

## Notas críticas acerca de la pretendida distinción entre cuota de reserva y cuota de legítima

JUAN VALLET DE GOYTISOLO

SUMARIO: 1. Consecuencias de la lógica conceptual.—2. Peligros en el paso del concepto puro a la aplicación práctica.—I. EL INTENTO DE DISTINCIÓN EN EL DERECHO ITALIANO.—3. La tesis de Cicu y su repercusión en la doctrina italiana.—4. Líneas centrales del sistema legitimario italiano a partir de la codificación.—5. ¿De qué modo es heredero el legitimario?: a) Existe sólo yuxtaposición o puede haber superposición de los llamamientos testamentarios y legales? b) ¿El legitimario testamentariamente preterido es o no automáticamente heredero al fallecer el causante?—6. Contradicciones planteadas a la doctrina.—7. Tesis que han tratado de solucionarlas. a) La que niega al legitimario su condición de heredero si no es instituido testamentariamente o sólo lo es abintestato (Azzariti). β) La que distingue la legítima (mera cifra contable) de la *quota hereditatis* que debe corresponder al legitimario en virtud de su ejercicio de la acción de reducción (Pino). γ) La que estima el derecho del legitimario como condicional potestativo, consistente en el derecho a investirse de la cualidad de heredero consiguiendo o integrando la cuota con la acción de reducción (Cariotta Ferrara).—8. Intento de solución a través de la distinción entre *quota di riserva* y *quota di legittima*.—9. Crítica de la tesis en términos generales: 1.º En cuanto al método. 2.º En cuanto a su justificación en el texto del *Codice civile*. 3.º Desde el punto de vista de la jurisprudencia. 4.º De su presupuesto de que la cuota disponible testamentariamente es sólo cuota de lo *relictum* sin sumársele lo *donatum*.—10. ¿Existe diversidad de bases entre las previstas en los artículos 536 y ss., de una parte, y 556, de otra, del *Codice civile*? Crítica: A) No es cierto que la reserva germánica “estaba constituida por una cuota del patrimonio familiar sin tener en cuenta los bienes donados en vida”. B) La cuestión en el Derecho positivo italiano.—11. Naturaleza de la acción de reducción con relación a lo *relictum* y a lo *donatum*.—12. La clasificación de las formas de sucesión vistas desde el ángulo de la susodicha distinción.—13. Aplicación práctica de la teoría de Cicu a través de los ejemplos que él mismo pone.—14. Crítica de la aplicación práctica de Cicu: a) En cuanto a los defectos que achaca a la doctrina comúnmente aceptada. b) Por lo que se refiere a los resultados a que llega.—Conclusión.—II. ¿CABE TAL DISTINCIÓN EN EL RÉGIMEN LEGITIMARIO DEL CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL?—15. Repercusiones de la tesis de Cicu en España.—16. Diferencias cualitativas entre el sistema legitimario del *Código civil español* y del *Codice civile italiano*.—

17. ¿Existe delación legal forzosa a favor del legitimario: a) en caso de preterición, b) en caso de atribución insuficiente? Examen de los remedios para ambos supuestos a través de nuestro Derecho histórico.—18. ¿Existe un *tertium genus* de delación junto a la testamentaria y a la intestada? Naturaleza rescisoria de la *querela*.—19. La legítima justinianea a través del Derecho común. a) En cuanto debía dejarse a título de heredero. b) En cuanto a su carácter de *pars hereditatis* o de *pars bonorum*.—20. Enlace de los preceptos del Código civil que articulan la protección del legitimario con respecto a las disposiciones romanas y castellanas que se aplicaron hasta el momento de su entrada en vigor: a) del artículo 814; b) del artículo 851 en relación con el 813, § 1.º; c) del artículo 815; d) de los artículos 817, 856 y 819, § 2.º; e) del artículo 813, § 2.º.—21. La construcción *ex novo* de Guillermo G. Valdecasas. La protección, según la misma, de: a) La cuota reservada. b) La cuota legítima. Sus puntos de apoyo positivos en los artículos: I-806; II-4.º, y III-813.—22. El obstáculo para su tesis del artículo 815. ¿Recoge éste la *actio ad supplementum*?—23. Sentido del artículo 818. Su relación con la calificación de la legítima como *pars hereditatis* o *pars bonorum*.—24. ¿Responsabilidad personal *ultra vires* o bien afección *intra vires* del legitimario?—25. Concepción de la cuota de legítima según la tesis de G. G. Valdecasas. Crítica acerca de su  *fijación*.—26. Imputación de lo donado al legitimario que haya repudiado la herencia del donante. Modos cómo puede satisfacerse la legítima y su repercusión en la posibilidad de aceptar la legítima y repudiar la herencia, o viceversa.—27. Consecuencias prácticas de la tesis propuesta por G. G. Valdecasas según los ejemplos que él mismo propone.—III. ¿CABE, EN EL CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL, DISTINGUIR UNA LEGÍTIMA DE LO “RELICTUM” PARA LAS DISPOSICIONES MORTIS CAUSA, E INDEPENDIENTEMENTE LA RESULTANTE DE LA SUMA DE “RELICTUM” Y “DONATUM” SÓLO APPLICABLE A LA REDUCCIÓN DE LAS DONACIONES INOFICIOSAS?—28. Medidas legitimarias a efectos: a) de la *querela inofficiosi testamenti*; b) de la *querela inofficiosae donationis vel dotis*.—29. El problema de la unidad o diversidad del quinto en el derecho real de Castilla. Su solución por la ley 28 de Toro.—30. Computación de tercio y quinto de mejora según la ley 25 de Toro. a) Tesis que la consideró como norma imperativa que prohibía tanto extraerlas como calcularlas de las dotes y donaciones. b) Tesis que distinguía el tercio y quinto como módulo de disposiciones *mortis causa* y el tercio y quinto como módulo de disposiciones *inter vivos*. c) Tesis que estimó que en la ley 25 de Toro el verbo “sacar” no debía entenderse por *deducir* y *calcular*, sino por *destruir* y *extraer*. d) Doctrina que situó dicha ley en su aspecto de ordenación contable en el terreno de la presunta voluntad del causante y no en el de la limitación de su potestad.—31. Panorama de la cuestión en el período precursor al Código civil. a) Posición de Febrero. b) Opinión de Saucedo Llamas y Molina. c) Criterios de Martí de Eixalá, Benito Gutiérrez, La Serna y Montalbán y González Serrano. d) Posición rígida de Alvarez Posadilla, Sala y Del Viso. e) Criterio decisivo de García Goyena.—32. Significado de la palabra *colacionables* en el artículo 818 del C. c.—33. Modo de calcular la legítima, la mejora y la porción libre. a) Opinión de Mauresa.—34. b) Tesis de Sánchez Román.—35. c) Común opinión de los autores.—36. Nuestro criterio: Masa de cálculo posible y masa de cálculo a la que el causante se refiere; su posible distinción.

1. Descartes afirmó que su metafísica no era más que geometría. Spinoza tituló una de sus obras: "Ética more geometrico demonstrata". En el siglo pasado, el exégeta francés Liart aseveró que el jurista es un puro geómetra.

Sin embargo, cuando el jurista verdaderamente opera como un geómetra es cuando, superada la exégesis literal, se eleva al conceptualismo dogmático... Como un geómetra... pero, ¿que sólo admite figuras regulares, es decir, simétricas!

No obstante, no parece que la vida pueda reducirse a proporciones geométricamente simétricas. Cobra vida, ante este intento, la aguda irascible de Ihering: "desde que Pitágoras, para celebrar el descubrimiento de su famoso teorema, sacrificó a los dioses cien bueyes, mugen y tiemblan, según la conocida sentencia popular, todos los bueyes a cada nuevo descubrimiento; y ¿qué ser viviente no temblaría cuando supiese que iba a ser sacrificado?" (1).

¿No se sacrifica también la justicia en la vida misma, si se la quiere delimitar en líneas geométricas, cuando éstas no se acomodan a la realidad?

Toda abstracción pierde sustancia real. Si juzgamos la realidad sin contemplarla más que a través de abstracciones, podremos ser perfectamente lógicos en nuestros silogismos; pero a nuestro juicio se le habrá escapado fácilmente toda la sustancia real, perdida al elaborar las abstracciones en las que precisamente apoyamos nuestro razonamiento.

Claro que la mente de los conceptualistas suele estar alimentada con la proposición de Hegel "*Todo lo racional es real*". Y, entonces, pueden decir, en serio, lo que Ihering escribió, en broma, en su fantasía "En el cielo de los conceptos jurídicos": "Cuando haya constituciones o normas con las que no me pueda declarar conforme, apelaré sencillamente a mi razón; y si mi adversario invoca su *existencia*, divergente de la nuestra, la rechazaré, diciendo que verdaderamente no existen. La verdadera existencia es aquella que coincide con la razón" (2).

Queda al descubierto la visión parcial del método que se mueve en una sola línea lógica, descartando cuanto se halla fuera de su razonamiento. Desestima así no sólo toda otra vía lógica apoyada en conceptos distintos, sino también la realidad no conformada a sus abstracciones.

Ha dicho Biondi (3) que *el absurdo jurídico no es el absurdo lógico, sino lo injusto*. Pero lo injusto nos resulta también lógicamente absurdo si ajustamos nuestra lógica a la realidad plena y la utilizamos con cánones de justicia. Desde este punto de vista, comprensivo de la totalidad, resulta absurdo todo razonamiento jurídico que se olvida

(1) RUDOLF VON IHERING: *Jurisprudencia en broma y en serio*, vers. española de Ramón Riaza (Madrid, 1933), Carta Sexta, p. 107.

(2) IHERING: *En el cielo de los conceptos*, loc. cit., pp. 310 y ss.

(3) BIONDI: *La ciencia del Derecho como arte de lo justo*, en *Anales de la Academia Mutritense del Notariado*, vol. IX, p. 359. .

de su finalidad (*lo justo*), de su objeto (*la vida social vista en su totalidad*) y de todo lo demás que no sea coherencia intelectual de unos silogismos apoyados en previas abstracciones puramente conceptuales.

Cierto que con una visión completa de la realidad y con su valoración con criterios de justicia, es difícil que podamos razonar axiomáticamente y que, muchas veces, tendremos que resolver tópicamente —como Viehweg nos ha recordado (4)— los conflictos que se nos planteen. Por eso, la justicia es representada con una balanza en la mano, sopesando, y no resolviendo ecuaciones en una pizarra.

2. No obstante, el conceptualismo no deja de ofrecer utilidad con tal de que su uso se limite a fines puramente *semánticos*. Especialmente: *sin pretender imponer el concepto que nosotros designamos con la palabra utilizada, sino tratando de saber en qué sentido la han empleado el legislador, el juez, el jurista o el simple ciudadano que la expresaron, por escrito o verbalmente, y a los que tratamos de interpretar.*

Y, también, podrá servir para aclararnos ideas elementales, a fin de que nos hagan de mojones y soportes para ordenar los datos que captamos en la realidad..., con tal de que no nos excedamos pretendiendo hacer de esa aclaración y colocación una fuente de razonamientos jurídicos abstraída de la realidad que debemos juzgar.

La segunda aplicación la verificamos de modo correcto, v. gr., cuando distinguimos la legítima germánica o "*pars reservata*" y la "legítima romana o "*portio debita*"; sin pretender utilizar tal distinción para deducir maquinadamente de ella aplicaciones a hechos no incluidos en la abstracción que respectivamente representa cada uno de sus términos.

Nuestro maestro Roca Sastre (5) ha explicado luminosamente ambos conceptos en su forma más pura.

El peligro radica en saltar limpiamente del concepto puro a la aplicación práctica.

Así ocurre, v. gr., cuando el concepto romano de heredero, como subrogado en los derechos y obligaciones del causante, y del concepto de legítima, como *portio debita*, pretendemos deducir que "donde hay herencia no hay legítima" (6), que "el heredero forzoso no es heredero" (7) o "que el título hereditario inutiliza por absorción la condición de legítimario" (8). Con lo cual podremos llegar a unas conclu-

(4) THEODOR VIEHWEG: *Topik e giurisprudenza* (traducción italiana de *Topik und Jurisprudenz*, al cuidado de Giuliano Crifo, Milano, 1962). Después de escrito este trabajo se ha publicado su traducción castellana, debida a Luis Díez-Picazo (Madrid, 1964).

(5) RAMÓN M.<sup>a</sup> ROCA SASTRE: *Naturaleza jurídica de la legítima*, en *R.D.P.*, XXVIII, marzo 1944, pp. 187 y ss.

(6) JULIÁN DÁVILA GARCÍA: *Herederos y legítimarios*, en *R. C. D. Inmob.*, XVI, octubre 1943, pp. 668 a 670.

(7) FRANCISCO VIRGILI SORRIBES: *Heredero forzoso y heredero voluntario; su condición jurídica*, en *R. C. D. Inmob.*, XVIII, julio-agosto 1945, p. 493.

(8) ROCA SASTRE, *loc. cit.*, pp. 204 y 205.

siones que podrán resultar muy lógicas, deducidas de aquellas dos premisas esterilizadas de todo contacto con la realidad, pero que no sólo podrán no concordar con nuestro Derecho positivo, sino ni siquiera con el Derecho romano que a través del *Corpus* nos ha sido transmitido (9). Fácilmente chocarán con la ley *Quoniam in prioribus* (Cod. III-XXVIII, 32), que para el supuesto de que el testador hubiese puesto condiciones, plazos u otra disposición que produjese demora, modo u otro gravamen en la legítima, aplicó la doctrina de la *actio ad supplementum*, excluyendo la *querela inofficiosi testamenti*, y estimó como no puestos el gravamen, la condición o la dilación respecto de la legítima (10).

Y, asimismo ocurre, partiendo del término opuesto, es decir, basados en el concepto de la legítima *pars reservata*, si pretendemos que, cuando un legitimario acepta en pago de su legítima bienes por cuantía mayor pero sujetos a gravámenes que el testador no le pudo imponer en su legítima, se tendrá que aceptar como resultado que, dicho legitimario, habrá aceptado un legado imputable a la parte de libre disposición y habrá repudiado su legítima, por lo cual ésta acrecerá a los demás herederos forzosos de igual o de ulterior grado, y, por lo cual, permanecerá ineficaz el gravamen dispuesto (11). Resultado que también es fruto de una lógica aséptica de todo dato real y de toda valoración hecha con criterio "justo". Fundado en unas premisas excesivamente abstractas y esquemáticas —tales: la legítima es atribuida directamente por la ley a los herederos forzosos, sin intervención del testador, que no puede imponer a la misma gravamen, sustitución, condición ni término de ninguna especie; y que, de disponerlos, se estimarán por no puestos—, nos llevará a un resultado que no fue admitido ni siquiera en el *Droit coutumier*, receptáculo y transmisor de la más pura forma de reserva germánica que ha llegado al derecho moderno a través del Código de Napoleón (12).

También entre los juristas italianos se ha recurrido a estas clasificaciones esquemáticas y, de idéntico modo, algunos han pretendido deducir de ellas, axiomáticamente, consecuencias que estimaban automáticamente aplicables a la realidad práctica.

Aclaremos que esta acusación no la formulamos nosotros. Quien

(9) Así lo observamos en *Notas para la interpretación del párrafo segundo del artículo 1.056 y del artículo 863 del Código civil*, en *R. G. de D.*, III, 15 de enero de 1947, pp. 5 y 6.

(10) Esta cuestión la hemos estudiado más detenidamente en *Cautelas de opción compensatoria de la legítima*; en *Estudios Jurídicos Varios del Centenario de la Ley del Notariado*, sec. tercera, vol. I, pp. 458 a 461 y p. 513, nota 303.

(11) FRANCISCO ESPINAR LAPUENTE: *La herencia legal y el testamento* (Barcelona, 1956), p. 399 y nota 200.

(12) Véase el examen que hemos hecho del criterio de los autores que examinaron esa cuestión en *Droit coutumier*, en nuestro citado trabajo *Cautelas...*, pp. 451 a 455 y 497 a 500.

la ha expresado es un jurista italiano, Augusto Pino (13), el cual ha destacado que en la doctrina italiana dominante se daba por sentado: "que la contraposición entre *reserva* germánica y *legítima* romana tuviera un funcionamiento de orden lógico"; que, según dicha doctrina, sólo podía optarse en esa materia entre dos procedimientos técnicos: o derecho de crédito contra los herederos, o sucesión necesaria; *tertium non datur*". Y que, como consecuencia, "resultaba previo al estudio de la sucesión del legitimario resolver la cuestión de si el *Codice* hubiera recogido la *legítima* romana o la *reserva* germánica".

Pero el radicalismo con que fue planteado este dilema, no puede mantenerse —según observa el propio Pino (14)— porque el ordenamiento italiano pudo no haber optado necesaria y únicamente entre la *réserve coutumière* o la *legítima romana*. Le fue "lógicamente" posible satisfacer los intereses del legitimario sin tener que recurrir a alguno de los dos esquemas tradicionales".

Además, a juicio del mismo autor, el plurisecular proceso de contaminación entre *legítima* y *reserva* se confirma en el *Code de Napoléon*, que modificó profundamente la antigua *réserve coutumière* (15). Y, por otra parte, cree que "es demasiado profunda la diferencia entre el derecho sucesorio francés y el italiano para poder considerar idénticas ambas instituciones" (la *réserve*, del *Code français* y la *successione del legittimario* del *Codice italiano* (16).

Por ello, concluye su introducción (17) con la afirmación de que, "al afrontar el problema relativo a la naturaleza y a los efectos de la tutela del legitimario, se debe consiguientemente prescindir de la premisa tradicional". Es decir, que de la sola catalogación de la *legítima* italiana en la *reserva* germánica no cabe deducir axiomáticamente ninguna conclusión.

Diversamente, en lugar del dilema planteado entre las dos posiciones extremas en su forma más pura, nos hallamos ante otra tesis que reconociendo la fusión de elementos de ambos sistemas, pretende hallarlos en ciertas normas destilados de ellas en toda su pureza. Es decir, que estima coexisten sin fundirse en forma tal que nos permite deducir de ellas conclusiones axiomáticas, basadas sólo en uno o en otro de los dos conceptos. De ese modo, en lugar de plantearse el dilema en términos absolutos, se concreta repetidamente a diversos supuestos legales, para deducir, igualmente de modo maquinal, la solución lógicamente adecuada al concepto aceptado como premisa en cada caso.

Nos ha parecido conveniente hacer esas observaciones antes de entrar en el objeto de estas notas críticas. Porque de lo que precisamente queremos ocuparnos es de analizar si la distinción de *quota*

(13) Augusto Pino: *La tutela del legitimario*, Padova, 1954. Introdue. n. 2, p. 5.

(14) *Loc. cit.*, n. 5, pp. 15 y ss.

(15) N.º 3, pp. 9 y ss.

(16) N.º 4, pp. 12 y ss.

(17) N.º 6, p. 19.

de reserva y cuota de legítima —en los términos en que ha sido planteada y aplicada por los autores de que después nos ocuparemos— responde a una realidad y a un criterio justo, o bien sólo es una abstracción lógica conceptual, hecha con la sola finalidad de defender un determinado preconcepto dogmático contra las dificultades, también conceptuales, a que su aplicación práctica puede dar lugar.

## I. EL INTENTO DE DISTINCIÓN EN DERECHO ITALIANO

3. El año 1941 (18), el ilustre profesor de Bolonia, Antonio Cicu, en su tratado "Successione legittima e dei legittimari" (19), discriminó en el *Codice civile italiano*: una "quota riservata" y una "quota di legittima", aseguradas ambas al legitimario. La primera, referida al *relictum*, diferida directamente por la ley a título de herencia, *pars hereditatis* indisponible por el testador. Y la segunda, referida a la suma de *relictum* líquido —es decir, deducidas las deudas del causante— y de lo *donatum*: que, mediante la acción de reducción, faculta al legitimario a incrementar, con una *pars bonorum*, su derecho legitimario en lo que el mismo excediere de su *pars riservata*. Derecho que debe satisfacerse, en primer lugar, con la parte no "reservata" de lo *relictum*, mediante la reducción de los llamamientos testamentarios o abintestato hechos a la "pars non riservata"; y, en segundo término, si aquella reducción no bastara, con la de lo *donatum*, impugnando las donaciones en cuanto resultaren inoficiosas.

Insistió el insigne maestro en ulteriores trabajos en la misma tesis. Así, en sus artículos "Quota di riserva e quota di legittima" (20), en su reseña de jurisprudencia "Successione necessaria" (21), en su monografía "La divisione creditaria" (22) y, finalmente, en el tomo XI, II-2,

(18) LUIGI MENGONI: *La divisione creditaria* (Milano, 1950), n. 88, p. 214, nota 9, dice que: "Un precedente si può forse scorgere in Bonelli, in *Foro It.*, I, col. 1263-1264". Hemos leído el referido trabajo de G. DE BONELLI: *Successione-Divisione dell'ascendente. Legittima. Modi di computarla*, en el cual comenta la Sentencia de la Corte di Casazione de Roma de 1 julio 1898, y especialmente hemos releído las dos columnas citadas. Pero, confesamos que no hemos sabido hallar el precedente invocado. Muy al contrario, argumenta en favor de la unidad de la legítima, a la que exige los requisitos concurrentes de ser cuota de valor y adquirirse a título universal, que es lo único que quiso decir, a su juicio, el *Codice* de 1865, al decir en su artículo 808 que "la legittima è quota l'eredità" (c. l. 1264).

(19) ANTONIO CICU: *Successione legittima e dei legittimari*, 2.ª ed., Milano, 1943, Parte seconda, Capo 1, n. 1, pp. 147, y ns. 7 y ss.; pp. 161 y ss.; Capo III, n. 1, pp. 179 y ss.; Capo V, n. 2, p. 221, y Capo VI, n. 3, pp. 234 y ss.; Capo VII, 263 y ss.

(20) CICU: "Quota di riserva e quota di legittima", en *Rivista del Notaio*, 1947, anno I, pp. 21 y ss.

(21) CICU: "Successione necessaria", en *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, annota 1, 1947, pp. 131 y ss.

(22) CICU: *Le divisione creditaria*, Milano, 1948, Capo II, Sez. IV, n. 7, pp. 77 y s.

obra personal suya, incluido en el "Trattato di Diritto Civile e Commerciale" dirigido por el mismo y por Francesco Messineo (23).

Ya en 1943 hizo eco a esta distinción Lodovico Barassi (24), que la sintetizó diciendo que "la *quota di riserva* es enfocada desde el punto de vista del testador, es decir, de qué bienes puede disponer por testamento, que, naturalmente, sólo pueden comprender los existentes en su patrimonio; mientras la *quota di legittima* considera, desde el punto de vista del legitimario, todos los bienes que deben computarse para calcular la legítima y comprende incluso aquellos de los que el testador dispuso por donación". Pero no parece, en cambio, que Barassi siguiese a Cicu en las consecuencias que éste deduce, puesto que más adelante (25) —como luego examinaremos— para calcular la parte libremente disponible testamentariamente también computa las donaciones imputables a la legítima.

En cambio, en 1951, Scalabrino (26) siguió fielmente la teoría de su maestro Cicu, a la que consideró "de una lógica irrefutable aun hallándose en contraste con la teoría dominante que identifica la cuota de legítima con la cuota de reserva".

Pero ha sido Mengoni (27) quien más ardorosamente ha apoyado esta distinción, como comprobaremos en el decurso de este trabajo. A su juicio, tal distinción significó uno de los momentos "más felices y convincentes" de la enseñanza de Cicu en el campo de las sucesiones *mortis causa*. Muchas zonas oscuras de la áspera institución de la sucesión necesaria quedan iluminadas; en particular abre el camino a una clasificación definitiva de la posición jurídica del legitimario desheredado".

En contra de la distinción, en cambio, se había manifestado inmediatamente Santoro Passarelli en la nota 36 de un trabajo que publicó en el año 1942, en las páginas 193 y ss. de la "Rivista di Diritto Civile" (28). Cree Santoro que la ley atribuye al legitimario no una *cuota de herencia*, como dice Cicu, sino una *cuota del patrimonio del de cuius*, como precisan los artículos 537 y ss. del *Codice*.

(23) CICU: *Successione per causa di morte, Parte Generale, Divisione ereditaria*, cap. IX, p. 117, nota 2, pp. 343 y s.

(24) LODOVICO BARASSI: *La successioni per causa di morte* —cfr. 3.<sup>a</sup> ed., Milano, 1947—, n. 90; p. 254, n. 96, pp. 269, y n. 97, p. 274.

(25) BARASSI: op. cit., n. 96, pp. 271 y s. Del propio BARASSI, dice MENGONI. (*La posizione giuridica del legittimario preterito*, en *Studi in onore di Antonio Cicu* —Milano, 1951—, vol. I, p. 500, nota 5) que "l'esimio autore non mostra da apprezzare la portata della distinzione del Cicu fra le due quote, alla quale, poco prima, aveva pur dato la propria adesione".

(26) UBALDO SCALABRINO: *Le quote di eredità nella successione legittima e testamentaria* (Milano, 1951), n. 23, pp. 25 y s., que aplica en los números siguientes, en especial en el n. 27, pp. 32 y ss.

(27) LUIGI MENGONI: *La posizione...*, loc. cit., pp. 409 y ss., y *La divisione ereditaria* (Milano, 1948), n. 88, pp. 213 y ss.

(28) FRANCESCO SANTORO PASSARELLI: *Evocazione legale e revocazione testamentaria*, trabajo reproducido en su *Saggi di Diritto Civile*, vol. II, cf. nota 36, pp. 503 y s.

Tampoco pudo estar de acuerdo Giuseppe Azzariti (29), pues rechazó que la cuota legalmente debida al legitimario en lo *relictum* fuese “*quota creditaria*”: “senzaltro a lui devoluta”, “*ipso iure*” sin necesidad “de agire in riduzione”, y porque, a su juicio, el artículo 457 del *Codice* no deja lugar a dudas de que sólo puede tener lugar la sucesión legítima (o sea la *ab intestato*) cuando falte en todo o en parte la testamentaria, por lo que el legitimario preterido no puede sino exigir la reparación del perjuicio sufrido, ejercitando la acción de reducción.

Ni lo ha estado Messineo (30), quien ha objetado que: “Oggi, i due nome (legittima e riserva) si adoperano indifilrentemente a designari un unico istituto”: y que “Della fondatezza testuale della distinzione [entre *quota di riserva* y *quota di legittima*] la quale, comunque non fu presente al legislatore del 1942— la massima parte degli Autori dubita”.

Pino (31) ha sido tal vez el autor —según luego veremos— que más detenidamente se ha ocupado de refutar la distinción. A su juicio, es mérito indiscutible de esta autorizada doctrina el haber destacado la profunda diferencia que existe entre la *quota hereditatis* y el *quantum* que la ley reserva al legitimario, pero que no pueden escapar a la crítica las consideraciones desarrolladas en torno a la relación que discurre entre la llamada *quota di riserva* y la llamada *quota di legittima*.

Otros autores (32) mantienen la posición tradicional sin aludir siquiera a la pretendida distinción que nos ocupa.

Cariota Ferrera (33) se remite a la parte especial de su obra —parte aún sin aparacer— en lo referente a la relación entre la cuota del legitimario, de una parte, y la cuota de herencia y no sólo la cuota de bienes, de otra.

4. Antes de examinar las razones en las cuales se ha fundamentado la pretendida distinción entre “*quota di riserva*” y “*quota di legittima*”, creemos conveniente para centrarnos proceder brevemente

(29) GIUSEPPE AZZARITI: *In tema de diritti riservati ai legittimari*, publicado en la “Rivista de Diritto Privato” del año 1944 y recogido en sus *Scritti Giuridici* (Padova, 1963), pp. 268 y ss. (cfr. su crítica a CIVI en las pp. 276 y 277).

(30) FRANCESCO MESSINEO: *Manuale di Diritto Civile e Commerciale*, III-II, § 190, 1 a) y 3 h) (cfr. 8.ª ed. Milano, 1952, pp. 201 y 206).

(31) PINO: op. cit., especialmente n. 13, pp. 48 y ss.

(32) FRANCESCO SAVERIO AZZARITI, GIOVANNI MARTÍNEZ, GIUSEPPE AZZARITI: *Successione per causa di morte e donazioni*, ns. 108, 109, 131 a 134 y 151 (cfr. 2.ª ed. Padova, 1948, pp. 166 y ss., 207 y ss. y 243); ALBERTO TRABUCCHI: *Istituzioni di Diritto Civile*, n. 383 y 385 (cfr. 7.ª ed. Padova, 1953, pp. 783 y ss. y 788 y s); CARLO GIANNATTASIO: *Delle Successioni - Disposizioni Generali - Successioni legittima*, *Commentario del Codice civile I. II, Tomo primo (Titoli I-II)*, arts. 536 y 556 (Torino, 1950), pp. 255 y ss. y 325 y ss.; DOMENICO BARBERO: *Sistema Istituzionale del Diritto Privato Italiano*, 2.ª ed. Torino, 1949, vol. II, nn. 109 y ss. y pp. 890 y ss.

(33) CARIOTA FERRERA: *La successioni per causa di morte*, I, *Parte Generale*, Tomo II (Napoli, 1958), n. 41, nota 59, p. 40.

al análisis de las líneas centrales del sistema legitimario italiano, a partir de la codificación.

a) En cuanto a la naturaleza de la legítima se destacan:

De una parte, el artículo 536 del vigente *Codice*, que, bajo la rúbrica *Legittimari*, comienza su § 1.º con estas palabras: "Le persone, a favore delle quali la legge riserva una quota di eredità o altri diritti nella successione...". El viejo *Codice* de 1865, en su artículo 808 —precedente del actual 536—, decía, sin distingos, que "la porzione legittima e quota di eredità".

