del quinto del caudal, los rechaza (núms. 4 y 5), objetando: 1.º a la compensación del usufructo por la nuda propiedad del quinto, "quia hoc testator noluit aut expressit, vel sic esset praeter eius voluntatem; 2.º, el texto del § *Prohibemus* de la Novela 18, en que el Emperador Justiniano decía del hijo gravado con usufructo universal "aut enim fame periret, aut oportet eum mendicare: quod esset absurdum"; y 3.º, la ley *Scimus*, § *Cum autem* (Cod. III-XXVIII, 36, § 1.º). En los núms. 10 y 11 rechaza especialmente la tesis de Ayerve de Ayora, de la que dice: "non solum est contra voluntatem atque expressa dispositionem defuncti, aut saltem praeter eam, et sine lege, verum etiam contra verba expressa dictorum iurium". Philippe Reusson, op. cit., cap. III, sect. 3.ª, núm. 10 (pág. 295), consideró más sólida y más ra-

g) En cambio, sólo conocemos el § 2.306 del B. G. B., que en términos generales imponga la elección entre percibir la legítima pura y estricta, o bien la mayor institución, con los gravámenes o modalidades impuestas por el *de cuius*.

No obstante, no faltaron autores de Derecho común que, apoyándose en la ley *Si libertus patrono* o en las glosas de Baldo a la ley *Scimus*, quisieron generalizar esa necesidad de opción, o bien, partiendo de la ley *Si pater pucilac*, atenuaron con la posibilidad de opción el rigor de una compensación automática del mayor *quantum* con el menor *quale*. Así: Alciato (131), Cephalus (132), Josef Ludovico y Hieronymo Magonio (133), Riminaldus iunior (134), Surdus (135), García Mastrillo (136), Cancr (137) y todavía, entre los autores catalanes del pasado siglo, Vicente Gibert (138) y Guillermo M. Brocá y Juan Amell (139).

A muy parecidos resultados se llegaría con las tesis de Dávila García (140), "donde hay herencia no hay legítima", de la cláusula Socini tácita de Virgili Sorribes (141) y con la teoría de la absorción de la

zonzable la opinión de que el legatario, al cual se hubiera legado el usufructo de todos los *propes* no podrá pretender que en lugar de dicho usufructo se le entregue el quinto en plena propiedad, sino que su legado —a falta de previsión por el testador— deberá quedar reducido simplemente al usufructo del quinto, "par la raison que le testateur n'a rien legué en propriété, il faut suivre ponctuellement la volonté du defunt, car c'est la volonté du defunt qui donne tout le droit, le defunt pouvoit à la verité leguer, le quint tant en propriété qu'usufruit, mais il ne l'a pas fait, *quod potuit noluit, quod voluit non potuit*, il voulu leguer l'usufruit de tous les propes, il ne le pouvoit pas faire...".

(131) Andrea Alciatus, "Responsam", resp. 497, núm. 2 (cfr. ed. Lugduni, 1561, fol. 339).

(132) Joannem Cephalus, "Consiliorum sive Responsorum Iuris", cons. XVI, núm. 56 (cfr. ed. Francofurti, 1579, t. I, fol. 29 vto.) y Consil. CCLII, núm. 143 (t. II, fol. 187 vto.).

(133) Josepho Ludovico y Hieronymo Magonio, "Decisiones Causarum Rotae Lucencis", desc. XXVIII, núms. 60 y 69 (cfr. ed. Venecia, 1586, págs. 169 y sigs.).

(134) Hippolytus Riminaldus, "Consiliorum sive Responsorum", lib. VII, cons. DCCXXXVI, núm. 142 (fol. 9): "filium in legitima gravari non posse, intelligitur, quando pater nihil plus ultra legitimam filio relinqueretur vel quando filius vellet acceptare solam legitimam residuo repudiato".

(135) Surdus, "Tractatus de Alimentis", tít. II, Quaest. XV, núm. 181 (cfr. ed. 1645, pág. 222).

(136) García Mastrillo, "Decisiones Consistorii Sacre Regiae Conscientiae Regni Siciliae", lib. II, Descis. CLXXXI, núm. 28).

(137) Cancr, op. y loc. cit., núm. 37 (pág. 70).

(138) Vicente Gibert, "Teoría del Arte de Notaría", parte segunda, tít. 8.º, § único *in finem* (3.ª ed., Barcelona, 1875, pág. 267).

(139) Guillermo M. de Brocá y Juan Amell, "Instituciones del Derecho Civil Catalán vigente", t. II, § 741 (2.ª ed., Barcelona, págs. 430 y sig.).

(140) Julián Dávila García "Herederos y legitimarios. Donde hay herencia no hay legítima", en R. Cr. Dr. Inmob., XVI —octubre 1943—, págs. 668 a 670.

(141) Francisco Vigili Sorribes ("Herederos forzosos y heredero voluntario; su condición jurídica". "El llamado heredero forzoso no es heredero", en R. C. D. Inmob. XVIII —julio-agosto 1945—, pág. 493) ha defendido la existencia tácita de la opción de compensación legitimaria. He aquí su razonamiento:

causa adquisitiva de la legítima por el título de heredero de Roca Sastre (142). con la salvedad hecha por este autor de los supuestos de gravamen de usufructo o de sustitución fideicomisaria, en los cuales estima que no produce este efecto.

Pero estas posiciones no pudieron superar en Derecho común los obstáculos de las leyes *Quoniam in prioribus. Scimus, § Cum autem*. y de la novela 18. cap. III. *De triente et semisse*. extractada en la *Authentica Novissima* (143), ni siquiera en nuestro Código civil pueden sortear los de los artículos 782, 813, § 2.º: 817 y 824 (144). Ni tampoco superan con éxito la presumible voluntad del testador. Este, pudiendo prever dicha opción, no la concedió. Por lo cual, la presunción resulta forzada y pasa a ser una verdadera presuposición —que

“De admitir la legalidad de esta cláusula (de Socino) cuando el testador explícitamente la impone, ¿por qué no admitir su eficacia cuando deriva de la aplicación de los principios generales del derecho sucesorio, y, por tanto, de la voluntad tácita del testador? Tanto si la cláusula Socino es expresa como si es tácita, el heredero puede cobrar su legítima, repudiar la herencia y reclamar los bienes reservables. Si no lo hace es porque no quiere.”

(142) Ramón M.ª Roca Sastre (“Naturaleza Jurídica en la Legítima”, en R. D. P. XXVIII —marzo 1944—, págs. 204 y 205) ha afirmado que “hay verdadera incompatibilidad o no simultaneidad entre el título de heredero y el de legitimario” y “que el título hereditario inutiliza por absorción la condición de legitimario”. Por lo cual, excepto en los supuestos de gravamen de usufructo o de fideicomiso universal (por las razones que él mismo explica) admite que: “Evidentemente con esta doctrina el legitimario que llega a ser heredero puede resultar que obtenga una utilidad neta inferior al importe de la porción legitimaria que en otro caso adquiriría. Para evitar ese perjuicio debe examinar la conveniencia de repudiar la herencia”.

(143) Vázquez de Menchaca, op. y lib. cit., § 10, núms. 244 y sig. (fol. 212); Rodrigo Suárez, loc. cit., *Ampliatio sexta*, núm. 1 (pág. 392); Julius Clarus, “Tractatus de Testamento”, lib. III, *Quaest. LXXII*, núms. 1 y 2 (cfr. en *Opera Omnia*, ed. Lugduni, 1578, vol. III, pág. 47); Antonio Gómez, “Variae...”, lib. I, cap. XI, núm. 25 (pág. 147); Didacus Covarruvias a Leiva, “In tít. de testamentis...”, cap. *Raynuitus* 16, § XI, núms. 5 y 6 (ed. y vol. cit. pág. 94); Gaspar Baeza, “Quae de non meliorandis filiabus dotis ratione loquitur”, cap. 8, núm. 10 (cfr. ed. Granada, 1566, fol. 45 vto.); Petrus de Peralta, *Relectiones Praecellentes, Praelec. 1-3, § qui fideicommissam., ff. de hered. instit.*, núm. 56 (op. cit., vol. II, pág. 180); Peregrino, op. cit., art. XXXVI, núm. 84 (página 516); Dr. Luis de Molina Morales, op. cit., lib. II, cap. I, núm. 29; Luis de Molina, S. J., op. cit., tract. II disp. CLXXVII, núm. 9 (vol. I, pág. 403); Joannes Petrus Fontanella, “Tractatus de pactis nuptialibus sive de capitulis matrimonialibus”, cláusula IV, glos. XIX, pars. I, núm. 39 (cfr. ed. Lugduni, 1667, t. I, pág. 469); Juan del Castillo Sotomayor, op. cit. lib. V, cap. LXIV, números 46 y sigs. y 58 y sigs. (págs. 46 y sigs.), cap. LXXIX, col. 4.ª y siguientes (págs. 189 y sigs.) y cap. CVII, núms. 45 a 46 (págs. 760 y sig.) y número 76 (pág. 779); Merlino, op. cit. lib. III, tít. II, *Quaest. VIII*, núms. 9 y 10 (pág. 357) y *Quaest. IX*, núms. 14 y sigs. (págs. 359 y sig.); Vicentius Fursario, op. cit., *Quaest. CCXCVI*, núm. 27 (pág. 324); Franciscus Camarella, “De legatis et singulis rebus per fideicommissum relictis” (*Venetis*, 1681), lib. XII. De secundo membro primi capituli, *Illatio III*, núm. 2 (pág. 730).

(144) En contra de las tesis de Dávila García y de Roca Sastre, argumentamos en “Imputación de legados otorgados a favor de legitimarios”, R. D. P. —abril 1948—, pág. 325. En contra de las afirmaciones del mismo Dávila y de Virgili, véase Fuenmayor, “Intangibilidad de la legítima”, “IV Cautela socieniana o gualdense”, en *An. Der. Civ. I-I*, enero-marzo 1948, pág. 72.

no parece posible recoger sin texto expreso que la establezca—. salvo disposición en contrario (es decir, invirtiendo el punto de partida). El Tribunal Supremo, en sentencia de 18 de noviembre de 1930, ha rechazado implícitamente tal doctrina.

El uso inveterado de las cautelas de compensación legítimaria y las cuestiones y discusiones a que dieron lugar, son buena prueba de la ausencia, al menos en importantísimos supuestos, de toda compensación u opción forzosa entre la legítima pura y estricta y la disposición testamentaria cuantitativamente mayor, con sus condiciones, gravámenes y sustituciones, ya que la aceptación de cualquiera de estos criterios hubiese hecho ocioso el empleo de aquellas cautelas expresas.

VI

Comprobado que las cautelas de que nos ocupamos pueden ser útiles, debemos examinar si son lícitas, válidas y eficaces. Para comprobarlo analizaremos los argumentos aducidos en favor y en contra. Comenzaremos por estos últimos.

A) OBJECIONES A SU VALIDEZ.

a) OBJECIONES DE CARÁCTER GENERAL.

α) *El gravamen impuesto a la legítima se entienda por no puesto, sin perjuicio de que lo demás dejado al legitimario pueda éste conservarlo, aunque reclame su legítima pura y sin gravamen.*

En el siglo XVI, Hippolytus Riminaldus (145) adujo este argumento, apoyándose en la ley *Scinus*, § *Cum autem*, *Cod. De moff. testam.*, que, para caso de haberse instituido a otra persona sustituyéndola fideicomisariamente por el hijo del testador, ordena que éste reciba en seguida su legítima, sin perjuicio de obtener, en su día, el remanente al vencer el fideicomiso. Y en línea semejante se colocó Simón de Praetis pocos años después, al encerrarse en la afirmación de que el gravamen se tiene por no puesto.

Pero la objeción tenía fácil réplica, que vemos formulada por Gaspar Baeza (146) y Juan Gutiérrez (147). Dicho § *Cum autem* habla de cuando simplemente se deja al hijo algo *ultra legitimam* por vía de sustitución, no cuando se le exige hacer algo para conseguir lo que excede de la legítima, supuesto en el cual no tiene lugar dicho § *Cum autem*, sino que ha de cumplirse la voluntad del testador, que es conforme al derecho.

(145) Hippolytus Riminaldus iunior, op. cit., lib. V, cons. DX, núm. 64 (cfr. ed. Venecia, 1585, vol. V, fol. 103).

(146) Gaspar Baeza, "Quae de non meliorandis filiabus dotis ratione loquuntur", cap. 8, núm. 11 (ed. Granada, 1566, fol. 45 vto. y 46).

(147) Juan Gutiérrez, "Practicarum Quaest ...", cit., lib. V, Quaest. XVIII, núm. 15 (vol. cit., pág. 49).

La afirmación —cierta— de que el gravamen se tiene por no puesto deja en el aire la cuestión de explicar la razón por la cual —según Praetis (148)— el legitimario puede conservar, además, lo que se le dejó bajo la condición de aceptar el gravamen (149). Pero sólo siendo inválida esa condición sería posible escindir de dicho modo la voluntad del testador. Y ésa es la médula de una segunda objeción.

β) ¿Puede estimarse lícita la condición que pone el legitimario en trance de escoger entre su legítima pura pero estricta o la mayor porción a él relicta pero con el gravamen afectante de aquélla?

Contra la cautela *Cumani* Carolus Ruinus (150) e Hippolytus Riminaldus (151) esgrimieron el brocardo “quod non valet per modum dispositionem, non valet etiam per modum conditionis”, si bien hemos de notar que el primero admitió, sin embargo, su cautela, a que antes hemos aludido, y que el segundo salvó de su crítica los supuestos dictaminados por Socino y por Menochio.

Jo. Franciscus Andreolus (152), que a primeros del siglo XVII trató ampliamente de esta cuestión, recogiendo los argumentos contra esta objeción, concluyó que si el testador puede no instituir al hijo en el residuo, tanto más ha de poder instituirle bajo condición, “quia plus est non facere quam facere cum qualitate”.

Sin embargo, modernamente varios autores han resucitado la objeción, señalando que dicha condición es ilícita (153), y como tal comprendida en las prohibiciones del artículo 900 del *Code civil français*, 792 del español, etc. Pero esa referencia contiene una confusión inicial. Al testador no le es lícito —ciertamente— gravar a su hijo en su legítima; en cambio, no es en modo alguno ilícito que el hijo acepte, por la razón que sea, cualquier gravamen sobre su legítima.

Y la licitud de la condición no se refiere a la disposición ordenada por quien la puso, sino al acto a realizar en cumplimiento de la condición. Así resultaba claramente de la constitución de Justiniano del año 528 (Cod. VI-XLI, *único*) y de la ley 3, tít. IV, 6.^a Partida. La primera refiere la ilegalidad y la probosidad a lo que se exigía del llamado, al acto del llamado al que se le condicionase el llamamiento. La segunda ley, en su apartado final, expuso con claridad: “E

(148) Simón de Praetis, Pisarenis, “Interpretatione ultimarum voluntatem, Tractatus amplissimus”, lib. V, tít. I, Dubitatio III, núms. 116 a 121 (ed. Venetiis, 1582, fol. 498 y vto.).

(149) Las objeciones de Praetis fueron detenidamente repicadas por Fusario, op. cit., Quaest. CCXCVI, núm. 64 (pág. 227).

(150) Carolus Ruinus, “Responsorum sive Consiliorum”, lib. III, Consil. CXLIIX, núm. 9 (cfr. ed. Venecia, 1571, t. III, fol. 234 vto.): “Quod non potest fieri per modum dispositionem fieri etiam non potest per modum conditionis”.

(151) Hippolytus Riminaldus, op. cit., lib. V, Cons. DX, núm. 21 (fol. 101).

(152) Andreolus, op. cit., Pars. III, Controv. CCL, núms. 48 a 54 (pág. 95), donde expone las objeciones y núm. 96 (pág. 101), en la que concluye en favor de la validez de la cautela.

(153) Especialmente en este sentido, véase Francisco Espinar Lafuente, “La herencia legal y el testamento” (Barcelona, 1956), núm. 175, pág. 396, nota (189).

generalmente son llamadas imposibles segund derecho todas las condiciones que son contra la honestad *de aquel a quien son puestas*, e contra buenas costumbres, o contra obras de piedad". La ley 3 del título VI de la misma Partida señala como ejemplo de condición inmoral, "Estabézcote por mi heredero, si non sacares a tu padre de captivo o si non le dieres que coma", que evidentemente exigen un acto inmoral del instituido. En cambio, no es inmoral que el legitimario renuncie a su legítima o acepte el gravamen de la misma.

A fines del siglo pasado, Edouard Lambert (154) señaló que el artículo 900 del *Code de Napoleon* no hace sino reproducir la citada Constitución de Justiniano. Como aquel: "Obstaculiza que el testador y el legatario, de común acuerdo, deroguen reglas de orden público, pero no les prohíbe dejar de lado las disposiciones del Código que no tiendan sino a proteger los intereses particulares... La jurisprudencia reconoce que el artículo 900 no prohíbe más que las condiciones contrarias a las reglas de orden público. El orden público exige que el heredero no pueda ser privado de su reserva, pero, ¿está interesado en que el heredero no consienta nada contrario a esa prohibición? Nadie osaría sostenerlo. La condición que impone ese consentimiento al reservatario no puede caer bajo el golpe del artículo 900."

γ) *¿Pueden los legitimarios aceptar una limitación de sus derechos a la legítima que pueda llegar a perjudicar a sus descendientes o, en su caso, a sus ascendientes?*

Esta pregunta encierra una objeción muy vieja, tan vieja que la vemos replicada y refutada por muchos autores castellanos del siglo XVI. Se dice que quienquiera deba legítima no puede disipar ni dilapidar sus bienes en fraude de sus legítimos sucesores y que, por ende, no puede gravar sus bienes de tal modo que excluya el derecho de sus hijos a reclamar su legítima (155). Razones que hemos visto recientemente reproducidas por Espinar Lafuente (156), quien añade: "ni el testador (*ex dispositionis patris*) ni el heredero (*ex filii approbatione*) pueden hacer trueques ni cambalaches ni permutas con la herencia legítima. Esta sólo puede ser objeto de aceptación o repudiación. Ha de admitirse o rechazarse en bloque. Esta es la única facultad del heredero".