Por otra parte, el artículo 556, bajo la rúbrica *Determinazione della porzione disponibile*, dice: "Per determinare l'ammontare della quota di cui il defunto potevi disporre si forma una masa di tuti i beni che appartenerano al defunto al tempo della morte, detraendone i debiti. Si riuniscono quindi fittiziamente i beni di cui sia tuto disposto a titolo di donazione, secondo il loro valore determinato in base alle regole dettate negli articoli 747 a 750, e sull'asse così formato si calcola la quota di cui il defunto potera disporre". El antiguo artículo 822 del *Codice* de 1865 añadía, al final, que el cálculo debía hacerse "avuto riguardo alla qualità degli eredi aventi diritto a riserva".

b) En cuanto al modo de hacer efectivo el derecho de los legitimarios, se subrayan:

De una parte: Que la *sezione II del capo X "Dei legittimari"*, se titula "*Della reintegrazione della quota riservata ai legittimari*", y que no señala otro medio que la *reducción*, en su caso, tanto de las porciones de la herencia deferida abintestato a los no legitimarios (artículo 553) y de las disposiciones testamentarias (art. 554), como de las donaciones (art. 555). Que la reducción de las disposiciones testamentarias, salvo disposición del testador señalando un orden de preferencia, se debe verificar proporcionalmente "*sensu distinguere tra credi e legatari*" (art. 558). Y que el § 2.º del artículo 564 determina que: "In ogni caso il legittimario, che domanda la riduzione di donazioni o di disposizione testamentarie, deve imputare alla sua porzione legittima le donazioni e i legati a lui fatti, salvo que ne sia stato espressamente dispensato".

De otra parte, que el artículo 735, bajo la rúbrica "*Preterizione di credi e lesione di legittima*", dispone que: "La divisione nella quale il testatore non abbia compreso qualcuno dei legittimari o degli eredi istituiti e nulla (§ 1.º). Il coerede che è stato lesa nella quota di riserva può esercitare l'azione di riduzione contro gli altri coeredi (§ 2.º)".

Es de notar que ni el *Codice* de 1865 ni el de 1942 contienen disposición alguna que anule sea el testamento o bien únicamente la institución de heredero en supuesto de preterición testamentaria intencional (34), ni que anule la institución en todo o en la parte que perjudique al legítimario en caso de desheredación injusta (notemos que

(34) La preterición errónea es regulada como causa de revocación del testamento por sobrevenida o ignorancia de la existencia de hijos o descendientes, en el art. 687 del *Codice* de 1942.

en derecho italiano no hay desheredación justa, sino sólo causas de indignidad). Así, los autores: *α*) o bien —como la mayoría— reducen los medios para proteger el derecho de los legitimarios a la acción de reducción; o bien, *β*) como —según luego veremos— sólo algunos, admiten además la posibilidad del ejercicio directo de la *petitio hereditatis* en el caso de privación por el testador de la “*quota di riserva*”.

La declaración del viejo artículo 808 de que “*la porzione legittima e quota di eredità*”, no desmentida en el nuevo artículo 536 al añadir a la expresión “*quota di eredità*” el inciso “*o altri diritti nella successione*” —pues, en el n. 38 de la relazione del Guardasigilli, se aclara que la adición se refería a la legítima en usufructo del cónyuge viudo—, ha dado lugar a que la común opinión de la doctrina italiana haya entroncado su legítima con la *réserve coutumière*, incorporada al Código de Napoleón, que es siempre *pars hereditatis*.

Ferrara (35), en este sentido, escribió: “El Código italiano ha seguido la forma del Código francés, salvo algunas innovaciones, en cuanto ha admitido que los herederos pueden ser *testamentarios* y *legítimos*; y ha variado la terminología, llamando legítima a la reserva y legitimarios a los reservatarios, pero no obstante esta diversidad de lenguaje, la sustancia del Derecho francés ha permanecido idéntica, porque la legítima es *cuota de herencia* y el heredero legitimario es *sucesor a título universal*. El Código italiano no ha hecho, por tanto, más que *cambiar la fachada* al Derecho francés, reproduciendo integralmente la reserva del Derecho consuetudinario extendida a la totalidad del patrimonio”.

Contrarios a esta orientación son los Azzariti y Martínez (36) y Pino (37). Los primeros estimaron que el Códice de 1865 regulaba la institución según los criterios y las normas de la legítima del Derecho romano, aun cuando, porque el artículo 808 declaraba *cuota de herencia* a la porción legítima, se sostenía unánimemente que el legitimario era heredero “*per lege*”, como en Derecho germánico. Y Pino destaca que la reproducción literal de artículos del *Code* no autoriza para sostener, para los correlativos del *Codice*, la interpretación que, a aquéllos, da la doctrina francesa; pues, dado el principio de la totalidad de la hermenéutica, con su introducción en el ordenamiento italiano, las disposiciones han adquirido un contenido normativo profundamente diverso del que tenían en el Derecho francés.

Veremos seguidamente cómo otros autores, aun partiendo de aquella asimilación, sin embargo, por razones semejantes a la última expresada, observan notables diferencias entre la legítima del *Codice* y la del *Code*.

(35) FRANCESCO FERRARA: *La figura del legittimario*, publicada en 1923 en “Giurisprudenza Italiana” y reproducido en su *Scritti Giuridici*, III, pp. 26 y ss. (Milano, 1954), cfr. la cita en el n. 5, pp. 35 y s.

(36) F. S. AZZARITI, G. MARTÍNEZ y G. AZZARITI: op. cit., nn. 105 y 106, pp. 161 y s., y 109, pp. 168 y ss.

(37) PINO: op. cit., Introduz., nn. 5 y 6, pp. 15 y ss.

Bonelli (38), a fines del siglo pasado, con referencia al *Codice* de 1865, había contestado negativamente a la pregunta de si en Derecho italiano debía reconocerse a los legitimarios, como en Derecho francés, un condominio de los bienes de la herencia. A su juicio:

“La legítima no es más que un límite a la *voluntad* del testador sobre la herencia. Como en Derecho romano, así para nosotros, este límite tiene una doble referencia: 1.<sup>a</sup>, a la sucesión *material*, esto es, al *patrimonio* en sentido económico, en cuanto cada heredero legítimo tiene derecho a que le corresponda cierta cuota del valor total del patrimonio; 2.<sup>a</sup>, a la sucesión *formal*, esto es, a la *cualidad de heredero*, la cual, de un modo u otro, debe ser reconocida al legitimario. La diferencia del Derecho romano al nuestro actual, no sustraído enteramente a la influencia germánica, radica en el diverso modo de concebir el lado formal, es decir, la cualidad hereditaria. Por Derecho romano el título de *heredero* bastaba para constituir el heredero. Por Derecho germánico, más o menos dominante en el derecho intermedio, el heredero era *condómino* nato de los bienes patrimoniales. Para nosotros, el heredero es aquel a favor del cual el testador ha dispuesto de los bienes *per universitatem* o *per quota*, o aquel en quien recae la herencia no dispuesta por el difunto y le es completada, si ha lugar, con la *reducción* de sus disposiciones, hasta alcanzar un valor equivalente a la cuota legalmente debida al mismo sobre el total patrimonio. En el primer caso hay un reconocimiento explícito, en el segundo, implícito y coactivo (y, en ese sentido, limitativo de su voluntad) de la cualidad hereditaria que debe acompañar a la transmisión de los bienes.”

5. El modo de ser heredero el legitimario ha sido muy discutido por la doctrina italiana. Hay dos puntos de fricción recíprocamente relacionados: a) ¿Existe *yuxtaposición* de los llamamientos testamentario y legal a cuotas distintas, o bien esos llamamientos pueden *superponerse* y *prevalecer* el uno sobre el otro? b) En caso de preterición testamentaria de un legitimario, ¿éste es *ipso iure* heredero por delación legal de su cuota reservada; o bien sólo lo es efectivamente por el ejercicio —iniciado o consumado— de su acción de reducción?

a) Respecto la primera cuestión, es decir, *si sólo existe yuxtaposición o si puede haber superposición de los llamamientos testamentario y legal*, nos vamos a limitar, por el momento, a poner frente a frente las posiciones de Ferrara y de Santoro Pasarelli.

a) Ferrara (39), consecuentemente con su tesis de la aplicación integral en lo sustancial de la reserva germánica, considera que los legitimarios son por vocación legal herederos de una cuota reservada, aunque hayan sido preteridos por el testador, y que si, además, son

(38) G. BONELLI: loc. cit., col. 1263 y 1264.

(39) FERRARA: loc. cit., n. 7 y n. 10, en *Scritti III*, pp. 44 y ss. y 51 y s.

instituidos en la parte de libre disposición, “añaden y acumulan a su posición de legitimarios aquella de *herederos ex testamento*”.

β) Santoro Pasarelli (40), en cambio, distingue: 1.º En caso de colisión la vocación testamentaria es comprimida mediante la reducción por la vocación a la legítima. 2.º De no haber coincidencia plena entre ambas vocaciones, la testamentaria es absorbida por la legitimaria. 3.º De exceder la vocación testamentaria de la legítima, ésta es la que debe entenderse absorbida por aquélla, “porque la vocación a la legítima es una vocación contra la voluntad concreta del instituyente y, en este caso, por hipótesis, falta tal contraposición”. Conclusión, esta última, de la que deduce importantes consecuencias por lo que se refiere al derecho de acrecer del legitimario instituido respecto las porciones de libre disposición vacantes.

b) Con relación al segundo problema, esto es, *si el legitimario testamentariamente preterido es o no automáticamente heredero al fallecer el causante*, también, por el instante, nos limitaremos a esquematizar unas cuantas opiniones tipo:

α) Ascoli (41) escribió que el legitimario “no es heredero, si no fue instituido por el testador o llamado por la ley por haber muerto el causante en todo o en parte intestado. Nuestro Derecho no conoce ya la figura del *heres suus*, la preterición del cual implica la nulidad del testamento”... “El legitimario del derecho moderno sólo impropia-mente puede ser llamado heredero necesario: tiene derecho a ser instituido heredero; pero si no lo es, el testamento no es por eso nulo, ni él deviene heredero *ipso iure*”... “Mientras exista un testamento que excluya totalmente al legitimario, éste no es heredero: *lo deven-drá*, con efecto desde el día de la apertura de la sucesión, solamente cuando con la acción de reducción haya destruido, por lo menos en parte, el testamento.” “Y, por lo tanto, si renuncia a ejercitar la reducción, contentándose con aquel menos o aquel nada que el testamento le ha atribuido, no por eso renuncia a una herencia a él deferida...”

β) Ferrara (42), representa la posición más radicalmente contrapuesta a la anterior. A su juicio: “Es en todo caso erróneo decir que la adquisición de la herencia tenga lugar con la acción de reducción, cuando es evidente, por el contrario, que la acción de reducción protege el derecho *preexistente* del legitimario que es un derecho *sucesorio*, derecho a gozar y obtener la plena propiedad de los bienes hereditarios.”

Opinión consecuente con la que él mismo tuvo (43) de la naturaleza jurídica de la legítima del *Código*:

“El derecho a la legítima es un *derecho sucesorio ex lege*. La legítima es *pars hereditatis*, no *pars honorum*. La ley divide el patri-

(40) SANTORO PASARELLI: op. cit., n. 7, *Saggi...* III, pp. 592 y ss.

(41) ALFREDO ASCOLI: *Legato a tacitazione di legittima*, en “*Rivista di Diritto Civile*”, año XIV, 1922, pp. 604 y ss.

(42) FERRARA: loc. cit., n. 7, *Scritti* III, p. 47.

(43) FERRARA: loc. cit., n. 6, pp. 38 y ss.

monio de una persona, cuando ésta tiene herederos legitimarios, en dos masas distintas: la parte *legítima* y la parte *disponible*. Aquélla constituye una cuota autónoma del patrimonio, sustraída a toda disposición del *de cuius*, intangible e inalterable, que es reservada exclusivamente a los herederos legítimos. En esta parte del as el *de cuius* no tiene derecho a disponer, y si dispusiese, la disposición testamentaria quedaría sin efecto. Y cuando el *de cuius* ha lesionado esta cuota con liberalidades entre vivos, tales liberalidades son reducidas hasta su concurrencia con la legítima, es decir, los legitimarios con la acción real de reducción pueden hacer reintegrar en la masa los bienes donados, accionando incluso contra terceros poseedores, lo que demuestra que la porción legítima es sustraída a todo poder de disposición a título gratuito del causante, sea por acto *inter vivos* o *mortis causa*, y es deferida *ex lege* a cierta categoría de herederos legítimos."

7) Santoro Pasarelli (44) adopta una posición intermedia. De una parte, cree "que no se puede decir en términos absolutos que el legitimario no sea heredero, cuando el testador no le haya instituido, aunque hubiese dispuesto a favor de otro de todos sus bienes en el testamento": que "también es verdad que no se puede en modo alguno hablar de un derecho del legitimario a ser instituido heredero, bastando que el testador no le prive de la cuota que la ley le atribuye"; y que no se establece "una preminencia de la sucesión testamentaria sobre la legítima".

Pero, de otra parte, afirma que "la desheredación del legitimario no sólo no es inexistente (como debiera serlo para considerar *ipso iure* heredero al legitimario desheredado), sino que es válida y eficaz para *privar al legitimario de la cuota legítima y, por tanto, de la cualidad de heredero*, si no reclama contra la desheredación. No es exacto que la acción de reducción corresponda al legitimario *en cuanto heredero*. Puede ocurrir que, incluso antes de ejercitar la acción de reducción sea heredero; pero puede ocurrir —y así es cuando de hecho ha sido desheredado— que consiga tal cualidad, con la cuota, mediante la acción de reducción de la disposición a título universal a favor de otro."

Y, posteriormente, el mismo Santoro Pasarelli, en otro trabajo (45), ratifica: "Persistimos en la opinión de que la reducción es el medio necesario para conseguir la cuota de legítima y, por tanto, la cualidad de heredero por parte del legitimario, cuando la institución testamentaria de otra u otras personas sea *ex asse*." Su explicación del fenómeno es ésta: la vocación testamentaria puede ser excluida por la vocación de la legítima, "por efecto de la reducción de las disposiciones testamentarias, que es el medio con el cual la ley resuelve el conflicto entre dos vocaciones". Y que, por otra parte, "si el testador ha

(44) SANTORO PASSARELLI: *Legato privato di legittima*, en "Rivista de Diritto Civile", 1925, p. 249, recogida en sus *Saggi...*, vol. II, pp. 650 y ss., véase especialmente n. 13, pp. 696 y ss., de *Saggi...*, II.

(45) SANTORO PASSARELLI: *Vocazione...*, *Saggi...*, vol. cit., n. 7, pp. 593 y ss., y en especial nota 36.

dispuesto a título universal de todo lo *relictum* a favor de otro, no puede sostenerse que corresponda al legitimario *ipso iure* una cuota del mismo... si se acepta que la acción de reducción no es de nulidad ni de anulabilidad”.

c) Leonardo Coviello (46) estimó antijurídico pensar que el legitimario tan sólo adquiere la cualidad de heredero cuando interpone reclamación ejercitando la acción de reducción, pues “no se concibe la reclamación contra la lesión de un derecho que no preexiste a su violación”; pero reconoció como cierto que “no tratándose de nulidad absoluta de un negocio, sino de anulabilidad o resolubilidad, el acto produce efectos hasta que es impugnado”. Si bien, a su juicio, de esto no se deriva “que el derecho del actor victorioso surja sólo con la demanda, si la anulabilidad o resolución debe por ley retrotraerse *ad initium negotii*”; y que, en cuanto a la cuota disponible, “el extraño instituido en la misma en testamento, es en verdad heredero, pero bajo la condición resolutoria (legal) de la reducción; por lo cual la incompatibilidad, en tal caso, es sólo aparente o transitoria”.

Al argumento de que, en caso de estimarse como heredero aun antes de ejercitar la acción de reducción al legitimario preterido, sería necesario admitir la posibilidad de un *heres sine re*, replica que no es ese el supuesto, pues “existen bienes que pueden reivindicarse con el ejercicio de la acción de reducción”, y que “únicamente puede decirse que el legitimario no adquiere la propiedad de los bienes hasta que haya ejercitado la acción de reducción, porque una cosa es la adquisición de la cualidad hereditaria y otra la adquisición de los bienes del *de cuius* dispuestos a favor de terceros”.

“Porque la disposición lesiva de la legítima no es nula, sino sólo impugnable, deriva que, antes de la reducción, la propiedad de los bienes pertenece al instituido heredero o al donatario, y no puede hablarse de condominio a favor del legitimario. Únicamente a consecuencia de la reducción, que opera como una total o parcial resolución del título de adquisición del instituido heredero más allá de la parte disponible o del donatario, puede surgir un derecho de condominio entre el legitimario y el tercero; pero de esto no puede argumentarse que el legitimario no sea heredero *ab initio*.”

Sin que obste tampoco a esta calificación, a juicio suyo, el hecho de que el legitimario haya recibido donaciones a cuenta de la legítima o a título de anticipada sucesión que igualen el valor de su reserva, por cuanto, como “se trata de imputación del valor que legalmente le corresponda, debe contentarse con lo que ha recibido si su derecho queda satisfecho”.

6. Para ver las inconsecuencias que presenta cada una de las referidas teorías, además de las críticas que recíprocamente se hacen los defensores de unas y otras, creemos conveniente añadir la que Men-

(46) LEONARDO COVIELLO: *Successione legittima e necessaria* (Milano, 1938), cap. XXXIII, §§ 3 y ss., en especial §§ 6, 7 y 8, pp. 303 y ss.

goni (47) dedica especialmente a las afirmaciones de Coviello. Su interés radica en que las inconsecuencias lógicas que vio en ella y en todas las demás, fue lo que mayormente le impulsó a aceptar la distinción formulada por Cicu.

A la afirmación de Coviello, según la cual el extraño instituido en la cuota indisponible "es verdaderamente heredero, pero bajo condición resolutoria legal de la reducción", ha observado Mengoni (48) que: "o yo interpreto mal el pensamiento transcrito por el ilustre civilista, o bien las referidas palabras se alinean, en lo sustancial, en el orden de las ideas de Santoro. De hecho, hasta que sobrevenga dicha condición resolutoria, el único heredero es el instituido, mientras el legitimario preterido no es heredero actual, sino que lo devendrá, con efecto que se retrotraerá al momento de la apertura, únicamente cuando haga reducir la disposición testamentaria."

Por eso, Mengoni, en principio, llega a aceptar que si la cuota de herencia de que habla el artículo 536 se identificase con la cuota que determina el artículo 556, la teoría de Santoro Pasarelli sería la única coherente.

Pero, en cambio, en contra de la opinión de Santoro Pasarelli, arguye dificultades en el terreno exegético, que el propio Mengoni (49) califica de graves. Al efecto, le opondrá el texto de los artículos 564, 557, § 3.º, 552 y 735 del *Codice*.

El artículo 564 comienza disponiendo que: "Il legitimario che non ha accettato l'eredità col beneficio d'inventario non può chiedere la riduzione delle donazioni e dei legati..." El artículo 557, § 3.º, en su apartado segundo, a la inversa, dice que de la reducción: "Non possoo chiederla ne approfittarne nemmeno i creditori del defunto, se il legitimario avente diritto alla riduzione ha accettato con il beneficio d'inventario". De ambos deduce Mengoni que el legitimario es heredero y que, además, lo es antes de ejercitar la acción de reducción, ya que: "¿Cómo podría el legitimario preterido aceptar o renunciar la herencia, si no le hubiese sido deferida una cuota del as hereditario, y si a tal efecto le fuese además necesario obtener la reducción?".

Sin embargo, este argumento de Mengoni es desechado por Pino (50), pues estima que implica una petición de principio. En efecto, "diciendo que el legitimario preterido es heredero porque debe aceptar con beneficio de inventario, en virtud del artículo 564, se da por demostrado lo que debe demostrarse: que el artículo 564 sea aplicable al legitimario preterido. Es evidente que si, como parece, el legitimario preterido no es heredero mientras no haya sido declarada la reducción del testamento lesivo, el artículo 564 no se aplica; como no se aplica a los acreedores del legitimario que actúan por subrogación..."

(47) MENGONI: *La posizione...*, loc. cit., n. 1, pp. 500 y ss.

(48) MENGONI: loc. ult. cit., p. 504.

(49) MENGONI: loc. ult. cit., nn. 2 y 3, pp. 504 *in line* y ss.

(50) PINO: op. cit., n. 13, p. 50, y n. 34, pp. 104 y ss.

El artículo 552 comienza afirmando que: "Il legittimario che rinunzia a conseguire i legatti a lui fatti..." Mengoni comenta: "aquí haría falta decir que el legitimario renunciante, cuando es preterido, renuncia, en realidad, a la acción de reducción y no a la herencia; pero así se va contra la letra de la ley, la cual precisamente habla de renunciar a la herencia".

Mas aquí también observa Pino (51) igual petición de principio. Se pretende que el artículo se refiere al legitimario preterido cuando se refiere al legitimario que es heredero, y lo que se trata de demostrar es, precisamente, si el legitimario preterido es heredero. El artículo 552 se ocupa del *legado a cuenta de la legítima* —a diferencia del artículo 551, que trata del *legado en lugar de la legítima*—, por lo cual en su supuesto de hecho "... el legado es atribuido a un legitimario llamado a suceder como heredero; consiguientemente, el artículo 552 prevé la hipótesis de renuncia a la herencia. Lo que significa que si... el montante del legado fuese igual al montante de la legítima, tal legado sería atribuido en porción de cuota de herencia, y sería... una institución *ex re certa*". Por todo ello, estima lógico que en caso de renunciar dicho legitimario a la herencia deba excluirse tal legado de la cuota hereditaria que se le había asignado, pero a la que ha renunciado, y que aquél sólo pueda valer si, satisfechos los demás legitimarios con su cuota hereditaria, quedan bienes relictos para cubrir la parte disponible a la cual cabrá imputarlo como simple legado.

Y el artículo 735, en su § 1.º, dice que: "La divisione nella quale il testatore non abbia compreso qualcuno dei legittimari o degli eredi istituiti e nulla". De lo que deduce Mengoni (52): "Por lo tanto, si la división del testador es nula cuando un legitimario ha sido preterido, y lo es independientemente de la circunstancia de que el testador le hubiese o no previamente instituido en cuota abstracta, quiere decirse que, en este último caso, el legitimario es llamado *ipso iure*, en el momento de la apertura de la sucesión, a una cuota de herencia, precisamente a la cuota de reserva de que habla el artículo 536. Si así no fuese, no tendría derecho a ser comprendido en la división, la cual, por lo tanto, debería ser válida, salvo la acción de reducción".

Pero también Pino (53) objeta petición de principio. Ya que: "la invocación del artículo 735 no da, sin embargo, el debido relieve a la hipótesis de un legitimario que, aun habiendo sido preterido en la división, haya sido igualitariamente satisfecho con donaciones". Notemos que, en este sentido, las sentencias de *Cassazione* de 13 de enero de 1938 y 14 de diciembre de 1944 no reconocen derecho alguno en la partición, ni participación en la comunidad hereditaria al legitimario preterido que hubiese recibido donaciones en satisfacción de sus derechos.

(51) PINO: n. 13, p. 50, y n. 35, p. 107 y ss.

(52) MENGONI: loc. cit., n. 3, pp. 506 y ss.

(53) PINO: loc. cit., n. 13, p. 50.

Santoro Passarelli (54) había afirmado que “la ley atribuye al legitimario no una cuota de herencia como dice Cicu y también inexactamente el artículo 536 Cod. civ., sino una cuota del patrimonio del *de cuius*, como precisan los artículos 537 y ss., Cod. civ.”. Esto hace meditar a Mengoni (55) que: “el susodicho argumento es peligroso para la misma teoría de Santoro: de hecho, si se niega que al legitimario le sea atribuida una cuota de herencia, se pone en dificultad la configuración del legitimario como heredero”. Claro que la duda no existe para Mengoni, pues hace equivalente “cuota de herencia” y “cuota de patrimonio”, basándose en que, conforme al artículo 588, las disposiciones testamentarias... “attribuiscono la qualità di erede, se comprendono l’universalità o una quota dei beni del testatore...”. Pero este argumento carece de valor para quienes —como luego veremos, v. gr., Azzariti— estiman que el patrimonio al que se refiere la cuota de legítima, o de reserva, lo integran el *relictum* líquido más el *donatum*, y, por tanto, no coincide con el patrimonio del *de cuius* referido en el artículo 588 del *Codice*.

7. Los puntos débiles de las posiciones que acabamos de sintetizar explican las críticas de quienes han tratado de romper el marco dentro del cual habitualmente se había encerrado la discusión. Esta rotura ha sido realizada por la teoría que, especialmente, es objeto de estas notas, pero, también, por la tesis que niega al legitimario su condición de heredero si no es instituido testamentariamente o no lo es *ab intestato* (Azzariti), y por el criterio que distingue la legítima (mera cifra contable que determina el montante mínimo a percibir por el legitimario) de la *quota hereditatis* que debe corresponder al legitimario en virtud de su ejercicio de la acción de reducción (Pino).

a) En 1933, en la revista *Diritto e Giurisprudenza*, Giuseppe Azzariti publicó un trabajo que tituló con una interrogación: “¿Il legittimario è erede?” (56). Y en él expuso la siguiente tesis: “Es heredero aquel que sucede en la universalidad (o en una cuota abstracta, lo que es lo mismo)... “entonces no tendremos la cualidad hereditaria en el instituido en cuota concreta”... e “igualmente no tendremos institución de heredero en la atribución de todo el patrimonio depurado de las deudas...”. No es posible “por parte del *de cuius* atribuir la cualidad hereditaria a un sucesor si este último no sucede *in universum ius* o en una cuota, así del mismo modo no es constitutivo del título y de la cualidad hereditaria el conferimiento que haga la ley, si no está basado en el mismo requisito de la universalidad”.

De lo que dedujo que el legitimario que sucede *contra testamentum*

(54) SANTORO PASSARELLI: *Vocazione legale e...*, nota 36, locs. cit., cf. *Saggi...*, II, p. 593.

(55) MENGONI: loc. cit., n. 5, p. 512.

(56) GIUSEPPE AZZARITI: *Il legittimario è erede*, reproducida en *Scritti Giuridici* (Padova, 1963), pp. 212 y ss. Véase también su estudio *Sul legato a tacitazione di legittima*, n. V, publicado en “Rivista de Diritto Privato” de 1934 y recogida en sus *Scritti...*, pp. 260 y ss.

no es heredero. Porque "no le es atribuida una cuota de la universalidad", sino que su cuota se calcula "agregando ficticiamente al activo líquido el valor de los bienes donados". Y esa cuota "no coincide con la cuota abstracta del *ius defuncti*". Por otra parte, los preceptos que protegen la reintegración de lo que es su derecho, "presuponen todos que el legitimario no haya sido de algún modo satisfecho en su reserva y que la reclame de la sucesión".

Sobre este último punto, el mismo Azzariti ha insistido después en otros trabajos (57). En uno de ellos aplaude la sentencia de *Cassazione* de 13 de enero de 1938, que reconoció que "sólo cuando las donaciones recibidas sean insuficientes para la satisfacción de la legítima, puede pedirse el suplemento *in natura*" y que "no es debida la colación cuando los descendientes suceden como simples legitimarios". Por lo cual, concluye "que la acción de reducción no inviste al legitimario de una cuota del *universum ius*; y si se niega que el legitimario tenga la cualidad hereditaria solamente por su relación de parentela con el difunto, debe también reconocerse ineludiblemente que tampoco podrá adquirir tal cualidad reclamando la reducción".

Más recientemente (58), con referencia al *Codice civile* de 1942, ha expuesto su criterio de que el nuevo artículo 457 no admite más que dos únicas formas de delación, la testamentaria y la *ab intestato*, y que la acción de reducción "mira sólo a la reparación del perjuicio que con las disposiciones testamentarias se le haya ocasionado, haciéndole conseguir el *id quod interest*, es decir, una parte de los bienes, a extraer del complejo hereditario, correspondientes al valor de la cuota reservada".

A su juicio, "para que el legitimario desheredado pudiera conseguir la cualidad de heredero con el ejercicio de la acción de reducción, sería necesario admitir que el ejercicio de tal acción diera vida a una tercera especie de sucesión hereditaria *in universum ius*. Pero, a tal admisión se resiste todo el sistema edificado en la nueva ley que concibe los derechos de los legitimarios solamente como un límite a las normas de la sucesión testamentaria y de la sucesión intestada, y que, por lo tanto, se opone a la posibilidad de invocar, también a título de delación hereditaria *in universum ius*, la llamada sucesión necesaria".

β) Augusto Pino (59) rechaza "cualquier tesis según la cual el legitimario sea heredero por ministerio de la ley". Si, en su caso, el legitimario llega a ser heredero, la cuota en la cual es llamado no se identifica con la porción de bienes a él reservada". La razón, a su juicio,

(57) G. AZZARITI: *Sulla figura del legittimario*, en "Diritto e Giurisprudenza" de 1933, e *In tema di successione necessaria*, en la misma revista de 1934, e *In tema di legittima e di imputazione relativa alla riduzione*, también en dicha revista de 1938, sendas notas a dos sentencias de la "Corte di Appello", de Nápoles, y otra de la "Suprema Corte della Cassazione", la última, recogidas en sus *Scritti Giuridici*, pp. 225 y ss., 230 y 278 y ss.

(58) G. AZZARITI: *In tema di diritti riservati ai legittimari*, loc. cit. en especial nn. IV y V, *Scritti...*, pp. 272 y ss.

(59) AUGUSTO PINO: op. cit., introduz., n. 4, p. 15.

radica en que para ser *quota hereditatis*, una participación ha de estar referida "a un patrimonio que sea *hereditas*, es decir, sólo integrado por los bienes relictos, al *relictum* considerado como *universitas*". Y estima que: "El patrimonio respecto al cual se calcula la porción de bienes reservada al legitimario no es la *hereditas* del *de cuius*, ya que es formado por la reunión *ficticia* de la *hereditas* y lo *donatum*, y no adquiere la naturaleza jurídica de una *hereditas* por el solo hecho de que, entre los bienes haya algunos que, *bajo otro perfil*, constituyan una *hereditas*".

Sin embargo, cree (60) que cuando el legitimario preterido logra sentencia favorable en virtud de la acción de reducción, se hace ineficaz, con respecto al derecho de dicho legitimario reclamante, el título adquisitivo del instituido, con lo cual aquél podrá suceder *ex lege* en una *quota hereditatis* determinada indirectamente por el valor de la porción de legítima que quede por percibir al reclamante. "La sentencia de reducción, por tanto, hace ineficaz respecto al legitimario la disposición lesiva, y, en consecuencia, puede tener lugar la vocación *ex lege* establecida en el artículo 536, en cuanto venga a decaer la vocación testamentaria". Esa *quota hereditatis* "sólo puede ser determinada a posteriori, en relación al montante de bienes que aún sea necesario al legitimario para ser reintegrado de su legítima"... "Para el legitimario preterido —precisa—, los términos para aceptar la herencia discurren desde la sentencia de reducción, no desde la apertura de la sucesión".

7) Cariotta Ferrara (61) estima que el derecho del legitimario es un derecho potestativo, consistente en el derecho a investirse de la cualidad de heredero consiguiendo o integrando la cuota con la acción de reducción. Para lograrlo ha de cumplir una condición positiva, la de hacer valer su calidad de legitimario y de conseguir su cuota de reserva, ya sea por medio de un acuerdo o ejercitando victoriosamente la acción de reducción. Hay, pues, un período de incertidumbre o pendencia, que cesa con la consecución de un acuerdo o con la declaración de una sentencia favorable, que acepte la acción de reducción. Se trata, pues —según este autor— de una condición mixta, que depende de la voluntad del legitimario y de la concurrencia de los presupuestos exigidos por la ley para la consecución de una sentencia favorable.

8. Efectuado el recorrido jurídico que llevamos caminado, podemos ya entrar con suficiente perspectiva al examen de las razones invocadas por los defensores de la distinción entre "*quota di riserva*" y "*quota di legittima*".

La razón y fundamento general nos lo ha referido sintéticamente Cicu en la *Rivista del Notariato* (62): Había que aclarar algo que no

(60) PINO: capo V, nn. 43 y ss., pp. 128 y ss.

(61) LUIGI CARIOTTA FERRARA: op. y vol. cit., n. 41, pp. 37 y ss.

(62) CICU: *Quota di riserva e quota di legittima*, "Riv del Not." cit., pp. 21 y ss.

se explicaba satisfactoriamente. Era un hecho que la calificación de la legítima como "*quota di credità*", en el antiguo artículo 808 y en vigente 536, chocaba —en opinión de la mayor parte de la doctrina— con el modo que era determinado en el artículo 822 antiguo y lo es en el 556 moderno, para calcular la cuota disponible y, por consecuencia, la legítima, puesto que no se determinan con relación al *universum ius* del *de cuius*. A los ojos de la mayoría, en el 808 viejo y en el 536 nuevo la legítima aparece como una *pars reservata* germánica, como una *quota hereditatis*, y, por el contrario, en el 822 viejo y en el 556 nuevo aparece como una *pars honorum*.

Por otra parte, el propio Cicu alertó sobre el siguiente problema, que se halla conexo, con esa contraposición:

"Supongamos que el legitimario sea un hijo único, y que el testador haya instituido a otra persona en la disponible. La cuota del hijo es de la mitad. ¿Mitad en lo *relictum* o mitad en lo *relictum* acumulado con lo *donatum*? Esto último parece decir el artículo 556. En el ejemplo: *relictum*, 100; *donatum*, 50, la legítima sería, pues, 75. Como el legitimario tiene derecho a tomarlo de lo *relictum*, queda, por lo tanto, al instituido 25. ¿Cómo es posible entenderlo heredero por mitad? ¿Es que, por tanto, también la disponible es cuota de lo *relictum* acumulada con lo *donatum*? No, ciertamente, porque ningún derecho es concedido al instituido sobre las donaciones. ¿Y cómo, pues, es posible que las dos cuotas, la del legitimario y la del instituido, conserven la cualidad de cuotas si son calculadas sobre masas diferentes?"

Luego veremos los puntos que otros autores tachan de inexactos que contiene este planteamiento. Pero, primero, vamos a continuar leyendo a Cicu:

"En mi curso sobre la *Successione legittima e dei legittimari* he expuesto la que me parece ser la única posible solución de este enigma, a saber, que al legitimario le corresponden dos derechos distintos: el derecho a una cuota de la herencia, es decir, del *relictum*, que es aquella que la ley propiamente denomina cuota reservada o de reserva, y el derecho a una utilidad líquida calculada por la norma del artículo 556."

"Así —prosigue—, la discusión entre los que consideran la cuota del legitimario como *pars hereditatis* y los que la consideran como *pars honorum*, es objeto de una composición dando la razón a ambas, equívocándose las dos tan sólo en cuanto no saben ver que al legitimario le corresponde una y otra."

El derecho del legitimario a la segunda cuota, es decir, a la legítima, calculada conforme al artículo 556, sólo surge cuando "con la cuota de reserva (del artículo 536) no consiga el activo líquido que la ley le garantiza", lo cual podrá ocurrir cuando el *de cuius* hubiese dispuesto por donación a favor de otras personas. La ley le atribuye para conseguir cubrir dicho activo líquido o *cuota de legítima*, la acción de reducción. La cual, en cambio, juzga innecesaria para reintegrarle la *cuota de reserva*, porque el *de cuius* no pudo disponer válidamente

de ella por ser *indisponible*. Por lo que “la institución en todo el “as” vale solamente como institución en la cuota disponible”.

9. Planteada así la tesis, en términos generales, veamos, en iguales términos, su crítica. A ese efecto pueden hacerse las siguientes observaciones:

1.<sup>a</sup> *En cuanto al método*: Ante una aparente antinomia legal, y con el fin de resolverla, cabe seguir dos diversos caminos:

Uno, examinar analíticamente la realidad: el funcionamiento de todas y cada una de las piezas del sistema, su *ratio* y cuál es, en cada caso, la solución justa; para elevarse, después de agotados todos los diversos supuestos posibles, a la elaboración sintética del sistema, pero cuidando de colocar la realidad de los resultados que sean justos por encima de las palabras técnicas que la ley exprese, siguiendo el viejo criterio hermenéutico que ya fue formulado por Celso (Dig., I-III, 17), “*Scire leges non hoc est verba eorum tenere, sed vim ac potestatem*”.

Otro camino, que fácilmente ha tomado el conceptualismo, ha discurrido tratando de armonizar lógicamente los conceptos aceptados como axiomáticos por uno u otro sistema, deduciendo de tales abstracciones la solución coherente intelectualmente con el régimen estimado aplicable a cada caso.

El filósofo belga Marcel de Corte (63) nos ha advertido de lo tentador que resulta el empleo de un método lógico de representaciones abstractas y de lo difícil y duro que es sujetarse al mundo de la experiencia vivida.

“Por pobre que sea el mundo de la representación desvitalizada, es el único hijo de las obras del espíritu autónomo, es querido, adorado, exaltado. Persuade intensamente. No hay nada tan oscuro y misterioso como lo real. Aquél, en cambio, es transparente de lado a lado. Lo que fabricamos en todas sus piezas, lo conocemos perfectamente y sin sombras. El espíritu se encuentra perfectamente en él. Creer en ese mundo es creer en sí. Y adherirse, es adherirse a sí mismo. Entre ese mundo y yo no hay ninguna diferencia a franquear.”

Pero ello da lugar —como subraya algo más adelante el mismo filósofo (64)— a un fenómeno de *alienación*. Así, una multitud de hombres “expulsados del mundo real, habitan *otro* mundo, que les domina, les obsesiona, dirige todos sus actos: son esclavos de sus sueños. El loco, decía con exactitud Chesterton, no es un hombre que ha perdido la razón, sino un hombre que ha perdido todo menos la razón. Alocada por su ruptura con la realidad, la razón humana emite, en un trance del espíritu, los ectoplasmas que le resultan oportunos, pero que una mirada atenta disipa instantáneamente”.

Hay que examinar, pues, si responde o no a la realidad la coherencia lógico conceptual de la construcción que estudiamos. En este segundo caso, habría que prescindir de ella y buscar otra explicación,

(63) MARCEL DE CORTE: *L'homme contre lui-même* (Paris, 1962, “Nouvelles Editions Latines”, 1 rue Palatine), pp. 259 y ss.

(64) DE CORTE: op. cit., p. 310.

aunque fuese menos brillante y resultara de líneas menos regulares y esbeltas.

2.<sup>a</sup> En cuanto a su justificación en el texto del “Codice civile”, hay que advertir, en primer término, que el propio Cicu (65), al afirmar que en la ley confluyen la legítima romana, con *pars honorum*, y la cuota de reserva del Derecho germánico, entendida como *pars hereditatis*, reconoce —en un inciso— que es así: “*forse senza che il legislatore ne abbia avuto chiara coscienza*”.

Tan evidente parece esa falta de clara conciencia, que el artículo 556, que es —según Cicu— el que determina el modo de calcular la “cuota di legittima”, se halla en la sección II del capítulo “*Dei legittimari*”, sección distinguida con el epígrafe “*Della reintegrazione della quota riservata ai legittimari*”. Terminológicamente, “*quota riservata*” —según la denomina el epígrafe de la sección— es contrapuesta a la “*quota di cui il defunto poteva disporre*” —según expresa el artículo 556—, a la cual Cicu solamente contrapone la llamada “*quota di legittima*”.

Por otra parte, el artículo 735 —pieza fundamental, según veremos, para Cicu y Mengoni en la estructuración de su tesis— lleva el epígrafe “*Prterizione di eredi e lesione di la legittima*”, mientras su epígrafe segundo habla del coheredero “*che è stato lesa nella quota di riserva*”.

Y Mengoni (66) reconoce que en los artículos 553 y 560, § 1.º, se habla de “*quota di riserva*” para indicar aquella que propiamente, según la teoría diferenciadora de Cicu, es la “*quota di legittima*”.

Barassi (67) no ha vacilado en reconocer como hecho confirmado que en el Código civil vigente las expresiones “legítima” y “reserva” continúan siendo usadas “*promiscuamente*”.

No es extraño, pues, que Messineo (68) haya escrito de tal distinción que “*comunque non fu presente al legislatore del 1.912*”.

3.<sup>a</sup> Por lo que respecta a jurisprudencia, ésta ha desmentido repetidamente de modo implícito la posibilidad de admitir el sentido en que entiende Cicu la *quota di riserva*. En efecto:

La sentencia de la “*Corte Suprema della Cassazione*” de 13 de enero de 1938, obliga al legitimario a imputar a su cuota de reserva las donaciones recibidas y no le reconoce derecho alguno en la partición si, con ellas, su derecho queda cubierto; estimando, además, que no ha lugar a colación si los descendientes suceden como simples legitimarios.

La sentencia de la misma Corte Suprema de 14 de diciembre de 1944 declaró que en el caso de que el testador haya dispuesto de todos sus bienes entre otros herederos, el legitimario lesionado no participa en la comunidad hereditaria hasta tanto que no haya sido ordenada la reintegración de su cuota con la acción de reducción.

(65) CICU: loc. cit., p. 23.

(66) MENGONI: *La posizione...*, loc. cit., p. 499.

(67) BARASSI: op. cit., n. 90, p. 254.

(68) MESSINEO: op. y loc. cit.

La sentencia, también de *Cassazione*, de 29 de marzo de 1946 estimó que cuando el legitimario ejercita la acción de reducción del artículo 735, § 2.º —referida, según Cicuti, a la *pars reservata*, como después veremos—, también se haya obligado a la imputación *ex se* de las donaciones que hubiese recibido.

No es, por lo tanto, de extrañar el disgusto con que Mengoni (69) lo constata, desde su punto de vista favorable a la distinción cuestionada, al decir que es un “problema siempre de actualidad, como lo demuestran las frecuentes decisiones de la Corte Suprema, la cual insiste en una solución que ciertamente es la menos aceptable” (a juicio de Mengoni, naturalmente).

4.ª *Parte del presupuesto de que la cuota disponible testamentariamente es cuota solamente de lo “relictum” sin que deba serle sumado lo “donatum”*, porque “ningún derecho es concedido al instituido sobre las donaciones”. Sin embargo, el hecho de que ficticiamente se suma lo *donatum* a lo *relictum* para fijar la parte disponible, no significa que el destinatario de ésta tenga derecho alguno a lo *donatum*, pues de lo que se trata es sólo de hacer un cálculo (70) para conocer el total de lo que el *de cuius* pudo disponer a título gratuito, y, por consiguiente sustracción de lo que ya dispuso *inter vivos* que no sea imputable a la legítima, de cual es el montante de la cuota que le queda disponible en lo *relictum*.

El 556 del *Codice* vigente dice literalmente “*sull'asse così formato si calcola la quota di cui il defunto poteva disporre*”; es decir, sobre el “as” formado por la suma de *relictum* y *donatum*.

De esta suma se deduce contablemente la parte disponible y, en consecuencia, la indisponible, y se imputan, también contablemente, a una o a otra, las donaciones. A la disponible, las hechas a extraños o a legitimarios si se les dispensó de imputarlas a la legítima. A la indisponible, las hechas a los legitimarios sin tal dispensa (72). Así resulta del § 3.º del artículo 564, que dice: “*In ogni caso il legittimario, che domanda la riduzione di donazioni o di disposizione testamentarie, deve imputare alla sua porzione legittima le donazioni e*

(69) MENGONI: *La posizione...*, loc. cit., p. 499.

(70) PINO (op. cit., cap. II, n. 12, pp. 44 y s.) ha recordado que la doctrina siempre ha subrayado “el carácter ficticio de la reunión entre *relictum* y *donatum*” y que no cabe duda de “que la masa patrimonial de que habla el artículo 556 es un mero resultado de cálculo, y por tal motivo... es llamada *masa de cálculo*”.

(71) BARASSI (op. cit., n.º 96, p. 272) observa que la reunión ficticia, al extender la cuantía de la cuota disponible con la suma de lo donado, permite al heredero no legitimario “hacer valer su derecho, dentro de los límites de su cuota, sobre los bienes existentes en el as hereditario”, pero sin que sobre lo “*relictum* pueda hacer valer la acción de reducción que “en todo caso no corresponde más que al legitimario”.

(72) Cfr. BARASSI: loc. cit.; BARBERO: op. y vol. cit., n. 1.001, p. 892 y n. 1.106, p. 906; los AZZARITI y MARTÍNEZ: op. cit., n. 134, p. 217; PINO: op. cit., n. 43, p. 128; TRABUCCHI: op. cit., n. 385, p. 789; MESSINEO: op. y vol. cit., 191, n. 1 bis, p. 220 y n. 6, p. 224; GRANNATTAIO: op. y vol. cit., art. 556, nn. 1 y 5, pp. 325 y 328.

*legati a lui fatti, salvo che ne sia stato espressamente dispensato*".

Este era el criterio admitido en el régimen del viejo *Codice* de 1865, incluso por los autores que defendieron más acérrimamente el carácter de "*riserva*" de la "*legittima*". Ferrara (73) lo explicó diciendo que las donaciones hechas a los legitimarios pura y simplemente "no son sino *anticipos de herencia* y, por lo tanto, asignaciones hechas en vida a la cuota legítima que será debida a la muerte". Coviello (74) explicó que, verificada la computación, es preciso saber qué donaciones deben imputarse a la disponible y cuáles "a la cuota de reserva", y que el legitimario que haya recibido donaciones, el valor de las cuales "iguale la cuota de reserva", "debe contentarse con aquello que ha recibido".

Los Tribunales daban frecuentemente por sentado que los legitimarios que por donación hubieren recibido su legítima no tenían derecho alguno sobre lo relicto (75).

Pero es que, además, en Francia, donde la legítima tiene evidentemente el carácter de *reserva* atribuida legalmente, donde sólo los legitimarios son herederos y lo son sólo por ministerio de la ley, sin embargo, tanto la reserva como la cuota disponible, son cuotas ideales de la suma de *relictum* y *donatum*. Así, el artículo 922 del *Code* nos dice que, a los bienes existentes a la muerte del causante *se agregan ficticiamente todos los donados en vida por el difunto*, para calcular la cuantía de que ha podido disponer.

Planiol, Ripert, Trasbot y Loussouarn (76) nos lo exponen con claridad:

"Para saber si la cuota disponible ha sido sobrepasada y en qué medida las donaciones y legados deben ser reducidos, son necesarias dos operaciones previas. La primera es la formación de la masa de bienes; de la cual deberá extraerse la reserva, cuya cuota es fijada por la ley. Una segunda operación consiste en la imputación de las diversas liberalidades, que se efectúa para unas en la reserva, para las otras en la cuota disponible..."

Como resumen de estas cuatro observaciones, no creemos que resulte aventurado afirmar que, aun siendo cierto que la tesis de Cicu con respecto a las premisas en que se apoya resulta coherentemente lógica, en cambio:

a) No responde a la terminología del *Codice* ni parece que el legislador al redactarlo la tuviera en cuenta.

b) Que eso no es nada de extrañar, puesto que en el viejo *Codice* a ningún autor se le ocurrió suponerla, como lo prueba el hecho de

(73) FERRARA: op. y loc. cit., n. 9, cfr. en *Scritti...*, III, p. 51.

(74) LEONARDO COVIELLO: op. cit., cap. XXXIII, 4 y ss., pp. 364 y ss., y cap. XXVIII, 8, pp. 312 y s.

(75) Cfr. G. AZZARITI: *Sulla figura del legittimario e In tema di successione necessaria*, locs. cit. (*Scritti...*, pp. 225 y ss. y 230 y ss.).

(76) MARCEL PLANIOU, GEORGES RIPERT, ANDRÉ TRASBOT e IVON LOUSSOUARN: *Donations et Testaments*, T. V del *Traité Pratique de Droit Civil Français*, de Planiol y Ripert (2.<sup>a</sup> ed. París, 1957), n. 53, p. 70.

que todos computaron la parte disponible de un modo que resulta incompatible con dicha teoría.

c) Que la jurisprudencia se halla en desacuerdo con sus presupuestos.

d) E, incluso, que no concuerda con el modo como son calculadas la cuota disponible y la cuota de reserva en el derecho francés, del cual —según el mismo Cicu— tomó el *Codice italiano* de 1865 su artículo 808, y, por derivación de éste, el vigente su artículo 536, que define la “*legittima*” como cuota que “*la legge riserva*”.

Se trata, pues, de una teoría que no está montada sobre datos reales, sino sobre ideas y conceptos; que conforme a éstos es lógica, pero que no parece que sea verdadera. Ahora, lo que conviene analizar es si responde a criterios *justos* en su aplicación práctica concreta, y si, en ésta, puede o no atisbarse su adecuación para clarificar útilmente la realidad jurídica. Esto es lo que a continuación trataremos de averiguar.

10. Pero, acerca del problema que se plantea al confrontar los artículos 536 y 556 del Codice, aún hay algunas facetas más que examinar, que surgen al hacerse entrar en juego los artículos 537 y ss., y que conviene examinar previamente.

Cicu (77) razonó tomando como base el artículo 537 del *Codice*, en la parte que dice: “*A favore dei figli legittimi e riservata la metà del patrimonio...*”, y jugando con el planteamiento de ejemplos sobre esa base y de lo dispuesto en el artículo 556 del mismo *Codice*. Pero sus ejemplos presentan el defecto de sufrir confusión entre una “*pars bonorum*” de valor líquido igual a la *legittima*, de una parte, y de otra, una cuota de activo patrimonial líquido, considerada en el sentido de que todas las deudas del finado recaigan sobre el resto del patrimonio. Defecto agravado por el hecho de achacar a la parte contraria que sigue esa segunda concepción y no la primera. Lo *relictum* puede estar liquidado o no de sus deudas; sin que, en uno y otro caso, varíe su valor, así como no puede haber disparidad entre la *resta* y la diferencia que media entre *minuyendo* y *sustraendo*. En cambio, lo que no es posible que nadie haya pretendido es que la herencia se escinda en una parte líquida, y otra sin liquidar, a la que se carguen todas las deudas, como plantea Cicu en los ejemplos que luego critica.

Por eso, nos parece preferible examinar el planteamiento de Mengoni (78), que no presupone gratuitamente en la posición contraria aquella confusión, que Cicu le atribuye sin demostrar que hubiera incurrido en ella. Veamos su ejemplo:

“Supongamos que el *de cuius*, después de haber donado en vida 50, deja un *relictum* de 100 y un hijo. Este último tiene, sobre lo *relictum*, derecho a tener 75. Si esa fuese la cuota hereditaria del reservatario, éste sería heredero por  $\frac{3}{4}$  y, por consiguiente, si lo *relictum* estu-

(77) CICU: *La successione legittima e dei legittimari*, cit., Parte II, cap. I, m. 6 y 7, pp. 160 y ss.

(78) MENGONI: *La posizione...*, n. 4, loc. cit., pp. 513 y s.

viere afecto a deudas por 50, debería responder de ellas en esa proporción. En cambio, el hijo contribuye al pago de las deudas sólo por mitad, es decir, por 25. Argumentando en base al artículo 752, se concluye que el hijo es heredero por mitad. Así su participación en la herencia viene rectificada en los términos de la fracción enunciada en el artículo 537. Pero se deduce claramente que esta cuota (cuota de herencia) y aquella determinada en la norma del artículo 556 son entidades *diversas*, si bien aritméticamente iguales. Para sostener lo contrario haría falta demostrar que, a los efectos de la sucesión necesaria, la herencia está constituida por lo *relictum* más lo *donatum*: cosa imposible, porque la misma ley advierte aquí que la reunión de los bienes donados es puramente ficticia, es decir, no comporta su ingreso en una masa hereditaria. Ni tal ingreso tiene lugar como consecuencia de la acción de reducción.”

Varias observaciones cabe hacer al planteamiento de Mengoni, y quizá atendiéndolas con cuidado el problema nos parecerá menos insoluble. Pero, antes de comprobarlo, creemos preferible terminar de escuchar lo que a continuación el propio Mengoni sigue exponiendo:

“La cuota del patrimonio que, en diversa medida, los artículos 537 y siguientes reservan a los parientes en línea recta, es, en cuanto *pars hereditatis* (art. 536) cuota solamente de lo *relictum*, gravado con el pasivo; cuota, por tanto, de activo y de pasivo, la adquisición de la cual inviste al legitimario de la cualidad de heredero. Corresponde al concepto de la *réserve* germánica, la cual estaba constituida por una cuota del patrimonio familiar, sin tener en consideración los bienes donados en vida. La cuota determinada por la norma del artículo 556 es, en cambio, cuota de activo líquido, es decir, *pars bonorum*, según el concepto de la *legítima* romana, y es calculada con una masa compuesta de lo *relictum* (*deducto aere alieno*) integrado con lo *donatum*.”

“Por cuanto aquí se razona, la distinción de Cicu aparece aún más clara. En el plano dogmático, reproduce impecablemente la evolución histórica de la *réserve coutumière*, a la cual, como es sabido, sucesivamente se ha yuxtapuesto, con carácter supletorio, la institución romana de la legítima. Yuxtaposición que, en el Código napoleónico, no ha llegado a ser fusión, por el solo hecho de que fue abolida la distinción entre los *propres* y los *acquêts*: la *pars bonorum* correspondiente al legitimario continúa siendo calculada respecto de una masa diferente de aquella a la que se refiere el concepto de cuota hereditaria. Y por eso, cuota de herencia reservada y porción legítima continuaban siendo entidades inconfundibles. Si en el ordenamiento francés no aflora la exigencia dogmática de una diferenciación es porque en ese la cuota hereditaria no tiene, como entre nosotros, la función de investir de la cualidad de heredero.”

Los tres transcritos párrafos de Mengoni, puestos en orden escolástico, contienen en síntesis el siguiente silogismo:

*Premisa mayor.* La *reserva germánica* es una cuota de herencia, con su activo y su pasivo, sin inclusión de lo donado y atribuida directamente por la ley; y la *legítima romana* es una porción de la suma

del activo líquido relicto y de lo donado, que el legitimario puede reclamar.

*Premisa menor.* En el *Codice civile italiano*, los artículos 537 y siguientes, en relación con el artículo 536, establecen la cuota de herencia que el legitimario tiene reservada por la ley; y el artículo 556 calcula la legítima computando el activo líquido más lo donado por el *de cuius*.

*Conclusión.* Luego se trata de dos cuotas diferentes y de naturaleza y origen diversos, correspondiente la primera a la reserva germánica y la segunda a la legítima romana.

El razonamiento es perfecto en el orden lógico formal. Pero su premisa mayor contiene un error, que la invalida en cuanto no resulta cierta la radical contraposición que establece. Y su premisa menor no parece que responda fielmente a lo que dispone el Derecho positivo italiano ni que haya sido aceptada por la jurisprudencia, según hemos visto, y sus razones, como luego veremos, han sido convincentemente contrarrestadas por otros autores.

A) Veamos primero la *falsedad de premisa mayor*: *Negamos que sea cierto que la reserva germánica "estaba constituida por una cuota del patrimonio familiar, sin tener en cuenta los bienes donados en vida"*. En efecto:

La reserva germánica vino predeterminada por la originaria comunidad de derechos que sobre el patrimonio doméstico existía entre padres e hijos. De ella derivó el *Wartrecht* o antiguo *derecho de expectativa* (79). "Los bienes familiares —explicó nuestro maestro García de Valdeavellano (80)— no pertenecían al padre, sino a todos los miembros de la familia. Aquél los tenía solamente en su *Gerere*, pertenecían a toda la comunidad doméstica, y al morir el padre quedaban vinculados a los miembros supervivientes de la comunidad."

El *derecho de expectativa* también se tradujo en otra forma, llamada moderna, consistente en el *Beispruchrecht* o *derecho de consentimiento formal*. En su virtud, la enajenación de los bienes raíces se hacía depender del asentimiento de los herederos más propincuos. De tal modo que, si su enajenación era hecha sin su consentimiento, podían impugnarla dentro del año y día con el efecto de traer para sí el bien enajenado (81).

Es verdad que la posterior evolución del Derecho germánico ofrece cierta relajación de ese principio de la propiedad en mancomún de la familia. Se abre paso a la posibilidad de disponer del llamado *Freiteil* o cuota de libre disposición. Y se debilita el *derecho de consentimiento*, sea limitándolo a los bienes raíces que el causante hubiese heredado

(79) Cfr. BRUNNER-VON SCHEWERIN: *Historia del Derecho germánico*, § 57 véase la traducción castellana de la 8.<sup>a</sup> alemana, anotada por J. L. Alvarez López, Barcelona, 1936, p. 244).

(80) LUIS GARCÍA DE VALDEAVELLANO: *La cuota de libre disposición en el derecho hereditario de León y Castilla en la Alta Edad Media (Notas y Documentos)*, en *Anuario de Historia del Derecho Español*, T. IX (Madrid, 1932), p. 132.

(81) Cfr. BRUNNER-VON SCHEWERIN: *op. cit.*, § 57, pp. 244 y ss.

(*propres* o troncales), excluyéndose los que él hubiese ganado (*acquêts*), o bien transformándose en un derecho de compra preferente o en un derecho de retracto gentilicio (82).

En el Derecho histórico francés se observan estas mismas características. Los parientes con derecho a la *réserve* estaban dotados de la llamada *saisine virtuelle*, que tenía la virtud de paralizar la disposición que el causante hubiese realizado en perjuicio de aquéllos. Más tarde aparece la *laudatio parentum*, o autorización de los parientes con derecho a la reserva, que permitió convalidar las disposiciones que, en otro caso, no podrían perjudicar a los reservatarios, quienes, una vez fallecido el causante, podrían exigir la restitución de los bienes mediante el ejercicio de la acción llamada *chalonge*, *calumpnia* o *calumnia* (83).

Se comprende así la invalidez de las donaciones a extraños, y que las otorgadas por el padre a los hijos tuvieran que integrarse en el haber partible, a no ser que —una vez admitida la cuota de libre disposición— cupiesen en la porción disponible.

Pothier (84) nos explica, a este respecto, que en el *droit coutumier* pudieron distinguirse tres principales especies de costumbres:

a) Las que que permitían a los padres, dentro de los límites de la parte disponible, donar *inter vivos* a los hijos y dispensarles de colacionar (Berri, Bourbonnois Novernois).

b) Las llamadas "*coutumes d'égalité*", que obligaban a los hijos a llevar a la herencia todo lo recibido de los padres aunque renunciases a su sucesión (Dunois, Touraine, Anjou, Le Maine).

c) La mayoría de las *coutumes*, entre ellas las de París y Orleans, que sólo obligaban a los hijos a colacionar lo donado cuando efectivamente heredasen, pero no si renunciaban a la sucesión.