En los primeros años del siglo XVI, Palacios Ruvios (157), en el § 47 de su comentario a la rúbrica del cap. *Per vestras*, había puesto las cosas en su sitio: "Puede el hijo repudiar la herencia y no por

(154) Edouard Lambert, "De l'exhérédation et des legs faits au profit d'héritiers présomptifs" (París, 1895), § 897, pág. 678, y § 907, pág. 689.

(155) Thomas Carlevalio Hispano ("Disputationum Juris Variarum de Judiciis", tít. II, Disp. XXV, núms. 20 a 28 —cfr. ed. Venecia, 1746—, t. II, páginas 157 y sigs.) en época tardía expone ampliamente los argumentos en favor de esa objeción.

(156) Espinar Lafuente, op. cit., núm. 175, págs. 398 y sig. y notas (198) y (199).

(157) Palacios Ruvios, "Repetitio..." cit., Rtbl., § 47, núm. 3 (fol. 41 vto.).

eso se dice que disminuya su patrimonio, sino que no quiere adquirir..., tanto más, pues, ha de poder consentir la carga impuesta a su legítima: ni podrán los hijos suyos conseguir lo que él renuncie o condone, derecho o lucro; *quod sperat futurum*." Y en igual sentido se expresaron Rodrigo Suárez (158), Covarruvias (159), Juan Gutiérrez (160), Burgos de Paz (161), Jacobo Valdés (162), etc... Peláez de Mieres (163) precisó la exigencia de dos requisitos, que se hiciera: "cessante fraude" y "quando ius non est iam acquisitum". No habiendo intención fraudulenta en el aceptante del gravamen y verificada su aceptación al adir la herencia, ambos requisitos quedaban cumplidos.

Las objeciones de Espinar, de ser ciertas, nos llevarían muy lejos. Entre otras consecuencias, a la ineficacia de las cesiones a renta vitalicia por quien tuviere legitimarios posibles y a la ilicitud de las ventas con reserva de usufructo. Son fruto de confundir con un derecho adquirido una mera esperanza (la legítima aún no relicta), sólo protegida con disposiciones específicas (inoficiosidad de donaciones, prodigalidad declarada) o contra actos fraudulentos o simulados.

Por otro lado, para proteger esos intereses expectantes, Espinar plantea un dilema de su propia creación, que ley alguna, que nosotros sepamos, jamás ha establecido: "Ha de admitirse o rechazarse en bloque" [la herencia legitimaria] sin "trueques ni cambalaches ni permutas".

¿Por qué? ¿Por qué pudiendo hacer lo más —repudiar— no puede hacerse lo menos —aceptar con la carga—? Como ha escrito Roca Sastre (164): "quien puede lo más (renunciar la legítima), puede lo menos (admitirla con gravamen), una vez se haya diferido la legítima, pues es un valor puramente patrimonial que pretende entrar en el patrimonio del legitimario y es libre de hacer él lo que guste".

¿Por qué no puede el heredero legitimario aceptar en compensación de su legítima una porción de valor, mayor que el de ésta, atribuido en usufructo si nadie le impide vender los bienes heredados con reserva de usufructo o cederlos en renta vitalicia? La postura rígida de Espinar transformaría, en cierto modo y a ciertos efectos, las legítimas en fideicomisos legales indefinidos, sin darse cuenta de que —por otra parte— el déficit de rentas podría llevar a los que así quiere pro-

(158) Rodrigo Suárez, op. cit., Ampliat, X, núm. 54 (pág. 428).

(159) Covarruvias, "In titulum De testamentis, interpretatio", cap. Raynaldus 18, § 2.º, núm. 4, vers. *Septimum* y *Octavum* (ed. y vol. cit., págs. 102).

(150) Juan Gutiérrez, "Repetit. cap. Quamvis pactum, de pactis, lib. 6, donde tras plantear la opinión contraria en los núms. 16 y sigs., la rechaza en los números 24 y sigs. (cfr. en "Repetitiones atque Allegationes Iuris Variarum", ed. Venecia, 1600, págs. 155 y sigs.).

(161) Doctoris Burgensis Solon de Pace, "Prima Pars Consiliorum", Cons. XIV, núm. 55 (cfr. ed. Medina del Campo, 1576, fol. 76 vto.).

(162) Jacobo Valdés, addit. cit. a la *Repetit. Quoniam in prioribus* de Rodrigo Suárez, Ampl. X, letra R, vers. *Secundus causas* (ed. cit., págs. 439 y sigs.).

(163) Peláez de Mieres, op. cit., IV Pars., Quaest, XXXIII, núm. 59 (ed. cit., fol. 497).

(164) Ramón M.ª Roca Sastre, "Estudios de Derecho Privado" (Madrid, 1948), vol. II, cap. V, págs. 176.

teger, bien sea a endeudarse o bien a tener necesidad de enajenar para su consumo parte o todo su patrimonio: mientras que un superavit de rentas puede dar lugar a que, con su ahorro y acertada inversión, acreciente su patrimonio no sujeto a restitución.

δ) *¿Cabe estimar que las cautelas que nos ocupan son puestas en fraude de la ley por intentar imponer indirectamente lo que está prohibido imponer directamente?*

Esta objeción, concretada en un texto positivo del Digesto (XXXV-11, 27) conocido por ley "*Sciuis et Algerius* [o *Augerius*]", la vemos utilizada contra la cautela Cumani por los ya citados Ruino (165) y Riminaldo junior (166). El *casus* de este texto consistía en que el testador había puesto a sus herederos Seyo y Agerio la condición de renunciar a su cuarta Falcidia, contentándose con una suma en metálico: de no aceptarla, disponía que se entenderían por no instituidos. La respuesta de Scaevola había sido terminante: Seyo y Agerio podían adir lo mismo que si no se hubiese impuesto aquella condición, que se impuso por causa de fraude.

Pero esta alegación fué contrarrestada tratándose de las cautelas de que nos ocupamos. Así Marcus Antonius Cucchus (167) replicó a Ruinus: que en el supuesto de la ley *Sciuis et Augerius* se quería imponer al heredero la elección entre recibir menos de lo que en virtud de la Falcidia le correspondería o bien ser privado totalmente de la herencia, mientras que en la cautela discutida la opción que se le ofrece se refiere a recibir una porción mayor que la legítima pero afecta a un gravamen, o bien sólo su legítima estricta pero pura e íntegra. Por lo cual observaba la diversidad de ambos casos, pues mientras en el supuesto de dicha ley "*apparet manifeste fraus*", en cambio, en el de la cautela en cuestión "*non nocebit hoc filium, nec per obliquum legitima oneri subiecta censebitur*". Peregrino (168) recalcó que en el supuesto de la ley *Sciuis et Augerius* los términos de la alternativa radican en recibir la Falcidia disminuida o bien en no ser instituido, mientras la alternativa propuesta se sitúa entre la eficacia de la disposición testamentaria ofrecida o la percepción de la legítima estricta. Por eso mismo, Surdus (169) contundentemente observó que no puede calificarse de fraude a la legítima lo que no la lesiona, y que el padre cuanto sobrepase la legítima de su hijo puede incluso echarlo al mar o dejarlo a quien quiera.

(165) Carolus Ruinus, op. y lib. cit., Consil CXLIX (cfr. ed. Venecia, 1571, t. III, fol. 234 vto. y sig.), especialmente núms. 3, 8, 9, 10 y 13.

(166) Hippolytus Riminaldus, op. cit., lib. V, Consil. DX, núms. 20, 22 y 23 (fol. 101) y núm. 52 (fol. 102).

(167) Cucchus, op. cit., cap. "*Nec usufructu fraudari liberi*", núm. 29 (fol. 112 vto. y 113).

(168) M. Antonio Peregrino, "De fideicommissis praesertim universalibus", art. XXXVI, núm. 62 (cfr. ed. Lugduni, 1670, pág. 510).

(169) Juan Pedro Surdus, "Decisiones Sacri Mantuani Senatus", Dec. XXI, núm. 14 (cfr. ed. Venecia, 1615, pág. 41).

Voet (170) recalcó que en la elección concedida por el testador al hijo, entre la herencia con gravamen o la legítima pura, no hay fraude alguno a la legítima, sino expresa concesión.

Mientras en el supuesto de la ley *Setius et Augerius*, se proponía la opción entre menos de lo debido o no recibir nada, en el nuestro se ofrece estrictamente todo lo debido o bien la mayor atribución testamentaria pero con su gravamen afectante incluso a la legítima. No hay, pues, como en aquél, una opción entre menos o nada, sino entre estrictamente lo justo o bien más aceptando ciertas condiciones, si se prefiere así.

Al argumento de que no es lícito hacer por modo indirecto lo que no puede hacerse por modo directo, Andreolus (171) le dió la vuelta, diciendo que si es lícito instituir al hijo sólo en su legítima y disponer libremente del residuo, resulta muy cierto que lo que directamente puede hacerse, mucho más puede hacerse indirectamente. “Ni puede decirse impedido —añadió— quien puede remover el impedimento, ni gravado quien puede remover el gravamen, como el hijo que puede elegir su legítima pura e intacta”. Para concluir, con la observación de que algunos autores queriendo evitar Scilla, es decir, lo que creen en fraude a la legítima del hijo, caen en Caribdis, al admitir que se defraude al testador en su facultad de disponer libremente del residuo *ultra legitimum*.

e) *Objeciones de tipo dogmático conceptual.*

Este tipo de objeciones presupone una calificación conceptual de la disposición o disposiciones que entrañan la cautela y también de la legítima y de su atribución, y, además, requiere la aplicación del método dogmático de inversión, considerando que de la calificación conceptual pueden deducirse consecuencias, aunque éstas no hayan sido habidas en cuenta al efectuar la calificación.

Para quienes rechazamos este método (172), las objeciones dogmático-conceptuales carecen de valor. Sin embargo, creemos conveniente repasarlas, aunque sea brevemente.

Con este fin examinaremos primeramente las construcciones con las que se ha pretendido estructurar conceptualmente tales cautelas.

Se ha dicho que la *atribución del testador* tiene carácter condicional, sometida a condición resolutoria o suspensiva, o bien que se halla sometida a una revocación condicional. Kipp (173) afirma que esta última opinión no es sostenible y, si bien estima que es posible “que el testador haga depender una institución hereditaria o un legado de

(170) Joannis Voet, op. cit., lib. V, tit. II, núm. 64 (ed. y vol. cits., pg. 116).

(171) Andreolus, loc. cit., contr. CCL, núm. 98, pág. 102.

(172) Cfr. nuestro trabajo “Determinación de las relaciones jurídicas relativas e inmuebles susceptibles de trascendencia respecto a tercero”, II, B, en “Estudios sobre Derecho de cosas y garantías reales” (Madrid, 1962), págs. 162 y siguientes.

(173) Kipp, op. y vol. cits., § 132, V, pág. 312.

la condición *suspensiva* de que el legitimario no impugne el testamento o no reclame la legítima", cree que normalmente, y en caso de duda, debe entenderse que se trata de una condición *resolutoria* "con respecto a la atribución del testador, por tanto, de una institución de heredero fideicomisario o de un legado sujeto a restitución fideicomisaria a favor de tercero (eventualmente, de los herederos legales) para el caso de que el legatario infrinja la voluntad del testador resultante de una cláusula interpretada conforme a su sentido".

El acto de la *elección u opción del legitimario* ha sido enfocado desde opuestos puntos de vista: como renuncia de la herencia forzosa si se acepta la atribución testamentaria (174) o como aceptación de una exheredación, que sería ineficaz sin tal aceptación (175); o bien como renuncia de la atribución testamentaria cuando se opte por recibir la legítima, que ciertamente también ha sido atribuida por el testador al legitimario si éste la prefiere (176). Enlazando ambos aspectos, sin duda veremos: una facultad de elección que podría implicar una novación, una compensación, una dación de pago, una cesión o simplemente la aceptación de una forma de pago distinta a la debida inicialmente (177).

La *legítima*, a su vez, ha sido configurada: como una porción de herencia atribuida directamente por la ley con independencia de la voluntad del testador; como un débito *post portem* del testador que recae en su heredero; o bien, contablemente, como un *quantum* que cualitativamente debe ser satisfecho en bienes de la herencia, el desconocimiento del cual por el testador da lugar a la ineficacia en todo, o en la parte legítima, de la institución o a la reducción de las disposiciones inoficiosas (178).

Estos antecedentes nos permiten situarnos ante la crítica dogmático-conceptual hecha por Espinar Lafuente (179). Este, en contra de la viabilidad de la cautela de que estamos tratando, y apoyándose en su previa opinión de que la legítima es atribuida directamente por la ley, entiende que: "si existieren herederos forzosos de ulterior grado (sustitutos *ex lege*) han de entrar en lugar del heredero que repudia, con derecho a pedir la reducción del legado consolidado a su favor por

(174) Cfr. Espinar Lafuente, op. cit., núm. 175, pág. 396.

(175) Cfr. Lambert, op. cit., §§ 881 y sigs., págs. 663 y sigs.

(176) Esta es la tesis que late en la doctrina de los autores clásicos que acabamos de ver defendiendo la licitud de la cautela.

(177) Cfr. Walter d'Avanzo (respecto al supuesto del art. 810 del *Codice italiano* de 1865), "L'abbandono dell' legitimario nella "cautio" sociniana e la necessità dell'atto scritto se ha per oggetto beni immobili". Comment. a la S. 3 diciembre 1937, 1.ª Sez. de la Corte Suprema de Cassazione Civile, en "Guirispudenza Italiana", vol. XC (1938), col. 147 y sig.

(178) Cfr. nuestros trabajos "Apuntes de Derecho Sucesorio", I, págs. 112 y sigs. y, especialmente, "Computación, imputación y reducción de las donaciones en los principales ordenamientos jurídicos del Occidente europeo", en "Rev. del Instituto de Derecho Comparado", núm. 3 (Barcelona, julio-diciembre 1954), páginas 45 a 50, donde rectificamos parcialmente alguna conclusión del anterior trabajo.

(179) Espinar, loc. cit., pág. 399 y nota (200).

el renunciante". "La finalidad buscada por la cautela —añade— sólo puede obtenerse cuando el círculo de herederos forzosos en el cual actúa se encuentra colocado en el último grado de la escala, de tal modo que la renuncia del legitimario deje la herencia totalmente disponible". Y, en nota, explica que: "Si el heredero forzoso no es único, entraría en juego el derecho de acrecer a favor de los otros, a menos que éstos repudiasen también la herencia o renunciasen a los bienes que habrían de adjudicárseles como consecuencia de la repudiación hecha por el primero."

Es de notar que Espinar Lafuente se atreve a sostener unas consecuencias conceptuales que no osaron oponer los autores de *Droit Coutumier*, en el cual ciertamente la legítima correspondía al más puro tipo de reserva germánica directamente atribuida por ley y sobre la cual el causante no tenía posibilidad alguna de disponer *mortis causa* ni de modalizar el llamamiento legal. ¡Claro que esos autores no sufrieron nuestros modernos sarampiones dogmático-conceptuales!

Olvida también Espinar algo que esos mismos autores tuvieron muy presente: la validez del legado de cosa del heredero en cuanto su montante no excediere del valor de la parte libremente atribuida al mismo heredero gravado con dicho legado. Siendo así, ¿por qué no habría de ser posible legar, con cargo al heredero, bienes legalmente heredados por éste del mismo causante?; ¿qué derecho pueden, en ese caso, alegar los colegitimarios del heredero gravado que acepta el gravamen?

¿Es que puede pesar más aquella construcción doctrinal —aunque fuese verdadera— que esta analogía fundamentada en razones teleológicas?

Pero, además, si la legítima —como sucede en el régimen del Código civil español (180)— es de reglamentación negativa (o *freno*), su satisfacción por el causante tiene un mayor margen de flexibilidad, que tiene en último término por medida el interés y la conformidad del legitimario. Este puede aceptar que se le atribuya en *quale* diverso si, por otras razones —v. gr., por recibir mayor *quantum*—, así le conviene. No puede decirse que entonces haya renunciado a nada, si no es a reclamar la pureza del *quale* debido a cambio de obtener mayor *quantum*. Nada recibe a cambio de renunciar a la legítima, porque no renuncia a ésta, sino tan sólo a recibirla en una prefijada forma. Recibe ésta con gravamen en el *quale*, pero compensado con mayor *quantum*. Da por satisfecha su legítima, aunque de otro modo que el fijado por la ley, porque el legitimario la reputa más favorable para él.

b) *Objeciones alegadas para los supuestos en que la cautela está formulada como una sanción o imposición de pena, que priva del exceso sobre la legítima atribuido testamentariamente al legitimario que no acepte un gravamen sobre su legítima.*

(180) Ver nuestros "Apuntes...", cits., I, §§ 5 y 6, págs. 40 y sigs.

Es notable que ciertas cuestiones se plantean, discuten y desechan, y vuelven a replantearse, discutirse y desecharse de nuevo, sucesivamente, varias veces en diversos momentos de la Historia del Derecho. Algo de ello sucede con las disposiciones *mortis causa* a título de pena: nulas durante el Derecho romano clásico, por un arrastre debido a *veteres leges*, y admitidas, como veremos, en el Derecho justinianeo; discutidas con respecto a las impuestas al heredero que no acepte un gravamen en su legítima durante los siglos XV, XVI y XVII, hasta predominar la opinión favorable a su eficacia, y vueltas a discutir, bastantes años después de nuestras codificaciones, en Francia y por algunos autores en España.

El formalismo del Derecho romano primitivo llevó consigo la prohibición, por su carácter atípico, de las disposiciones *mortis causa poenae nomine*. Conservada, sin convicción, por el solo peso de la tradición por los juristas clásicos (181), fue abolida por Justiniano en una Constitución del año 539 (Cod. VI-XLI, único) y su doctrina recogida en la Instituta (II-XX, § 36). Sin embargo, Justiniano concluyó su disposición salvando que la liberalidad se mantendría sin ningún quebranto y la pena sería inválida si se impusiera a quien se le hubiese mandado hacer alguna cosa prohibida por las leyes o de otro modo reprobada o imposible.