Las Costumbres de París, que —en su art. 303— recogieron el principio de igualdad germánica, consecuentemente a la prohibición de mejorar por donación a un hijo con respecto a los demás, dispusieron, en su artículo 304, que: "Les enfants venant à la succession de père ou mère, doivent rapporter ce qui leur a été donné pour, avec les autres biens de la dite succession, être mis en partage entre eux, ou moins pendre". Subrayemos que la *coutume* dice "avec les autres biens de la dite succession", con lo cual literalmente considera los bienes donados como integrantes de la sucesión.

Mengoni (85), al parecer, entiende que en *droit coutumier* los bienes donados no formaban parte de la cuota hereditaria del reservatario, lo que deduce del examen de una duda tratada por Pothier (86).

(82) Cfr. BRUNNER-VON SCHEWERN: loc. cit., p. 245.

(83) Cfr. JEANTET: *Le droit de réserve en nature* (París, 1939), núms. 42 y ss., pp. 23 y ss.

(84) POTHIER: *Traité des successions*, chapitre IV, article II, § 1.º, cfr. en *Oeuvres de Pothier*, t. XII (nouvelle édition, París, 1925), pp. 536 y ss.

(85) MENGONI: loc. cit., nota (36), p. 512.

(86) POTHIER: *Traité des entre-vifs*, sect. III, art. VI, III, cfr. en *Oeuvres...*, t. XIII, p. 332.

Este, ocupándose de la *coutume* de Blois, planteó si el heredero, en provecho del cual se verificó la invalidación de donaciones, responde con ellas de las deudas de la sucesión si aceptó ésta a beneficio de inventario. Y su respuesta se limitó a señalar dos posibles soluciones:

a) "On peut dire, pour l'affirmative, que cete légitime étant accordée à l'héritier en sa qualité d'héritier, il est censé avoir les choses retranchées à titre d'héritier, et par conséquent ces choses doivent être censées faire partie de la succession, et en conséquence être sujette aux dettes."

b) "On peut dire au contraire que ces choses retranchées ne sont pas de la succession, puisque le donateur s'en étoit dessaisi de son vivant; qu'encore bien que le droit qu'à l'héritier, d'obtenir ce retranchement fût attaché à sa qualité d'héritier, néanmoins ce n'est pas un droit qu'il tiene du défunt et auquel il ait succédé au défunt, puisque le défunt ne l'a jamais eu; il le tient donc pas du défunt ni de la succession, mais de la loi. Ces choses retranchées ne font donc pas partie de la succession".

De esa doble posibilidad, Mengoni se ha limitado a transcribir la frase final de la segunda, omitiendo el adverbio "*donc*" que delimita la *ratio* de esa segunda posible solución. De ella podemos destacar la afirmación de Pothier de que: "*le droit qu'a l'héritier d'obtenir ce retranchement fût attaché à sa qualité d'héritier*"; y la contrapartida, de que: "*n'est pas un droit qu'il tiene du défunt*", sino que lo deriva "*de la loi*".

Se trata de una solución de justicia "*in concreto*". El *Wartrecht*, la *saisine virtuelle*, quedan ya lejos. Se ha admitido, en cambio, la aceptación a beneficio de inventario. Las deudas del causante posteriores a la donación, se observa que no tienen por qué afectar a quien recupere los bienes donados para ser satisfecho de su reserva. Por otra parte, se percibe que si bien el reservatario es por ley heredero, "*solus Deus potest facere heres, non homo*", no obstante lo que recibe en virtud "*retranchement*" no lo obtiene como sucesor del *de cuius*, aunque lo obtenga "*attaché à sa qualité d'héritier*". Las razones de justicia de la institución —si bien ya no las conceptuales— siguen vinculando *relictum* y *donatum* al efecto de fijar y cubrir la "*réserve*"; pero, en cambio, no vinculan lo *donatum* a las deudas del donante posteriores a la donación.

Por eso, a pesar de que la *réserve* del *Code de Napoléon*, va no distingue muebles ni inmuebles, ni "*propres*" ni "*acquêts*", la *réserve* sigue siendo cuota de la suma de *relictum* y de *donatum*, como lo es también la porción disponible. Si bien, ambas en su aplicación *mortis causa*, están reducidas por la resta que significan las consiguientes imitaciones; y por el límite que supone el propio caudal, sin perjuicio de la reducción de las donaciones que sólo es posible para integrar la reserva pero no la porción disponible.

No puede, pues, en modo alguno decirse que la reserva germánica sólo sea cuota de herencia.

En cambio, en Derecho romano, antes de nacer la *querela inoffi-*

*ciosae donationis*, la legítima sólo se calculaba de lo *relictum*, en relación a la cuota hereditaria que concretamente correspondería *ab intestato* al legitimario querellante. Cuota a la que únicamente debía imputarse, además de lo dejado en testamento, o por donación *mortis causa*, las siguientes atribuciones *inter vivos*: dotes y donaciones *propter nuptias* (87) o para la compra de un cargo público (88) y las donaciones verificadas con expresa declaración de hacerse como anticipos de legítima (89).

Al aplicarse la *querela inofficiosae donationis* se amplió notablemente el ámbito de la computación; pues todas las donaciones, aunque no resultasen inoficiosas, debían computarse para comprobar la inoficiosidad de las ulteriores (90) y de las disposiciones testamentarias (91). A la par que, a efectos de esa segunda querrela, el legitimario debía imputar a su legítima todas las donaciones, sin distinción, que hubiese recibido del causante (92).

De este modo, en Derecho romano hallamos dos masas de cálculo distintas con diversidad de criterio en cada una en cuanto las donaciones a imputar a la legítima, según se ejercitara la *querela inofficiosae testamenti* o la *querela inofficiosae donationis*. Hipótesis que no hallamos en Derecho germánico, en contradicción de los razonamientos de Mengoni.

B) *Negación de la premisa menor, que presupone que la cuota determinada en los artículos 537 y ss., en relación al 536, es diferente a la calculada conforme al artículo 556, por cuanto son diferentes las masas patrimoniales a las que respectivamente se refieren.*

La base del razonamiento —como antes vimos— estriba en que, conforme el Derecho italiano, los llamamientos atribuyen la cualidad de heredero “*se comprendono l'universalità o una quota dei beni del testatore*”, según su artículo 588; siendo así que el artículo 536 califica la legítima de “*quota di eredità*”, y los artículos 537 y ss. refieren la respectiva cuota, que cada uno de ellos respectivamente determina, al “*patrimonio*” del causante, mientras que el artículo 556 señala como base para el cálculo de la “*legittima*” lo *relictum* líquido más lo *donatum*.

Sin embargo, es evidente que la diferencia sólo existirá si damos un significado estricto, restrictivo, a las expresiones “*quota di eredità*” y “*patrimonio del genitori*”. La cuestión consiste, precisamente, en determinar si existe tal rigor en el empleo de dichas expresiones que estos preceptos hacen; o bien, si hay que entenderlas lata e imprecisamente, con la amplitud e imprecisión técnica que resulta del

(87) *Cod.*, III-XXVIII, 29.

(88) *Cod. h. t.*, 30, § 2.º, donaciones “*ad emendam militiam*”.

(89) ULPIANO: L. II *Disputationem*, recogido en *Dig.*, V-II, 25, pr.

(90) Véase la *ratio* de las Constituciones del título XXXI del libro III del *Coder* y la *Novela* 92, cap. I, segundo versículo.

(91) *Cod. h. t.*, 1, 7 y 8 y *Dig.*, XXXI-único, 87, § 3.º.

(92) Cfr. WINDSCHEID: *Il Diritto delle Pandette*, § 586, nota 9, vers. italiana anotada por Fadla y Bensa (Torino, 1925). T. III, p. 272.

criterio interpretativo que aconseja atender más al contenido que a las palabras con las que se quiere expresarlo.

Y, por otra parte, también podría preguntarse si la diferencia no es sino un espejismo, fruto de la aplicación idealmente rígida de unos preconceptos doctrinales. Así, se estima indudable que el artículo 536 decide la cualidad de heredero del legitimario. Y se considera, en cambio, que la cuota determinada por el artículo 556 no es una cuota de herencia, no es una cuota tal que su atribución deba conferir a su destinatario la condición de heredero conforme al artículo 588.

Pero, con ello, se prejuzga que la cualidad de heredero asignada al legitimario coincide con la que, en el propio *Codice civile*, determina la calificación como heredero del instituido en testamento.

Es sabido que el concepto de heredero del Derecho romano no coincide con el del Derecho germánico ni con el del francés, ni ninguno de los dos con el concepto de heredero testamentario del artículo 588 del *Codice civile* italiano. En el antiguo Derecho germánico, en el Derecho histórico de las regiones francesas de *droit coutumier* y en el *Code* de Napoleón, heredero es el que se halla en determinada relación familiar con el *de cuius*. Y según la Novela 115, cap. III, de Justiniano, el legitimario debía ser instituido heredero, pero el honor del título bastaba si el contenido de la *portio debita* quedaba cubierto con una *pars bonorum*, es decir, sea con una *institutio ex re certa* o mediante la imputación de donaciones.

¿Quién puede, pues, asegurar que la cualidad de heredero del “*legittimario*” coincide con la determinada en el artículo 588 del *Code* para el instituido en testamento, y no con la requerida para el legitimario justinianeo o con la del “*réservataire*” del *droit coutumier* y del *Code* de Napoleón? Tanto más cuanto, por una parte, se asigna a la “*legittima*” italiana la misma cualidad de la “*réserve*” y, en tanto, por otra parte, el instituido heredero, según el artículo 588, coincide, en cambio, con el instituido *heres ex asse* del Derecho romano.

Pero, además, se ha advertido que las cuotas que no se corresponden entre sí: no son las de los artículos 537 y ss. con las del artículo 556, sino la del artículo 536 con las de los artículos 537 y ss. Precisamente estas se calculan en la forma determinada en el artículo 556, mientras que la “*quota di eredità*” de que habla el artículo 536 es el resultado final después de restar de la herencia la cuota disponible en cuanto el causante no hubiese dispuesto de ella por actos inter vivos. Pino (93) ha expuesto brillantemente este criterio, que procuraremos reproducir, en síntesis, utilizando sus mismas palabras en cuanto la brevedad nos lo permita.

El reservatario francés es heredero; sucede por ley en una cuota de herencia, pero la cuota indisponible (del art. 922 del *Code*) no es necesariamente *quota hereditatis*. La *quota hereditatis* del reservatario se extiende sobre lo relicto tanto cuanto sea necesario para cubrir el

(93) PINO: op. cit., núms. 12, 13 y 14, pp. 45 y ss.

valor de la cuota indisponible. Aquélla, por tanto, se *calcula* sobre la indisponible, pero no es la indisponible.

Algo similar —continúa Pino— ocurre en el Derecho italiano. Hay que distinguir “entre la *quota hereditatis* y el *quantum* que la ley reserva al legitimario”... “Es evidente que el mismo artículo 537, por ejemplo, no puede establecer, *simultáneamente*, que el hijo suceda en la mitad de lo *relictum* y tenga derecho a una cantidad de bienes de valor igual a la mitad de *relictum* + *donatum*, porque razonando así se atribuiría a la norma un significado contradictorio.” Y, efectivamente, sería así, si este artículo, único que determina la cuota reservada al hijo o a los hijos como legitimarios (ningún otro señala su cuota de legítima en sentido lato), se le refiriera, en cuanto al denominador de la participación, a la vez a dos masas diversas, que divididas por un mismo divisor darían resultados diferentes, pues una sería mayor o menor que la otra según lo *donatum* fuese imputable en mayor cuantía a la parte disponible o bien a la porción legítima.

A su juicio, “los artículos 537 y ss. no establecen la *quota hereditatis* a la cual son llamados los legitimarios, sino que se limita a disponer que, a éstos, les es reservada una cantidad de los bienes del *de cuius*, determinada con los criterios de cálculo y de valoración indicados en el artículo 556”.

Por eso, más adelante, el mismo Pino (94) añade: “La vocación predeterminada en el artículo 536 no tiene lugar por una *quota hereditatis* coincidente con la porción de los bienes de los artículos 537 y siguientes... la *quota hereditatis*, reservada al legitimario, puede ser más restringida o más amplia que la porción reservada por los artículos 537 y ss.”. Más restringida si el legitimario hubiese recibido donaciones imputables a su legítima conforme al artículo 564. Más amplia, en el sentido de que pueda abarcar mayor porción de herencia, e incluso la totalidad, para cubrir la cuota de los artículos 537 y siguientes calculadas conforme al artículo 556, si con lo *donatum* se amplía la masa de cálculo de la reserva.”

La *quota hereditatis* —concluye— es, pues, determinada indirectamente, “es decir, en relación a cuanto aún reste o a cuanto sea necesario para que obtenga en concreto la legítima correspondiente”. Por eso, señala la *elasticidad* como una característica de la vocación legal del legitimario a la herencia.

Así, el legitimario que no haya tenido cubiertos sus derechos por donaciones *inter vivos* (Ss. Cass. 18 enero 1938 y 29 marzo 1946) o que no haya optado por un legado en lugar de su legítima (art. 551) tendrá derecho —según el art. 536— a una *quota hereditatis* que será igual a la diferencia que reste entre lo recibido por donación imputable a su legítima —conforme al art. 564, § 2.º— y el montante de ésta determinación tomando como dividendos la masa calculada conforme al artículo 556, y como divisor el fijado en el artículo pertinente de los 537 y siguientes.

(94) PINO: núms. 43 y 44, pp. 127 y ss.

11. Hemos visto anteriormente, 5, b), las diferentes explicaciones de la acción de reducción, enfocada unitariamente, tanto si era referida a lo *relictum* como a lo *donatum*.

Recordemos que para Ferrara no se trata de invalidar una disposición, porque la disposición del *de cuius* que afecta a la legítima es ineficaz; sino que se trata de reintegrar unos bienes que *ex lege* corresponden a los legitimarios y de los que el *de cuius* no pudo disponer. El mismo criterio lo aplica a las donaciones *inter vivos*. Su explicación es la siguiente (95): “las donaciones del *de cuius* se entienden hechas bajo la condición resolutoria de no violar la legítima, y por eso tal lesión produce la resolución de las donaciones *ex tunc*, esto es, desde el momento de la apertura de la sucesión y la acción de reducción tiende *de facto* a hacer declarar efectuada esta resolución y, por esto, a hacer declarar los bienes donados *correspondientes a la cuota de legítima*”.

Pero que —conforme igualmente vimos (núm. 6)— la crítica de Santoro Pasarelli fue considerada decisiva y no superada por las réplicas de Coviello, que no logró escapar a las dificultades puestas por aquél, según ha reconocido el propio Mengoni.

Cicu y Mengoni creyeron salvarlas aplicando la pretendida distinción entre *cuota de reserva* y *cuota de legítima*.

Con esta distinción, Cicu entendió que:

a) La *cuota de reserva* es adquirida *ipso iure* por su cualidad de heredero y no como consecuencia de la acción de reducción. Es decir, que si lo *relictum* es 100, el hijo adquiere automáticamente 50, aunque haya sido preterido (96).

b) La *cuota de legítima*, cuando ésta es lesionada, sólo puede ser satisfecha mediante la acción de reducción de las disposiciones *inter vivos* o *mortis causa* que la lesionen, acción que no es de nulidad ni de anulabilidad, sino de carácter personal dirigida a obtener el activo líquido que falte al actor para cubrir su legítima (97). Es decir, si, en el ejemplo anterior, el *de cuius* hubiese donado 100 a un extraño, el hijo preterido, además de adquirir *ipso iure* los 50 de su *cuota de reserva*, podría exigir el remanente de su *cuota de legítima* ( $210 : 2 = 105; 105 - 50 = 55$ ) ejercitando la acción de reducción de las disposiciones testamentarias (con lo que obtendría de lo relicto los restantes 50) y la acción de reducción de la donación, en cuanto a los cinco que aún le faltaba por percibir.

Mengoni (98) ha desarrollado y matizado técnicamente esta diferencia:

“Si el legitimario no es llamado *ex testamento* o *ab intestato* en una cuota igual o superior a la cuota de reserva, ésta le es deferida *ope legis*, contra el testamento, *comprimiendo automáticamente* la efi-

(95) FRANCESCO FERRARA: loc. cit., n. 11, nota 21, cfr. *Scritti...*, III, p. 55.

(96) CICU: *Successioni legittima e dei legittimari*, cit., Parte II, Cap. II, n. 2, p. 172.

(97) CICU: op. y part. cit., Cap. VIII, n. 1, pp. 278 y ss.

(98) MENGONI: *La divisione testamentaria*, cit., nn. 88 y ss., pp. 213 y ss.

cacia de la *heredis institutio* en los límites de la parte disponible. Bajo este perfil, la tutela del legitimario es dada por la *hereditatis petitio*, no por la acción de reducción. Esta última no resuelve un conflicto entre sucesión necesaria y sucesión testamentaria, ya que las disposiciones a título universal son ineficaces *ipso iure*, allí donde se extiende la cuota de reserva, a favor de una persona distinta del legitimario...

“Contra el heredero o los herederos instituidos en una *cuota abstracta*, el legitimario no actuará con la acción de reducción *en cuanto desheredado o llamado a una cuota menor de la reservada*, sino solamente *sí y en cuanto* la adquisición hereditaria del instituido, aun conteniéndose en los límites de la cuota disponible, *lesione la legítima (pars bonorum)*. Esto presupone que el testador haya efectuado donaciones o legados.”

“Ejemplo: *relictum*, 100; *donatum*, 60. El *de cuius* ha instituido herederos, por mitad a cada uno, a los extraños Ticio y Cayo, omitiendo al hijo, y sin disponer legados. El hijo es heredero *ipso iure* (sucesión necesaria) por mitad (cuota de reserva: art. 537), y, por tanto, es copropietario de los bienes *relictos*, por un valor de 50. Correlativamente, la institución de Ticio y Cayo es eficaz en los límites de la cuota disponible, esto es, son herederos (testamentarios) por un cuarto cada uno. Pero el legitimario, según el artículo 556, tiene derecho a una *pars bonorum* de 80, a retener de lo *relictum* (arg. art. 552, § 2.º). Consiguientemente, la adquisición hereditaria de Ticio y Cayo sufrirá, en virtud del artículo 554, una *reducción* proporcional de 30, que, agregados a los 50 adquiridos por el legitimario a título de heredero, le procuran un activo líquido de 80.”

“Estos 30 son, pues, *extra partem hereditatem*, corresponden al legitimario a título de crédito frente a los coherederos.”

Pero... ¿cuál es el fundamento de esta distinción? En los epígrafes anteriores no hemos hallado nada que confirme la distinción entre cuota de reserva y cuota de legítima... Aquí, para la cuestión concreta de que ahora tratamos, se invoca como decisivo el artículo 735, § 1.º

Recordemos que este precepto determina la nulidad de la división verificada por el testador en la cual éste no hubiese comprendido a alguno de los legitimarios o de los herederos instituidos. De esta declaración de nulidad deduce Mengoni (99) que la tutela del legitimario preterido, *en cuanto reservatario de una cuota de herencia*, es dada por la *hereditatis petitio*.

Pero el § 2.º del mismo artículo 735 dice que: “Il coerede che è stato leso nella quota di riserva può esercitare l'azione di riduzione contro gli altri coeredi”. Y ¿cómo, en ese segundo párrafo, habiendo lesión en la cuota de reserva necesita jugar la acción de reducción? La objeción no se le escapó a Mengoni, quien replica que “es una acción de reducción especial o, mejor, una *aplicación especial de la acción de reducción*” ... *cumple “una función divisoria: corrige la división del testador”*. Afirmación de la cual deduce directamente

(99) MENGONI, II, 89, n. 216.

varios corolarios, entre ellos: que no entra en juego el artículo 556; que el legitimario que la ejercita no está sujeto a la imputación *ex se* del artículo 564, § 2.º (digamos entre paréntesis que esta afirmación está contradicha con la Sent. Cass. 29 marzo 1946); que la reducción se opera conforme las reglas de la división, no siendo por ello de aplicación el artículo 560; y que los bienes, que en virtud de esta disposición sean objeto de cambio de cuota, es decir, cambien de adjudicatario, son adquiridos por el legitimario *iure hereditario*.

Estos corolarios, sin duda, carecerán de base si previamente no se demuestra la certeza del teorema en que se apoyan. Y el teorema, a su vez, sólo lo vemos razonado partiendo de la certeza —que hasta ahora no hemos visto confirmada, sino, muy al contrario, rechazada— del principio, del cual parten Cicu y Mengoni, que distingue como cuotas diversas la de “*riserva*” y la de “*legittima*”.

Las relaciones entre el legitimario y los herederos instituidos, en orden a la partición de bienes, las resume Mengoni (100) en una clasificación trimembre: a) En la relación con los herederos instituidos si el legitimario ha sido *preterido*, siendo nula la división, conforme al artículo 735, § 1.º, la *quota di riserva*, es tutelada en la forma normal de la *petitio hereditatis*. b) En la relación del legitimario no preterido con el coheredero o coherederos instituidos *in rebus certis* (artículo 588, § 2.º), o en supuesto de partición hecha por el testador (art. 735, § 2.º), la acción de reducción tutela también la *cuota de reserva* con función especial de “*apporsionamento*” (cubrir la cuota). c) Y en la relación del legitimario con el coheredero o coherederos instituidos en *cuota abstracta* (art. 588, § 1.º), la acción de reducción presupone que el testador haya realizado donaciones o legados y tutela típicamente la *porción legittima*, es decir, el derecho del legitimario a la *pars bonorum* determinada conforme al artículo 556.

Pero es de temer que tan clara distinción no pase de ser más que una hipótesis, que trata de armonizar unas disposiciones legales con un criterio previamente establecido de modo teórico. Es decir, que parta de una doble petición de principio para la armonización, al fundamentarse en una distinción teórica sin demostrar y en una interpretación tampoco probada de textos positivos. Explicación e interpretación sin duda concuerdan, son lógicamente coherentes; pero esto no basta para demostrar que una y otra respondan a la realidad.

No deja de sospechar Mengoni (101) que alguno inquirirá por qué hay diversidad de criterio en la resolución de supuestos no sustancialmente diversos como son los de uno y otro párrafo del artículo 735. En el § 1.º se declara nula la división, mientras en el § 2.º —en el cual, a su juicio, la lesión afecta también a la cuota de reserva— sólo se da lugar a una acción de reducción que asume una función “*apporsionamento*”, que “se concilia con la causa unitaria distributiva del supuesto y, por tanto, con el principio de la igualdad

(100) MENGONI: n. 91, p. 221.

(101) MENGONI: n. 90, v. 220.

proporcional de los lotes". A su juicio, el § 1.º del artículo 735 "ha sido ordenado desde el punto de vista opuesto, esto es, de la función distributiva de la institución, la cual reclama el principio en virtud del cual toda división es nula, cuando no haya comprendido todos los derechohabientes". Y haciendo el paralelo de la preterición particional de un legitimario e igual preterición particional de un extraño instituido heredero, observa que "sería muy extraño que, establecida para esta última hipótesis la nulidad de la división, la preterición de un legitimario diese lugar, en cambio, a una simple reducibilidad de las asignaciones concretas".

Deteniéndonos un momento más en estas reflexiones, nos sentimos inclinados a pensar inevitablemente en que la nulidad que impone el § 1.º del artículo 735 es puramente de la partición, como dice paladinamente su letra, puesto que se extiende a la preterición particional del instituido heredero testamentariamente.

No parece, por tanto, extraño que la Corte Suprema de Cassazione, en S. de 14 diciembre 1944, hubiera declarado que: "tanto per il coñice abrogato quanto per il nuovo, il legittimario a cui è riservato una quota dell'eredità, è erede e como tale partecipa alla comunione ereditaria; ma nei casi in cui il testatore abbia disposto a favore di altri di tutto il suo patrimonio, escludendo il legittimario, o se abbia distribuito specificamente tutti i suoi beni fra gli eredi, compreso il legittimario di cui abbia leso la quota a lui riservata, quest'ultimo non partecipa alla comunione ereditaria (e quindi non può pretendere la divisione dell'eredità) finchè non sia stata ordinata la integrazione di tale quota".

Pero tampoco resulta extraño que esta sentencia no fuese del agrado de Cicu (102). Está admitido en ella que el legitimario preterido es heredero, pero que en caso de haber sido preterido no participa de la comunidad hereditaria hasta que sea ordenada la integración de su cuota. Con lo que ve recomenzada la polémica entre Coviello y Santoro Pasarelli. Aquél, aduciendo el principio romano en virtud del cual la cualidad de heredero como *nomen iuris* puede subsistir *etiam sine ullo corpore*, para justificar que el legitimario puede ser heredero sin ser condómino. Y el segundo, objetando que en Derecho italiano (artículo 588) sólo se es heredero en cuanto se es adquirente de una universalidad o una cuota, lo que el legitimario preterido sólo puede obtener mediante el ejercicio de la acción de reducción.

Cicu se aferra al concepto de reserva, como cuota de que el testador no ha podido disponer porque de ella ha dispuesto la ley. Pero frente al concepto está la realidad --observada, como vimos, por Santoro y reconocida por Coviello -- de que la disposición no impugnada surte sus efectos. Además, el artículo 558, § 1.º, aplica la acción de reducción de las disposiciones testamentarias, ordenándola a prorrata, sin distinción entre herederos y legatarios. Por ello, para

(102) Cicu, en *Comentarios a la S. 14 diciembre 1944*, en *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, I, año 1947, pp. 131 y ss., y en *Rivista del Notariato*, I, año 1947, pp. 490 y s.

mantener el principio y escapar a esa realidad, sólo cabe hacer la distinción entre cuota de reserva, respecto la cual es nula la disposición, y cuota de legítima, que si es lesionada puede ser reintegrada mediante la acción de reducción. Pero el primer efecto—el de la nulidad *ipso iure* de toda disposición que afecte a la llamada cuota de reserva—no tiene ninguna regulación práctica y concreta para hacerse efectivo, si no es acaso la norma del artículo 735, § 1.º. Conforme ésta, según ese criterio, si se declara nula la partición hecha por el testador con omisión de uno de los herederos instituidos o de un reservatario, es porque éste es heredero y, como tal, entra en la comunidad hereditaria que no puede ser dividida sin tenerle en cuenta.

Sin embargo, la realidad siempre complica las cosas, cuando no se puede prescindir de ellas. Porque—no partiendo de la petición de principio de diferenciar cuota de reserva y cuota de legítima, antes de demostrar que la diferencia sea cierta—podrá resultar que el legitimario haya cubierto con donaciones su porción legítima entera. Y... entonces, a pesar de eso, ¿será también nula la partición de lo relicto en la que se le omite?

Messineo (103) entiende que no. “Que la preterición *del legitimario*—explica—haga caer la división, debe entenderse en el sentido de que sean objeto de división incluso los bienes que constituyen la legítima; porque si éstos no están comprendidos, la preterición es inocua; aunque hayan sido preteridos todos los legitimarios.”

Siendo así, habrá que demostrar que la partición comprende todos los bienes; que el legitimario no ha recibido el montante de su legítima en donaciones inter vivos... porque si no fuese así, la partición no adolecería de nulidad... La nulidad habrá que discutirla... Por eso, fue muy lógico que la Sentencia de la *Corte Suprema della Cassazione* de 13 enero 1938 no reconociera al legitimario derecho alguno, a la partición, si con las donaciones recibidas quedaba cubierta su legítima. Y que la de 14 diciembre 1944 declarase lo que tanto escandalizó a Cicu, es decir, que es previo el ejercicio de la acción de reducción.

Los Azzariti y Martínez (104), para defender que la nulidad de la partición, ocasiona a consecuencia de la norma del artículo 735, § 1.º, no da lugar sin más a la sucesión *ab intestato*, señala que en ella se comprende no sólo la omisión de algún legitimario, sino también la de algún heredero instituido. En este caso: “si el testador ha determinado la cuota abstracta correspondiente a varios herederos instituidos, pero después en el reparto de sus bienes omite a alguno de los instituidos, será nula la división, pero no a su vez la disposición testamentaria relativa a la atribución del *as hereditario*. La única consecuencia será que se deberá proceder a un nuevo reparto de los bienes, pero no en base de las normas de la sucesión *ab intestato*—que,

(103) MESSINEO: op. y vol. cit., 204, n. 15, a), p. 416.

(104) F. G. AZZARITI, G. MARTÍNEZ y G. AZZARITI, op. cit., n. 328, pp. 588 y s.

no habiendo lugar a una devolución de la herencia *ope legis*, no tendrán posibilidad de aplicación—, sino de conformidad a la voluntad testamentaria del *de cuius*, que a la partición de sus bienes había hecho preceder la determinación de las cuotas correspondientes a los varios llamados”. También en el supuesto de omisión de un legitimario en la partición hecha por el testador puede el testamento contener “una institución de heredero o una atribución de cuota a favor del legitimario omitido después en el reparto de los bienes”.

En otro caso: “la división que se verifique sin institución explícita de heredero y que no comprenda a un legitimario, debe ser considerada del mismo modo que una disposición testamentaria que sea lesiva de los derechos de los reservatarios, pero sólo por el ejercicio de la acción de reducción por parte del legitimario lesionado la ley ordena, en tal caso, la nulidad de la división, y la nueva división deberá tener lugar entre los mismos herederos testamentarios con la participación de los legitimarios omitidos, a quienes —en consecuencia y en virtud del ejercicio de la acción de reducción— va atribuida la propia cuota de reserva”.

12. Otro tema en el cual la tesis de la distinción entre cuota de legítima y cuota de reserva nos es presentada como una explicación lógica es el relativo a la clasificación de las formas de sucesión.