Y ahí radicaba la objeción puesta por algunos a las cautelas redactadas en forma de imposición de pena de privación de la porción disponible impuesta a quien no aceptare el gravamen de su legítima.

Sin embargo, hemos visto que las primeras cautelas conocidas las hallamos redactadas en esa forma. Así la cautela perusina de que nos habla Angelo y las que Paulo de Castro aprueba en sus "Consilia". Y también la que parece aceptar Baldo en su citado comentario a la ley 1 *De iure Fiscis* del Código, donde señala la invalidez de la condición puesta a la legítima y la validez de la revocación de la disposición para caso de no aceptarse la condición.

En el siglo XV, Carolus Ruinus (182) distinguió los supuestos de que al hijo, que infringiere el gravamen de no enajenar los bienes integrantes de la legítima, se le impusiera la pena de perder lo heredado, lo que, a su juicio, "*quia de lucro quaesito perdendo iudicatur de damno*", o bien sólo se le excluyera de adquirir algo que se dejaba en pendencia de que cumpliera la condición, por lo cual, juzgándolo "*spe lucri perdendi*", consideró que "*non datur tunc damnum pati*".

Pero esa distinción entre dejar de adquirir y ser privado de lo ya adquirido, caracterizando de pena sólo a este segundo supuesto, se esfuma si cabe dar carácter retroactivo a la adquisición y a la no adquisición. A ello tendía la cláusula "*ex nunc prout ex tunc*", de modo que trasladaba un tiempo a otro tiempo, dando lugar a un efecto re-

(181) Cfr. Biondo Biondi, "Successione testamentaria. Donazioni" (Milano-1943, núm. 82, págs. 206 y 212).

(182) Ruinus, op. cit., lib. II, Consil CXXXVI, núm. 13 (fol. 181).

troactivo. Así Cephalus (183), en un caso por él examinado, interpretó que la voluntad del testador, para el supuesto de que su hijo instituido heredero universal enajenare, era la de no instituir a éste sino únicamente en la legítima y no más. De modo que, por si llegase a enajenar, dispuso que "*nunc prout ex tunc*" sólo le instituiría en la legítima y en el residuo a sus hermanos, y que, en consecuencia, resultaría como si, *ab initio*, no hubiese sido instituido heredero universal, sino sólo en la legítima.

Ya en plena discusión, Franciscus Nigri, conocido por Cyriacus (184), escribió: que si bien el padre puede pedir al hijo que restituya los frutos percibidos de los bienes en que le instituyó "*ultra legitimum*", no obstante, si lo hiciese como pena y para observancia de disposiciones en derecho no exigibles—como lo es un gravamen en la legítima—, entonces la disposición no obligaría al hijo. A Cyriacus le replicó el Cardenal de Luca (185) que "*non cortex et figura verborum, sed substantia voluntatis attendi debet*".

Andreolus (186) había notado que la identidad de fondo no se altera por razón del orden de las disposiciones o por los tiempos a que el testador se refiera, pues a su arbitrio pudo hacer retrotraer un efecto de un tiempo a otro anterior o transportarlo a otro posterior dilatándolo. De lo que dedujo que no hay diferencia entre el caso de que el padre diga "instituyo a mi hijo en la legítima y en el residuo a un extraño; pero si mi hijo acepta recibir su legítima con gravamen de restitución, entonces sea mi heredero en todo, con la carga de restituir todo", o bien diga "sea heredero universal mi hijo, con el gravamen de restituir todo, pero si no quisiere soportar la carga en su legítima, sea heredero únicamente en su legítima". Ya que, a su juicio, ni el orden de las palabras ni los tiempos de verbo de la disposición pueden influir en la validez intrínseca de la disposición.

Por otra parte, no puede darse a la palabra pena más significación que la correspondiente a lo que dispone. Así, tratándose de dar o no dar lo que el padre era muy bien libre de dar o no dar, podemos decir, con Surdo (187), que ninguna injuria hace quien no imparte su beneficio, por lo cual no puede propiamente decirse que se inflige pena a quien tan sólo se deja de atribuir un lucro gratuito. Cabe, pues, poner en boca del padre lo que certeramente puso Castillo Sotomayor (188): "mis beneficios sólo puedes tener sino como yo quiero" y "ninguna injuria hace quien sus beneficios no imparte". Y es así que la llamada pena impuesta en los supuestos de que tratamos—como

(183) Cephalus, op. cit., lib. II, Consil. CLIII, núm. 20 (fol. 10 vto.), números 44 y sigs., vers. *Septimo* (fol. 11 vto.).

(184) Franciscus Nigri Cyriacus, op. y contr. cits., núms. 53 y 54 (pág. 428).

(185) De Luca, op., lib. y pars. cits., disc. XVII, núm. 8 (pág. 273), disc. XVIII, núm. 19 (pág. 276).

(186) Andreolus, op. cit., Contr. CCI., núm. 92, en rel. núms. 90 y 91 (págs. 101 y sig.).

(187) Petrus Surdus, "Consiliorum...", lib. II, Consil. CCXV, núm. 21 (ed. cit., vol. II, fol. 173).

(188) Castillo Sotomayor, op. cit., lib. V, cap. LXIV, núm. 14 (pág. 39).

subrayó Bellonus (189)—, no opera en la legítima, sino en el remanente de que el padre pudo disponer como quiso.

Esta polémica, con parecida trayectoria e igual resultado, también la hallamos en Francia de los siglos XVI a XVIII, especialmente entre los autores de *Droit Coutumier*.

En el siglo XVI y a principios del XVII predomina el criterio representado por Brodeau, Chopin, Cüart, Bacquet..., de distinguir la condición admitida como lícita y la penalidad rechazada como ilícita, atendiendo a si la cláusula que la contenía comenzaba su disposición *ab illicitus* o *a lictis*, es decir, según comenzara por la disposición permitida (v. gr., legando los *propes*), para decidir la validez en el primer caso y la invalidez en el segundo (190).

Jean Marie Ricard (191) estimó absurdo este criterio y quimérica tal distinción, de la que dijo era jugar con la jurisprudencia atenerse al orden de las palabras y a una sutileza de práctico más que al fondo y a la intención del testador.

Como criterio adecuado propuso que se atendiera a si la disposición aparece o no como penal, a si está movida por un espíritu de arrogancia que quiera colocarse por encima de la ley para impedir la ejecución de lo que ésta ordena, supuesto en el cual debería tenerse por no escrita. Así se contraponía esa fórmula penal inválida a otra válida, redactada a modo de alternativa dejada a la elección del heredero (192).

Pero —como ha observado Lambert (193)— con ese criterio la validez de la disposición no dejaba de depender de una habilidad de redacción. Más certeramente que Ricard había observado Philippe Renusson (194) que para nada debe considerarse el orden de las palabras y la redacción, sino solamente la cosa en sí, la voluntad del testador y aquello de que ha podido disponer.

Furgole (195) en el siglo XVIII propuso que se atendiese a cuál era el fin de la atribución prevista para caso de que el heredero no quisiera renunciar a derecho alguno sobre los *propes* de su reserva, según tratara de gratificar al legatario, caso en que la estimó válida, o de castigar al heredero, supuesto en que opinó era inválida.

En el famoso caso del testamento del abogado Charles Desmarets, un *arrêt* de 28 de agosto de 1662 (196) admitió la validez de una disposición redactada en forma de pena comenzada *ab illicitus* y dio

(189) Ioannes Antonius Bellonus, "Consiliorum sive Responsorum", Consil. I.XV, núm. 52 (cf. ed. Augustee Taurinorum 1623, pág. 361).

(190) Cfr. Edouard Lambert, op. cit., § 889, págs. 671 y sig.

(191) Ricard, op. cit., 3 parte, cap. XII, núm. 1.550 y sigs. (vol. cit., página 794).

(192) Ricard, loc. cit., núm. 1.459 (pág. 793).

(193) Lambert, loc. cit., § 890, pág. 673.

(194) Renusson, op. cit., cap. III, sec. 3.ª, núm. 9 (pág. 294).

(195) Furgole, op. cit., cap. XI, núm. 137 (cfr. ed. cit., vol. III, págs. 473 y sig.).

(196) Cfr. Lambert, op. cit., § 894 y sig., págs. 675 y sig.

la pauta que dejó zanjada la cuestión durante dos siglos, hasta que la *Court de Casation*, en 9 de diciembre de 1862, volvió a descender la vieja distinción de *a licitis* y *ab illicitis*, y en 6 de mayo de 1878 adoptó otra vez la distinción entre legado de opción y pena testamentaria, olvidando—al decir de Lambert (197)—los progresos a que la discusión había llevado en siglos anteriores al hacer ver lo sutil y quimérico de esas distinciones.

En España, varios autores actuales—José González Palomino (198), Iglesias López de Vivigo (199) Fuentes Torre-Izunza (200)—han afirmado la invalidez de esas cláusulas “que castigan a quien ejercita su derecho”.

A nosotros, la redacción—muy frecuente en la práctica—de la cláusula en forma de sanción o privación, es decir, con fórmula de imposición de un castigo o pena, nos parece indudablemente *incorrecta*. Pero no basta que una redacción sea torpe o incorrecta para que, sin más, deba reputarse inválida o inmoral. Hay que penetrar hasta el fondo de la disposición para juzgarla. Y, situados en ese plano, creemos inevitable llegar, a través de los razonamientos que hemos leído en Surdus, Andreolus, Renusson, De Luca, Lambert, etc., al mismo resultado propugnado por éstos, es decir, a concluir que son válidas por muy incorrectamente redactadas que se hallen.

No podemos detenernos en la corteza de las palabras, sino que debemos penetrar hasta la esencia de lo dispuesto. Al legitimario, con la formulación penal de la cautela, no se le priva de nada que hubiera sido suyo antes de heredar al testador, ni de nada que legalmente deba corresponderle después. En definitiva, se le atribuye y se le deja reducido, como pena, ni más ni menos que a aquello único a que tiene derecho. No hay, pues, verdadera pena; y, por lo demás, la privación de la parte disponible podría evitarla el legitimario si prefiriese no sufrirla y admitir el otro término de la alternativa, que, en realidad, se le ofrece, con fórmula más o menos incorrecta.

La forma de expresarla y el tiempo a que se refiera la atribución de lo estrictamente debido, a quien no prefiere aceptar lo deseado por el testador, son datos accidentales. Y nunca limitan los derechos mínimos de legitimario. ¿Cómo puede hacerse depender la validez de una dis-

(197) Lambert, § 905, págs. 686 y sigs., § 908, págs. 689 y sig.

(198) José González Palomino, “Estudios de arte menor...”, loc. cit., páginas 549 y sig.: “Las soluciones más acreditadas consisten en operar con amenaza de graves penas en los testamentos...” “Yo no creo que el testador pueda legalmente sancionar a un legitimario que quiera hacer uso de un derecho que la ley le confiere, o premiar a otro que está resignado a hacer dejación de su derecho...”

(199) Juan Manuel Iglesias López de Vivigo, “Una cláusula de estilo que proclama el usufructo universal y vitalicio del cónyuge viudo”, en R. G. L. y J. 189 (junio 1951), pág. 284.

(200) Juan B. Fuentes Torre-Izunza, “El usufructo viudal universal (una cláusula de estilo)”, en R. G. L. y J. 189 (junio 1961), pág. 706: “la parte de cláusula que amenaza o coacciona a los legitimarios con no tener participación en los tercios libre y de mejora, es, a nuestro juicio, francamente inmoral y contraria a la ley”.

posición: del orden verbal en que se expresa la propuesta; de la amabilidad y suavidad de las palabras; de la circunstancia de que se deje de atribuir lo que voluntariamente no se otorga hasta que se acepte lo propuesto, en lugar de atribuirse provisoriamente, en tanto que aquella no se rechace, privándole de la atribución en caso de rechazarse lo propuesto; o de que al formularla se diga que se da *n* de más si se acepta, en lugar de decir que se le priva de ese mismo *n* si no acepta? Si una pieza de un mineral determinado está recubierta de polvo o de lodo podrá desagradarnos, pero no por ello podremos pretender que no es del metal que realmente es. La formulación penal sonarnos mal, pero no puede empecer que tras su desafortunada expresión se contenga una alternativa que lícitamente puede plantearse al legitimario. Procuremos, si llega el caso, redactar correctamente las cautelas, pero no pretendamos que las torpe y desagradablemente redactadas sean inválidas porque no nos gusten.

Nuestro Tribunal Supremo, en sentencia de 12 de diciembre de 1958, admitió la validez de una cláusula, en la cual, como sanción, se ordenaba la privación de la mejora al hijo que exigiere la división del caudal hereditario.

B) ARGUMENTOS ESGRIMIDOS A FAVOR DE SU VALIDEZ.

El fundamento de las cautelas de que tratamos radica en la aceptación por el legitimario de la mayor atribución ofrecida por su causante de modo incompatible con la reclamación de su legítima.

Así destaca en los argumentos de Decio (201), de Durantes el Gualdense (202), de Socino el Joven (203), Curtius (204), Parisius (205), Surdus (206), Merlinus (207), Castillo Sotomayor (208), Andreolus (209), etc.

Modernamente, Glück (210) insiste en parejos argumentos: "el efecto depende de la libre elección del heredero que quiere aceptar la carga impuesta a su legítima y recibir una mayor ventaja...". Cuando, por lo tanto, el testador deja su legítima al heredero necesario y a la vez ofrece a su elección si quiere renunciar a toda otra ventaja o

(201) Decio, op. cit., Consil. 687, núm. 2 (vol. V, fol. 41 vto.).

(202) Durantes Gualdense, op. cit., tít. V, Cautela XXXI, núm. 8 (cfr. ed. cit., fol. 66 vto.).

(203) Socino junior, op. cit., lib. I, Consil. CXXII, núm. 15 (ed. cit., fol. 235).

(204) Francischinus Curtius junior, op. cit., pars. I, Consil. CLIX, núms. 6 y 9 (fol. 106).

(205) Petrus Paulus Parisius, op. cit., pars. III, Consil. IX, núm. 5 (fol. 17).

(206) Ioannes Petrus Surdus, "Consiliorum...", lib. II, Consil. CCXV, número 28 (fol. 173 vto.).

(207) Mercurial Merlino, op. cit., lib. III, tít. II, Quaest. IX, núm. 18, vers. *Nec relevat* (pág. 360).

(208) Juan del Castillo Sotomayor, op. cit., lib. V, cap. CVII, núm. 76, vers. *Quarto* (vol. cit., pág. 780).

(209) Andreolus, op. y Consil. cit., núm. 9 (pág. 89).

(210) F. Glück, op. y vol. cit., § 546 (pág. 421).

someterse a una carga impuesta a la legítima, no puede decirse que el testador obre contra la ley o contra la equidad.”

Amadeo de Fuenmayor (211) subraya que la disposición del causante en nada atenta a los derechos del legitimatario, “por cuanto es libre en todo momento para rechazar la oferta y percibir sin limitación alguna la legítima estricta. Por este motivo, porque todo depende de la libre voluntad del legitimario, debe evidentemente rechazarse por exagerada la opinión de aquellos autores que no vacilan en calificar de inícuo el procedimiento que la cautela ofrece como instrumento hábil para burlar en cierta medida el principio de que la cuota legitimaria ha de ser transmitida libre de todo gravamen o limitación”.

Roca Sastre (212) explica que: “el legitimario *opta, elige, escoge* el de los dos llamamientos, vocaciones, delaciones o disposiciones que mejor le acomode o convenga... El testador ofrece dos soluciones o caminos. El legitimario tiene una facultad de opción entre los dos términos o adquisiciones que le ofrece el testador; puede elegir uno u otro: lo que no puede hacer es elegir los dos conjuntamente. El legitimario obra libremente esta elección... consultando seguramente sus intereses...” “Se trata, pues, de un acto voluntario de opción y respecto de una sucesión ya abierta, o sea de una situación legitimaria ya producida, cristalizada o deferida. El legislador, en esta fase, no se entremete en la libre opción del legitimario”.... “quien puede lo más (renunciar a la legítima), puede lo menos (admitirla con gravamen), una vez deferida la legítima; pues es un valor puramente patrimonial que pretende entrar en el patrimonio del legitimario y es libre de hacer de él lo que guste...” “No puede el legitimario escoger por partes, de modo que si acepta la mayor liberalidad con la carga debe aceptar esta carga en todo su integridad, pues uno de los principios sucesorios es el de la indivisibilidad de la aceptación (*vel omnia admittatur, vel omnia repudiatur*), de modo que debe optar por una de las dos vocaciones alternativas. Si opta por la mayor liberalidad deberá soportar íntegramente el gravamen, pues *qui sentit commodum, sentire debet incommodum*.”

C) CUESTIONES QUE SUSCITA LA APLICACIÓN DE ESTAS CAUTELAS AL TERCIO DE MEJORA.

A juicio nuestro, el punto más delicado de la aplicación de las cautelas de que tratamos se halla en su referencia al tercio de *mejora*.

La mejora —como repitieron los clásicos castellanos— es legítima de los hijos respecto de extraños (213), pero no lo es con respecto a

(211) Fuenmayor, “Intangibilidad de...”, loc. cit., pág. 67.

(212) Roca Sastre, “Estudios...”, vol. y cap. cit., págs. 275 y sigs.

(213) Diego Castillo, “Utilis et Aurea Glossa..., super leges Tauris”, l. XXI, núm. 5 (cfr. ed. Methimnae Campi, 1553, fol. 105 vto.) observó “quod filius melioratus potest repudiare legitimam, et acceptare meliorationem: et sic legitima et melioratio in tertio et quinto ponuntur ut diversa, ergo non

los hijos entre sí; es decir, es legítima voluntaria o electiva entre éstos (214).

No ofrecía duda —conforme la ley 27 de Toro—, ni la ofrece hoy —según el art. 824 del C. c.—, que en el tercio de mejora pueden imponerse gravámenes a favor de los descendientes del testador.