En el régimen del *Codice civile* de 1865, a pesar de que el artículo 720 sólo catalogaba las formas de sucesión en por ley y por testamento, algún autor —como Salis (105)— situó junto a la sucesión testamentaria y a la *ab intestato*, como un *tertium genus* de sucesión, la llamada sucesión necesaria.

Pero esta doctrina ha sido reputada insostenible en el régimen del vigente *Codice* (106). Así han opinado autores muy discrepantes entre sí respecto a la naturaleza jurídica de la legítima, como G. Azzariti (107), Santoro Passarelli (108), Barassi (109), Cicu (110), Mengoni (111).

Al respecto se ha hecho observar que los §§ 1.º y 2.º del artículo 457 del *Codice* de 1942, reproduciendo en este punto la norma del

(105) SALIS: *La successione necessaria nel diritto civile italiano* (Padova, 1936), p. 86.

(106) CARIOTA FERRARA (loc. cit., n. 41, pp. 33 y ss.) sigue hablando de vocación y de sucesión testamentaria, legítima (o *ab intestato*) y necesaria. Esta última vocación requiere—a su juicio—, para producir la sucesión, el cumplimiento de la condición positiva de que el llamado ejerce la acción de reducción y obtenga sentencia favorable.

(107) AZZARITI: *In tema de diritti riservati ai legittimari*, op. cit., n. II, pp. 269.

(108) SANTORO PASSARELLI: *Dei legittimari*, en *Commentario D'Amelio al libro delle successioni* (Firenze, 1941), p. 265.

(109) BARASSI: op. cit., n. 91, A), pp. 256 y s.

(110) CICU: *Successione legittima e dei legittimari*, cit., parte II, cap. I, n. 5, pp. 153 y s.

(111) MENGONI: *La posizione giuridica del legittimario preterito*, loc. cit., n. 5, pp. 515 y ss.

artículo 720 del *Codice* de 1865, declaran que: “L’eredità si devolve per legge o per testamento. Non si fa luogo alla successione legittima se non quando manca, in tutto o in parte, quella testamentaria.” Que su § 3.º agrega otro principio que no recogía el antiguo artículo 720: “La disposizioni testamentaria non possono pregiudicare i diritti che la legge riserva ai legittimari.”

Y que el nuevo artículo 553 también excluye como *tertium genus* la llamada sucesión necesaria, en cuanto dispone que: “Quando sui beni lasciati dal defunto si apre in tutto o in parte la successione legittima, nell concorso di legittimari con altri successibili le porzioni che spetterebbero a questi ultimi si riducono proporzionalmente nei limiti in cui è necessario per integrare la quota riservata ai legittimari, i quali però devono imputare a questa, ai sensi dell’art. 564, quanto hanno ricevuto dal defunto, in virtù di donazioni o di legati.”

Ahora bien, para la teoría clásica, la conceptualización de la *legittima* como una parte de la sucesión intestada, aun considerando aquélla como una sucesión legítima reforzada, no dejó de presentar dificultades, a juicio de algunos autores. En efecto:

1.º) En caso de preterición de un legítimo, “si la previsión del artículo 457 agota los modos de delación —pregunta Mengoni—, ¿cómo se concilia con tal norma la afirmación de que el legítimo desheredado sólo consigue ser heredero por medio de la acción de reducción?”

Tres principales posturas pueden observarse en la doctrina posterior al vigente *Codice civile*:

a) Según G. Azzariti (112), de la norma del párrafo final del artículo 457 —según la cual las disposiciones testamentarias no pueden *perjudicar* los derechos que la ley reserva a los legítimos, finalidad que, a su juicio, se logra con el ejercicio de la *actio ad implendam legitimum*, conforme los artículos 553 y ss., que regulan la acción de reducción— no se deriva modificación alguna de la delación testamentaria de la herencia, ya que la atribución de los bienes que constituyen el objeto de la disposición exorbitante únicamente es reducida a los límites de la cuota disponible sin que el legítimo sea investido de la cualidad de heredero, pues la acción de reducción sólo tiende a la reparación del perjuicio infligido al legítimo con la disposición testamentaria lesiva, reparando su *id quod interest*.

b) Según Santoro Passarelli (113) y Pino (114), la preterición del legítimo da lugar a la delación *ab intestato* a favor del legítimo, previa la consecución por éste de sentencia de reducción que declare la ineficacia de la disposición testamentaria lesiva de la legítima.

c) Ni Cicu (115) ni Mengoni (116) pueden aceptar ninguna de

(112) G. AZZARITI: loc. últ. cit., núms. IV y V, pp. 273 y ss.

(113) SANTORO PASSARELLI: loc. últ. cit., p. 309.

(114) PINO: op. cit., n. 46, pp. 132 y ss.

(115) CICU: *Successione legittima e dei legittimari*, parte II, cap. II, n. 2, pp. 172 y ss.

(116) MENGONI: *Posizione giuridica del...*, loc. cit., n. 5, pp. 515 y ss.

las dos anteriores explicaciones: la primera porque choca con la concepción de ambos de que el legitimario es heredero *ex lege* o reservatario; la segunda porque —en contra del criterio de ambos— hace depender la delación a favor del legitimario de que éste ejercite la acción de reducción. Pero, por otra parte, reconocen la evidencia de que no existe un *tertium genus* de delación, y no pueden desconocer que existe una acción de reducción con el fin de integrar la legítima. Por estas razones y para soslayar todos dichos obstáculos, hallan como fórmula satisfactoria la de distinguir cuota de legítima y cuota de reserva. Ésta como cuota de herencia deferida por la ley y circunscrita a una porción forzosa de la sucesión legal. Aquélla referida a una *pars bonorum* y que faculta al legitimario a reintegrarse, con la acción de reducción, en caso de que la cuota de reserva no cubra la porción legítima calculada con relación a la suma de *relictum* y *donatum*.

Claro que la única razón para admitir esta distinción se concreta a su fuerza explicativa, pues —como antes hemos visto— sólo puede ser construida partiendo de conceptos ideales sin apoyo alguno positivo ni real. Y que esa fuerza explicativa dejaría de ser necesaria en cuanto se renunciase a los preceptos doctrinales —sólo fundados en la literalidad de ciertas palabras— cuando la realidad los desmintiera.

Con esta distinción, ambos autores creen resolver el dilema planteado entre su afirmación de que si el testador instituye en la cuota de reserva a un sujeto diverso del legitimario: *nihil agit* —porque los actos contrarios a las normas imperativas son nulos—, con la afirmación de Santoro Passarelli —que también aceptan— de que las disposiciones del causante excedentes de la porción disponible no son nulas, sino tan sólo impugnables.

Cierto que no se le escapa a Mengoni (117) la observación de que “también las normas sobre la legítima, y no sólo las que reservan al legitimario una cuota de herencia, son normas coercitivas”. Pero, aun admitiéndola, observa que: “el principio de la nulidad de los negocios contrarios a las normas imperativas se aplica sólo y en cuanto la ley no disponga diversamente. Y éste es precisamente el caso de los actos lesivos de la legítima, para los cuales la ley sustituye la sanción de nulidad por una simple impugnabilidad negocial”.

Pero —como hemos visto en los epígrafes anteriores— no parece tener fundamento real esa limitación del ámbito de la acción de reducción, al excluir de ella la llamada cuota de reserva; ni tampoco histórica ni positivamente la distinción entre esta y la porción legítima.

También rechaza Mengoni, calificándolo de superficial, el argumento que, con invocación de los artículos 554 y 558, §1.º, subraya que ambos preceptos prevén claramente la reducibilidad inclusive de las disposiciones a título universal. “Cierto que —dice— si el testador deshereda al legitimario, o bien este último es llamado en el testamento o *ab intestato* en una cuota menor de la de reserva, la *heredis institutio* del extraño queda sin efecto en la medida en que excede de la

(117) MENGONI: loc. cit., p. 517.

cuota hereditaria disponible, y en la cuota reservada se abre automáticamente la sucesión necesaria; desde este punto de vista la tutela del legitimario, es conferida..., por la acción de petición, no por la acción de reducción"... "Pero las disposiciones testamentarias, que tengan por objeto una cuota de herencia, aun sin exceder de los límites de la disponible, pueden, no obstante, lesionar la legítima, cuando concurren con legados, o bien el testador haya hecho donaciones en vida; o, en fin, haya concretado la cuota (art. 588 cpr. y 734) con bienes de valor superior a la entidad de la misma. En tal caso, entra en juego la acción de reducción, por la misma razón por la que es posible, incluso en la sucesión intestada, contra los sucesores no legitimarios" (118).

Volvemos, pues, siempre a la misma petición de principio, para tratar de excluir la acción de reducción allí donde podría contradecir los principios axiomáticos en los que se apoya la construcción doctrinal preestablecida.

2.º) En caso de sucesión intestada, bien sea por falta de testamento, o bien *contra testamentum* a consecuencia —según criterio de la doctrina tradicional— del ejercicio de la acción de reducción, resulta que en cuanto hayan de computarse donaciones, la cuota hereditaria del legitimario no coincide con la parte alícuota correspondiente de la sucesión abintestato —fijada según los módulos determinados en los artículos 537 y ss.—.

Lo explicaremos con sendos ejemplos, que transcribimos de Cicu:

Primer ejemplo, *hipótesis de sucesión contra testamento*: lo *donatum* es 60, lo *relictum*, 50; la legítima, 55, y, en cambio, la aplicación de la cuota del artículo 537 a la sucesión intestada daría 50 (119).

Segundo ejemplo, *hipótesis de concurrencia de sucesión intestada y sucesión necesaria: relictum*, 120; *donatum*, 120; concurren el padre, o la madre, y un hermano (notemos que en Derecho italiano padres y hermanos son llamados conjuntamente a la sucesión intestada). De no haber donaciones, por sucesión *ab intestato* correspondería: la mitad al padre y la otra mitad al hermano, es decir, 60 a cada uno. Pero al existir donaciones, la legítima de un tercio del padre le da derecho a 80 de lo *relictum*, con lo cual al hermano sólo le quedarán 40 (120).

Para Cicu, esto plantearía el dilema de que: o bien la sucesión necesaria implica un *tertium genus* de delación, diverso de la *ab intestato* —lo que, como hemos visto, él rechaza—, o bien para aplicarla hay que distinguir una *cuota de reserva* y una *cuota de legítima*.

Así, en el primer ejemplo, al legitimario le corresponderán *ipso iure* 50, por su reserva, y podrá conseguir otros 50 como complemento de su legítima, mediante el ejercicio de la acción de reducción. Y, en el segundo ejemplo, al padre le corresponderán *ipso iure* 60, por su

(118) MENGONI: pp. 518 y ss.

(119) CICU: op. últ. cit., parte II, cap. I, n. 7, p. 170.

(120) CICU: loc. y part. últ. cit., cap. II, n. 1, p. 170.

reserva; como complemento de su legítima, podrá obtener otros 20 por medio de la acción de reducción.

Mengoni (121) opina para ambos supuestos de igual modo que Cicu.

Pero, contra la tesis de ambos, se aduce la norma del artículo 553 del *Codice*, que antes hemos transcrito. Este precepto se interpreta—v. gr., por G. Azzariti (122), por Santoro Passarelli (123), por Pino (124)—en el sentido de que las normas que determinan la porción reservada al legítimo no están contrapuestas con las que disciplinan la sucesión intestada, sino coordinadas con ellas. De ese modo, la sucesión intestada del legítimo significa para él el resultado de que herede una cuota hereditaria igual a cuanto le falte para completar su legítima.

Contra la pretendida distinción entre la cuota intestada forzosa del legítimo (o cuota de reserva) y la porción legítima que quede sin ser cubierta por ella, arguye Pino (125) que el legítimo, de ser cierta dicha distinción, “tendría, por tanto, un derecho de crédito, meramente personal a recibir bienes hereditarios *extra partem hereditariam*. Junto a la cuota intestada, que le correspondiera como heredero legítimo, tendría otro título para conseguir bienes relictos: un derecho de crédito contra el coheredero”. Y, por consiguiente, habría que admitir que “sería posible renunciar al primero (el título de heredero) y conservar el segundo (el crédito legítimo contra el heredero), en contra de lo que dispone el artículo 551”.

Subraya, además, que el artículo 553, al hablar de las porciones que se reducen proporcionalmente, no las alude diciendo que son las que “*spettano*” (corresponden), sino las que “*spetterebbero*” (corresponderían) al sucesor no legítimo. Se trata de un fenómeno de “*compressione automatica*” de la cuota intestada, producido por el hecho de que las normas concernientes a la porción de patrimonio reservada al legítimo van coordinadas, pero no contrapuestas, con las que disciplinan la sucesión intestada. Así, “en la sucesión intestada se aplican siempre las normas que regulan tal sucesión, aunque tal vez la cuota del legítimo resulte diversa de la que le correspondería si no hubiese donatum que calcular” (126).

Incluso—añade seguidamente el mismo Pino—“en la sucesión en parte testada y en parte intestada, el legítimo, una vez imputadas las liberalidades recibidas por otro título del *de cuius*, consigue en la parte intestada del *relictum* cuanto le sea aún necesario para la reintegración de su porción, y sólo después puede pedir la reducción de las disposiciones testamentarias”.

(121) MENGONI: loc. últ., cit., n. 5, pp. 517 y s., nota 47 y p. 518.

(122) G. AZZARITI: loc. últ., cit., n. IV, p. 275, y F. S. AZZARITI, G. MARTÍNEZ y G. AZZARITI, op. cit., n. 109, p. 170.

(123) SANTORO-PASSARELLI: op. últ., cit., p. 309.

(124) PINO: op. cit., nn. 7 y ss., pp. 32 y ss. y n. 45, pp. 130 y ss.

(125) PINO: n. 8, p. 35.

(126) PINO: n. 9, pp. 38 y s.

Y del mismo modo que la porción hereditaria del legitimario en la sucesión totalmente intestada puede ser mayor (cuando el *de cuius* haya otorgado donaciones a otras personas) o menor (cuando las haya otorgado al legitimario) que la prevista en los artículos 566 y siguientes del *Codice*, “también la *quota hereditatis* reservada al legitimario *contra testamentum* puede ser más reducida o más amplia que la porción reservada en los artículos 537 y siguientes” (127).

Los artículos 537 y siguientes refieren su cuota a la masa formada ficticiamente con la suma de *relictum* y *donatum* conforme al artículo 556, mientras la “*quota hereditatis*” a que el legitimario tiene derecho *es un resto*, es lo que aún le falta percibir de lo *relictum* para la satisfacción de su legítima, en cuanto pueda serle cubierta con el montante de éste.

Por ello siempre Pino (128) prosigue:

“La *quota hereditatis* y el derecho a la sucesión reservados al legitimario son, pues, determinados indirectamente, en relación, a saber, a cuanto aún reste o a cuanto sea necesario para hacerle conseguir en concreto la legítima que le corresponda.”

“La elasticidad de la *quota hereditatis* y del derecho a la sucesión es, por lo tanto, una característica de la vocación del legitimario, ya que también se presenta, como ya se ha observado, en la sucesión intestada, cuando con los legitimarios concurren herederos legítimos que no sean legitimarios.”

“En el ejemplo ... de un *donatum* de valor igual al de lo *relictum*, se ha comprobado que el hijo legítimo debe suceder en toda la herencia para obtener una porción de los bienes relictos igual a la cantidad de la masa de cálculo a él reservada.”

“Si, en cambio, lo *donatum* fuese, por ejemplo, de 60 y lo *relictum* de 100, el hijo debería conseguir 80 sobre lo *relictum*: y en tal caso su *quota hereditatis* sería de  $\frac{4}{5}$ , mientras la institución universal de heredero a favor de los extraños sería correlativamente reducida a  $\frac{1}{5}$ .”

“No ocurre de otro modo con el derecho a la sucesión, es decir, con el usufructo, del cónyuge supérstite. A falta de *donatum* el cónyuge sucede en el usufructo de dos tercios de la herencia; pero si existe *donatum*, el usufructo grava una parte mayor, y si el cónyuge hubiese sido favorecido por un legado, el usufructo gravaría una porción menor.”

13. La coherencia lógica que parece lograr la tesis de Cicu, en relación a los principios de los que parte, parece que requeriría un sacrificio que la justicia debería soportar en aras de aquélla. Vamos a comprobarlo a través de los ejemplos que el propio Cicu expone en dos capítulos diversos de su obra principal sobre el tema.

(127) PINO: n. 43, p. 129.

(128) PINO: n. 44, p. 130.

Al ocuparse de la cuota hereditaria del legitimario (129), plantea: “la ley, considerando las donaciones hechas por el *de cuius* al legitimario como hechas a cuenta de la legítima, obliga a éste a imputarlas a su porción legítima, salvo que haya sido expresamente dispensado de hacerlo. A diferencia de la colación, esta imputación es prescrita incluso con relación a los herederos testamentarios. Pero ¿influye, asimismo, sobre la cuota hereditaria reservada?”.

Para aclarar su pregunta, Cicu plantea seguidamente los dos ejemplos que a continuación transcribimos:

“Un padre con un patrimonio que él valoró en 100 dona a su único hijo 50 como anticipo o a cuenta o en lugar de su legítima, e instituye heredero universal a un extraño. Supongamos que el patrimonio, en el momento de la apertura de la sucesión, valga efectivamente 50. Legítima, por tanto, 50. Si, resultando el hijo no instituido en su legítima, dijésemos que ya no tiene ningún derecho sobre la herencia, todo lo *relictum* sería deferido al instituido. Supongamos ahora que lo *relictum*, en lugar de 50, resulte en el momento de la apertura de la sucesión, con un valor de 100; legítima, 75, de la que el hijo ya ha tenido 50. Si eso influyese en su cuota hereditaria, deberíamos deducir que respecto lo *relictum* él tendría la cuota de 1/4, en lugar de la mitad, correspondiendo al extraño la cuota de 3/4. Ahora bien, la ley reserva al hijo la mitad del patrimonio. ¿Deberemos entonces entender por patrimonio lo *relictum* más lo *donatum*, y que como la cuota del legitimario es calculada sobre esta masa, también la cuota del extraño debe ser calculada sobre ésa? Que esto no es admisible resulta del siguiente ejemplo: donación, 100; relictum, 50; legítima, 75; pero la legítima no es ciertamente de 75, porque si así fuese, el extraño tendría también derecho a reducir las donaciones...”.

“Se debe, pues, concluir—prosigue Cicu—que la donación hecha al hijo, si bien debe ser imputada, no influye en el sentido de modificar la cuota hereditaria que la ley atribuye al legitimario. Su efecto queda aclarado en cuanto... distinguimos la cuota hereditaria de la cuota de legítima... La cuota hereditaria atribuye al legitimario el condominio de los bienes hereditarios; la cuota de legítima le garantiza un activo líquido, un valor.”

Pauta sobre la cual reemprende el análisis de los dos ejemplos antes planteados por él mismo.

“En el primero el legitimario se hallará con el extraño en situación de condominio de lo *relictum* de 50. Cuota hereditaria reservada, 25; cuota de legítima, 50. Esta última resulta satisfecha con la donación; por lo cual, el legitimario no podrá ejercitar la reducción. Pero tiene derecho a conseguir la cuota hereditaria de 25...”

“En el segundo ejemplo, donación, 50; *relictum*, 100; cuota de legítima, 75. Cuota de reserva, 50. Imputada en la cuota de legítima, la donación de 50 resulta una lesión de 25, a conseguir mediante la

(129) CICU: *La successione legittima e dei legittimari*, cit., parte II, cap. VI, § 1.º, n. 3, pp. 235 y ss.

acción de reducción de la cuota del instituido. Si desde el momento de la apertura de la sucesión al momento de la división el valor de lo *relictum* ha aumentado a 300, del aumento se beneficiarán proporcionalmente los dos coherederos; el legitimario conseguirá, pues, 150; pero debiendo imputar la donación de 50, recibirá efectivamente 100, teniendo además derecho a conseguir ulteriormente 25 a título de reducción por lesión de legítima. No valdría objetar que, consiguiendo 100, no hay lesión de legítima; porque la lesión existía en el momento de la apertura de la sucesión y el derecho entonces adquirido no puede desvanecerse por efecto de la variación de valor de los bienes.”

Para mejor captar la concepción de Cicu al respecto, y aunque con ello incidamos en repetirlo, transcribiremos también lo que dice en el capítulo que dedica a la cuota de legítima con respecto al tema que nos ocupa (130):

“*Relictum*, 50, *donatum* al legitimario, 50. Cuota de legítima, 50; cuota reservada, 25. Si, como hace la doctrina dominante, la cuota reservada se identificase con la cuota de legítima, resultaría, en consecuencia, que el legitimario no instituido en la legítima no tendría derecho alguno a lo *relictum*. En tal caso, o bien debería deducirse de ello que éste no sería heredero, que no se ha producido delación a su favor, y en tal hipótesis no sólo el *relictum* de 50, sino todo aquello que apareciese posteriormente como perteneciente al patrimonio del difunto debería corresponder al instituido en el testamento; o bien, si, para evitar esta inaceptable consecuencia, se quiere mantener la cualidad de heredero (del legitimario), en tal caso no es comprensible cómo todo lo *relictum* deba ir a parar al heredero testamentario. Se había creído explicarlo como efecto de la imputación de la donación que el legitimario debe realizar a su cuota, lo que daría derecho al coheredero de retirar previamente (*prelevare*) otro tanto de lo *relictum*, en el ejemplo puesto, de absorber todo lo *relictum*. No habían advertido que esto presupone aquella identificación de reserva y legítima que negamos: presupone, por tanto, que el legitimario y el instituido deben dividirse entre ambos la masa *relictum-donatum*. Si, por el contrario, el derecho del instituido se refiere sólo a lo *relictum*, y si sobre esto concurre con el legitimario por cuotas iguales, tendrá derecho a 25 y no podrá ver aumentado este resultado concreto de la división por efecto de la imputación, puesto que no se sabría por qué título adquiriría el exceso.”

“La imputación, en efecto, es prescrita por la ley al legitimario que ejerce la reducción. En el ejemplo puesto no hay acción de reducción porque no hay lesión en la legítima.”

“La atribución de todos los 50 al heredero testamentario se justifica generalmente con el concepto de porción disponible, en cuanto se estima que, habiendo ya conseguido el legitimario la legítima con la donación, el testador puede disponer libremente de todo lo *relictum*:

(130) Cicu: op. y part. últ. cit., cap. VII, n. 3, pp. 275 y ss.

y esto podría corresponder a la *mens legis* en cuanto en el artículo 556 se habla de la determinación de la porción disponible, de cuota de la que el difunto podía disponer. Pero esto presupondría que no sólo la legítima, sino incluso la disponible fuese cuota de lo *relictum-donatum*; lo que hemos demostrado es inadmisibile.”

Y añade otros ejemplos:

— “*Relictum*, 100; *donatum* al legitimario, 50. Cuota de legítima, 75; cuota de reserva, 50. También en esta hipótesis, según la opinión que combatimos, todo lo *relictum* debería corresponder al heredero testamentario: si, en efecto, en su cuota de *relictum* de 50 el legitimario imputase 50, a nada más tendría derecho de lo *relictum*. En cambio, es lo cierto que si bien la donación le ha sido hecha a él, le es calculada en la reunión ficticia. Correspondiéndole, por tanto, en lo *relictum* 50, la legítima estaría lesionada en 25; pero, ejercitando la acción de reducción contra el heredero testamentario, debería imputar los 50, por lo que nada podría pretender. Se objetará que de tal modo consigue 100 en lugar de 75; pero para negarle este derecho, para atribuir consiguientemente al instituido 75, haría falta admitir de nuevo que la cuota deferida a éste fuera cuota de la masa ficticiamente reunida, o bien que sea cuota de 3/4 de lo *relictum*. Se objetará aún que de ese modo no es posible satisfacer la legítima con donaciones. Replicamos que la ley conoce al legado en lugar de la legítima; y que cuando el artículo 552 habla de donaciones a cuenta de la legítima obliga a su imputación solamente cuando el legitimario ejerce la acción de reducción.”

— “*Relictum*, 100; donación al legitimario, 50; institución de heredero universal y legado de 60. Legítima, 75. Estando gravada la cuota hereditaria del legitimario de 50 por el legado en 30, restan 20; ejercitando la acción de reducción contra el instituido y el legatario para conseguir 75 de legítima, debiendo imputar 50 y habiendo conseguido 20, puede pedir cinco.”

“Puesto que la lesión de cinco resulta de la valoración de los bienes referidos al momento de la apertura de la sucesión, si, en el momento de la división de lo *relictum* de 100, éste tuviese un valor superior, ello no eliminaría la lesión, porque siendo la imputación operación conexa con la reducción y no con la división, no es afectada por la modificación de valor de los bienes hereditarios.”

14. La transcripción de estos párrafos de Cicu, en los que el autor se enfrenta con unos problemas concretos de aplicación justa, nos pone en evidencia el círculo lógico cerrado en el cual se circunscribe a moverse en sus razonamientos, de los que descarta todo cuanto no se apoye en los únicos conceptos que *a priori* acepta. Tanto es así, que cuando analiza la posición contraria no lo verifica desde el punto de vista en que se mueve la lógica del adversario, sino en el propio campo lógico aunque aquél lo rechace. Colocada así la discusión no puede confluír en punto alguno de entendimiento.

Por lo demás, hemos visto la crítica hecha a los puntos de apoyo

en los que Cícu basa su teoría, por lo cual no vamos a volver a repetir lo ya explicado. Ahora sólo tratamos de ponderar con cánones de aplicación justa los resultados a que su tesis nos llevaría, subrayando su diferencia con los consiguientes a la común opinión. Para ello comenzaremos por examinar aquellos aspectos en los que Cícu critica la solución corriente, para concluir por analizar la coherencia y equilibrio de los resultados que el autor de la teoría estima ajustados.

a) En cuanto a los defectos señalados por Cícu a los resultados que atribuye a la aplicación de la doctrina comúnmente aceptada, es fácil apreciar que se encierran en los siguientes argumentos:

1.º Puesto que el extraño instituido heredero no puede pedir la reducción de las donaciones verificadas por el causante, por consiguiente no tiene derecho alguno a la masa formada por la suma de *relictum* y *donatum*, sino tan sólo lo tiene circunscrito a lo *relictum* y, por tanto, en caso de que el testador no hubiese dejado nada de lo *relictum* al legítimo a quien le hubiese hecho donaciones como anticipo de la legítima por valor igual al de ésta, el heredero instituido no puede calcular su porción —que sólo recae sobre lo *relictum*— de la suma de *relictum* + *donatum* (131). Por lo cual, pregunta a qué título obtendría éste el exceso de lo *relictum* que recibiría además del que le correspondería con la aplicación, tan sólo a éste, de su cuota (132).

Pero este razonamiento cierra el paso a todo examen de lo que realmente entiende la interpretación usual. Confunde el hecho de que el heredero testamentario sólo tenga derecho a lo *relictum* con el hecho de que el cálculo de lo que le corresponda en lo *relictum* se efectúe idealmente con relación a la suma de *relictum* + *donatum*, pero para aplicar el resultado sólo a lo *relictum* en cuanto en él cupiere. Esa distinción, Cícu, o la ignora o bien la quiere ignorar, por lo cual no discute en su verdadero contenido la posición contraria.

2.º Si el legítimo no recibiese nada de lo *relictum* por tener su legítima cubierta con donaciones, no sería heredero y, por tanto, no tendría derecho a participar de los bienes ignorados en principio que ulteriormente apareciesen como integrantes del caudal relicto (133).

Pero, con independencia de la discusión de si el legítimo que ha cubierto totalmente sus derechos con donaciones pueda ser o no considerado como heredero, según los conceptos del Derecho italiano o del francés o del romano, es lo cierto que la aparición de otros bienes, no conocidos al hacer la computación de *relictum* + *donatum*, obligaría a revisar la operación hecha con tal error, y, en virtud de tal revisión, el legítimo ya no resultaría totalmente saciado de su legítima con las donaciones recibidas y tendría que coparticipar de lo *relictum* en cuanto le faltare para su completa satisfacción.

3.º Que —según Cícu— el legítimo sólo debe imputar las do-

(131) Cícu: cap. VI, § 1, n. 3, pp. 235 y 236.

(132) Cícu: cap. VII, n. 3, p. 276.

(133) Cícu: loc. y p. últ. cit.

naciones por él recibidas del causante si ejercita la acción de reducción (134).

Pero esta afirmación, verificada en tanto se discute y rechaza la certeza de la distinción por él pretendida entre cuota de reserva y cuota de legítima, nos parece que entraña una clara petición de principio. Naturalmente, choca con la opinión de todos aquéllos que —conforme antes hemos visto— estiman necesario, en todo caso, el ejercicio de la acción de reducción para que el legitimario preterido pueda obtener su cuota hereditaria, y que no admiten que le baste el ejercicio de la *petitio hereditatis*, ni siquiera para obtener una cuota hereditaria igual a la aplicación a lo relicto de la asignada como legítima o reserva, conforme la norma correspondiente de los artículos 537 y siguientes del *Codice*.

Por otra parte, el artículo 553, tratándose de concurso de sucesión legítima y de legitimarios, al disponer la reducción proporcional de aquélla en los límites necesarios para integrar la *cuota reservada* a éstos, añade que éstos “*devono imputare a questa (la quota riservata), ai sensi dell'art. 564, quanto hanno ricevuto del defunto in virtù di donazioni o di legati*”.

Claro que Cicu pretende salvar su teoría asegurando que esa integración se ejercita mediante el ejercicio de la acción de reducción, apoyándose para ello —saliéndose aquí de la letra del artículo 553— en que con relación a “*si riducono*” dice “*che spetterebbero*” y no “*che spettano*”, y que luego habla de imputar “*per integrare la quota riservata*” y no “*la quota di legittima*”.