Pero la atribución del tercio de mejora, ¿puede condicionarse a la aceptación de un gravamen sobre la legítima estricta o sobre el mismo tercio de mejora?

Esta es la cuestión que vamos a estudiar.

Notemos que, tratándose de satisfacer el deseo del testador de que su cónyuge viudo goce del usufructo universal de su herencia, los clásicos castellanos no plantearon cautela alguna que hiciera entrar en juego la mejora. Sólo se refrieron a la que ofrecía la elección a los legitimarios entre la propiedad de toda la herencia gravada con dicho usufructo o bien el pleno dominio de los cuatro quintos entregando la plena propiedad del quinto al cónyuge superviviente. Aparte de los autores que se inclinaron por la compensación o por su opción *ex iure*, contemplaron y aceptaron la posibilidad de una cláusula concediendo dicha elección: Pedro de Peralta (215) implícitamente, y explícitamente

sunt idem. Et diversitas nominum, arguit diversitas effectus". Gaspar Baeza, op. cit., cap. IX, núm. 53 (fol. 57 vto.) afirmó "quod tertia non sit legitima, probatur quid in ea melioratus gravari potest, ut in l. XXVII Tauri". Rodrigo Suárez, op. cit., Ampl. VII, núm. 4 (pág. 598), que: "hodie est notorium, quid omnia bona paterna dicuntur legitima, excepta quinta: sed respectu filiorum. Et inter eos tertia non est proprie legitima; cum pater potest uni ex filiis praelegare meliorando eum in tertia, etiam in quinta". Tello Fernández, "Constitutionis Tauri utilis interpretatio" (ed. Granada, 1566), distinguió: que el tercio "proprie non potest dicere legitima respectu cuiuscumque" (l. XXIII, núm. 2, fol. 187 vto.); pero, "quam ex alia, quod tertium reputatur legitima, et habet eius effectus, et forte maiores, quod patet, nam cum tertium extraneo reliqui non possit..." (l. XXVII, núm. 3, fol. 212). Covarrubias, "Variarum ex iure Pontificio, Regio et Caesareo Resolutionum", tit. I, cap. XIX, núm. 4 (cfr. ed. cit., Opera Omnia, vol. II, pág. 349), concretó: "Sec etiam respectu descendentium non est nec consetur legitima nec quinta, nec tertia bonorum pars, in qua melioratio fit". Alfonso de Acevedo, "Commentarii Iuris Civilis in Hispaniae Regias Constitutiones", lib. V, tit. VI, ley 3.^a (19 Tauri), núm. 8 (cfr. ed. Lugdini 1737, tomo III, pág. 160, ed. cit.), compendió: "nam tertium bonorum... inter filios et descendentes non dicitur, nec reputatur legitima..." "... dicentes esse tertium legitimam nam debet intelligi respectu extraneorum non vero descendentium".

(214) Juan de Matienzo, "Commentaria in librum quintum recollectionis legum Hispaniae", Ley II (Tauri 18), lib. V, tit. V, glosa III, núm. 2 (cfr. ed. Mantuae Carpetanae, 1597, fol. 146): "tertium sit legitima filiorum... est tamen legitima voluntaria respectu patris, potest sequidem eam uni, vel alteri ex filiis vel nepotibus assignare, eos meliorando". Antonio Gómez, "Ad leges Tauri...", l. XVII, núm. 1 (cfr. ed. Antuerpie, 1624, pág. 123), se expresó en parecido sentido, que Pedro Nolasco de Llano, "Compendio de los comentarios entendidos por el maestro Antonio Gómez" (cfr. 3.^a ed. Madrid, 1795, pág. 78), sintetiza diciendo que "esta tercera parte es legítima electiva entre ellos".

(215) Petrus de Peralta, "Commentaria in titulum ff. de legatis secundo", l. Titia cum testamento, § Titia cum nuberet, núm. 23 (Salamanca, 1563), de su "Opera Iuridice", vol. I, pág. 471).

Juan Gutiérrez (216), Ayllón Láynez (217), Sanz Morquecho (218), Castillo Sotomayor (219), Gaspar Rodríguez (220) y, más modernamente, Febrero (221).

En cambio, tratándose de la constitución de un fideicomiso o un mayorazgo a favor de los descendientes del testador, fué admitido que la cautela afectara al tercio de mejora, quedando éste afectado no sólo por fideicomiso o el mayorazgo, sino también por la condición de aceptar que esa vinculación afectara igualmente a la legítima del instituido. Así opinaron Covarruvias (222), Baeza (223), Jacobo Valdés (224), Juan Gutiérrez (225) y, con ciertas precisiones, Castillo Sotomayor (226).

El supuesto de existencia de hijo único fué especialmente contemplado por Hermenegildo de Roxas (227), que distinguió según al hijo mejorado, además del tercio, se le hubiese dejado o no algo, "puta, Quintum, in compensationem gravaminis". A su juicio, en el primer caso, el vínculo de mayorazgo debía ser aceptado expresamente o "si filius unicus taceat per totum vitae suae curriculum, nec postea filius eius per tempus triginta annorum conqueratur", y, en cambio, en el segundo supuesto, "sufficit tacitus consensus per quemcumque actum, approbativum".

¿Podían hacerse jugar tercio y quinto, siendo varios los hijos, para mejorar al que de ellos acceptare un gravamen afectante al tercio y a

(216) Juan Gutiérrez, "Practicarum Quaest...", cit., lib. V, Quaest. XVIII, núm. 1, y sigs. (cfr. ed. cit., vol. II, págs. 46 y sigs.).

(217) Juan Ayllón Láynez, "Additiones eruditissimas ad Varias resolutionis Antonii Comecii", Ad lib. I, cap. XI, núm. 26, vers. "Si his non obstantibus" (ed. Venecia, 1747, pág. 71).

(218) Pedro Sanz Morquecho, "Tractatus de honorum divisione", lib. IV, cap. 11, núm. 56 (ed. Madrid, 1601, pág. 347).

(219) Juan del Castillo de Sotomayor, "Quotidianarum Controversiarum Iuris", lib. I, *De usufructu*, cap. XLI, núm. 11 (ed. Lugduni, 1667, t. I, página 176).

(220) Gaspar Rodríguez, "Tractatus de annuis et mensuris redditibus". lib. I, Quaest. V, núm. 23 (ed. Medina del Campo, 1604, fol. 23 vto.).

(221) José Febrero, "Librería de escribanos e instrucción jurídica theorico-practica de principiantes". parte II, lib. I, cap. VII, § II (ed. Madrid, 1781, pág. 411).

(222) Covarruvias, "De testam...", cit., cap. Raynaldus, XVI, § 2, núm. 4, *quintum*.

(223) Baeza, op. cit., cap. VIII, núm. 10 (fol. 45 vto.).

(224) Jacobo Valdés, Ad. ad Ampl. X, Ad. P. ad núm. 48 (pág. 438).

(225) Juan Gutiérrez, "Practicarum...", l. V, Quaest. XVIII, núm. 15 (ed. cit., t. II, pág. 49).

(226) Juan del Castillo Sotomayor, op. cit., lib. V, cap. LXIV, núms. 16 y 17 (págs. 39 y sig.), donde plantea la cuestión; 62 y 63 (pág. 49 y sig.), en los que discute la opinión de Baeza y Gutiérrez, y 58 (págs. 48 y sig.), en que expone la suya, y Quaest. CVII, núm. 62 (pág. 768), adonde corresponde lo transcrito en el texto.

(227) Hermenegildo de Roxas, "Tractatus de Incompatibilitate Regnorum et Maioratum", pars. II, cap. I, núms. 26, 27 y 28 (cfr. Nova ed. Lugduni, 1745, pág. 121).

su legítima, dispuesto a favor de alguien que no fuera descendiente del testador?

Covarruvias (228) había previsto el problema. A continuación de exponer su opinión de la ley 27 de Toro, que antes hemos referido, añadió: "non verebor candidi lectoris iudicio committere quoniam sententiam in dictae Regiae legis interpretationem. Arbitror sane filium honoratum a patre prae caeteris fratribus tertia et quinta partibus, non posse consentire gravamine eisdem partibus addito in favorem extranei alicuius, qui non sit ex descendibus a testatore, in praeiudicium etenim id sit aliorum fratrum, a quorum portione legitima hae partes, saltem tertia deducitur, atque ex hoc mille fraudibus patet via, siquidem pater cupiens auferre hanc tertiam partem a filiis, et eam extraneo cuidam concedere, facillime extorquebit ab uno ex filiis consensum, desiderio et cupiditate consequendi a patre portionem illam quam libere potest pater cui libuerit, relinquere. Ergo ne huic fraudi locus sit minime censeo hunc actum licitum esse, neque consistere posse". (Parece que necesariamente entre "sit" y "minime" debe haber una coma.)

Regresando al Código civil, el problema de la utilización del tercio de mejora para inclinar a los hijos por la elección de aceptar el gravamen del usufructo universal, dispuesto a favor del cónyuge viudo, ha dado lugar a algunas objeciones.

Iglesias López de Vivigo (229) ha preguntado directamente: "¿es lícita la cláusula que priva del tercio de mejora a los hijos que no respetan el usufructo universal del viudo?" Su respuesta es: "Cierto que el causante goza de libertad para distribuir a su antojo el tercio de mejora entre sus hijos o descendientes legítimos..." Pero...: "... El causante se halla muy lejos de desear un reparto desigual de sus bienes entre sus hijos, ni hay en el momento de testar razón alguna para ello..." "Posiblemente si al ejecutarse las penas señaladas pudiera ser consultado el *de cuius*, en la mayoría de los casos se negaría a la ejecución."

El problema existe, a nuestro juicio, pero no en los términos en que Iglesias lo plantea.

El testador, convenientemente interrogado por el Notario autorizante, ha de saber a qué atenerse cuando ordena su testamento. Si no quiere un resultado, no debe dar lugar a que se llegue a él. Otra cosa no puede ni siquiera plantearse seriamente..., porque no son más que conjeturas sin base testamentaria, que por eso mismo —conforme al art. 675 del C. c.— no pueden tener valor interpretativo alguno.

Donde realmente radica el problema es en el hecho de que el tercio de mejora no puede ser objeto de gravamen ni de condición si no es a favor de los descendientes del testador (art. 824 del C. c.). Al atribuirse la mejora a favor del hijo o hijos que acepten el usufructo universal, la entidad global descendientes sufre colectivamente una con-

(228) Covarruvias, loc. últ. cit., vers. *sextum*.

(229) Iglesias López de Vivigo, loc. cit., págs. 282 y sigs.

dición que favorece a un no legitimario. ¿Es ello posible? Covarruvias —según acabamos de ver— genéricamente entendió que no.

A juicio nuestro, la respuesta depende del dato de hecho de que en la cautela juegue, además, el tercio de libre disposición, o bien de que éste se halle fuera de la acción de la misma.

Si el tercio de libre disposición ha sido atribuido, v. gr., al cónyuge viudo en pleno dominio, creemos que la cautela no cabe sobre la mejora, pues da lugar al expresado gravamen global de sufrir los hijos en su conjunto la condición puesta a su atribución. Gravamen colectivo que no tiene contrapartida posible alguna para la entidad global descendientes en el tercio de libre disposición.

Si, en cambio, el tercio de libre disposición entra en el juego de la cautela junto al de mejora, creemos que es posible la afección de ese segundo tercio a tal cautela, ya que el condicionamiento global que en éste sufre la entidad global hijos puede estimarse compensada con la posibilidad de recibir parte del tercio de libre disposición. La opción ya no les ofrece, como compensación, lo debido [a los descendientes genéricamente] sometido a condición, sino esto y además parte libremente disponible incluso a favor de extraños. Se reúne, pues, uno de los requisitos de las genuinas cautelas: ofrecer, a cambio de lo debido con su *quale* y su *quantum* estrictos, un mayor *quantum* con gravamen en el *quale*.

Cuando el tercio de libre disposición se halle afectado a la cautela legal o tácita del artículo 820, número 3.º, tampoco vemos inconveniente en que se mejore a los hijos que ejerciten la opción legal, en uno o en otro sentido, pues la mejora en este caso no se concede por aceptar el gravamen, sino por usar de una opción legal en uno de los dos únicos sentidos posibles: lucrarse con la nuda propiedad de la parte libremente disponible a cambio de admitir el usufructo de la viuda sobre la legítima. Hay también, pues, en compensación, oferta de mayor *quantum* del colectivamente debido a la entidad “descendientes”.

VII

LA CAUTELA DE OPCIÓN COMPENSATORIA DE LA LEGÍTIMA EN EL DERECHO POSITIVO Y EN LA JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA

Ha escrito Roguin (230) que no conoce *ninguna legislación que declare nula o inoperante la cautela sociniana*.

En cambio, tenemos dos cuerpos legales que expresamente reconocen su validez. Se trata de la “Compilación del Derecho Civil Especial de Cataluña” y de la “Compilación del Derecho Civil Especial de Baleares”. Aquélla, en su artículo 133, dice:

“*El causante no podrá imponer sobre la legítima condiciones, términos, modos, usufructos, fideicomisos ni otras limitaciones o cargas, y si las impusiere se tendrán por no puestas. No obstante, la disposi-*

(230) E. Roguin, op. y vol. cit., núm. 2.425 (pág. 627).

ción por causa de muerte otorgada en concepto de legítima y por un valor superior a ésta, con la expresa prevención de que si el legitimario no acepta dichas limitaciones se reducirá su derecho estrictamente a la legítima, facultará a aquél para optar entre aceptar dicha disposición con las limitaciones o cargas referidas o hacer suya sólo la legítima libre de ellas. La aceptación de la disposición implica la de las cargas o limitaciones impuestas” (231).

Y el artículo 49 de la Compilación balear dice:

“La disposición a favor de un legitimario por valor superior a su legítima, con la expresa prevención cautelar de que si no acepta las cargas o limitaciones que se le imponen se reducirá su derecho a la legítima estricta, facultará a aquél para optar entre aceptar la disposición en la forma establecida o hacer suya la legítima, libre de toda carga o limitación.”

La jurisprudencia española, en sentencia de 29 de diciembre de 1939, admitió la validez de una cláusula en la cual el testador legó a su hijo en pago de su legítima y demás derechos que pudiera pretender en los bienes del testador y como mera liberalidad, en cuanto de dichos bienes excediese, la cantidad de 375.000 pesetas, que habrían de invertirse por los albaceas, en su mayor parte posible, en bienes inmuebles, sustituyendo al legatario para después de su muerte los hijos del mismo, si los dejare, o, en otro caso, los descendientes del testador en el modo que en dicho testamento se detalla, y al mismo tiempo dispuso que si el referido legatario no aceptare dicho legado en los términos y con las condiciones señaladas o impugnare algunas o todas ellas, quedaría tal disposición sin efecto, y en su lugar, para este caso, legaba a su mencionado hijo la cantidad que en concepto de legítima le correspondiere.

El Tribunal Supremo consideró:

“Que acerca de la disposición referida hay que examinar si al sujetar el testador el legado de 375.000 pesetas al gravamen de la sustitución expresada, y una vez aceptado este legado en las condiciones que el testador estableció, por su mencionado hijo X, quedó íntegro, sin embargo, el derecho de éste a percibir su legítima libre de todo

(231) Condomines Valls y Faus Esteve (“Derecho Civil Especial de Cataluña”)—Barcelona, 1960—, págs. 181 y sig.) han comentado este precepto con estas palabras:

“El artículo 133 traduce la norma de la llamada cautela Socini. En todos los testamentos, pero especialmente en los de las ciudades, aparece con gran frecuencia el legado de usufructo universal y vitalicio a favor del cónyuge y la herencia en nuda propiedad y en partes iguales o desiguales a los hijos. Si la disposición no añade otra cosa, cualquiera de los hijos puede y debe obtener que la porción del valor de los bienes hereditarios que debe serle atribuido en concepto de legítima propia se le entregue de modo íntegro e inmediato, liberándolo del usufructo que corresponde al viudo o viuda. Aunque ello es inevitable, el testador puede disponer que si el legitimario no acepta las limitaciones a que se refiere el mismo artículo 133 se reducirá su derecho estrictamente a la legítima, con lo cual el legitimario se encuentra frente a una opción que libremente ejerce y que en la mayoría de los casos conduce a resipetar el íntegro usufructo”.

gravamen, ya que, según el artículo 813 del Código civil y la Constitución 2.^a, libro V, ley 6.^a, de la Compilación catalana, que el recurrente invoca, la legítima no puede estar sujeta a gravamen, condición ni sustitución.”

Y: “Que dependía de la voluntad del legatario preferir su legítima estricta libre de todo gravamen, con lo cual quedaban satisfechos sus derechos hereditarios, pero habiendo optado por el otro término de la disyuntiva aceptando expresamente, sin ninguna reserva, el legado de las 375.000 pesetas, de mayor cuantía que la legítima, en los términos y con las condiciones consignadas en el testamento, debe entenderse aceptado el gravamen de la sustitución tal como en dicho testamento se consigna, es decir, como extensivo a la totalidad del legado, y, en consecuencia, ha de estimarse renunciado, por incompatible con lo que el propio legatario libremente eligió, su derecho a la legítima libre, en cuanto este derecho se oponga a la sustitución referida, ya que tratándose de una facultad de opción entre dos términos podía elegir uno u otro, pero no conjuntamente los dos, es decir, la libertad de la legítima estricta y al propio tiempo la ampliación de su derecho legitimario a una cuantía notablemente mayor, por lo cual no pueden reputarse infringidas las citadas disposiciones, que están encaminadas a salvaguardar los derechos de los legitimarios, asegurándoles un mínimo de participación en la herencia, pero no tratan de perjudicarles impidiéndoles utilizar una opción que pueda reportarles mayores beneficios que los que su derecho estricto les otorga.”

Además de esta sentencia tenemos otra —ya referida anteriormente— de 12 de diciembre de 1958, en la cual el Tribunal Supremo aceptó la validez de una cláusula que sancionaba con la privación de la parte correspondiente del tercio de mejora al hijo que en vida del cónyuge superviviente reclamase la división de la herencia.