Pero lo que ciertamente no parece discutible es que al legitimario, que con la sola aplicación de las normas de la sucesión intestada no tenga cubierta su cuota de reserva, debe serle ésta integrada reduciéndose para ello en lo necesario las cuotas de los sucesores *ab intestato*, pero que él deberá imputar las donaciones que hubiese recibido del *de cuius*. Y siendo así, ¿por qué habría de ocurrir otra cosa en caso de sucesión testada?, ¿por qué en este supuesto la reducción de la universalidad o de la cuota de institución, aunque se operara automáticamente *ipso iure*, no deberá requerir igualmente la imputación de lo donado? ¿Qué *ratio*—que no implique una petición de principio— existe para que se haga cosa distinta en uno y otro supuesto?

4.º Que el resultado práctico de la tesis contraria, en caso de ser *donatum* 50 y *relictum* 100, es —siempre, según Cicu (135)— que el legitimario imputa a su legítima los 50 recibidos por su donación, con lo cual no recibe nada de lo *relictum*, que el instituido retiene íntegramente.

Pero no es cierta esa aseveración, pues es más cierto que, según la tesis corrientemente aceptada, la imputación de los 50 se hace a la suma de *relictum* + *donatum*, es decir, a 150, con lo cual el legitimario, mediante el ejercicio de la acción de reducción, tendrá derecho

(134) loc y p. últ. cit.

(135) loc. últ. cit., p. 277.

a 25 más, deducidos de lo *relictum*, para completar con ellos los 75 de su legítima.

b) Por lo que concretamente se refiere a los resultados a que Cicu llega, conviene precisar:

1.º Para analizar los casos en que sólo hay institución de un no legitimario y es un único hijo legitimario el preterido que, sin embargo, fue favorecido con una donación, plantea Cicu tres ejemplos, a saber:

— *relictum* 50, *donatum* 50; cuota de reserva 25; cuota de legítima 50, que resulta satisfecha con la donación; así obtiene 75 y el instituido 25 (136).

— *relictum* 100, *donatum* 50; cuota de reserva 50; cuota de legítima 75, a la que, imputada la donación de 50, restan 25 obtenibles de la cuota del instituido por la acción de reducción; así obtendría el legitimario 125 y 25 el instituido (137).

— *relictum* 100, *donatum* 50; cuota de reserva 50; cuota de legítima 75; cubierta ésta en 50 por la cuota de reserva, faltan 25, que el legitimario no podrá reclamar porque, en caso de ejercitar la acción de reducción, tendría que imputar los 50 a él donados; así, el legitimario obtendrá 100 y el instituido 50 (138).

Prescindiremos del segundo ejemplo, que tiene igual planteamiento que el tercero, pero respecto al cual ofrece resultado diferente, suponemos que por error o tal vez simple errata. Por ello, comentaremos sólo los ejemplos primero y tercero.

En ambos observamos:

a) que el legitimario, en contra de la voluntad del testador, se lleva, según el criterio de Cicu, una cantidad que excede de lo que, según el mismo Cicu, le corresponde por su cuota de reserva y más también de su cuota de legítima.

β) que una donación otorgada como anticipo de legítima resulta imputada tan sólo en cuanto a la mitad (en el tercer ejemplo) y la conserva al legitimario también en la otra mitad, a pesar de que se le entrega la mitad de lo relicto, *contra testamentum*, además de lo que recibe *ultra legitimam*.

γ) que, con este criterio, el padre, cuanto más generoso fuese con sus hijos, menos patrimonio de libre disposición tendría, ya que se le disminuiría no sólo por aquello que le restara la donación otorgada, sino porque además, indirectamente, le sería disminuida al calcular y deducir la reserva sólo de lo *relictum*, en forma que al no admitir que sea imputado lo donado a la cuota de reserva se disminuirán a prorrata esta cuota y la disponible *mortis causa*, pero sin reducir la legítima. Es decir, que el padre que, sin haber donado al hijo, podría disponer libremente de 75, a la par que éste tendría 75 como legítima

(136) Crev: cap. VI, § 1.º, n. 3, p. 236.

(137) Crev: loc. últ., cit., p. 237.

(138) Crev: cap. VII, pp. 277 y s.

o reserva, en cambio, en el caso de haber donado a éste 50, vería reducida su parte disponible a 50, mientras el hijo acrecentaría su derecho hasta 100, es decir, 50 por su reserva y 50 por la irrevocabilidad de su donación al no ejercitar la acción de reducción.

La injusticia de esta consecuencia es lo que detuvo a Barassi (139), quien después de aceptar la distinción entre "*quota di riserva*" y "*quota di legittima*", se inclinó por entender que el cónyuge viudo, instituido heredero en la parte disponible, tiene derecho a que se le calcule sumando idealmente las donaciones hechas a los hijos. A su juicio, hay que destacar que el artículo 556 debe estimarse aplicable no sólo en el caso "in cui la ricostituzione della massa ereditaria sia fatta allo scopo de riduzione delle disposizioni testamentarie e delle donazioni, ma anche a quello in cui la ricostituzione della massa occorra solo per determinare l'ammontare della disponibile". Tanto más—como añade líneas después el mismo Barassi—cuanto que el vigente artículo 556 del *Codice* se refiere en su preámbulo a la determinación precisamente de la porción disponible.

2.º Para los casos en que el testador, además de instituir heredero universal a un no legitimario, haya dispuesto algún legado a favor de un extraño, Cicu propone y resuelve el siguiente problema (140):

— *relictum* 100, donación al legitimario 50, institución de heredero universal y legado de 60: cuota de reserva 50; cuota de legítima 75; gravada en 30 (1/2 del legado) la cuota de reserva, quedan 20 al reservatario. Ejercitando éste la acción de reducción contra el instituido y el legatario para conseguir los 75 de su legítima, "debiendo imputar 50 y habiendo realizado 20, puede reclamar 5".

Así, según ese ejemplo, el resultado será: 75 para el legitimario;  $20 - 1,25$  (es decir,  $1,25 = 5 \times 20 : 20 + 60 = 18,75$ ; y  $60 - 3,75$  (es decir,  $3,75 = 5 \times 60 : 20 + 60 = 56,25$ , para el legatario. En suma, 75 para el legitimario y 75 en conjunto para el instituido y para el legatario no legitimarios.

Creemos interesante cotejar este resultado con el obtenido en el supuesto anterior. La diferencia entre lo que obtiene el legitimario en el uno y en el otro caso es de 25. Siendo así que al causante le dejó en igual situación en ambos supuestos; que lo *relictum* y lo donado al mismo, respectivamente, coincidían en ambos casos y que su cuota de legítima era de 75 en los dos.

¿Cómo explicar, pues, la diferencia de resultado? Sólo teóricamente, partiendo de conceptos preconcebidos e inflexibles, y de la aplicación a rajatabla de la regla—no demostrada convincentemente—de que el legitimario sólo si ejercita la acción de reducción tiene que imputar lo que le donó el *de cuius*, imputación que—según otra regla tampoco demostrada—no se le exige que la verifique a su cuota de reserva si ésta no le hubiese sido gravada con legados.

Por otra parte, con ese criterio, quedaría en manos del causante.

(139) BARASSI: op. cit., n. 96, pp. 271 y s.

(140) CICU: cap. VII, n. 3, p. 278.

y no de la ley, el dar lugar a uno o a otro resultado. Así, conforme al mismo, en caso de no instituir heredero al legitimario, el no legitimario instituido recibiría tan sólo 50, mientras que si el testador le instituyera conjuntamente con el legitimario y le gravase a éste con un legado equivalente al valor total de lo relicto al mismo, el extraño instituido obtendría 75.

Diferencia debida solamente a que, para salvar un preconcepto, en un caso se da lugar a la imputación y en el otro no, por estimar —para salvar el mismo preconcepto— que en un caso el legitimario, para integrar su derecho, necesita ejercitar la acción de reducción y en el otro no le hace falta.

Diferencia que, por cuanto dar lugar a ella quedaría en manos del causante y de sus asesores, no parece justificada en una materia que es de derecho necesario.

3.º Para los supuestos en que la partición se haga en un momento posterior a la delación, habiéndose incrementado en ese lapso el valor de lo *relictum*, propone y resuelve, siempre Cicu, el siguiente supuesto (141):

— *relictum* 100, donación al legitimario 50; valor de lo *relictum* cierto tiempo después, al dividirse la herencia, 300. Para la solución calcula la cuota de legítima en el momento de la delación

$$50 + 100 \\ \text{ción} \frac{\quad}{2} = 75; 75 - 50 \text{ (donación al legitimario)} = 25, \text{ a}$$

reclamar. Y calcula de nuevo en el momento de la división, estimando que del incremento se han de beneficiar por igual el reservatario y el heredero instituido; que se ambos tenían derecho a 50, ahora tendrán derecho a 150, pero al tener que imputar 50 el legitimario, le restan 100, más los 25 a que tenía derecho desde el momento de la delación por el ejercicio de la acción de reducción, de modo que en total al partir le corresponden 125 de lo *relictum*.

Confesamos que no entendemos el porqué de esa solución de Cicu. Especialmente porque al referir el cálculo al momento de la delación no imputó lo donado a la cuota de reserva (ya que sólo la imputó idealmente para calcular si le restaba algo a reclamar para cubrir su cuota de legítima); y, en cambio, luego, al referirlo al momento de la división, imputa efectivamente lo donado a su cuota de reserva. Con lo cual, en ese segundo momento, el extraño recibe 200 de los 300 de lo *relictum*, o sea 200 de 350 de la suma *relictum* + *donatum*. Y con lo cual el legitimario, que en el primer momento hubiese recibido —según su criterio— una cuota mayor que la de su legítima, es decir, de la mitad de *relictum* + *donatum*, ahora pudiera ser que recibiese en menor proporción bienes del caudal partible.

Por otra parte, su explicación de que “la imputación siendo operación conexas con la reducción y no con la división, no es afectada por la modificación de valores de los bienes hereditarios”, no parece

(141) Cicu: cap. VI, § 1, n. 3, p. 237.

convinciente si la cuota de legítima es *pars bonorum*. Al parecer, le ocurre a Cicu que confunde la *pars bonorum* propiamente dicha con una *pars valoris* fijada nominalmente en moneda en un momento determinado (el de la delación) a abonar en bienes relictos. Y esto no corresponde al concepto romano justiniano, recogido por el Derecho común, de la legítima como *pars bonorum*; y ni siquiera al de la legítima *pars valoris bonorum* según había sido entendida en los regímenes en los que se había admitido la posibilidad de abonarla en metálico, como, v. gr., fue en Derecho catalán, a partir de la Constitución de las Cortes de Monzón de 1595 (142).

Es ésta una cuestión de la que nos ocupamos ampliamente en la primera parte de nuestros "Apuntes de Derecho Sucesorio" (143). Allí distinguimos: a) la legítima "*pars valoris bonorum quam in specie heres solvere debet*", que calificamos como "una *pars bonorum* no concretada en una cuota alícuota, sino fijada en el valor nominal —en moneda en curso— que aquella cuota tuvo en la fecha del fallecimiento del causante", en cuya calificación el nominal de su valor "queda inamovible en su equivalencia dineraria una vez que haya muerto el causante"; y b) la legítima propiamente "*pars bonorum*", la cual, al ser la legítima *porción de bienes*, "deberá sufrir todas las alteraciones de valor que éstos sufran", y por eso "*no puede fijarse su valor en el sentido de dejarlo "fijo" e "inamovible"*", sino que es "*el contenido del caudal y de su activo libre —del que ha de sacarse aquella cuota— lo que debe fijarse en ese sentido*", "*no su valor, que sólo puede fijarse en el sentido de calcularlo, de determinar su montante, con relación a un momento dado, pero sin implicar su petrificación*".

Es decir, que con el criterio clásico de la legítima *pars bonorum*, el cálculo se haría del siguiente modo:

Valor de lo relicto en el momento de la delación, 100 + donatum 50 = 150. Legítima = 75, porción disponible = 75. Distribución de lo relicto: heredero instituido, 75; legitimario, 25 (que con lo donado completaría 75); es decir, 3/4 y 1/4. Valor de lo relicto en el momento de la división de la herencia, 300, que distribuido en aquella proporción, determinada en el momento de la delación (o con relación al mismo), de 3/4 y 1/4, dará: heredero instituido, 225, y legitimario, 75, independientemente del valor que pudiere tener en la fecha de la partición lo donado a éste (que posiblemente se habrá también incrementado), ya que su individualización igualmente individualiza los respectivos *periculum et commodum* (144).

(142) Cfr. los autores catalanes que citamos en la nota 308 de nuestros *Apuntes de Derecho Sucesorio*, parte I, § 16 (ed. separada, Madrid, 1955), pp. 97 y ss., y *A. D. C.*, IV-II, abril-junio 1951, pp. 513 y s.

(143) *Loc. cit.*, ed. separada, pp. 92 y ss., y *A. D. C.*, IV-II, pp. 508 y ss.

(144) Observemos que si el resultado que alcanza CICC, con su suma de 50 (*donatum*) + 25 (*relictum*) obtenido con el ejercicio de la acción de reducción con relación al momento de la delación) y + 100 (de *relictum* menos *donatum*, valorado aquí en el momento de la partición y éste fijado desde antes inamoviblemente), es decir, con una suma de valores heterogéneamente medidos (en momentos distintos y, posiblemente, mediando alteración del valor de la moneda de

## EX CONCLUSIÓN

Cicu formuló la tesis que distingue “*quota di riserva*” y “*quota di legittima*” con el plausible deseo de resolver la contradicción que, a sus ojos, representaban su consideración de que la *legittima* del Codice civile era trasunto de la *reserve* del Código napoleónico, es decir, atribuida por delación legal *ipso iure*, y la comprobación de que, según había demostrado Santoro Passarelli, la acción de reducción presuponia que, mientras no fuese ejercitada, el atributario de la porción inoficiosa era titular de la misma, aunque estuviese sujeto a sufrir las consecuencias del ejercicio de dicha acción. De lo que este autor deducía que el legitimario preterido no era heredero mientras no la ejercitase con éxito, Cicu pretendió soslayarlo aplicando dicha distinción, por él ideada, y según la cual la “*quota di riserva*” sería una cuota de caudal relicto, directamente atribuida por la ley, razón por la cual toda disposición testamentaria del causante a título de herencia que la contraviniese sería radicalmente nula; y la “*quota di legittima*” sería una cuota ideal de la suma, puramente contable, de lo relicto y de lo donado, el complemento de la cual —en caso de no quedar cubierta con la “*quota di riserva*”, más los legados y las donaciones otorgadas a favor del legitimario, deducido el importe de los legados que gravasen su cuota hereditaria— podría exigirse mediante el ejercicio de la acción de reducción.

Pero no parece que la tesis de Cicu que distingue “*quota di riserva*” y “*quota di legittima*” haya sido aceptada en el derecho italiano por la doctrina dominante, ni que deba serlo, puesto que no responde a los antecedentes históricos invocados, ni la abona la letra de los textos positivos, ni se halla de acuerdo con la jurisprudencia, ni da lugar a soluciones justas.

Sólo puede aceptarse la distinción (prescindiendo de si es o no más cierta la tesis de Azzariti) si apartamos su idea de la nulidad *ipso iure* de la disposición testamentaria que lesiona la cuota de reserva y si la circunscribimos a considerar como cuota de reserva la cuota hereditaria que corresponda al legitimario, es decir, aquella parte de la legítima que se recibe con cargo a lo relicto por ministerio de la ley, considerada como una cuota variable determinada en lo *relictum*, en cuanto quepa en el mismo, a través de los siguientes cálculos precios: a) *Relictum* más *donatum*, dividido por la cuota del legitimario, igual a legítima. b) Legítima menos donaciones hechas al legitimario, igual a la legítima exigible. c) Legítima exigible de la *relictum*, igual a *cuota de reserva*, a la que hay que imputar las atribuciones a título de herencia o de legado a cuenta de la legítima ordenadas por el testador.

—

mo a otro instante), ha coincidido aparentemente (sólo numéricamente) en este caso, con el que obtendríamos si pretendiéramos sumar los 75 de lo *relictum*, valorado en el momento de la división, y los 50 de lo *donatum*, ha sido sólo por pura coincidencia.

II. ¿CABE TAL DISTINCIÓN EN EL RÉGIMEN LEGITIMARIO DEL CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL?

15. De la tesis de Cicu que distingue *cuota de reserva* y *cuota de legítima* habíamos hablado hace ya años (145).

También se ha ocupado de ella nuestro querido compañero Manuel de la Cámara, en un magnífico trabajo comenzado a elaborar hace varios años, aunque recientemente publicado (146), en el cual, al respecto, observa que: "La distinción entre cuota hereditaria y cuota de legítima, a mi juicio bien fundada, no parece haber tenido mucha aceptación en Italia, pues después de Cicu casi nadie la recoge." Sin embargo, es de notar que, pese a su transcrita observación, Cámara se abstiene de aplicar tal distinción a nuestro Derecho.

El intento de aplicar la distinción entre *cuota de reserva* y *cuota de legítima* al régimen del Código civil español, es trabajo reciente de Guillermo García Valdecasas (147). Este autor, según ha afirmado, pretende disipar la confusión conceptual, introducida por la abundante producción científica, estimando que el camino adecuado para ello es "*distinguir entre la legítima como parte de herencia reservada por ley al heredero forzoso, y la legítima como cuota de valor que el mismo tiene derecho a percibir*". (147 bis).

A su juicio, con esa distinción, "tal vez sea posible restablecer la armonía con la doctrina y la jurisprudencia que tradicionalmente vienen considerando al legitimario como heredero y a la legítima como una cuota o parte de la herencia".

Así vemos que, como Cicu en Italia, Guillermo G. Valdecasas, en España, aplica la teoría para defender un criterio aceptado *a priori*. El método es el mismo en ambos autores. Emiten una hipótesis, que estiman demostrada por el hecho de armonizar lógicamente los pre-conceptos doctrinales de los que parten como si fuesen postulados que no necesitan demostración.

(145) *Computación, imputación y reducción de las donaciones en los principales ordenamientos jurídicos del Occidente europeo*, en "Revista del Instituto de Derecho comparado, n. 3 (julio-diciembre 1954), p. 61, y *Apuntes de Derecho sucesorio*, Parte III, § 10, A, 1.ª, α) (ed. sep., p. 437, y "An. Der. Civil", VIII-II—abril-junio 1955—, p. 273), y B (ed. sep., pp. 447 y s y A. D. C. cit., páginas 283 y s.).

(146) MANUEL DE LA CÁMARA ALVAREZ: *Estudio sobre el pago con metálico de la legítima en el Código civil*, n. 3 y nota 14, en *Estudios con ocasión del Centenario de la Ley del Notariado*, Sec. III, vol. I, n. 6, pp. 727 y ss. (Madrid, 1964).

(147) GUILLERMO G. VALDECASAS: *La legítima como cuota hereditaria y como cuota de valor*, en "Rev. Der. Privado", vol. XLVII (noviembre 1963), pp. 957 y ss.

(147 bis) Escrito ya el presente trabajo ha aparecido una monografía de nuestro compañero ALFREDO GARCÍA BERNARDO LANDETA: *La legítima en el Código civil* (Oviedo, 1964), que analiza la tesis de G. G. VALDECASAS (especialmente en las pp. 63 y ss.), que rechaza en sus líneas principales, aunque acepta algunas de sus observaciones.

Pero, para no incurrir también nosotros en apriorismos, es preciso que examinemos atentamente esa tesis con el apoyo de la cual se pretende construir, en nuestro Derecho, la expresada distinción.

16. Conviene, sin embargo, que previamente subrayemos algunas de las diferencias cualitativas que presenta el sistema legitimario del *Código civil español* con respecto al del *Codice civile italiano*.

Aparte la existencia de la *mejora* en el Código civil español (artículos 808, § 2.º, y 823 y ss.), desconocida en el *Codice civile italiano*, conserva aquél dos piezas básicas del sistema legitimario romano, que no conocieron los sistemas germánicos de delación legal directa y que en Italia desaparecieron con la codificación. Se trata de la *preterición* y de la *desheredación*.

Según el artículo 814, § 1.º: “La preterición de alguno o de todos los herederos forzosos en línea recta anulará la institución de herederos, pero valdrán las mandas o mejoras en cuanto no sean inoficiosas.”

Y, según el artículo 851: “La desheredación hecha sin expresión de causa, o por causa cuya certeza, si fuere contradicha, no se probaré, o que no sea de las señaladas en los cuatro siguientes artículos, anulará la institución de heredero en cuanto perjudique al desheredado; pero valdrán los legados, mejoras y demás disposiciones testamentarias en lo que no perjudiquen a dicha legítima.”

Por otra parte, a diferencia del artículo 536 del *Codice civile* —donde se lee que “la legge riserva una quota di eredità”—, el artículo 806 del Código civil dice que “Legítima es la porción de bienes...”. No es que demos demasiada importancia a esa dicción; pero creemos que tampoco es conveniente olvidar que esa referencia parece más favorable a la tesis que conceptúa la legítima como *pars honorum*: que a la que la conceptúa como *pars hereditatis*.

También es de notar que, en lugar de regular —como el *Codice civile* en sus arts. 550 y 551— los legados en *sustitución* y a *cuenta* de la legítima, el Código civil, en su artículo 815 —del que luego deberemos ocuparnos— dice que: “El heredero forzoso a quien el testador haya dejado por cualquier título menos de la legítima que le corresponda, podrá pedir el complemento de la misma.”

Pero, especialmente, es de observar que: mientras en el Derecho italiano —con algunas excepciones, como vimos— predomina la opinión de que la legítima regulada en su *Codice civile* no es la tradicionalmente regulada por el Derecho común y estudiada por los juristas italianos anteriores a la codificación, sino la *reserve coutumière* recogida con modificaciones por el *Code de Napoleon*, de donde la tomaron —también con modificaciones— los autores del *Codice* de 1865; en cambio, con respecto al *Código civil español* nos impide esta interpretación el texto expreso de la Ley de Bases de 11 mayo 1888.

La Base 1.ª ordenó que: “El Código tomará por base el proyecto de 1851 en cuanto se haya contenido en éste el sentido y capital pensamiento del Derecho histórico patrio, debiendo formularse, por tanto, este primer cuerpo legal de nuestra codificación sin otro alcance y

propósito que el de regularizar, aclarar y armonizar los preceptos de nuestras leyes, recoger las enseñanzas de la doctrina en la solución de las dudas suscitadas por la práctica, y atender a algunas necesidades nuevas con soluciones que tengan un fundamento científico o un precedente autorizado en legislaciones propias o extrañas, y obtenido ya común asentimiento entre nuestros jurisconsultos, o que resulten bastante justificadas, en vista de las exposiciones de principios o de método hechas en la discusión de ambos Cuerpos Colegisladores.”

La Base 15.<sup>a</sup> siguió este criterio en lo referente al tratado de sucesiones; y la Base 16, en su § 2.<sup>o</sup>, señaló reformas solamente cuantitativas en materia de legítimas, que determinaron su reducción con respecto a las del Derecho histórico, y que, según Alonso Martínez (148) nos ha explicado, fue fruto de una fórmula de transacción con el Derecho de las regiones forales.

Creemos haber demostrado hace años (149), sin que nadie hasta ahora nos haya rebatido, que a partir de las Siete Partidas los autores castellanos “explicaron esta institución de las legítimas sobre la base del *Corpus Iuris* y de las Partidas, como lo demuestran las numerosísimas citas continuamente referidas a estos cuerpos legales. La construcción de nuestros clásicos guardó las proporciones góticas, pero se realizó con materiales romanos. El Derecho germánico, evolutivamente atenuado, fue el regulador de la *medida*. El Derecho romano, en su fase justiniana, explicó su *naturalidad*. Basta recordar, al efecto, cómo Antonio Gómez, en sus *Varias* (150), se ocupa de la legítima en el capítulo que titula “De successione contra testamentum” (es decir, de la *successio contra tabulas*, según la terminología romana), que dedica a tratar, sucesivamente, de la preterición, la desheredación, la *querela inofficiosi testamenti*, la legítima como excepción oponible a esta última, y de la *actio ad supplementum*”.

Y también, después de las investigaciones que entonces realizamos, estimamos probado —y continuamos estimándolo mientras nadie nos demuestre que aquella investigación fue errónea, o deficiente la conclusión a que entonces llegamos (151)— que la obra codificadora “sólo quiso alterar, y así lo verificó, ciertos extremos concretos, como los referentes a la reducción cuantitativa de la legítima (arts. 808 y 809), a la validez de su otorgamiento por cualquier título (art. 815), a la posibilidad de que cristalice total o parcialmente en *pars valoris* (artículos 821, 822, 829, 840, § 2.<sup>o</sup>, y 1.056, § 2.<sup>o</sup>). Aparte de las variaciones establecidas en los elementos personales de la relación legiti-  
maria”.

(148) MANUEL ALONSO MARTÍNEZ: *El Código civil en sus relaciones con las legislaciones forales* (2.<sup>a</sup> ed. Madrid, s. f.), p. 146.

(149) *Apuntes de Derecho sucesorio*, I parte, § 2.<sup>o</sup> (ed. separada, p. 19, y A. D. C., IV-II [abril-junio 1951], p. 435).

(150) ANTONIO GÓMEZ: *Variae Resolutiones Juris Civilis Communis et Regii*, Lib. I, cap. XI (cir. pp. 133 y ss. de la ed. Lugduni, 1701).

(151) *Apuntes...* Parte I, *Resultados que dimanar de esta primera parte* (ed. sep., p. 115, y A. D. C. IV-II, p. 531).

Añadiremos, que nuestro acatamiento a la interpretación tradicional española del Código civil y nuestro respeto al criterio de la Ley de Bases no significa que nos aferremos al *ser* y huyamos del *deber ser*.

Para nosotros, uno y otro, andan emparejados en este caso. No sólo porque el Derecho es algo demasiado serio para dejarlo al aire de las modas de los teóricos de cada generación, que quisieran reconstruirlo *ex novo* sin tener que molestarse en estudiar las experiencias vividas por las anteriores. Sino, especialmente, porque creemos que la legítima romana elaborada por el Derecho común ofrece una flexibilidad que armoniza la voluntad del testador con el interés de los legitimarios protegidos por la ley; en lugar del automatismo de la delación forzosa germánica. No creemos que el Derecho deba sujetar por mero afán de dominación la voluntad del *de cuius*; sino por una *ratio*, una finalidad, para proteger un interés legítimo. Y siendo así: toda labor de artesanía jurídica que reduzca a sus límites necesarios estas sujeciones, será un progreso; y todo automatismo, una regresión.

17. Guillermo G. Valdecasas (152) se detiene, como es natural, ante el artículo 658 del Código civil, según el cual: “*la sucesión se dejere por voluntad del hombre manifestada en testamento y, a falta de éste, por disposición de la Ley. La primera se llama testamentaria, y la segunda, legítima. Podrá también deferirse en una parte por voluntad del hombre, y en otra, por disposición de la ley*”. Las consideraciones que este precepto sugiere a dicho autor vamos a tratar de sintetizarlas:

“La prevalencia de la delación testamentaria sobre la legítima es una manifestación más del principio de la autonomía de la voluntad que domina en el Derecho privado”... “Pero la precedencia de la sucesión testamentaria sobre la legítima no es absoluta, pues esta última, a su vez, se sobrepone a aquélla cuando los sucesores legítimos están unidos al causante por vínculos familiares tan íntimos que la ley considera necesario atribuirles una parte —siquiera sea mínima— de la herencia, aun en contra de la voluntad del testador (sucesión necesaria o forzosa)”.

Así...: “La ley (artículo 806 y sig. del C. c.) reserva a favor de dichos sucesores una parte de la herencia, menor de la que le correspondería abintestato, de la cual no puede disponer el testador (artículos 806, 813, 763, ap. 2.º). Si éste, infringiendo la prohibición legal, dispone de ella en favor de otros, la institución es nula si el heredero forzoso fue preterido totalmente (art. 814), o será nula sólo en parte si el testador le dejó algo. (...) En el primer caso, se abre la sucesión intestada, la cual tiene carácter forzoso en cuanto es contraria a la voluntad del testador. En el segundo, la institución testamentaria es nula sólo en la medida necesaria para dejar a salvo la cuota hereditaria que la ley reserva al heredero forzoso, y que en este supuesto es deferida por la misma ley contra la voluntad del testador”.

(152) GUILLERMO G. VALDECASAS: *loc. cit.*, n. 2, pp. 958 y ss.

Antes de proseguir, no podemos dejar pasar por alto dos afirmaciones contenidas en las transcritas frases: “*La institución es nula*”, o “*será nula sólo en parte... si el testador dejó algo*”... El Código civil no dice esto, sino que la preterición “*anulará la institución de herederos*” —en el artículo 814—, y —en el artículo 815— que el heredero forzoso a quien el testador dejó algo, “*podrá pedir el complemento*”.

Si no hay *ipso iure* total nulidad automática, sino que al preterido le cabe invocar el defecto que entonces la *anula*, la delación legal *contra tabulas* no se produce automáticamente sino una vez impugnada con éxito la institución viciada de preterición, aunque esta delación legal se retrotraiga al momento del fallecimiento del causante. Y si tampoco hay nulidad en parte, sino derecho a *pedir el complemento*, es que no hay en este caso delación legal, sino un derecho a reclamar contra el favorecido a quien corresponda dirigirse.

La letra del Código viene confirmada por los precedentes de los que sus artículos son expresiones sintéticas. En efecto:

a) La delación legal, *en caso de preterición*, tiene lugar *abintestato*, una vez impugnada la institución de heredero, lo cual sólo cabe al preterido o a sus herederos, mientras su acción no haya prescrito y en tanto no haya aprobado el testamento, expresa o tácitamente, o renunciado a impugnarlo.

Así, Accursius (153), en su glosa al § *Et generaliter* de la ley *Si quando*, anotó que “*Item consensus filii praeteriti facit tenere quod alias ipso iure esset nullum: ut arg. ff. de iniust. test., l. filio praeterito (Dig., XXVIII-III, 17), et de iure dot. l. si res, § 1.º (Dig., XXIII-III, 12, § 1.º), quia pacisci potuit consentiente filio ut ff. de libe. et posthu., l. filio (Dig., XXVIII-II, 23) est non nullum testamentum, si hoc filius dicat patre consentiente ut alius habeat bona filii decedentis*”.

Lo mismo expuso Paulo de Castro (154) al decir que si, muerto el padre, el hijo preterido o desheredado, en lugar de pedir la nulidad o ejercitar la querrela, respectivamente, aprobase el testamento, ese testamento reconvalescería por equidad pretoria, de acuerdo con la ley *filio praeterito*, ff. *de iniust. test.*

Pasando a Castilla, si bien la ley 1.ª del título VIII de la Sexta Partida remitió la *querrela inofficiosi testamenti* a la desheredación injusta y aplicó a la preterición el *ius dicendi nullum*, interpretando en este sentido la Novela CXXV, cap. III, con el razonamiento de que en este caso “*pues que non deve valer non se puede quebrantar*”, no

(153) ACCURSIVS: *Codicis Iustiniani...*, gl. a la palabra *iudicium* de la ley XXXV, Cod. III-XXVIII (cfr. ed. Venecia, 1575, t. III, col. 577, c).

(154) PAULUS CASTRENSIS: *Commentariorum in Codicem Iustinianorum*, Pars prima, Tit. *De inoff. testam.*, L. *Si quando*, § *Et generaliter*, n. 4 (ed. 1531, fol. 140 vuelto).

obstante Gregorio López (155) —en su glosa a las palabras de dicho título “*quebrantando*” (“Quebrantando seyendo el testamento por alguna de las razones sobredichas en leyes de este título”) y “*lo quebrantasse*” (“Lo quebrantasse por alguna de las razones sobredichas”)— opinó que debían entenderse “*sive ex causa exheredationis, sive ex causa praeteritionis*”, “*et quod it dicit quebrantando, intellige largo modo, et procedat etiam evactuus, seu annullato testamento ex causa praeteritionis*” (glosa 1.<sup>a</sup>) y “*Sive per querelam sive per ius dicendi nullum, vel per bonorum possessionem contra tabulas*” (glosa 7.<sup>a</sup>).

Además, la ley 24 de Toro (ley 8, tít. VI, lib. X de la Novísima Recopilación) equiparó totalmente la preterición y la desheredación injusta. Lo que Sala (156) comenta favorablemente, pues dice que “lo persuade la equidad, que no permite tenga lugar la pena más allá del particular en que ocurrió la iniquidad o sin razón que la motivó”. Florencio García Goyena y Joaquín Aguirre, en su versión del Febrero (157), anotan que éste, “en este lugar y caso hace sinónimas las palabras romper y anular”, y aún añaden: “No puede negarse que esta doctrina es más cómoda y sencilla y que evita otras muchas discusiones: La inobservancia de las solemnidades externas hacía totalmente nulo el testamento entre los romanos y lo hace todavía entre nosotros; pero aquéllos conocían además solemnidades internas, cuya omisión inducía la misma absoluta nulidad: tales eran la institución de heredero común a todos los testadores, y la particular de los ascendientes que tenían herederos, conocidos con el nombre de suyos, de haberlos de instituir o desheredar”... Esta segunda solemnidad interna “era muy dudosa en cuanto al efecto de inducir nulidad, aun por las mismas leyes de Partida, en el día nos parece que no debe serlo ya por la mencionada ley 1 [tít. 18, lib. 10, Novísima Recopilación], ya por la 8, tít. 6, lib. 10, y ya porque el espíritu de todas las leyes recopiladas tiende a desembarazar nuestra legislación de las sutilezas, más o menos plausibles, que las de Partidas habían copiado servilmente de las romanas”.

No sólo se convalidaba el testamento y, por ende, la institución por renuncia expresa a impugnarlo por parte del legitimario afectado, sino tácitamente, v. gr., por el hecho de que aceptase un legado el legitimario no instituido heredero (que, conforme la Novela 115, se entendía preterido de no haber sido desheredado justa o injustamente). Así resulta de los textos de Marcelo, Modestino y Paulo, recogidos

(155) GREGORIO LÓPEZ: glosas 1 y 7 al título 8.º de la Sexta Partida (cfr. ed. castellana Sapons y Barba, Martí de Fixalá y Ferrer y Subirana, Barcelona, 1843, t. III, pp. 562 y s.).

(156) JUAN SALA: *Illustración del Derecho Real de España*, Lib. II, Tít. V, n. 3 (cfr. ed. Madrid, 1820, t. I, p. 151).

(157) FLORENCIO GARCÍA GOYENA y JOAQUÍN AGUIRRE: *Febrero o Librería de Jueces, Abogados y Escribanos*, Lib. I, Tít. IX, sec. IV, adición al n. 1138 (cfr. ed. Madrid, 1852, t. I, p. 348).

en el Digesto, V-II, 10, § 1.º, 12, 31 y 32. El primero declaró “illum notissimum est, eum, qui legatum preceperit, non recte de inofficioso testamento cicturum, nisi id totum alii administravit”.

En las Partidas la ley 5, tit. VIII, P. 6.ª, recogió esta doctrina al disponer: “Mas si aquella parte la dexasse en el testamento, non como a heredero, mas como en razón de manda, entonce podría quebrantar el testamento. E esto se entiende si el fijo non recibiesse aquella parte que le era mandada. Ça si la recibiesse e non la protestasse diziendo que le fincasse en salvo la querella que avia de tal testamento non podría después quebrantarlo”.

Antonio Gómez (158) planteó directa y concretamente la cuestión: “Item quaero, an filius praeteritus possit approbare testamentum nullum, in quo est praeteritus ut valeat, et conualescat?” Su respuesta fue contundente: “et breviter et resolutive dico, quod de iure civile non potest, sed de iure praetorio, et eius aequitate, potest”. Y añadió que dicha aprobación puede hacerse “expresse et etiam tacite”. Expresamente, “quando formaliter approbat illud, et promittit aliquo iuris, remedio contra illud non agere”. Tácitamente, “quando se abstinit ab hereditate patris vel ascendenti, qui eum praeterivit, textus est in d. 1. filio praeterito, verb. 1 et ibi communis opinio”.

Sin embargo, a este autor le quedó una duda: “Advertendum tamen, quod praedicta debent intelligi, quando filius praeteritus approbat testamentum sine praecudio institutorum, quia alias possunt succedere ab intestato, forte instituti in minori portione quam ab intestato, essent habituri: quia non obstante consensu, et approbatione filii praeteriti possunt pro iure suo dicere testamentum nullum ita probat textus formalis et expressus in l. post. mortem § fin. de bon. poss. contra tab...” (159). Naturalmente, tuvo que enfrentarse con la solución contraria para caso de desheredación, que dispuso el § *Exheredati* de la misma ley *Si post mortem* (160), y señaló la siguiente *ratio* de la diferencia: “cuando el hijo es preterido, el testamento es nulo por defecto de solemnidades”, “et omnibus est quaesitum ius nullitatis, unde quilibet, cuius interest, potest agere”, en cambio, “cuando verdaderamente el hijo es desheredado, el testamento buenamente vale: ya que es guardada la forma y la solemnidad requerida, y sólo al hijo desheredado es hecha la injuria”, “unde ipse solus potest agere et querelam intentare”. Razonamiento en el que dice seguir a Franciscus Curtius (*in l. posthumo nato, C. de bonor. possess. contra tabul.*

(158) ANTONIO GÓMEZ: op. y cap. cit., n. 6 (ed. cit., pp. 137 y s.).

(159) Dig. XXXVII-IV, 10, § 6: “Los que por causa de otros piden la posesión de los bienes contra el testamento, no esperen que los preteridos reciban la posesión de los bienes, sino que también ellos mismos pueden pedir la posesión de los bienes contra el testamento: porque una vez que por el beneficio de los otros hayan sido admitidos a este beneficio, ya no se cuidan de que aquéllos pidan, o no, la posesión de los bienes.”

(160) Dig. XXXVII-IV, 10, § 5.º: “Los hijos desheredados, así como no dan lugar al edicto, así tampoco, habiéndose dado lugar al Edicto por otros, entrarán con ellos en la posesión de los bienes, y les queda una sola querella, la de que acusen de in-ficioso el testamento.”

6 col., n.º 6), y en el que le sigue el jesuita Luis de Molina (161).

Evidentemente, la *ratio* invocada por Gómez desaparece en el Derecho Real, desde el momento en que el testamento deja de ser nulo por falta de tal solemnidad interna. Válido formalmente el testamento, no queda sino la lesión inferida al legitimario como causa de la nulidad de la institución, que —desaparecida aquella invalidez formal— sólo tiene por *ratio* el interés del legitimario. Las razones dadas para explicar que la renuncia a la querrela, por el legitimario injustamente desheredado, hacia inimpugnable la institución, sin que ningún otro interesado pudiese aprovecharse de aquel defecto, a no ser que a su vez hubiese sido injustamente desheredado y accionase en consecuencia, pudieron trasladarse a la preterición desde el momento en que desapareció como *ratio* de la nulidad el defecto de forma y solemnidad del testamento. Conviene que recordemos aquí, al efecto, los juiciosos comentarios de Sala y de Aguirre y García Goyena, que antes hemos transcrito.

No es, pues, de extrañar que el Tribunal Supremo haya declarado en S. 26 junio 1903 (162), en su *primer* considerando:

“... que el hijo indebidamente preterido, como el injustamente desheredado, puede a su libre arbitrio conformarse con el testamento, ejer-

(161) LUIS DE MOLINA, S. J.: *De Iustitia et Iure*, Tract. II, Disput. CLXXV, n. 28 (cfr. ed. novissima, Colonia Allobrogum, 1733, t. I, p. 392), donde subraya que la distinción más que entre hijo *preterido* e hijo *desheredado*, debe establecerse entre hijo preterido o desheredado *sin expresión de causa* e hijo preterido o desheredado *con expresión de causa*: “Dixi, sine causa inserta; quemadmodum si praeteritus aut exheredatus esset inserta causa, tunc quia testamentum non esset ipso iure nullum, sed solum filio ita praeterito aut exheredato concedetur querela ad illud annullandum nisi causa sufficiens probaretur; utique si talis filius illud approbasset reliqui heredes improbare illud non possent, ut cum Francisco Curtio ibidem recta Anton. Gom subiungit.”

(162) El supuesto de hecho de la S. 20 junio 1903 fue el siguiente: Doña F. de P. M. y F. falleció en 1862 bajo testamento en el que declaró tener cuatro hijos, a los que instituyó herederos. La demanda fue interpuesta por un nieto y heredero de Luisa A. M. —otra hija de dicha causante— que pidió la nulidad de la institución de herederos, porque dicha hija de la testadora había sido preterida por ésta. Se contestó, y en lo fundamental se probó, que a favor de dicha hija preterida, cuando ésta contrajo matrimonio, constituyeron sus padres, a cuenta de su legítima, dote estimada; que los padres, por consideraciones de carácter privado, decidieron que sus herencias se repartieran en cuatro porciones iguales entre sus otros cuatro hijos, a los cuales ordenaron que extrajudicialmente entregaran, entre todos, a su hermana Luisa, una participación igual a la que ellos percibieran, lo que cumplieron entregándole 5.000 reales, que, unidos a los recibidos de la madre por la aportación dotal, sumaban un valor superior a lo que le correspondía por su legítima; y que desde la fecha del fallecimiento de la madre a la defunción de su hija Luisa transcurrieron diecinueve años. El Juzgado y la Sala de lo Civil de la Audiencia de Granada absolvió de la demanda, por lo que el demandante interpuso recurso de casación, alegando como primer motivo infracción de las leyes 8, tít. 20, lib. 10 Nov. Recopil., y 17 tít. 1, Part. 6.ª, según las que “los hijos y descendientes legítimos y legitimados por subsiguiente matrimonio, son herederos forzosos de sus padres y ascendientes legítimos, toda vez que al absolver de la demanda de nulidad del testamento combatido en la demandada, se reconoce la subsistencia y validez de éste, y, por tanto, se deniegan los derechos del recurrente como hijo de la preterida doña...”

citar o no la acción de nulidad derivada de la preterición y renunciar a su ejercicio, ya expresa ya tácitamente, por medio de actos que impliquen esa conformidad y renuncia; entendiéndose hecha de esta última manera, según el recto sentido y espíritu de la ley 6.<sup>a</sup>, tít. 8.<sup>o</sup> de la Partida 6.<sup>a</sup>, aplicable al caso de este pleito, cuando, conociendo el testamento y sin exigir que previamente se declare o reconozca la nulidad de la institución de herederos que se hubiese hecho en su perjuicio, recibiese el preterido de esos herederos en pago de su haber otro tanto de lo que por consecuencia y efecto de la nulidad le había correspondido como legitimario en la herencia del padre; porque ese acto implica necesariamente, no tan sólo aquella renuncia, sino también su conformidad en cuanto al modo escogitado por los interesados para dar satisfacción a su derecho.”

Aparte de que éste es el Derecho vigente y de cuál es su trayectoria histórica, nos parece que ésta significa un avance hacia una mayor perfección. En efecto:

Pretender que toda disposición testamentaria que prescinde de un legitimario es *ipso iure* nula, o bien que tal disposición no pudo abarcar la legítima, nos parece que es acudir a soluciones toscas y primitivas, faltas de la flexibilidad que caracteriza el progreso jurídico. Si la *ratio* de la norma es proteger al legitimario y éste, expresa o tácitamente, se conforma, ¿por qué reputar nula la disposición y beneficiar a otras personas? ¿No es tanto mayor la perfección jurídica en materia sucesoria cuanto más fina sea la armonización de la voluntad del testador con las normas prohibitivas, de tal forma que aquélla sólo deje de ser eficaz en tanto en cuanto la *ratio* de éstas lo exija, pero no fuera de ella? Si es así, si en consecuencia vale la disposición testamentaria si el preterido no reclama, es que aquélla no es automáticamente nula *ipso iure*, es que no hay una delación legal que excluya sin más la delación testamentaria en la porción legítima. Labor de artesanía de siglos, que algunos quieren deshacer para volver a las más primitivas páginas del Derecho, para que encaje mejor en unos esquemas conceptuales, con olvido de la realidad concreta, más compleja, de la vida jurídica.

b) La *actio ad supplementum*, tampoco puede configurarse, como presupone Guillermo García Valdecasas, como una consecuencia de la nulidad parcial de la institución en cuanto ésta rebasa de la parte disponible. Toda su trayectoria histórica desnuda esta construcción; la cual, por otra parte, tampoco nos parecería un progreso, sino una regresión, como luego veremos.

Es sabido que la *actio ad supplementum* —o acción complementaria, supletoria o expletoria— nació para mitigar los efectos de la *querela inofficiosi testamenti*, es decir, para áulcificar los efectos negativos de ésta, totales y duros (163).

(163) Cfr. nuestros *Apuntes de Derecho Sucesorio*, I parte, § 8.<sup>o</sup> (ed. sep., pp. 67 y ss., y A. D. C. IV-II, pp. 483 y ss.).

Acerca de su naturaleza no se planteó siquiera que fuese el fruto de una delación legal, sino que contrariamente la discusión giró en torno a si participaba de la naturaleza de la *querela inofficiosi testamenti*. El examen de esta disputa puede ayudarnos a ver claro. Fundamentalmente se refirió a si esta acción debía entenderse prescrita a los cinco años como la *querela*; a si, como ésta, era intransmisible a los herederos cuando su ejercicio no lo hubiere iniciado en vida su titular, y a si debía estimarse renunciada en virtud de la aprobación del testamento o por al aceptación de algún legado.

Las tres cuestiones fueron contestadas negativamente. Antonio Gómez (164) rechazó al efecto la razón “quod subrogatur loco querelae”, pues “est introductam odio eius ad eam submovendam, et merito non sapit eius naturam”.

¿Cuál era, pues, la naturaleza de la acción supletoria? ¿Cómo se adquiriría el suplemento?

Gregorio López (165) explicó “que si bien el suplemento se verifica de derecho, es esto bajo la condición de que se pida por la parte, como dijo una glosa notable de la cit. l. 36, princ. (*Cod. VI-XXXIII, 36, pr.*), con la que están allí de acuerdo Alberico, Bartolo y Paulo de Castro, y lo mismo quiere Baldo allí respecto de la adquisición inmutable que tiene lugar mediante la aceptación. Saliceto es el único que allí opina que el suplemento se verifica *ipso iure*, sin necesidad de que se pida por parte interesada; y fúndase en que, de otra suerte, tendríamos una condición, esto es, un gravamen en la legítima, contra lo dispuesto en la ley 32 C. d. tit.; si bien que, según él, no se transmitiría el suplemento a los herederos si no se hubiese pedido, l. 65. § 1, D. *de legat, 1, y*, por último, reconoce que en la esencia no aprovecharía el suplemento, si no se pidiere por el hijo, o por su heredero...”

A Rodrigo Suárez le acusó Gregorio López, en la misma glosa, de seguir la opinión de Saliceto. Pero igual que éste, limitaba notablemente su criterio. Así decía Suárez (166): “Verum esse quod dictum gravamen quantitatis reiicitur et ipso iure fit repletio, tamen quod realem effectum acquisitionis est impossibile quod acquiritur, nisi petatur”; y, en otro lugar (167), diferenciándolo de los gravámenes en la cualidad —como son la condición o el plazo—, que *ipso iure* estima no puestos, cree que en el gravamen *in quantitate* “impossibile est supplementum fieri, nisi petatur: et sic quod essentiam et effectum acquisitionis, nullo modo potest fieri suppletio nisi petatur...”.

También Antonio Gómez (168) observó que, no obstante “repletio

(164) ANTONIO GÓMEZ: *Variae...*, cap. cit., n. 23, vers. *Nec obstat* (ed. cit., p. 146).

(165) GREGORIO LÓPEZ: glosa a las palabras “*gelo cumplissent*” de la ley 5, tit. VIII, 6.<sup>a</sup> Partida (32 de dicho título, vers. castellana cit., vol. III, pp. 667 y s.).

(166) RODRIGO SUÁREZ: *Repetitionis Legis* “*Quoniam in prioribus*”, Declaratio Legis Regni, Additio VI, n. 2 (cfr. “*Opera Omnia*”, ed. Douaci, 1614, p. 498).

(167) RODRIGO SUÁREZ: op. cit., Ampliat. decima, n. 8 (ed. cit., p. 413).

(168) ANTONIO GÓMEZ: loc. últ. cit., vers. *Nec obstat etiam*.

legitimae fit ipso iure per legem"... "respectu realis, et actualis effectus acquisitionis non potest quaeri sine partis petitione".

La naturaleza de la *actio ad supplementum*, según el mismo Rodrigo Suárez (169), era personal: "quia ius agendi ad supplementum petitur per conditionem ex lege, ut ait gloss. in d., § *si conditioni*" (*Diq.*, V-II, 8, § 10). En sus adiciones a Suárez, Jacobo Valdés (170) dedujo de su carácter de *conditio ex lege* que es "*actio in rem scriptam*". Y Antonio Gómez (171) entendió que para lograr el suplemento "*competit actio personalis, vel in rem scripta*", conforme la glosa ordinaria a la ley *Omnimodo* (*Cod.*, III-XXVIII, 30).

Por otra parte, se negó que el suplemento se recibiese a título de herencia. Así Bartolo (172) afirmó que "hodie cum agitur ad supplementum non sit locus simili successioni universali: et sic cessat ius accrescendi". Al argumento de que al pedirse el suplemento se reclamaba una cuota, respondió que esto sería cierto si *pro cuota* se transmitieran los "onera debitorum et creditorum", pero que, de no ser así, "non videtur esse successio". Premisa mayor, a la cual enlaza como premisa menor: "sed ista legitima datur aere alieno deducto... ergo habetur ut particularis successio".

Finalmente, se discutió si el suplemento debía pagarse en bienes hereditarios o podía satisfacerse en dinero. Petrus Antonius de Petra (173) terció entre estas dos tesis contrapuestas, para concluir que: "si legatum in pecunia pro legitima factum sit acceptatum per filium tunc enim supplementum pariter in pecunia fieri debet, secus si non fuit legatum acceptatum, et ita puto posse has opiniones conciliari". Es decir, que podía pagarse en metálico si se reunía la doble circunstancia de que el causante hubiese ordenado un legado en metálico para pago de la legítima (no suficiente para cubrirla) y de que el legatario lo hubiese aceptado.

Hoy los supuestos de posible pago en metálico del suplemento vienen notablemente ampliados (174), de conformidad con los artículos 821, 829 y 1.056, § 2, aparte de los casos de las legítimas del cónyuge viudo y de los hijos naturales (arts. 839 y 840, § 2.º).

Parece, pues, inferirse de lo expuesto que el derecho al suplemento: es de naturaleza indemnizatoria, significa un resarcimiento al legatario por el incumplimiento por el *de cuius*, de su deber de atribuirle su íntegra legítima; que debe satisfacerse en bienes heredita-

(169) RODRIGO SUÁREZ: *Declaratio y Addit. cit.*, n. 2, (p. 498).

(170) JACOBO VALDÉS: *Additio C* al n. 7 de la *Ampliatio undécima*, de las citadas *Repetitionis* de RODRIGO SUÁREZ (ed. cit., p. 436).

(171) ANTONIO GÓMEZ: loc. últ. cit., vers. *Secundo deducitur*.

(172) BARTOLO DE SAXOFERRATO: *Commentarii in primam Digesta veteris partem*, tít. "De inofficioso testamento", lex *Pater filium*, nn. 15 y 16 (cfr. ed. Lugduni, 1547, fol. 180).

(173) PETRUS ANTONIUS DE PETRA, PLACENTINI: *Tractatus de Fideicommissis*, Quaest. XV, 94 (cfr. ed. Francofurti, 1669, p. 574).

(174) Cfr. al respecto el magnífico trabajo de nuestro compañero MANUEL DE LA CÁMARA ALVAREZ: *Estudios sobre el pago con metálico de la legítima en el Código civil*, loc. cit., pp. 914 y ss.

rios, conforme al carácter de *pars bonorum* de la legítima, salvo en los casos en que está autorizado su pago en metálico; y que está asegurado con una acción *in rem scriptam* que le concede efectos reales.

Siendo así, no hace falta alguna acudir a la nulidad parcial de la institución, ni a la delación legal directa, pretendidas por Guillermo G. Valdecasas, de las que ni los precedentes históricos ni nuestro Código civil tampoco justifican su vigencia, su necesidad ni su conveniencia.

18. Volviendo al examen que de las formas de delación hace Guillermo G. Valdecasas (175), éste expone que aun cuando “algunos autores conciben la delación forzosa como un tercer tipo (“*tertium genus*”) de delación, junto a la testamentaria y la legítima, la mayoría estima que es una subespecie de la legítima, la cual en unos casos actúa en defecto de testamento, o de que el testador haya dispuesto de todos sus bienes, mientras que en otros casos actúa en contra del testamento...”.

A su juicio: “Es innegable que proviniendo de la ley tanto la delación intestada como la forzosa, ambas son legítimas y pueden considerarse comprendidas dentro del artículo 658... Es como si el llamamiento que la ley hace con carácter supletorio en la sucesión intestada se concretase con carácter forzoso y por una cuota más reducida, en el círculo restringido de los más íntimos parientes, cuando el testador les priva de esa mínima participación en la herencia”... “ese punto de vista es el más conforme al Código civil, que en su artículo 658 sólo conoce dos tipos de delación: la testamentaria y la legítima”.

Pero, a seguido, agrega: “De ello precisamente han pretendido deducir algunos autores la inexistencia de delación forzosa en nuestro Derecho, olvidando aquellos supuestos que acabamos de indicar..., de delación legítima en contra del testamento”.

Unas páginas después (176), refiriéndose a la invalidación en parte de la institución por desheredación injusta, observa que: “Algunos autores insinúan que en la parte de herencia respecto de la cual se anula la institución de heredero, se abre la sucesión intestada. Si así fuera, caso de existir otros herederos forzosos concurrirían a la sucesión intestada junto con el desheredado, el cual no lograría nunca la cuota reservada”. Y, en nota, transcribe un párrafo nuestro —en el que escribimos (177): “en los supuestos citados en el artículo 851, la sucesión intestada sólo se filtra parcialmente por el boquete de la nulidad parcial de la institución, hueco que exclusivamente deja paso al llamamiento otorgado concretamente en favor del injustamente desheredado y en la medida de su respectiva legítima”...

(175) GUILLERMO G. VALDECASAS: loc. cit., p. 959.

(176) G. G. VALDECASAS: loc. cit., p. 968 y nota (20) de dicha página.

(177) *Apuntes de Derecho Sucesorio*, Parte I, § 3.º, cfr. ed. sep., pp. 44 y s., y A. D. C. IV-II, pp. 460 y s.

para dedicarnos este comentario: "El autor habla de sucesión intestada, pero al describir los efectos jurídicos refleja la delación forzosa de la cuota reservada."

¿Son coherentes las observaciones que hemos transcrito en los dos inmediatos párrafos anteriores con el criterio del mismo G. G. Valdecasas, que trasluce en los textos que le hemos transcrito en los precedentes? ¿Hay delación forzosa diferente de la intestada? ¿Basta, para soslayar que exista ese *tertium genus*, con decir que no se trata sino de dos supuesto de la delación legítima prevista en el artículo 658?

Pero... el artículo 658, § 1.º, en relación con su § 2.º, define como delación legítima la manifestada a falta de testamento por disposición de la ley. Sin que obste el § 3.º, que se refiere al supuesto de testamento que no agote el caudal hereditario sea por la causa que sea, bien por no haber dispuesto el testador de todos sus bienes (arts. 763, § 1.º, 764 y 912, § 3.º), o bien porque la institución se anule en la parte que perjudique al injustamente desheredado (art. 851).

Según G. G. Valdecasas, al describir nosotros los efectos de la delación intestada producida, en parte, en virtud de la anulación parcial prevista en el artículo 851, reflejamos la delación forzosa de la cuota reservada. Sin duda, opina así porque cree (pues así nos lo dice el mismo en el texto correspondiente) que, en caso de tratarse de delación intestada, ésta beneficiaría a todos los herederos legítimos y no sólo al injustamente desheredado.

¿Se trata, pues, tan sólo de un problema semántico si los dos hablamos de lo mismo dándole diferentes nombres? ¿Es una mera cuestión nominal?

No, por cierto. G. G. Valdecasas necesita defender que existe una delación legal forzosa *ipso iure*, automática, independiente de la voluntad del testador y de la actuación del legitimario a quien por aquél no se le hubiese reconocido su derecho. Tal vez, es por esto que no puede admitir que sea sucesión intestada la producida por la anulación parcial de la institución prevista en el artículo 851 C. c., ni tampoco que ésta pueda producirse sólo a favor del injustamente desheredado sin dejar de ser sucesión intestada; aunque en virtud de una especial situación jurídica lo sea: sólo en parte y para una de las partes, el reclamante.

Sin embargo, eso que él no puede admitir ha sido una realidad desde hace más de mil años, y lo fue en el Derecho romano, a pesar del obstáculo del principio romano "*nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest*". Ha sido un hecho real... tanto si éste nos parece conceptualmente correcto como si no.

En efecto, en Roma, como nos ha explicado Bonfante (178), la *querela* "tiene un carácter prejudicial; con ella se obtiene la rescisión

(178) PIETRO BONFANTE: *Instituciones de Derecho Romano*, trad. castellana de la 8.ª ed. italiana por L. Bacci y A. Larrosa, revisada por Campuzano, Madrid, 1929, pp. 627 y ss.

sión del testamento, después de lo cual el legitimario podrá pedir su cuota con la *actio hereditatis petitio ab intestato*, y el testamento puede ser rescindido tanto total como parcialmente; en esta segunda hipótesis se tiene una nueva excepción al principio *nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest*".

En efecto, se admitió que, en caso de ejercicio de la *querela*, pudiese invalidarse el testamento sólo en parte en los siguientes casos:

1.º Ejercicio de la *querela* por un hermano del testador, en supuesto de pluralidad de instituidos cuando sólo uno de éstos fuese *turpis persona* (179), o siempre que por cualquier otra razón la *querela* de un legitimario prospere contra algún heredero y fracase contra otro u otros (180).

2.º Ejercicio con éxito de la *querela* por sólo alguno o algunos de los varios legitimarios injustamente desheredados (181).

3.º Existencia entre los instituidos, sujetos a los efectos de la *querela*, de un legitimario que no reciba mayor porción de la que le correspondería *ab intestato* (182).

Conformes con este criterio vemos, entre los clásicos castellanos, a Gregorio López (183) —“et natura querelae est, quod non datur contra illum qui erat successurus ab intestato, et non habet ultra quod sibi tengat ab intestato” — y a Antonio Gómez (184) — “si vero fiat restitutio pro parte hereditatis, et non in totum: pro ea tantum potest intentari; et pro ea rescindetur testamentum”.