En cambio, en la sentencia de 12 de diciembre de 1959, referente a la imposición por la madre superviviente a sus hijos de que aceptaran la partición por ella verificada de su herencia y la de su finado esposo conjuntamente, declaró ineficaz la cautela por ella dispuesta en forma de privación de lo dejado *ultra legitimam* al disconforme. Y si bien no se trataba de una verdadera opción en compensación legitimaria, algunos de sus argumentos podrían referirse también a los supuestos en que aparezcan estas cautelas redactadas *poenae nomine*.

Sentimos tener que decir de esta sentencia que, nos parece, se olvidó de la existencia y eficacia del legado de cosa ajena y del legado de cosa del heredero, válido incluso tratándose de herederos forzosos en cuanto no perjudique a su legítima. Siendo esto posible, ¿dónde puede estar la ilicitud de una condición que supedita la mejora a que se acepte una partición de cosas indivisas entre los herederos, dispuesta sin lesionar legítima alguna? Hay una oferta lícita que puede ser o no aceptada, ¿puede —pues— considerarse ilícita la condición que hace depender la atribución de la parte libremente disponible por la testadora, entre sus descendientes, a la aceptación o no de esa oferta? Parece que la sentencia confunde la ineficacia de que, por sí sola, ado-

lece la partición hecha por la testadora de bienes que no eran suyos, con la licitud de la propuesta de aceptación de la misma, hecha por ella a sus hijos —en forma más o menos conminatoria—, a cambio del goce de la mejora de los tercios de mejora y libre disposición. Si no es ilícito para el hijo aceptar la partición hecha por la madre —o por quien sea— de los bienes del padre, ni lo es al ascendiente mejorar libérrimamente a su arbitrio a cualquier descendiente, ¿cómo puede ser ilícito condicionar una atribución libérrima a que se realice un acto posible y lícito por parte del beneficiario de la atribución?

Nos parece, por otra parte, en cierto modo contradictoria la doctrina de esta sentencia con la de 6 de mayo de 1953, en la cual se admitió que la aceptación de la herencia materna por la hija, instituida heredera universal (salvo la legítima estricta de su hermano) bajo la condición de renunciar a todos los bienes inmuebles que le pudieran corresponder en la herencia de su padre, vinculaba a dicha hija a renunciar a los indicados bienes.

VIII

Hemos visto que las cautelas testamentarias de opción compensatoria de la legítima pueden resultar útiles en diversos supuestos y para varios fines, y también hemos comprobado que son lícitas y válidas. Nos queda sólo por examinar cuáles son los requisitos que deben reunir para ser eficaces.

En líneas generales, parece que los requisitos para la eficacia de estas cautelas deben ser los siguientes:

a) Atribución al legitimario de un mayor *quantum* del legalmente debido al mismo.

b) Gravamen expreso de su *quale* legitimario.

c) Imposición al legitimario de la necesidad de escoger entre esa mayor atribución con su correspondiente gravamen o bien sus estrictos derechos legitimarios, con clara expresión de la decidida voluntad del testador de que en este caso el legitimario no reciba nada más.

Finalmente, para que el gravamen de la legítima sea efectivo, es indispensable la aceptación por el legitimario de la atribución testamentaria con su gravamen, o sea con la limitación de su *quale* legitimario.

Este cuarto requisito no lo es propiamente de la cautela testamentaria, sino tan sólo de la efectividad del gravamen del *quale* legitimario. Si no hay tal aceptación del legitimario, el gravamen no puede tener lugar. Pero no por eso puede decirse que la cautela testamentaria haya resultado ineficaz. Lo que ocurre es que su eficacia se habrá concretado a que el legitimario no pueda obtener ni conservar de la herencia de su causante sino aquel mínimo que le corresponda en virtud de los derechos que estrictamente le atribuye la ley por su condición de legitimario.

Estos indicados requisitos han dado lugar a discusiones tendentes

a precisar su contenido y su alcance. A esas precisiones debemos dedicar esta última parte de nuestro trabajo.

A) ATRIBUCIÓN AL LEGITIMARIO DE UN MAYOR "QUANTUM" DEL LEGALMENTE DEBIDO AL MISMO.

En el preámbulo de este estudio expusimos que una de las bases de las cautelas que nos ocupan estriba en la oferta que testamentariamente se hace al legitimario de un *quantum* superior que le compense el *quale* inferior de su atribución con respecto a lo que legalmente tenga derecho a obtener como tal legitimario.

Si hay problema a resolver es porque nos hallamos ante una oferta que puede interesar al legitimario. Y si le puede interesar es porque se le ofrece la compensación del gravamen cualitativo con una mayor atribución cuantitativa que le puede resultar más favorable.

Socino *iniur* (232) nos expone la alternativa planteada por Nicolaus Antenoreus a su hijo Joannes Baptista para que eligiera "vel legitimam suam purè et simpliciter sine aliqui onere, vel legati sibi relictum cum onere fideicommissi, quae erant longe maioris aestimationis, quam esse quantitas legitimam". E igual referencia a ese mayor valor hallamos en Curtio *iniur* (233), cuando destaca "quod talia legata in notabile summa legitimam excedebat".

Esa misma razón aduce en términos generales Antonio Gabriel (234) al plantear "si testator relinquerit filio maiorem partem bonorum..." Covarruvias (235) comenta que, con ello, "non enim gratis consensiet filius gravamine". Y Stephanus Gratianus (236) habla de "legatum pinguioris".

Merlino (237) expresa tal requisito al destacar "quod plus relinquitur etiam quod excessus sit magnus valens plusquam ipsa legitimam, vel illius ususfructus" y "quando ultra illam in maiore quantitate instituitur heres".

Criterio que vemos reiterado en los romanistas modernos Arndts (238) y Glück (239), al decir, el primero, que la atribución es de "una suma superior a la legítima", y al explicar el segundo que al legitimario "se le ofrece una mayor ventaja" y que la eficacia de la cautela se da "por ventaja del favorecido".

(232) Socino *iniur*, op. cit., Consil. CXXII, núm. 8 (fol. 235).

(233) Curtius *iniur*, op. y Consil. cits. (fol. 105).

(234) Antonio Gabriel, "Communes conclusiones", lib. VI, tit. *De legitima*, conclus. I, núm. 58 (cfr. ed. Venecia, 1503, pág. 590).

(235) Covarruvias, "In tit. de testamentis...", cap. *Raynaldus*, 17, § 2, núm. 4 (pág. 102).

(236) Stephanus Gratianus, "Decretationum Forensium Iudicorum", capítulo CCXLIX, núm. 10 (ed. Venetiis, 1649, pág. 160).

(237) Mercurial Merlino, op. cit., lib. III, tit. II, Quaest. VII, núm. 12 (pág. 354), Quaest. IX, núm. 14, vers. *Et si dicatur* (pág. 359).

(238) Ludovico Arndts, op. y vol. cits., § 595 (pág. 309, vers. italiana cit.).

(239) Federico Glück, op. y vol. cits., § 546 (pág. 421).

En cambio, Agustín Barbosa (240) y Andreolus (241) parece que, para admitir la eficacia de la cautela, se contentaron con que se atribuyera al legitimario un valor que, deducido el importe de la carga, fuera igual al de su legítima.

Esa atribución mayor —o por lo menos de igual valor— puede verificarse mediante diversas formas jurídicas. Recordemos que Glück (242) explicó que la ventaja ofrecida al legitimario en compensación con su carga puede consistir “en una mayor cuota hereditaria o en la dispensa de la imputación a la legítima o en que se le favorezca con cualquier otra cosa”. Esta suele consistir normalmente en un legado, ya sea un legado de la legítima o bien un prelegado, y también puede ser un fideicomiso.

Ahora bien; no deja de plantear problemas la determinación de la suficiencia del legado, del prelegado o de otra mayor atribución, para comprobar si, con deducción del gravamen impuesto, compensa o no el valor de la legítima.

Hay, sin duda, una cuestión de valoración comparativa de una atribución y de un gravamen que tiene su valor definitivo indeterminable *a priori*, como ocurre con todo usufructo, nuda propiedad y fideicomiso, mientras no se llegue a la consolidación del dominio o a la consumación o la extinción del fideicomiso.

¿Deben estimarse según la valoración previsible al fallecer el causante? ¿Debe revisarse esa valoración a la muerte del legitimario que fué compensado con el usufructo o gravado con el fideicomiso, o al ocurrir el óbito del titular del usufructo que gravó la legítima? O bien, simplemente, ¿deben dejarse de modo irrevocable esas valoraciones al criterio del legitimario, que deberá optar, sin posibilidad de revisión ulterior, por la atribución que crea preferente, eligiendo entre lo seguro (el mínimo legal libre de cargas) o lo inseguro (la mayor atribución, pero con su carga impuesta, que hará incierta hasta la consumación el efectivo resultado de aquélla)?

Hemos visto antes que en la cautela *Cumani* la restitución de frutos y, por ende, en su caso, su compensación con la legítima, tenía como uno de sus límites el importe de los frutos efectivamente percibidos de los bienes integrantes de la porción disponible (otro límite era el montante de la propia legítima). Criterio concordante con el de la ley *Coheredi*, § *Cum filio* (Dig. XXVIII-VI, 41 [39] § 2.º), según la glosa de Accursio (243), y con el del § *Apud Marcellum*, de la ley *Filius familias* (Dig. XXX-único, 114 [117 V. 111 H] § 3.º).

En cambio, al tratarse de la posibilidad de compensación de la le-

(240) Agustín Barbosa, “Collectanea in Codicem”, cit., lib. III, tít. XXVIII, núm. 21 (t. I, ed. cit., pág. 414): “Si pater ei plus vel tantumdem reliquitis filium quantum valet legitimam...”

(241) Andreolus, op. y loc. cit., núm. 59 (pág. 96), al aludir a que “aestimase legitimam tanti valoris quantum est ipsum legatum...”

(242) Glück, op. cit., lib. V, tít. II, § 546, pág. 420.

(243) Accursius, “Infortiatum seu Pandectarum...”, t. II, lib. XXVIII-VI, gl. v. (cfr. ed. cit., col. 556 D).

gítima en pleno dominio con la nuda propiedad de la misma, más la nuda propiedad de la porción disponible, o viceversa con el usufructo de ambas, fueron invocadas las leyes *Hcreditatium* (Dig. XXXV-II, 68) y *Cum Titio* (h. t. 55) que señalaban un criterio para valorar el usufructo en atención a la edad del usufructuario.

Y, por otra parte, la ley *Imperator*, § *Si centum*, ff. *de legat. II* (Dig. XXXI-único, 70 [72], § 1.º), invocada por Corneo (244) —para la compensación automática— y por Durantes y Socino iunior —para las cautelas que uno y otro, respectivamente, examinaron—, parece que ofrecía un argumento decisivo a favor de la irrevocabilidad de la elección del legatario y, por ende, de la subjetiva valoración *a priori* que le llevó a aceptar la atribución testamentaria, pues afirmó —después de aducir la posibilidad de haber logrado aumento con los intereses o de que el legatario haya obtenido “una grande ganancia”— “que si a uno no se le hubiese rogado que, habiendo recibido el dinero, restituyese una cosa propia, aunque sea de mayor precio, no ha de ser oído el legatario, si, percibido el legado, quisiera compensarlo”.

De este texto dedujo Andreolus (245) que el hijo aceptante del legado es visto que estima su legado de tanto valor como su legítima y que en lugar de ésta lo acepta, de modo que nada más podrá reclamar aunque el resultado final le sea adverso.

Bellonus (246) recogió la siguiente objeción: El hijo podía fallecer inmediatamente de adir la herencia, de tal modo que por su aceptación quedara privado no sólo de su legítima y su trebelliánica, sino también, dada su muerte prematura, de la posibilidad de compensarse con los frutos de la parte de libre disposición. Pero decididamente rechazó tal duda, por pender el resultado de un futuro evento que es incierto y que, por ende, podía ser favorable al hijo, si viviese largo tiempo, de modo que percibiera mayores frutos de los que alcanzasen el valor de la legítima y la trebelliánica..., tanto más en cuanto que, en caso de premorir todos los fideicomisarios al fideicomitido, éste además podría consolidar toda la herencia libre del gravamen. Razon por la cual consideró que, dada esa incertidumbre, no podría luego considerarse inicu el daño que le ocurriese, tanto más cuanto estuvo en la mano del hijo el evitarlo aceptando su legítima estricta y pura y dejando el residuo con sus contingencias a otro llamado que quisiera afrontar el riesgo. A la prudencia y la previsión del instituido queda la elección de lo que estime más favorable, luego sólo a él debe imputársele el riesgo y, por ende, el resultado favorable o adverso a que haya lugar.

(244) Petrus Philippus Corneus della Corgua, “Consiliorum sive Responsorum”, lib. I, Cons. CCCIII, *Primo* (cfr. ed. Venecia, 1582, fol. 292 vto.).

(245) Andreolus, op. y lib. cit., Consil. CCL, núm. 59 (pág. 96).

(246) Bellonus, “Consiliorum sive responsorum”, Consil. LXV, núm. 31 (cfr. ed. Augustae Taurinorum, 1623, pág. 358), y núms. 54, 55 y 56 (página 361). En el primer número expone la objeción; en los otros la refuta.

B) EXPRESA IMPOSICIÓN DEL GRAVAMEN, INCLUSO SOBRE LA LEGÍTIMA.

La disposición del testador imponiendo un gravamen general al heredero no se estimaba extensiva a la legítima, a no ser que expresamente se especificara así. Este fue el criterio dominante en Derecho común. Jasón (247) formuló este principio en los siguientes términos: "per verba generalia nunquam, intelligitur derogatum legitimae filii, nisi de ea fiat specialis mentio".

La opinión contraria la hemos visto excepcionalmente (248) sostenida por Cephalus (249), que dictaminó "quod si pater gravans filium restituere totam hereditatem, censetur eum gravare etiam in legitimam". Y también por Surdus (250), quien lo entendió así: "quia testator indefinite loquuntus est de bonis, quae indefinita aequipollet universali", y porque el padre "prohibet bona sua alienare, et non minus erant sua illa, quae contineant legitimam, quam alia".

En las más conocidas cautelas hallamos una expresa referencia a la extensión del gravamen incluso a la legítima. Así lo observamos en los supuestos examinados por Cumanus en su Consil. LII (251), por Ruino en su Consil. CXXXVI (252), por Felipe Decio (253), por Durantes Gualdense (254) y por Menochio en su Consil. DCLXXXI (255).

Decio, en su dictamen, empieza por considerar "quod Nicolaus pater in testamento specialiter fecit mentionem de legitimam", y más adelante insiste en que "expresse et specialiter de legitimam videtur facta relatio cum dicta qualitate de legitimam expresse in testamento a testatore".

Durantes, al enunciar su cautela, comienza explicando: "Remedium est, quod testator rogat filium etiam legitimam restituere..."

Menochio también lo expone con estas palabras: "Et accedit quod si pater testator prealegavit filio, addiecta condicione expressa quod si

(247) Jasón del Mayno, "Consiliorum", Consil. CLII, núm. 9 (cfr. ed. Venecia, 1581, vol. II, fol. 54).

(248) Hemos visto nombrado a Laurentius Calcaneus como defensor de tal opinión contraria, por Menochio (De Praesumpt., l. VI. Presupt. CXCVI, núm. 22, fol. 357 y vto.); Mantica (op. cit. lib. VII, tit. VIII, núm. 3, pág. 324); Peregrino (op. cit., art. XXXVI, núm. 81, pág. 575), y Fusario (Quaest. CCXCVI, núm. 45, pág. 225), que citan su Con. 56, núm. 18, vers. *Quimimó*. Confesamos que hemos examinado la edición Lugduni, 1549, de los *Consilia* de Laurentius Calcaneus y no hemos hallado esa cita. Su *Concilium* 56 trata de otra cuestión y en cambio, resulta defensor de la opinión contraria en su Consil. XI, núm. 36 (fol. 35 vto. in fine y 36).

(249) Joannes Cephalus, op. cit., Consil. CCLXXII, núm. 143 (ed. cit., t. II, fol. 187 vto.).

(250) J. Petrus Surdus, "Consiliorum...", lib. II, Consil. CCXV, núm. 22 y sigs. (fol. 173).

(251) Raphael de Raymundis Cumanus, "Consilia", Cons. LII (ed. cit., fol. 25).

(252) Carolus Ruinus, op. cit., lib. II, Consil. CXXXVI, núm. 13 (fol. 181).

(253) Philippus Decius, op. cit., Consil. 687, núm. 2 (fol. 41 vto.).

(254) Durantes Gualdense, op. cit., tit. V, caut. XXXI, núm. 6 (fol. 26 vto.).

(255) Menochio, "Consiliorum...", lib. VII, Cons. DCLXXXI, núm. 36 (pág. 210).

volet consequi praelegatum, non deducat aliquam legitimam ex fideicommisso: sed eam cum aliis bonis restituat...”

Igualmente lo vemos así en las cautelas aplicadas a los mayorazgos por los autores castellanos. Así: Baeza (256) condiciona la mejora “ut et tertia et legitima iure primogenii perveniant ad posteros meos”; Luis de Molina, S. J. (257), explica que “ad condicione eum maioratum instituet, ut si is, cui ea legitima debetur, consentire velit in eo gravamine...”

También Agustín Barbosa (258), en todas las modalidades de las cautelas que él refiere, hace expresa determinación de la extensión a la legítima del gravamen fideicomisario.

Más discutida fue la cuestión cuando el testador refería el fideicomiso ordenándolo “omnia et singula bona sua”, o “sine diminutione aliqua”. De Luca (259) resumió que, cuando el testador, sin especial prohibición de la legítima, simplemente ordene una sustitución universal, según la opinión de algunos autores, debía atenderse a si concurrían palabras universales comprensivas de la totalidad; pero que pese esa común opinión no era verosímelmente presumible que fuese voluntad del testador disponer de más de lo que legalmente podía hacerlo.

En el Derecho vigente, esta cuestión, como tema de interpretación de la voluntad del testador, debe seguir el régimen de las normas de interpretación del testamento. En el Código civil español, el artículo 675, § 1.º, nos da la pauta: “*Toda disposición testamentaria deberá entenderse en el sentido literal de sus palabras, a no ser que aparezca claramente que fue otra la voluntad del testador. En caso de duda se observará lo que aparezca más conforme a la intención del testador según el tenor de mismo testamento.*”

Creemos que este precepto nos lleva a soluciones correspondientes a las del Derecho anterior, lo cual es lógico, dado que sólo es su síntesis abstracta en materia de interpretación testamentaria. Por eso, el juicio del Cardenal de Luca, que hemos referido más arriba, creemos que sigue racionalmente en pie, a la luz de este artículo 675, § 1.º del Código civil.

C) EXPRESA IMPOSICIÓN POR EL TESTADOR DE LA ABSOLUTA INCOMPATIBILIDAD DE RECLAMAR LA LEGÍTIMA Y RECIBIR ADEMÁS LO ATRIBUIDO ULTRA LEGÍTIMA.

Los dos requisitos de que nos hemos ocupado deben estar testamentariamente relacionados. Ha de establecerse un nexo causal entre la mayor atribución conferida y el gravamen impuesto al legitimario. Este tercer requisito no hace falta que se exprese en los regímenes en

(256) Baeza, op. cit., cap. VIII, núm. 10 (fol. 45 vto.).

(257) Luis de Molina, S. J., op. cit., Disp. DLXXVIII, 7 (t. III, pág. 16, ed. cit.).

(258) Agustín Barbosa, op. y tít. cit., núms. 20, 21 y 23 (pág. 414).

(259) De Luca, op., lib. y pars. cit., Disc. XVIII, núm. 4 (pág. 275).

los cuales la necesidad de optar se produce, *ipso iure*, siempre y cuando simplemente se den aquellos dos primeros supuestos; ni lo es para los autores que han defendido que el testador tácitamente da por establecido este tercero cuando los otros dos requisitos concurren. Esta circunstancia es precisamente la que diferencia estas dos posiciones: la que admite que la necesidad de optar resulta *ex iure* o tácitamente establecida, siempre que el *quantum* relicto al legitimario exceda del debido al mismo pero se le haya impuesto un gravamen en el *quale* de su legítima; y la que requiere que el testador exija expresamente, como requisito necesario, que el legitimario opte entre su atribución testamentaria o el mínimo que legalmente tiene asegurado.

Hemos visto varias fórmulas mediante las cuales se relaciona el mayor *quantum* atribuido al legitimario con la aceptación por el mismo del gravamen impuesto en el *quale* de su legítima. De estas fórmulas: una se limita a ordenar la eficacia del gravamen "omni rationi qua potuit" (Cumanus, Consil. XXV). "omni modo quo melius potest valere" ... "ut omni possibili modo valeat gravamen" (Cumanus, Consil. LII); otras fórmulas—que parecen incorrectas en su redacción, aunque no sea ello motivo, según antes vimos, para privarlas de eficacia—, verifican la conexión imponiendo la privación de la atribución disponible en el caso de no aceptarse el gravamen sobre la legítima (supuestos de la cautela perusina referida por Angelo, de la explicada por Paulo de Castro en su Consil. 77, etc.), y otras, generalmente conceptuadas como correctas, ofrecen al legitimario alternativamente: sea la institución universal con el gravamen señalado o sólo la institución en la legítima pura pero estricta (fórmula Gualdense), o bien un legado sometido al gravamen o la legítima estricta pura (fórmula del testamento de Nicolaus Antenoreus, estudiada por Decio, Socino iunior, Curtio iunior y Parisio iunior), o también le ofrecen, si acepta el gravamen incluso en su legítima, ya sea un prelegado o una mejora (fórmulas tratadas por Menochio en su Consil. DCLXXXI, por Antonio Gabriel, por Covarruvias, Baeza, Juan Gutiérrez, etc.) o bien un fideicomiso (como Ruinus en su Consil. CXXXVI, Lib. II); o, finalmente, le hace elegir entre la aceptación de la herencia con gravamen en el *quale* legitimario o la imposición de un legado de la parte disponible a favor de extraños (fórmula de Molinoeus y, posteriormente, de Pothier).

Pero la cuestión principal que nos plantea este requisito radica en distinguir cuándo el testador quiere realmente condicionar efectivamente la atribución ultra legítima a la aceptación del gravamen sobre ésta o bien sólo intenta presionar al legitimario para que lo acepte, pero sin que en su intención se halle el privarle de dicho exceso en el caso de que se decida por no aceptar el gravamen de su legítima. Está claro que se trata de un problema que habrá de ser solucionado en cada caso a tenor del testamento. Del mismo se puede lograr deducir, a veces, suficiente luz para llegar a calar la verdadera intención del testador.

Con el fin de comprender el alcance de esta cuestión, nada nos parece mejor que replantear el comentario que de una resolución del

Senatus Regius Hispalensis hizo Juan del Castillo Sotomayor en los capítulos 64 y 79 del Libro V de sus Controversias (260).

He aquí el supuesto: Pleiteaban, de una parte, don Adrián de Paz, y de otra su hermana Paula. El caso consistía en que el padre de ambos, don Andrés de Paz, en su testamento vinculó tercio y quinto a perpetuidad en los descendientes de su dicho hijo don Adrián y, a falta de descendientes de éste, en los de doña Paula y de los hijos de ésta, y a falta de descendientes de esta hija, en otra hija y los descendientes de ésta; ordenando finalmente: "*Y en la forma suso dicha hago la dicha mejora en favor del dicho don Adrián, mi hijo, y de sus hijos y descendientes, con carga, y condición, y gravamen que la legítima que de mí le perteneciere haya de ser y sea también vinculada y desde luego se la vinculo juntamente con la dicha mejora.*" El hijo Adrián rechazó el cumplimiento de la condición. El *Senatus Hispalensis*—al que apeló la hija— declaró vinculado a don Adrián, para sus descendientes, etc., en cuanto a la mejora, pero libre en su legítima y rechazó la reclamación de su hermana, que pedía tercio y quinto por no haber cumplido aquél la condición de aceptar la vinculación de su legítima.

Castillo Sotomayor defendió y explicó esta resolución.

Ante todo, observó (261) que el padre en la expresada cláusula, aun cuando puso a la mejora la condición de aceptar el mayorazgo, incluso sobre la legítima, en cambio no añadió luego que el hijo, de no consentir el gravamen impuesto, perdería la mejora de tercio y quinto y por no mejorado se tendría y que la mejora pasaría al siguiente en grado.

De lo que dedujo que no podía inferirse en dicho caso que el padre quisiera realmente privar al hijo de tercio y quinto; y que, por lo tanto, "como la pena de privación de la mejora no fue puesta para el caso de que el hijo no quisiera vincular su legítima, por lo tanto, el supuesto no previsto permanece regulado por las disposiciones del Derecho común, en virtud de las cuales obtiene: la mejora con su vinculación y gravamen perpetuo; la legítima, sin embargo, libre, y la condición se tiene por no puesta...". Y prosiguiendo su interpretación, razonó (262) que: "en el supuesto examinado, si pasara la mejora al siguiente en grado, que tampoco quiera consentir la propia carga, resultaría que a ese siguiente en grado, o sea, al segundo llamado, correspondería libre y sin vínculo alguno (puesto que el testador no ordenó a los siguientes hijos que vincularan la legítima con el tercio y el quinto), por lo cual se daría la mayor desigualdad, pues el hijo llamado en primer lugar y más predilecto sería de peor condición al resultar privado de tercio y quinto, en caso de rechazar el gravamen y la vinculación de la legítima, y, en cambio, los siguientes hijos llamados después

(260) Castillo Sotomayor, op. cit., lib. V, cap. LXIV, núm. 1 (pág. 36), y cap. LXXIX, col. 4.ª, vers. *Pater namque in casu decisionis Hispalensis Senatus* (pág. 189).

(216) Castillo Sotomayor, cap. LXIV, núm. 22 (pág. 41).

(262) Id. núm. 23 (págs. 41 y sigs.).

de él serían de mejor condición, ya que obtendrían tercio y quinto, y su legítima sin vínculo alguno ni ningún gravamen: por lo cual no puede verosímilmente presumirse que por la contravención del primer hijo se le privase de lo relicto, cuando a los otros hijos no se les privaría...”

Para resolver, finalmente (263), ya en términos generales distinguiendo según no se impusiera pena de privación ni se designara sustituto para el caso de contravención, o bien se impusiera esa pena de privación y se llamara a otros en su lugar. Porque, en el primer caso, lo preceptuado “*dicitur magis in vim consilii et causa alliciendi gravatum, quam cum privandi*”, mientras en el segundo caso aparece mayormente ordenado en favor de otro que del gravado, y en caso de contravención el dominio se transfiere a ese otro: “Queda, por tanto, el nudo precepto de que el hijo tenga su legítima vinculada, en consejo resuelto, cuando en caso de contravención no sean otros llamados ni se imponga pena de privación...” (264).

Notemos que la expresión *poena privationis* fue empleada por Castillo en sentido lato, que abarcaba tanto la privación de lo adquirido condicionalmente como la no adquisición de lo asignado como compensación o premio para el caso de aceptar el gravamen de la legítima. Así nos lo demuestran las citas que el propio Castillo hace.

Ello nos invita a repasar las más conocidas de las cautelas no redactadas literalmente en forma de imposición de pena, sino de oferta alternativa puesta a elección u opción del legítimo.

Durantes Gualdense (265), en su cautela, expresa claramente la exclusión con estas palabras: “*adiicendo quod si onere fideicommissi filius non sit contentus, tunc intelligitur ut sit tantum in legitima institutus, et in residuo instituat quos per fideicommissum substituere proponebat*”. Es decir, que al legítimo aceptante del fideicomiso se le excluye de la institución en la parte libremente disponible, para la cual y en tal caso designa otros instituidos.

En el célebre testamento de Nicolás Antenoreo éste expresó —según cuentan Decio (266) y Socino iunior (267)— que si su hijo Juan Bautista “*nollet esse contentus dictis legatis in quibus erat gravatus fideicommisso tali casu privavit eum dictis legatis ut dicto Ioannes Baptista solum et dumtaxat reliquit iure institutionis illam portionem seu quantitatem legitime de iure sibi debitam et non ultra, vel aliquid ulterius...*”. Curtius iunior (268) subraya: “*quando quidam talia legata sunt sibi facta sub condicione, quod si noluerit ea acceptare solum habe-*

(263) Castillo Sotomayor, cap. LXXIX, col. final (pág. 189).

(264) El mismo Castillo Sotomayor, en el cap. CVII del mismo libro V, núm. 76, conclus. *Septimé* (pág. 780) insiste en que “*distinctum est. an scilicet ultra pater processerit in casu contraventionis, ad alterum substituerit vel non...*”

(265) Durantes Gualdense, op. cit., caut. XXXI, núm. 6, fol. LXVI vto.

(266) Philippus Decius op. cit. Consil. 687 núm. 2 (fol. 41 vto.).

(267) Marianus Socinus iunior, Consilia. Lib. I Cons. CXXII, *casus* (folio 234).

(268) Francischinus Curtius iunioris, op. cit., Consil. CLIX, proemio (folio 105 vto.).

bat legitimam". La privación del legado, para caso de no aceptar la carga, estaba expresada de modo tan claro como la limitación del legitimario a no recibir en este caso sino sólo su legítima estricta. No había por qué precisar el destino del legado, por cuanto al vacar éste su objeto quedaba refundido en la masa hereditaria.

Menochio (269) y Mantica (270), al usar la fórmula del prelegado, añadieron la condición expresa "quod si velit consequi praelegatum...". Es decir, que no lo conseguirían si dedujesen "aliquam legitimam ex fideicommisso...". Peregrino (271) aplica con muy parecidos términos semejante fórmula. Y Surdus (272) subrayó "quod expresse dixit quod solam habeat legitimam, si legatis non est contentus".

Socinus iunior (273), a quien siguió J. Petrus Surdus (274), refiriéndose a la fórmula de imposición de pena, afirmó "in tantum patres testator alienationem sub poena prohibere, quod licet alias prohibitio, sed simplex, et tanquam sine causa non valeat, tunc ubi poena est apposita restituitur et convalidatur".

Inversamente, la fórmula de Molinoetus (275) es la de legar el pleno dominio de los bienes disponibles, para el caso de que el heredero no quiera aceptar el gravamen sobre su legítima, precisamente a favor de aquel a quien se quisiera beneficiar con ese gravamen. Sistema que fue seguido también por Pothier (276). Y mediante el cual es evidente que también queda expresada con toda claridad que se excluye al legitimario de los bienes, que, para caso de no querer aceptar el gravamen sobre su legítima, son legados a otro expresamente, y asimismo es determinado el destinatario de dichos bienes, que es precisamente su legatario.

Entre los autores castellanos: Luis de Molina, S. J., expresó claramente la exclusión del legitimario de la parte disponible y la designación de sustituto, al sancionarla con sus fórmulas: "ut nisi filius in eo toto vellet consentire, incrementum ultra legitimam ad alium pertineret aut insumeretur in operibus piis" (277), y que si no acepta el mayorazgo "accipiet solam suam legitimam, et incrementum deveniat ad alium" (278). Y Jacobo Valdés (279) lo especificó en la prevención: "quod si non consentiat [el mayorazgo su hijo mejorado] ex filiis qui consenserit meliorationem habeat".

(269) Menochio, "Consiliorum...", Cons. DCXXXI, núm. 36 (pág. 210).

(270) Mantica, op. cit., lib. VII, tit. VIII, núm. 11 (pág. 325).

(271) Peregrino, op. cit., art. XXXVI, núm. 96, vers. *Adde* (pág. 517).

(272) Surdus, "Consiliorum...", lib. II, Consil. CCXV, núm. 12 (fol. 172).

(273) Socinus iunior, "Consilia", lib. III, Consil. LXXXVII, núm. 5.

(274) Surdus, Consil. últ. cit., núm. 31 (fol. 173 vto.).

(275) Carolus Molinaeus o Charles Dumoulin "Coutumes de Montargis", cap. XIII, art. II (cfr. nota 105 del presente trabajo).

(276) Pothier, "Coutumes ..." cits., Introduc. al tit. XVI, sec. IV, § 2.º, núm. 55 (en "Oeuvres ..." vol. cit., pág. 317).

(277) Luis de Molina, S. J., op. cit., Disp. CLXXVII, núm. 10 (t. I, página 403).

(278) Luis de Molina, S. J., op. cit., Disp. DLXXVIII, núm. 7 (t. III, página 16).

(279) Jacobo Valdés, *Addit. cit.*, ad Ampl. X, letra P, ad núm. 48 (pág. 438).

Otros, como Baeza (280), Juan Gutiérrez (281), Ayllón Láynez (282), que usan la fórmula del prelegado, no previenen la designación expresa de sustituto para el caso de que el mejorado no acepte el gravamen de su legítima, si bien—según hemos visto—la atribución como prelegado de la mejora, precisamente por atribuir ésta a ese título, resultaba más expresiva de su no atribución, en caso de no cumplirse la condición del prelegado, que en el caso de ir incluida la mejora en la institución de herederos a favor del mejorado, como acertadamente valoró del Castillo Sotomayor (283). Fórmula que también hace superflua la designación de sustituto, puesto que caducado el prelegado su objeto se refunde en la masa hereditaria.

¿Qué consecuencias podemos sacar hoy en los modernos Derechos de esta cuestión tan larga y concienzudamente estudiada, especialmente por del Castillo Sotomayor?

Volvemos a hallaros ante un problema de interpretación de la voluntad del testador. Problema a resolver *in concreto*, caso por caso, observando, en “*caso de duda*”, “*lo que aparezca más conforme con la intención del testador según el tenor del mismo testamento*” (artículo 675, § 1.º, del C. c.).

Esto debe hacernos pensar en la conveniencia de no dejar lugar a duda alguna al redactar los testamentos acerca de si se trata de una expresa condición, decisiva de la atribución o no atribución, o bien sólo de un nudo precepto dirigido a ejercer presión moral sobre los legitimarios. Especialmente a nosotros, los Notarios, nos impone el deber de indagar hasta el fondo la verdadera voluntad del testador, es decir, hasta dónde quiere efectivamente que se llegue en caso de incumplirse su propuesta. Así debemos hacerlo siempre, antes de redactar una cautela de opción compensatoria de la legítima, asegurándonos de si eso es lo que el testador quiere realmente con todas sus consecuencias, o bien si la fiel expresión de su voluntad solamente debe reducirse a la manifestación de un deseo, de un consejo o de un ruego..

D) ACEPTACIÓN POR EL LEGITIMARIO DE LA ATRIBUCIÓN TESTAMENTARIA CON SU GRAVAMEN, ES DECIR, CON LA LIMITACIÓN DE SU “*QUALE*” LEGITIMARIO.

Llegamos al requisito decisivo para la efectividad de los gravámenes en el *quale* legitimario. Los tres requisitos anteriores son determinantes de la eficacia de la cautela; pero ésta puede desembocar en dos resultados diversos, según cual sea la voluntad decisoria del legitimario. Este cuarto y último requisito, en cambio, no se refiere a la

(280) Gaspar Baeza, op. cit., cap. 8, núms. 10 y 11 (fol. 45 vto. y 46).

(281) Juan Gutiérrez “*Practicarum ...*”, lib. V, Quaest. XVIII, núm. 15 (pág. 49).

(282) Juan Ayllón Láynez, *Addit. cit.*, núm. 25 (pág. 71).

(283) Castillo Sotomayor, op. y lib. últ. cit., cap. LXIV, núms. 57, 62 y 65 (págs. 48 y sigs.).

efectividad de la cautela, sino a su desenlace; es decir, a la efectividad del gravamen compensado con el mayor *quantum* atribuido.

Se trata de un requisito que ha dado lugar a muy diversas opiniones e inabarcables discusiones. Para poder abarcarlas desde su raíz, en toda su dimensión, deberíamos remontarnos al examen de un panorama más amplio: correspondiente al modo cómo han de ser interpretadas la aceptación de la herencia testamentariamente deferida, la aprobación del testamento y la renuncia a impugnarlo, según el modo, términos y circunstancias en que se verificaron, y, en especial, midiendo su alcance según se hayan efectuado en términos y circunstancias generales o especiales.

El punto clave en torno al cual se centran todas estas cuestiones radicaba en la ley *Si quando*, § *Et generaliter* del *Codex* (Cod. III-XXVIII, 35, § 2.º).

De este texto se dedujo que la aceptación tácita o formulada en términos generales de la herencia (284), ni la aprobación genérica del testamento (285), ni la renuncia general (286), no bastaban para poder

(284) Laurentius Calcanes, op. cit., Consil. LXXIV, núm. 33 (fol. 125 vto.); Carolus Ruinus, op. cit., lib. II, Consil. LVI, núm. 10 (fol. 74); Johannes Antonius Rúbeus Alexandrino, "Consilia", Consil. CXLIII, núm. 2 (cfr. ed. 1540, fol. 94 vto.); Rodrigo Suárez, op. cit., Ampliat. X, núm. 8 (pág. 413) y núm. 10 (pág. 414); Hippolytus Riminaldus, iunior, lib. V, Cons. DX, núm. 61 (fol. 103); Agustinus Beroius, "Consiliorum sive Responsorum", Consil. XCIII, núm. 59 (cfr. ed. Venetiis, 1577, vol. II, pág. 404); Marco Antonio Peregrino, op. cit., art. XXXVI, núms. 83, 84 y 85 (págs. 515 y sig.); Antonio Gómez, "Variae Resolutiones Iuris Civilis, Communis et Regii", lib. I, cap. XI, núm. 25 (nueva ed. —de la 1.ª de Salamanca, 1579— adic. y anot., Lugduni, 1701, pág. 147); Cristóbal de Paz, "Scholia ad leges Regias Styli", ley CC, núm. 60 (ed. Madrid, 1608, pág. 580); Bartholomeus Bertazzolius, "Decisivae Consultationes sive Responsa Decisive, in Civilis Controversiis emissam", Consil. LXXV, núms. 19 y 22 (ed. Francofurti, 1603, pág. 340); Joannes Petrus Fontanella, "Tractatus de pactis nuptialibus sive de capitulis matrimonialibus", Cl. IV, gloss. XIX, pars. I núm. 41 (ed. Lugduni, 1667, t. I, pág. 469); Viviano Cirocchus iuniore, Disceptationum in quibus questiones de ultimis voluntatibus, Successionibus ab intestato..., Dicopt. IV, núm. 65 (ed. Fulginae, 1662, pág. 65); Franciscus Nigri, Cyriacus, op. cit., Contr. CXLVIII, núm. 8 (pág. 426); Marcos Solon de Paz, Doctor Burguensis, "Prima Pars Consiliorum", Cons. XIV, núm. 56 (fol. 76 vto.). Luis de Molina, S. J., op. cit., Tract. II, Disp. CLXXVII, núm. 10 (t. I, pág. 403); Juan del Castillo Sotomayor, op. cit., lib. V, cap. LXIV, núm. 66 (vol. cit., pág. 51) y cap. CVII, núm. 66 (págs. 772 y sig.) y núm. 76, vers. *Tertio* (págs. 779 y sig.); Francisco Salgado de Somoza, "Labirinthus Creditorum Concurrentium", Pars II, cap. XVI, núm. 17 (cfr. ed. Lugduni, 1672, t. II, pág. 437); De Luca, op., lib. y pars. cit., disc. XVI, núm. 2 (vol. cit., pág. 270) y Disc. XVII, núms. 2 y 3 (pág. 273).

(285) Petrus de Ancharano, "Consilia sive Responsa", Consil. CLII, núm. 8 (ed. 1532, fol. 57 vto.); Guido Papa, "Decisionea", Cons. 427, núm. 1 (ed. Lugduni, 1610, pág. 384); Hippolytus Riminaldus, op. cit., lib. I, Consil. LXXXV, núm. 16 (fol. 343); Antonio Gómez, "Variae ...", lib. I, cap. XI, núm. 31, vers. *Tertio* (pág. 151, ed. cit.); Juan del Castillo Sotomayor, op. y lib. cit., cap. CVII, núm. 66 (págs. 772 y sig.); De Luca, lib. IX, Pars III, Disc. XVI, núm. 4 (página 273); Camarela, op. y loc. últ. cit., núm. 3 (pág. 730).

(286) Iasón del Mayno, "Consiliorum", Consil. CCVII, núm. 6 (cfr. ed. cit., vol. II, fol. 124); Andrea Tiraquellus, "Commentarii de Nobilitate et de iure primogeniorum", "De iure primogeniorum". Quaest. 55, núm. 2 (3.ª ed. Lug-

estimar renunciada la posibilidad de reclamar el suplemento de la legítima ni de exigir la remoción de los gravámenes impuestos a la misma (287).

El tema concreto que constituye la parte final de este estudio consiste en responder a la pregunta de si el legitimario que acepta una mayor atribución hereditaria o un legado en lugar de la legítima o un prelegado, ofrecido al mismo por el testador únicamente para caso de que aceptare el gravamen que con afección de su legítima le impuso:

duni, 1584, pág. 646): Hippolytus Riminaldus junior, op. cit., Cons. LXXXV, núm. 14 (lib. I, fol. 343); Antonio Gómez, "Variarum...", cap. últ. cit., núm. 25 (pág. 147); Agustinus Beroius, op. cit., Consil. XCII, núms. 62 y 63 (vol. II, página 404); Surdus, "Consiliorum...", lib. II, Consil. CCXV, núm. 5 (fol. 171 vto.) y 26 (fol. 173); Fontanella, op. cit., Cl. IV, Pars. I, núm. 49 (pág. 561, t. I); Simón de Practis, "Interpretationem...", cit., lib. V, tit. I, Dubit. III, núm. 119 (fol. 498 vto.) y "Consiliorum sive responsorum decisivorum", Cent. II, Cons. CCI, núm. 19 (ed. Francofurti, 1605, pág. 889); Alexandrus Trentacinius, "Practicarum Resolutionum Iuris", lib. I, Resolut. V, núm. 11 (cfr. ed. Francofurti ad Moenum, 1610, págs. 114 y sig.); Petrus Antonius de Petra, op. cit., Quaest. XV, núm. 124 (pág. 578).

(287) De esta regla general, se excluyeron por parte de la opinión más común una serie de supuestos en los cuales se daban especiales circunstancias o la aceptación era formulada con expresiones que podían significar la aprobación o aceptación del gravamen afectante a la legítima o la renuncia a reclamarla. Entre estos supuestos, podemos destacar:

a) Aceptación de la herencia cuando el testamento contiene la prohibición expresa de detraer la legítima o el gravamen explícito de ésta, según: Petrus Paulus Parisius, op. cit., Pars III, Consil. IX, núm. 16 (fol. 17); Jacobo Cancer, op. cit., Pars. I, cap. III, núms. 90, 91, y 92 (pág. 77); Joannes Paulus Lencellottus, "Suscriptio al concil. XXXVIII, lib. I, de Eugenio Perusino, núm. 44 (folio 112 vto.); Josepho Ludovico y Hieronymo Magonio, op. cit., Descis. XXVIII, núm. 62 (pág. 169); Joannes Petrus Surdus, "Consiliorum...", lib. III, Consil. CDXII, núm. 25 (ed. Venetiis, 1614, vol. III, pág. 560). En contra: Marcus Antonius Eugenius, Perusino, op. y consil. cits., núms. 5 y 7 (fol. 111) y 13 (fol. 112); Marcus Antonius Peregrinus, op. cit., art. XXXVI, núm. 87 (pág. 516); Juan del Castillo Sotomayor, op. y lib. cit., cap. CVII, núm. 75, *Tertius y Quartus* (pág. 779).

b) Aceptación de la herencia o de un legado cuando su *quantum* aun deducido su gravamen en el *quale* excede de la legítima del aceptante, según: Socino iunior, op. cit., consil. CXXII, núm. 24 (fol. 235 vto.); Cephalus, op. cit., Cons. XVI, núm. 56 (vol. I, fol. 29 vto.); Francischinus Curtius iunioris, op. cit., Consil. CLIX, núm. 3 (fol. 105 vto.); Menochio, "Consiliorum...", consil. LXXI, núm. 10 (fol. 205 vto., lib. I); Rolandus a Valle, "Consiliorum sive mavis Responsorum", Cons. XCLX, núm. 21 (cfr. ed. Lugduni, 1576, pág. 332); Josepho Ludovico y Hieronymo Magonio, op. cit., Descis. XXVIII, núms. 55 y sgs. y núm. 59 (pág. 169); Alexandrus Trentacinius "Practicarum Resolutionum Iuris", lib. I, Resolut. V, núm. 6 (ed. cit., pág. 114); Jacobo Cancer, "Variarum...", Pars. I, cap. III, núm. 92 (vol. I, pág. 77); Agustín Barbosa, "Collectanea in Codicem...", lib. III, tit. *De inoff. testam.*, núms. 27 y 28 (t. I, pág. 414); Hermengildo de Roxas, op. cit., Pars. II, cap. I, núms. 25, 26, 27 y 28 (págs. 120 y sig.). En contra: Hippolytus Riminaldus, op. cit., lib. V, Cons. DX, núm. 64 (vol. V, fol. 103); Castillo Sotomayor, cap. CVII, cit. núms. 39 y sigs. (págs. 753 y sigs.), 56 y sigs. (págs. 767 y sigs.), 60 y sigs. (págs. 772 y sigs.) y 76, vers. "*Deinde et secundo*" y "*Tertio*" (págs. 779 y sig.); Fusario, op. cit., Quaest. CCXCVI, núm. 27 "*Ampliatum undecimo*" (pág. 224).

c) Aprobación del testamento en todo y en todas sus partes, es decir: "*in omnibus et per omnia*", según: Cephalus, op. cit., lib. II, Consil. CLIII, núm. 78

¿se entiende que, con esa aceptación de lo atribuido en compensación, también acepta dicho gravamen y que, por ende, renuncia a toda posible reclamación en contra del mismo? ¿Basta, a dicho efecto, la simple aceptación de dicha compensación, alternativamente ofrecida al mismo en el testamento, sin necesidad de hacer una nominal y específica referencia a la aceptación del gravamen afectante al *qualo* de su legítima?

Examinaremos esa cuestión sucesivamente: Primero, en el supuesto (de la cautela analizada por Decius, Socinus, Curtius y Parisius iunior) en el cual la compensación ofrecida al legitimario sea un legado en lugar de su legítima y en el supuesto (analizado por Menochio en su Consilio DCLXXXI) de tratarse de un prelegado atribuido también en compensación; así como en los casos equivalentes de mejorarse con tercio y quinto al legitimario aceptante del mayorazgo impuesto incluso sobre su legítima. Y, segundo, en la hipótesis de la cautela

(cfr. ed. 1579, t. II, fol. 12 vto.); Eugenius Perusino, op. cit., lib. I, Cons. XXXVIII, núm. 13 (fol. 112); Menochio, "Consiliorum ...", lib. I, Consil. LXXI, núm. 20 (fol. 206); Peregrino, op. cit., art. XXXVI, núm. 89 (pág. 516): "Sextus casus est, quando legitima fuit expresse prohibita, et filius approbavit testamentum patris in omnibus et por omnia, aut in omnibus suis partibus, et huiusmodi approbationem aequipollere speciali..."; Surdus, "Consiliorum ...", lib. III, Consil. CDXII, núms. 28 y 29 (vol. III, pág. 560); Castillo Sotomayor, op. y lib. cit., cap. CVII, núm. 66 (pág. 773, col. 2.ª); Franciscus Negri Cyriacus, op. cit., Contr. CXLVIII, núm. 8 (pág. 426); Agustín Barbosa, loc. últ. cit., núm. 23 (pág. 414); Fusario, op. cit., cap. CCXCVI, núm. 96 (pág. 231); De Luca, op. y lib. cit., Disc. XVII, núm. 4 (pág. 273); u "omnia et singula", según Rubeus Alexandrino, op. cit., Cons. LXXXIII, núm. 5 (fol. 55 vto.); Cephalus, op. cit., lib. I, Cons. XVI, núms. 55 (vol. I, fol. 29 vto. ed. Francofurti, 1579); Menochio, Cons. últ. cit., núm. 24 (fol. 357 vto.); Hippolytus Riminaldus, op. cit., lib. V, Cons. DX, núm. 63 (fol. 103); Mantica, op. cit., lib. VII, tit. VIII, núm. 11 (pág. 325); Surdus, "Consiliorum ...", lib. III, consil. CDXII, núm. 27 (vol. III, pág. 560); Fusario, loc. últ. cit., núm. 93 (pág. 231). Véase especialmente Rolandus a Valle, op. cit., lib. IV, Consil. XCIX, núms. 24 y sigs. (pág. 332); De Luca, op. cit., Disc. XVIII, núm. 8 (pág. 275).

d) Renuncia sin mención nominal de la legítima, pero que sólo a ésta puede referirse, según: Marianus Socinus iunior, op. cit., lib. I, Consil. CXXXVI, números 17 y 18 (fol. 184 vto.); Rolandus a Valle, op. cit., lib. IV, Consil. XCIX, núm. 37 (pág. 333); Trentacincinus, op. cit., lib. I, Resolut. I, núm. 3 (pág. 113); Surdus, Consil. últ. cit., núm. 30 (fol. 560, vol. III); Ioannes Vicentius Hondedeus "Consiliorum sive responsorum", lib. I, Cons. LXIII, núm. 89 (ed. Venetiis, 1592, vol. I, pág. 518).

e) Renuncia no verificada específicamente ni en términos totales, pero determinable como expresa por la conducta del legitimario en relación a lo dispuesto por el testador y a las circunstancias concurrentes, conforme Ruinus, "Responsorium ...", lib. II, Consil. LVI, núm. 11 (fol. 73 vto.); Marianus Socinus iunior, op. cit., lib. I, Consil. CXXII, núms. 21, 22 y 23 (fol. 235 vto.); Petrus Paulus Parisius, op. cit., pars III, Consil. IX, núm. 4 (fol. 17); Luis de Molina, S. J., op. cit., Disp. DLXXVIII, núm. 7 (vol. III, pág. 16); Jacobo Cancero, op. cit., Pars. III, cap. II, *De inventario*, núms. 103 y 105 (cfr. ed. Lugduni, 1683, pág. 42); Joannes Petrus Fontanella, "Tractatus de Pactis Nuptialibus ..." Cláusula IV, Glossa XXIV, Pars. II, núms. 44 y 45 (cfr. ed. Lugduni, 1667, fol. II, págs. 500 y sig.); Castillo Sotomayor, op. cit., lib. V, cap. CVII, núm. 57 *in fine* (pág. 768); Bellonus, op. cit. Consil. I.XV, núms. 48 y 49 (pág. 360); Fusario, op. cit., Quaest. CCXCVI, núm. 64, *Respondetur secundo* (pág. 227).

Durantis o Gualdense. de atribuirse a título hereditario, alternativamente, ya sea una mayor cuota o bien la legítima estricta, según el legitimario instituido acepte o no la extensión a su legítima del gravamen impuesto. Trataremos, en suma, de ver si realmente existen diferencias entre uno y otro supuesto, por lo que se refiere a la eficacia de la aceptación de la mayor atribución con respecto a la consecuente ineluctabilidad del gravamen impuesto a la legítima del aceptante.

a) *Aceptación del legado en lugar de la legítima, de mayor quantum, pero con gravamen en el quale, o, en su caso, de un prelegado vinculado con un gravamen en el quale legitimario, ofrecido por el testador alternativamente con la legítima pura pero estricta.*

Vamos a comenzar por exponer una opinión en contra de la eficacia de la aceptación del legado con respecto a la efectividad del gravamen. Fué la de Simón de Praetis (288), discrepante de los dictámenes de Decio, Socino, Curtio y Paris. Su razonamiento se desliza así: "... porque la renuncia es de derecho estricto no es presumible, no se infiere sino necesariamente... por la aceptación de lo que de ese modo legado no puede entenderse que el hijo renunciase a su legítima, por lo cual de la restitución del fideicomiso pueden detraerla sus herederos"... "aceptando el legado es sabido que se acepta la carga impuesta al legado, pero esto sólo es verdad cuando por Derecho puede imponerse esta carga, no, en cambio, si por Derecho no puede imponerse".

Claro que a esta objeción de Praetis pudo haberse replicado con razones ya expresadas dos siglos antes por Baldo (289), al señalar la diferencia entre el legado bajo condición, que en lo afectante a la legítima se entiende por no puesta, de una parte, y, de otra, lo ordenado revocando la disposición, en caso de reclamarse la legítima, que es válido. Por lo cual, líneas antes había afirmado que aceptado el legado, atribuido con la prohibición de reclamar por razón de la legítima, se entendía renunciado el derecho a reclamarla.

Felipe Decio (290), al dictaminar acerca del testamento de Nicolás Antenoreo y de la aceptación de su hijo Juan Bautista, consideró de modo especial la alternativa ofrecida por aquél a éste y la aceptación del legado por Juan Bautista, lo que suponía, por tanto, claramente que a tal aceptación iba aneja la carga.

Este razonamiento fué profundizado por Mariano Socino iunior (291). Cuando dos posibilidades son incompatibles —observó—, quien elige una se entiende que rechaza la otra...", y puesto que re-

(288) Simón de Praetis, op. cit., lib. V, tit. I, Dubit. III, núms. 121, 122 y 123 (fol. 98 vto.).

(289) Baldo de Ubaldis, Ad. lib. X Codicis, tit. *De iure fisci*, Lex I, *Si prius* núm. 34, vers. "*Item ponit*" (In ... Codicis ... vol. III, fol. 672, ed. cit.).

(290) Philippus Decius, Medionalensis, op. cit., vol. V, Cons. 678, núm. 2 (fol. 41 vto.).

(291) Mariano Socino iunior, op. cit., Consil. CXXII, núms. 9 a 20 (fol. 235).

sulta incompatible que Juan Bautista obtenga a la vez la legítima y el legado, pues claramente consta la voluntad del testador de que sólo el uno o el otro obtuviese: luego resulta que por la elección del legado debe entenderse renunciado lo que con ese legado era incompatible según la disposición del testador.

Más brevemente esgrimió Francischinus Curtius (292) parecidas razones: "*unio electio dicatur alteri renunciatum specialiter et expresse...*", "por lo cual no es posible negar que dicho Juan Bautista, aceptando el legado, mucho más pingüe de lo que era su legítima, renunciaba a reclamar contra la sujeción de ésta al fideicomiso... *cum unius inclusio sit alterius exclusio*".

La eficacia de la aceptación del prelegado como conformidad con el gravamen puesto a la legítima, en el supuesto de que tal prelegado hubiese sido atribuido para el caso de aceptarse tal gravamen, fué explicada por Menochio. E igual doctrina hallamos en aquellos autores castellanos que hicieron jugar la mejora de tercio y quinto como prelegado para el caso de que el favorecido aceptara el gravamen del mayorazgo, impuesto incluso sobre su legítima; como, v. gr., Juan Gutiérrez (293), Jacobo Valdés (294), Castillo Sotomayor (295). El segundo de estos autores estimó que esta hipótesis se hallaba excluida del supuesto de la ley *Si quando*, § *Et generaliter*, entendiendo que, en ese supuesto, "aceptando el hijo la mejora aceptaba tácitamente el gravamen que vinculaba su legítima, aunque no lo expresara"

β) *Aceptación de una mayor cuota hereditaria con un gravamen afectante a la legítima, cuando así ha sido atribuida alternativamente con la cuota legitimaria pura pero estricta.*

Han sido bastantes los autores que para este supuesto han mantenido una posición igual a la que para la hipótesis anterior sostuvieron, casi sin contradicción, como hemos visto, aquellos a quienes acabamos de hacer referencia. Aquí podemos citar a Cucchus (296), Fachineus (297), Luis de Molina, S. J. (298), Viviano Ciroccho iunior (299), Bellonus (300), De Luca (301), Tonduti (302)...

(292) Francischinus Curtius iunior, op. cit., Pars. I, Consil. CLIX, núms. 6 y 9 (fol. 106).

(293) Juan Gutiérrez, "Practicarum Quaest ...", lib. V, Quaest. XVIII, núm. 15 (pág. 49).

(294) Jacobo Valdés, Adit. cit., ad. Ampl. X, núm. 48, letra P. (pág. 438).

(295) Juan del Castillo Sotomayor, op. cit., lib. V, cap. CVII, núm. 76. ver. *Quinto* (pág. 780).

(296) Marcus Antonius Cucchus, op. cit., cap. "Nec usufructu fraudari liberis", núm. 27 (fol. 112 vto.).

(297) Fachineus, op. cit., lib. V, Caput. XCVI, col. 666, vers. "Quare Marzaríi scrupulus".

(298) Luis de Molina, S. J., op. cit., Disp. DLXXXVIII, núm. 7 (vol. III, pág. 16).

(299) Vivianus Cirocchus iunior, op. cit., Discept. IV, núm. 67 (pág. 666).

(300) Bellonus, op. cit., Consil. LXV, núms. 43 a 49 (pág. 360).

Bellonus (303), ante la objeción, puesta por algunos, de la insuficiencia de tal aceptación, dada la necesidad de renuncia expresa para que el hijo se entendiera renunciante de su legítima, sin que bastara la renuncia general, replicó: Primero, que creía suficiente la renuncia general, cuando de ella claramente podía deducirse la voluntad del hijo en tal sentido. Y segundo, que la renuncia hecha por aceptación de uno de los dos términos alternativos no es general, sino especial, puesto que en un solo sentido puede entenderse.

Pero al llegar aquí nos hallamos con lo que Fachineus (304) llama *scrupulus Marzarii*. Francisco Marzario (305) observó que la mayor dificultad resulta cuando muerto el padre se inmiscuye el hijo en la herencia sin expresa aceptación de la misma ni aprobación del testamento. Por lo cual, propuso que en el testamento paterno se designase Comisario para que procurase que el hijo hiciese una aprobación y ratificación expresa.

Lo cierto es que Eugenio Perusino (306) distinguió en esta cuestión el supuesto que denominó *casus Decii* y el de la cautela "*tradita per modernum Gualdensem*".

Para el primer caso admitió (307) que la aceptación del legado "*relictum in recompensationem legitimae*", "*et in ei arbitrio repositum*", "*quo in casu dicitur renuntiare legitimae expresse ex quo apparet de eius clara voluntate*". En cambio, respecto a la segunda, no opinó de igual modo (308): "no es nada absurdo decir que esa cautela Gualdense no procede indistintamente, pues puede proceder cuando el hijo expresamente apruebe el testamento, no así cuando adiese simplemente, aprobando sólo tácitamente la voluntad del testador, va que entonces no se aprecia que renuncie la legítima, a no ser que la aprobación fuese hecha con palabras generales que tengan en todo fuerza particular expresa y así incluyan la legítima...".

Andreolus (309) trató de explicar esa diferencia. Sin embargo, puesta la alternativa, no parece que para nuestro supuesto pueda establecerse diferencia entre el caso de aceptación de la herencia o una cuota hereditaria y el de aceptar un legado, un prelegado o una institución en cosa cierta. La cuestión creemos que radica en el caso de que el heredero entre en posesión de la herencia sin aceptarla expre-

(301) De Luca, op. y lib. cit., Disc XVII, núm. 2 (pág. 273), y Disc. XVIII, núms. 14 y 23 (págs. 275 y sig.).

(302) Petrus Franciscus Tonduti Sanlegerius, op. cit., Pars. II, cap. CLXVI, núm. 5 (pág. 145).

(303) Bellonus, op. cit., Consil. LXV, núms. 43 a 49 (pág. 360).

(304) Fachineus, loc. últ. cit.

(305) Franciscus Marzarius, "In materiam Fideicomissariam Epitome", Quaest. I., núm. 3 (ed. Venecia, 1578, pág. 92).

(306) Marcus Antonius Eugenius Perusino, op. cit., lib. I, Cons. XXXVIII, núm. 10 (fol. 111 vto. infine y sig.).

(307) Eugenio Perusino, Consil. cit., núm. 8 (fol. 111).

(308) Eugenio, Consil. cit., núms. 10, 12 y 13 (fol. 111 vto. y 112).

(309) Jo. Franciscus Andreolus, op. cit., Controversia CCL, núm. 59 (págs. 96 y sig.).

samente ni realizar ningún acto que pueda reputarse como aceptación tácita. Hipótesis dudosa que no puede darse en el supuesto de aceptarse expresamente o simplemente de recibir un legado o un prelegado, ni en el de posesionarse específicamente de la cosa cierta relicta.

La diferencia marcada por los autores antes citados la percibimos claramente leyendo a Juan del Castillo Sotomayor y a Agustín Barbosa.

Castillo Sotomayor creemos que marca la diferencia entre uno y otro caso en sus conclusiones quinta y séptima de su capítulo CVII. En la primera (310) se inclina por creer que la aceptación de la mejora comporta la de la carga "cum una sine altera stare non possit". En la segunda (311) estima que "liberam legitimam remanere, nec filium videri consentire gravamine legitimae imposito, etiam si iudicio parentis simpliciter agnoverit, et etiam, quando plus quam legitima relictum est; teneri filium ipsum, non servantem voluntatem parentis, id dimittere, quid ultra legitimam consequi posset, si voluntati ipsius parentis paruisset, et legitimam retenta, nihil amplius consequi, sed reliquum ultra legitimam restituere debere, fructus etiam ex eo, quod ultra legitimam filius habuit, restitutorum".

Y Agustín Barbosa (312), después de señalar como excepciones del § *Et generaliter* los supuestos de que el hijo acepte el prelegado "factum filio adiecta condicione expressa, quod si filius vult praelegatum non deducat aliquam legitimam", y de que acepte "certa bona", gravada con fideicomiso y relicta por el padre disponiendo "quod si filius nollet ea bona habere cum fideicommisso, habeat suam legitimam alio herede instituto vel substituto", agregó: "et ideo ut gravamen legitimae subsistat necessarius est expressus eius consensus".

Es decir, aceptando el prelegado o la cosa cierta dispuestos con dicha condición, la carga se entendía aceptada; en cambio, inniscuido el heredero en la herencia no se entendía aceptado el gravamen, aun puesta la condición de quedar reducida la institución a la legítima en caso de no aceptarlo o contravenirlo, mientras no hubiese expresa aceptación; pero si la contravención o la reclamación se producían, el hijo debía restituir la cuota que excediera de su legítima. E incluso con sus frutos, como subrayaron, v. gr., Rodoerius (313) y Castillo Sotomayor (314).

Lo que acabamos de exponer nos surte otras dos cuestiones de digno contrario a tratar. A saber:

(310) Juan del Castillo Sotomayor, op. cit., lib. V, cap. CVII, núm. 76, vers. *Quinto* (pág. 780), rel. núm. 53 (pág. 764) y núms. 64 y sigs. págs. 770 y sigs.).

(311) Castillo Sotomayor, cap. últ. cit., núm. 76, vers. *Septimo* (pág. 780), en rel. núms. 44 (pág. 760) y 46, vers. *Et haec quidem* (pág. 762).

(312) Agustín Barbosa, op. y loc. cit., núms. 20 y 21 (pág. 414).

(313) Joannes Leonardus Rodoerius, op. cit., cap. CCLII, núm. 14 (pág. 448).

(314) Castillo Sotomayor, op. y lib. cit., cap. CVII, núm. 76, vers. *Septimo* (pág. 780).

Una, si cabe que el testador coloque al legitimario en la alternativa de aceptar o de rechazar en un plazo determinado la atribución testamentaria, o bien de entenderse que de no hacerlo ha rechazado o aceptado la atribución.

Hippolytus Riminaldus (315) se enfrentó con un supuesto en que el testador, además de imponer al legitimario una opción, le intimaba a que dentro del mes de la muerte del testador aprobase el testamento, y para caso de no hacerlo le instituía solamente en la legítima y disponía que el residuo, con sus frutos percibidos desde la muerte del propio testador, correspondería a los cuatro Borgoncius. A juicio de Riminaldus, esta cláusula carecía de eficacia.

Igualmente, Cyriacus (316) opinó que no generaba perjuicio al legitimario, que aceptara la herencia, que su padre le obligase a aprobar el testamento en cierto término, y mucho menos que dispusiera que se entendería aprobado el testamento si no lo contradijere en el plazo de diez días a contar de la muerte del mismo testador, ya que nunca puede entenderse tácitamente renunciada la legítima.

En cambio, Voet (317) aceptó una fórmula en la cual se señalaba al legitimario un plazo para verificar su elección, y comenzó su exposición diciendo que “testamento nominatim electio concessa fuerit. *intra certium temporis spatium declaranda...*”. Y Bellonus (318) admitió la eficacia de una cláusula en la cual el testador añadió la orden de que “*intimarent filio, ad hoc, ut deberet intra quindecim a die intimationis declarare mentem suam...*”, y opinó que si fuera remiso en su elección “*condicio, sub qua fuit facta, renuntiatio, hac censetur verificata*”, es decir, se le tendría por renunciante de la mayor atribución testamentaria.

Otra cuestión fue relativa a si era posible verificar la aceptación del llamamiento testamentario, con la reserva y protesta de no aceptar el gravamen impuesto sobre la legítima, o de no renunciar a derecho alguno que legalmente le correspondiera.

También Bellonus (319) se ocupó de esta cuestión y rechazó la posibilidad de tal reserva o protesta. A su juicio, “porque cuando dos cosas son incompatibles de modo que a la vez no pueden ser, como lo es en nuestro caso tener la legítima sin carga y conseguir toda la herencia, quien elige lo uno se entiende por esa sola elección que rechaza lo otro..., y pienso que es así a pesar de las protestas del aceptante, puesto que esa protesta se contradice con los hechos...”.

(315) Hippolytus Riminaldus, op. cit., lib. V, Consil. CLXV, caso (fol. 100) y núm. 41 (fol. 102).

(316) Franciscus Nigri, Cyriacus, op. cit., lib. I. Controvers. CXLVIII, núm. 8 (pág. 426).

(317) Joannes Voet, op. cit., lib. V, tít. II, núm. 64 (t. I, pág. 116).

(318) Bellonus, op. cit., Consil. LXV, núm. 49 (pág. 360).

(319) Bellonus, Consil. últ. cit., núm. 49, vers. *Nec obstat*, y núm. 50 (págs. 360 y sig.).

Planteamiento actual de estas cuestiones

Repasado panorámicamente en su dimensión histórica ese requisito extrínseco de las cautelas de opción compensatoria de la legítima, debemos volver los ojos a nuestro Derecho actual para replantear brevisísimamente las cuestiones que hoy puede suscitar ese requisito.

Ante todo, debemos tener en cuenta, a este respecto, dos principios fundamentales de nuestro sistema. De una parte, que: "*La aceptación o la repudiación de la herencia no podrá hacerse en parte, a plazo o condicionalmente*" (art. 990 C. c.). De otra parte, que, respecto la legítima, el testador: "*Tampoco podrá imponer sobre ella gravamen ni condición, ni sustitución de ninguna especie, salvo lo dispuesto en cuanto al usufructo del viudo*" (art. 813, § 2.º, C. c.).

Conjugados ambos principios, recogidos en los dos citados preceptos del Código civil, podemos deducir los siguientes corolarios:

1.º La aceptación pura y simple de la herencia no implica la aceptación del gravamen puesto por el testador a la legítima del aceptante, que conforme al artículo 813, § 2.º, del Código civil ha de estimarse por no válido.

2.º Sin embargo, no vemos inconveniente en que, deferida la herencia, el legitimario acepte la carga impuesta a su legítima o, con otras palabras, renuncie a reclamar contra el gravamen impuesto sobre la misma. Así resulta del principio recogido en el artículo 4.º, § 2.º, del Código civil, de que "*Los derechos concedidos por las leyes son renunciables, a no ser esta renuncia contra el interés o el orden público o en perjuicio de tercero*". Y, *sensu contrario*, trasluce en la limitación del principio de que: "*Toda renuncia o transacción sobre la legítima futura entre el que la debe y sus herederos forzosos es nula...*" (artículo 816 C. c.).

Ahora bien, esa aceptación del gravamen o renuncia a reclamar contra el mismo han de ser expresas. Pero *expreso* no quiere decir *literal* ni *nominal*. Según el *Diccionario*, *expresamente* significa "con palabras o demostraciones claras". Con lo cual, caben no sólo las palabras literales, sino también aquellas que, por su universalidad o por su individualidad o singularidad, resulten claras en el caso en cuestión; y cabe aún que sin palabras expresas la aceptación de la carga sea expresa si resulta de demostraciones claras. Es decir, puede resultar tácitamente de esas *demonstraciones claras, sin expresión o declaración formal o con silencio*, siguiendo el significado que, según el propio *Diccionario*, tiene el adverbio *tácitamente*. Como expusimos en otra ocasión (320): "*Lo presunto y lo expreso se contraponen siempre. La tácito y lo formal (en su sentido de con formalidad) también se contraponen. En cambio, lo expreso y la tácito no se contraponen más que en el caso de que aquello signifique lo verbalmente expresado y lo tácito signifique lo expresado con hechos, pero sin palabras; pero*

(320) "Notas sobre la interpretación del artículo 783, § 1.º, y 785, núm. 1, del Código civil", V, C, b), b), en An. Der. Civ. XIV-I (enero-marzo, 1961), págs. 156 y sig.

no se contraponen cuando ésto significa lo expresado sin declaración formal, aunque sí verbalmente, de modo directo o indirecto con cualquier expresión”.

3.º Si el testador ha condicionado la atribución —dispuesta por cualquier título— de la parte libre a favor del legitimario, como esa condición no es afectada por el citado § 2.º del artículo 813, ni —según antes vimos— por el artículo 792 del C. c., evidentemente actuará suspendiendo el llamamiento hasta tanto se acepte el gravamen puesto a la legítima o resolviéndolo en caso de que se contravenga el hecho condicionante.

Siendo así, parece indudable que la aceptación de esa mayor atribución (sea hecha a título de herencia, o en el de legado, prelegado o como dispensa de la colación o de imputación) significará: la renuncia a impugnar el gravamen impuesto sobre la legítima y la aceptación de ese gravamen (*hecho condicionante*), dado el carácter incompatible de una y otra cosas. Incompatibilidad que da lugar a que sea ineficaz toda reserva o salvedad que el aceptante pudiere hacer.

4.º El heredero que se inmiscuyere en la herencia, aunque sin realizar actos que pudieran considerarse de aceptación de la misma (conforme a los arts. 999 y sigs. del C. c.), en caso de reclamar ulteriormente contra el gravamen puesto a su legítima, perderá retroactivamente la atribución compensatoria, que deberá devolver a quien corresponda. Resulta al efecto, por un argumento de *maioris ad minorem*, del inciso final del artículo 816 del C. c., ya que éste dispone que el legitimario que hubiere renunciado o transigido su legítima futura, al estimarse esa renuncia por nula “*podrá reclamarla...; pero deberá traer a colación lo que hubiese recibido por la renuncia o transacción*”. Tanto más, pues, los que no aceptaren la renuncia o transacción propuesta por el testador para después de su muerte, deberán ser excluidos o tendrán que devolver, en su caso, lo que el testador les hubiese asignado en compensación.

5.º En el indicado supuesto de inmiscuirse, con actos de mera administración, el legitimario de la herencia, sin aceptarla expresa ni tácitamente, no creemos que ofrezca duda que, para caso de que el legitimario no opte por rechazar su herencia testada ni por contentarse con su legítima estricta, los que estén interesados en ello podrán instarle en juicio para que acepte o repudie —conforme al art. 1.005 del C. c.—, y, en ese caso, “*deberá el Juez señalar a éste un término que no pase de treinta días para que haya su declaración: apercibido de que si no lo hace se tendrá la herencia por aceptada*”. Es decir, por aceptada tal como le fué relicta, con su mayor *quantum*, o sea de modo incompatible con reclamar la pureza de su *quale* legitimario.