La *querela* era una acción rescisoria; que: prescribía a los cinco años; como acción de injurias; no se transmitía a los herederos del injustamente desheredado, a no ser que éste tuviese preparado el ejercicio, y podía renunciarse, no sólo expresa sino también tácitamente, lo cual se entendía por el solo hecho de recibir éste algo de lo que se le hubiese dejado en el testamento, que, en otro caso, hubiese dado lugar al ejercicio de aquélla. Doctrina que vemos reiteradamente repetida hasta el período compilador (185).

Actualmente la *querela* rescinde, quebranta (186) o anula la ins-

(179) Dig. V-II, 24.

(180) Dig. V-II, 15, § 2; y 25, § 1, Cod. III-XXVIII, 13.

(181) Cfr. WINDSCHEID: *Diritto delle Pandette*, § 584, nota 24, trad. italiana con notas de Fadda y Bensa, Torino, 1930, vol. III, p. 265.

(182) Cfr. A. J. BOYRÉ: *Essai critique sur une "crux iuris"*; *La loi mater* (Dig. V, 2, 19) et le *papyrus de Haildelberg 1272*, en “Revue d'histoire du Droit”, vol. V, 1924, pp. 464 y ss.

(183) GREGORIO LÓPEZ: glosa a las palabras de la *herencia*, 7.ª de la ley 1.ª, tít. VIII, Partida VI (cfr. la cit. ed. castellana, vol. cit., p. 563).

(184) ANTONIO GÓMEZ: op. cit., Lib. I, cap. XI, n. 15 (ed. cit., p. 142).

(185) Cfr. PEDRO GÓMEZ DE LA SERNA: *Curso histórico exegetico del Derecho romano comparado con el español*, 4.ª ed., Madrid, 1869, t. I, p. 476.

(186) *Quebrantar el testamento* es la expresión de la ley 1, título VIII de la Partida 6.ª, que dice: “El fiyo o el nieto del testador, o alguno de los otros que descenden del por la liña derecha, que oviesse derecho de heredarle si muriesse sin testamento, si lo oviesse desheredado a tuerto, e sin razón, puede fazer *querela* delante del juez: para quebrantar el testamento en que lo oviesse desheredado.”

titución solamente en la parte en que perjudica la legítima estricta del desheredado (Ss. 23 enero 1959); y, en cuanto a esta parte, deja filtrar la sucesión intestada a favor exclusivamente de éste.

Gregorio López (187) había insistido en aclarar que la herencia a la que era llamado el legitimario a consecuencia de su ejercicio victorioso de la *querela* debía entenderse “de la parte que le correspondería ab intestato”; pero hoy debe entenderse solamente en aquella parte de la que le correspondería abintestato que equivale a lo que le reste por percibir para cubrir su legítima estricta.

Escribió nuestro querido maestro Alguer (188): “La delación puede tener tres causas diferentes: la testamentaria, la contractual, allí donde se admita, y la legítima. El llamamiento forzoso no es más que un límite puesto al llamamiento voluntario”. Límite que, en caso de desheredación injusta, actúa dando lugar a la anulación de la institución en cuanto perjudique la legítima del injustamente desheredado, y dejando así paso, en la porción invalidada, a la sucesión intestada sólo a favor del propio desheredado y en cuanto a una participación igual a la cuota hereditaria invalidada.

Volvemos a insistir en que también aquí esta solución es en ese caso la más perfecta. No hay por qué invalidar en la parte más mínima el llamamiento testamentario a título de herencia, si el injustamente desheredado renuncia a su acción, o se da por satisfecho en cualquier otra forma, o si simplemente no reclama. Siendo así, hay que entender inicialmente válido el llamamiento testamentario por mientras no sea invalidado, en todo o en parte; y, en consecuencia, el llamamiento hereditario a la porción forzosa sólo puede estimarse deferido cuando sea ejercitada la *querela* por quien pueda actuarla con éxito, aunque esa delación tenga entonces lugar con retroacción de sus efectos a la fecha del fallecimiento del *de cuius*.

19. Prosigue el estudio que comentamos G. G. Valdecasas (189), formulando la proposición de que “la legítima como cuota de valor responde al concepto que de ella se formó en el Derecho romano postclásico, la legítima como *pars hereditatis* es reflejo de una concepción hondamente arraigada en el Derecho de los pueblos germánicos...”. Pero que “nuestra legítima tiene un claro enlace con el Derecho justinianeo, no ya sólo en cuanto cuota de valor, sino también en cuanto cuota hereditaria”.

Esta última afirmación creemos que merece ser precisada en dos aspectos:

(187) GREGORIO LÓPEZ: glosa últ. cit., inciso primero, y también glosa 1.<sup>a</sup> a las palabras “que ouiescen derecho a heredarle”, de la misma ley 1, h. t.

(188) JOSÉ ALGUER: *Ensayos varios sobre temas fundamentales de Derecho Civil*, VI, “Rev. Jurídica de Catalunya”, XXXVIII (enero-junio 1931), pp. 132 in fine y 133.

(189) GUILLERMO G. VALDECASAS: loc. cit., n. 3, p. 960.

a) Aun cuando la legítima justiniana debía dejarse a título hereditario no era directamente deferida por delación legal; sino tan sólo por sucesión intestada y en los siguientes casos: a falta de testamento válido; de institución de heredero, o por rescisión total o parcial de ésta o de aquél. Así acabamos de comprobarlo.

Sucedía, pues, de modo muy diverso que en la reserva germánica, en la cual la delación legal forzosa impedía el juego de la delación testamentaria fuera de la parte de libre disposición. El heredero forzoso justiniano, si bien lo era por mandato de la ley; en cambio, no lo era por delación legal primaria; sino: *secundum tabulas*, por cumplimiento voluntario por parte del *de cuius* de su deber de instituirlo; o bien *ab intestato*, ya fuera *praeter tabulas*, a falta de testamento, o bien, ya fuera *contra tabulas*, mediante la previa anulación o rescisión—en todo o en parte—del testamento inoficioso.

Esta doctrina quedó fielmente reflejada en la sexta Partida. En ese sentido, la ley 17 de su título I, con referencia a que la legítima debía dejarse por mandato de la ley, decía que “e por esso es llamada esta parte legítima, porque la otorga la ley a los hijos”. Con relación al deber del *de cuius* de instituir en su legítima a sus herederos forzosos, explicaba la misma ley 17: “E a esta parte legítima dizen en latín, *parte debita iure naturae*”. Idea que resalta en la glosa de Gregorio López (190) a las palabras “*deuian auer*” de esta ley, cuando expresa: “*si pater reliquit filio titulo institutionis legitimam eis debitam*”. Es el padre quien *deja* la legítima *debida* a los hijos: no hay delación legitimaria legal. Y, si no cumple este deber, es supletoriamente que la reciben abintestato, después de quebrantarse o anularse la institución testamentaria, en todo o en parte. Y Antonio Gómez—recordémoslo otra vez— se ocupa de la legítima en el capítulo que tituló “De Successione contra testamentum”, en el que trató sucesivamente de la preterición, la desheredación, la *querela inofficiosi testamenti*, la legítima, como excepción oponible a esta última, y de la *actio ad supplementum*.

b) Aun cuando —repetimos— la legítima justiniana debía dejarse a título de heredero, no debía necesariamente ser atribuida como *pars hereditatis*, sino que, en cuanto a su contenido fundamental, era una *pars bonorum*.

Así lo aceptó Bartolo (191), siguiendo en este punto el criterio de Martinus Sillymanus y de Iacobus Butrigarius con respecto a la no conceptualización como heredero del hijo instituido *in re certa*. El opuesto criterio de quienes arguyeron que, siendo suficiente para satisfacer la legítima, conforme las Authenticas (Novela CXXV, cap. V), su atribución por una institución *ex re certa*, los hijos “*habet illam rem loco*

(190) GREGORIO LÓPEZ: glosa a las palabras “*que deuian auer*” a la ley 17, tít. I, 6.<sup>a</sup> Partida (gl. 93 de dicho título).

(191) BARTOLO DE SAXOFERRATO: *In Primam Infortiati Partem...* Tít. “De heredibus instituendis”, ley XXXV, “Ex facto”, n. 2 (cfr. ed. Venetis, 1585, fol. 109 vuelto).

legitimae, hoc est tertiae, vel quartae et si deficit suppletur sibi: ergo videtur institutus in quarta, merito habetur loco heredis”, lo comentó Bartolo añadiendo “Istud displicet mihi plus”, y argumentó: “Nam legitima filii sit quota bonorum, deducto aere alieno et funeris impensas *l. Papinianus*, § *Quarta*, ff. *De inoff. testam.* (Dig. VI-II, 8, § 9) sed quota bonorum aere alieno deducto non est pars hereditatis, *l. non amplius* § *final.*, ff. *De legat. I* (Dig. XXX, inciso 26, § 2) y *l. si quis servum*, § *fin. cum l. seq.* ff. *De legat. II* (Dig. XXX-único, 8, § 5, y 9), ergo non habetur loco heredis”.

La posibilidad de atribuir en Castilla la legítima mediante una institución *ex re certa* fue reconocida por los autores (192), afirmando que, en este caso, aun cuando se le hayan designado coherederos universales, no se le tiene por legatario, sino por heredero (193). Pero es de notar que ello sólo se estimó así, en cuanto “ne corruiat testamentum patris”, dado que se reúnen los requisitos de conferir el honor del *nomen* (194) y el *commodum* del *ius accrescendi* (195).

No obstante, es de notar una evidente resistencia por algunos auto-

---

(192) Cfr. GREGORIO LÓPEZ (glosa 31 al título VIII de la Partida sexta a las palabras “*en su testamento como a heredero*” de la ley 5.<sup>a</sup> de dicho título, apoyándose en las palabras de dicha ley determinantes de que haya preferción si lo dejado fuese “*non como heredero, mas como en razon de manda*”; y DIEGO COVARRUBIAS DE LEIVA (*In titulum de testamentis interpretatio*, caput. *Rainuntius* 16, § 1.<sup>o</sup>, n. 6 y n. 9, cfr. “*Opera Omnia*”, ed. Lugduni, 1583, vol. II, p. 71). También *contrario sensu* JUAN MATEIZO (*Commentaria in librum quintum collectionis legum Hispaniae*, Lib. V, tít. IV, ley 1.<sup>a</sup>, glosa 10, n. 57, cfr. ed. Mantuae-Carpetanae, 1580, fol. 81) y FERNANDO VÁZQUEZ DE MENCLACA (*De successione creatione progressu effectuque, et resolutione, tractatus*, Prima partis, Lib. III, § XX, n. 245 (cfr. ed. Salmantica, 1599, vol. II, fol. 250 y ss.). De modo directo, explican que el instituido en cosa cierta en menos de su legítima no puede ejercitar la *querrela*, sino sólo accionar *ad supplementum*: el jesuíta LUIS DE MOLINA (*De Iustitia...* Tract. cit., Disput. CLXXVII, n. 1; cfr. ed. y vol. cit., p. 402) —que declara “*idque sive portio, in qua institutus, sit quota hereditatis, sive res aliqua certa: sed tantum permittitur illi actio ad supplementum usque ad integram legitimam portionem*”— y DIEGO AYLLÓN LAÍNEZ (*Illustrationes sive additiones eruditissimae ad Varias Resolutiones Antonii Gomezii*, Ad. Lib. I, cap. II, n. 24, cfr. ed. Venetiis, 1747, p. 15). DIEGO SPINO (*Speculum testamentorum*, glosa 17 *principalis*, cfr. ed. Francofurti ad Moenum, 1600, pp. 721 y s.), después de discutir la cuestión y exponer los argumentos negativos (nn. 34 y 35), concluye por resolver el problema concreto que le ocupa, afirmando: “*igitur sufficit quod in sola dote filia instituat, et pro residuo aget ad supplementum*” (n. 36).

(193) AYLLÓN LAÍNEZ (loc. cit.), refiriéndose al hijo “*instituto in re certa, dato coherede universali*”, observa “*hic enim filius, licet in re certam etiam aliena, institutus non pro legatario, sed pro herede reputandus est, ne corruiat testamentum patris ob praeteritionem*”.

(194) La Novela CXV en su cap. III, inciso tercero, explicó por qué exigía que la legítima se dejase a título de herencia, aun permitiendo que se concretase en cosa cierta, por el honor del *nomen*: “*Sola enim est nostrae serenitatis intentio, a parentibus et liberis iniuriam praeteritionis et exheredationis auferre*”.

(195) DIEGO COVARRUBIAS: loc. cit., n. 9, pág. 71: “*institutus in re certa heredis nomen, et commodum habet quod ius accrescendi: herede etenim universali repudiante, tota hereditas accrescit huic in re certa instituto*”.

res (196) a considerar la legítima como *pars bonorum*, aun reconociendo que ésta era la común opinión de los autores. Para contradecirla se apoyaron en que la legítima debía ser atribuida a título de heredero, en que toda cuota del "as" era *pars hereditatis* (197) y en que la legítima castellana era *toda la herencia excepto el quinto, respecto los extraños, y el tercio, respecto a los hijos* (198).

El primer argumento en realidad mezcla dos cuestiones que nunca se confundieron totalmente en Derecho romano, sino que propiamente se superpusieron en la Novela 115: 1.º, el carácter de *pars bonorum debita* de la legítima, y 2.º, el *título de heredero* por el cual debía atribuirse.

Una prueba de que sólo se trató de una superposición nos lo brinda el hecho, antes comprobado, de que la renuncia a la *querela inofficiosi testamenti* no significó la renuncia a la *actio ad supplementum* si el hijo no instituido hubiese recibido algo como donación o como legado que no cubriera totalmente su legítima. La legítima subsistía; debía cubrirse. Pero ni se había recibido a título de herencia en la parte cubierta; ni la parte por cubrir se debía a dicho título, como también vimos.

Además, es de observar que aquel criterio discrepante sólo observa los supuestos normales de llamarse al legitimario "ex asse" por el testador, o por la ley a falta de institución testamentaria válida o en

(196) Cfr. FERNANDO VÁZQUEZ DE MENCHACA: op., pars, cap. y § cits., nn. 211 y 212 (cfr. ed. cit., vol. cit., fol. 216 y s.) MATIENZO (op. y glos. cits., n. 62, fol. 82); FRANCISCO SARMIENTO: *Interpretationem Selectarum*, lib. VIII, "Ex § Si cui certam cum 1. sequenti" [de la ley *Si quis servum* del tit. *De legatis secundo*] n. 18 (cfr. ed. Antuerpiae 1616, pp. 446 y s.); JUAN YÁÑEZ PARLADORIO: *Quotidianorum differentiarum sesqui-centuria*, Diff. CXLVI, n. 6 y ss. (cfr. ed. Collonia Allobrogum, 1761, pp. 384 y s.).

(197) SARMIENTO (loc. cit. vers. *Sed haec opinio mihi nunquam placuit*, p. 447) refiriéndose a la opinión común afirmó: "immo evidentissimo est falsa unica ratione, cui nemo unquam poterit satisfacere legitima filio iure isto debet titulo institutionis relinquere... non ergo est quota bonorum, alioqui impossibile esset eam solam relinquere titulo institutionis, cum institutus in quota bonorum legatarius sit, non heres... item institutus in re certa cum legatarius sit, non heres, praeteritus dicitur". Y, "ut in aliqua parte filius institui debeat, scilicet hereditatis non bonorum et ita institutus in legitima parte heres est, institutus autem in quota bonorum parte praeteritus est cum legatarius sit, denique ubicumque legitima titulo institutionis debetur, quota est hereditatis, ubi vero titulo legati poterit esse quota bonorum".

(198) PARLADORIO (*Diff. cit.*, n. 9 y 10, p. 384), después de advertir respecto el criterio de la ley Papiniana, que "longa diversa est hodie ratio inter haec, quam quae fuit olim, at que proinde diversum ius statuendum esse apparet", observa "id quod secundum nostrates Regias leges probandum puto, secundum quas omnia bona parentum sunt legitima filiorum excepto Quincuncae, respectu extraneorum, et Triente, respectu filiorum...". Pero, su argumento hubiese probado demasiado, como se ve a continuación (n. 11), al añadir: "Secundum quae, et illud probandum puto, praeceptionem, seu praelegatum quadrantis et quinquicis (vulgo appellamus *mejora de Tercio y Quinto*) non esse partem bonorum, sed partem hereditatis, licet nostrates interpretes aliud hactenus sibi persuasum habuerint, cum manifeste iuris sit, Trientem, et Quincuncim, Assis esse partes... ergo ad hereditatis partes referendi sunt".

caso de rescisión de ésta. Y, tal vez, fue distinto el enfoque del doctor Diego Segura (199) o del doctor Luis de Molina Morales (200) cuando dicen que la legítima es *pars bonorum* (201).

No hay que olvidar el método tan diverso utilizado por los autores de esa época con respecto al conceptualismo actual. El suyo no les invitaba a extender a supuestos diversos la calificación dada para un caso concreto. Eso nos explica que Melchor de Valencia (202) nos refiriera que la legítima pudiese ser, a la vez, *quota bonorum*, “respectu ad aeris alieni deductionem”, y *pars vel quota hereditatis*, a efectos de concederse la *petitio hereditatis* y competir el *iudicium familiae exciscundae*. En paralelo sentido, Spino (203), al tratar nuestra cuestión, expuso: “quod institutus in re certa, dato sibi coherede universalis, nec est omnino heres nec omnino legatarius, sed est tertium

(199) Doctor DIEGO DE SEGURA: *Repetitionem decem in diversis materiis*, “Repet. l. *Cum patronus*, ff. *De lega II*”, n. 49 (cfr. ed. Salamanca, 1520, fol. CXXX, col. III y IV y fol. sig. col. I). Después de discutir en el n. 48 (folio CXXX, col. III) si el llamado a la legítima estaba obligado con los acreedores de la herencia, distinguiendo según hubiese sido instituido “*in quota hereditatis*” o “*in quota bonorum*”, en el n. 49, expuso: “*inmo quod legitima filiorum est quota bonorum et non hereditatis ex eo quia bona intelliguntur deducto primo aere alieno in l. subsignatam [l. si quis servum] in § bona, et in l. princeps. ff. de verbo. signi., et legitima filiorum debetur prius deducto aere alieno et funeris impensas l. Papinianus § quarta et § cum autem ff. de inoff. testa. ergo est quota bonorum et non hereditatis*”... citando a Bartolo, Baldo, Jason... Luego de rebatir argumentos en contra, terminó admitiendo dos excepciones (fol. CXXXI, col. I), a saber: “*Fallit primo nisi testator dicat instituo filium meum vel patronum meum in sua legitima pro parte hereditaris*” y “*Fallit secundo quando filius vel patronus, solus est institutus in sola legitima heres institutus sit*”, a pesar de que “*quavis legitima quota bonorum, non autem quota hereditatis esse dicatur*”.

(200) Doctor LUIS DE MOLINA: *De primogenitorum Hispanorum, Origine ac natura*. Lib. II, cap. XV, n. 19 (cfr. ed. Lugduni, 1749, p. 406), donde dice que el *ius accrescendi* se otorga al legitimario en virtud de que “*in legitima heres institutus sit*”, a pesar de que “*quavis legitima quota bonorum, non autem quota hereditatis esse dicatur*”.

(201) Un amplio resumen de la opinión de los autores de derecho común respecto este tema puede verse en MERCURIAL MERINO: *De legitima tractatus Absolutissimus*. Lib. I, tit. I, Quaest II (cfr. ed. Genevae, 1652, pp. 3 y s.), donde señala como argumentos principales de la opinión contraria a la comúnmente aceptada: 1.º que la *Authentica Novissima*, Cod. *De inofficioso testamento*, dice que la legítima *est portio ex substantia*, palabra referida a la *universalidad*. 2.º Que la legítima se define como *portio successionis intestate*. 3.º Que en ella tiene lugar el *ius accrescendi*. 4.º Que al hijo por su legítima se le concede la *actio petitionis hereditatis* (n. 2).

Pero, contraargumenta: Al 1.º, que la palabra “*substantia*” debe entenderse a tenor de la ley *Papinianus*. Al 2.º “*quod est quota successionis ab intestato quoad nomen, et ad modum capiendi, et sic quoad iura, et actiones, non quoad effectum*”. Al 3.º y al 4.º “*quoad actionis et ad commoda, non quoad praedictum tertii*”. Es decir, diferenciando los efectos beneficiosos del título, de una parte, y el contenido, de otra.

(202) MELCHOR DE VALENCIA (*Illustrium Iuris Tractatum*, Lib. III, tract. I, cap. ult. n. 5, cfr. ed. Colloniae Allobrogum, 1730, p. 337).

(203) SPINO: op. y gl. cits., n. 34 (p. 721).

species, et vocatur institutus in re certa, qui participat ab utroque" (204).

En resumen la legítima debía dejarse a título de herencia e iba, en principio, referida a una cuota de herencia; pero no sólo era para calcular su suficiencia que se comparaba idealmente a un activo líquido, sino que, además, podía cubrirse efectivamente con una *pars honorum* en diversos supuestos, como: en la *institutio in re certa* (205) de un legitimario concurrente con otros herederos llamados *ex asse*; en la institución de la hija en la dote que ya le había sido donada *ex causa* (206), y en los supuestos en que el hijo no instituido renunciaba a la *querela* al aceptar un legado que no cubriese totalmente su legítima, con lo cual le quedaba la posibilidad de ejercitar la *actio ad supplementum*, si no hubiese renunciado expresamente a reclamarlo (207).

Luego veremos cómo, en el régimen del Código civil, al no ser necesario atribuir la legítima a título de herencia, aquélla no sólo es *pars honorum* en los supuestos excepcionales en que el título no concuerda totalmente con el contenido, sino siempre que se deje a título diverso del de heredero.

En resumen: podemos afirmar que el origen justiniano en cuanto al contenido (no así en cuanto la medida) de la legítima castellana anterior al Código civil, no abona que esta implique una cuota de reserva, ni que requiera delación legal directa a título de heredero *ex lege* —que no existió, sino a falta de testamento o en caso de invali-

(204) Notemos que esta opinión ya había sido expuesta por BARTOLO al comentar la ley *Ex facto* (*In primum Infortiatum...*, l. cit., n. 2, vers. *Quid ergo*, fol. 109 vto. ed. cit.), donde califica al *heres ex re certa*, ni como heredero ni como legatario, sino como "*una tertia species*", que "participa parte de la naturaleza del instituido y parte de la del legatario", de la primera en cuanto goza del *ius accrescendi* y puede por su propia autoridad "*accipere rem*", y de la segunda "*quod non tenetur credituribus*". Contra esta calificación se declaró SARMIENTO (loc. cit., n. 18, vers. *Neque placere potest*, p. 447, ed. cit.), "quia falsum est [quod "*tertia constituatur species*"], cum institutus *ex re certa simpliciter sit heres, vel legatarius*", según haya o no otros herederos.

(205) Al argumento de que la legítima atribuida por institución *ex re certa* era *pars honorum*, replicó VÁZQUEZ DE MENCHACA (loc. cit., n. 211, vers. *Secundo*) invocando la ley *Ex facto* del título *De heredibus instituendis* (Díg. XXXVIII-V, 35). Pero este texto sólo se refiere a supuestos de institución de varios *heres ex re certa* sin ningún instituido *ex asse*. Por eso, el mismo autor (vers. *Quod si filius*, n. cit., fol. 217 vuelto), pasa a hacerse fuerte en que "*nisi coheredes universalis repudiatur, nam tunc universa hereditas accederet videretur heres tam esset instituti, puta in domo vel fundo... tunc successor singulari intelligeretur*", en el supuesto de la ley *Quoties certi quidem* (Cód. VI-XXXIV, 13).

(206) Cf. Doctor LUIS DE MOLINA: *De Primogenitorum...* Lib. y cap. cit., n. 20 (p. 406); LUIS DE MOLINA, S. J. (*De Iustitia...* Disp. CLVII, n. 2 (p. 206, ed. cit.); SPINO; gl. cit., n. 36 (p. 722).

(207) Ver supra n. 15, b). Ya lo observó Raphael Fulgosius: *Consilia utriusque Raphaelis*" (Cumano y Fulgoso), consil. LXXXIII, n. 2 (cir. ed. Lugduni, 1548, fol. 120), que la aceptación de su legado impide la *querela*, pero no la *actio ad supplementum*. Luego veremos cómo, conforme Bartolo, ese suplemento no podía recibirse a título de heredero.

dez y de rescisión del mismo—, ya que esta es incompatible con la subsistencia de la legítima en caso de renuncia a pedir la invalidez de la institución viciada de preterición o de desheredación injusta.

20. Llegados al régimen del Código civil español y para centrar nuestra cuestión, conviene que veamos cuál es el enlace de los preceptos en que se articula la protección de la legítima con respecto a las disposiciones romanas y castellanias que habían sido aplicadas hasta el momento de su entrada en vigor. Nosotros lo vemos así:

a) El artículo 814 regula la *preterición*, siguiendo el criterio expuesto por García Goyena (208), al glosar su antecedente el artículo 644 del Proyecto de 1951.

“La ley 24 de Toro —comenta García Goyena— u 8, título 6, libro 10, Novísima Recopilación, dice: “Cuando el testamento se rompiere o anulare por causa de preterición o exheredación, etc., no por eso deja de valer la mejoría del tercio y quinto”. *Ex causa exheredationis vel praeteritionis irritum est testamentum quantum ad institutiones, caetera nanque firma permanent.* Auténtica, título 28, libro 6 del Código.”

“El artículo da mayor claridad y latitud, o por lo menos fijeza, a estas disposiciones Patria y Romana.”

Y después de explicar las dudas suscitadas por los autores que opinaban no corregidas las leyes que estimaban que la preterición por el padre de un heredero suyo anulaba enteramente el testamento, agregó: “el artículo hace sencilla y claro lo que hasta ahora ha sido embrollado y dudoso. Su justicia resalta por lo exorbitante de nuestra legítima actual, comparada con las de los Códigos antiguos y modernos; por esto deberá regir, aun cuando el testador ignore la existencia de heredero forzoso, contra lo que opina Gómez, número 3 a dicha ley 24.”

Es decir, que el antiguo régimen de la desheredación injusta es aplicado no sólo a la preterición intencional expresa, sino también a la preterición tácita, incluso si es errónea. Por tanto, parece muy clara la aplicación en el Derecho vigente a la preterición del régimen rescisorio de la institución de heredero, sólo exigible por el preterido, formulado en la Auténtica “*Ex causa*”, y que antes hemos referido en sus líneas fundamentales.

b) En relación con el artículo 813, § 1, el artículo 851 regula la *desheredación injusta*, restringiendo sus efectos tradicionales recogidos en el artículo 669 del Proyecto de 1851, en cuanto reduce la anulación de la institución de herederos sólo “en cuanto perjudique al desheredado”. García Goyena (209) dice que el artículo 669 del Proyecto de 1851 recoge la querrela regulada por la Novela 115 y las leyes 1 y 7, título 8, Partida 6, resolviendo claramente que su doctrina sería aplicable a la desheredación hecha sin expresión de causa.

(208) GARCÍA GOYENA: op. y vol. cit., art. 644, pp. 94 y ss.

(209) GARCÍA GOYENA: op. y vol. cit., art. 669, pp. 112 y s.

Reducida la rescisión sólo a la parte de la institución que perjudique a la legítima del injustamente desheredado, queda clara la aplicación *en ese ámbito más reducido* de la doctrina tradicional, antes expuesta, acerca de la *querela inofficiosi testamenti*.

La necesidad de impugnación, para que sea efectiva la anulación de la institución en cuanto perjudique al injustamente desheredado, es presupuesta en la letra del precepto, puesto que, al tratar de la desheredación hecha con expresión de causa legal, si bien exige que esta sea probada, supedita este requisito al supuesto de "que fuere contradicha". Es decir, que la desheredación por causa no probada (y análogicamente también en las demás) perjudica al desheredado en tanto éste no la contradijere, aunque, en caso de contradecirla, la carga de la prueba de su realidad y su justicia compita al demandado; mientras, de conformidad a la tesis de la delación legal forzosa, no debería afectarle en tanto en cuanto no fuere vencido en juicio interpuesto por el heredero que quisiere hacer valer la desheredación y que probare la certeza de su causa.

c) El artículo 815 regula la *actio ad supplementum*. Así lo proclamó García Goyena (210), al glosar su precedente el artículo 645 del Proyecto de 1851, quien, sin embargo, destacó que se había introducido en ella una innovación importante. Leamos su comentario:

"Por Derecho Romano y Patrio, para que tuviera lugar la disposición de este artículo, era preciso que lo dejado fuese por título de heredero; faltando éste, el testamento era nulo, aunque se dejase íntegra la legítima, ley 30, título 28, libro 3 del Código, Novela 115, capítulo 5; ley 5, título 8, Partida 6; se atendía más al honor del título que a la realidad de la cosa, o al valor de lo dejado."

Creemos que esa aplicación no deja lugar a dudas acerca de dos extremos fundamentales: a) que el 815 recoge la *actio ad supplementum*; y b) que reconoce la posibilidad de satisfacer la legítima "por cualquier título" (211).

d) El artículo 817 recoge la *acción de reducción* de las disposiciones testamentarias, así como los artículos 656 y 819, § 2.º, recogen la acción de reducción de donaciones inoficiosas, regladas ambas, en cuanto al orden de reducción, por el artículo 820. Notemos que éste, al detallar, sólo concreta y distingue *mandas* y *donaciones* reducibles, sin aludir a la reducción de la *institución de heredero*. El modo de reducción de las mandas lo regulan los artículos 821 y 822, que claramente sólo se ocupan de la reducción de legados.

Este criterio responde igualmente al sistema romano. La institución podía quebrantarse pero no reducirse, pues el remedio de la institución en menor cuota no era sino la *actio ad supplementum*, que

(210) GARCÍA GOYENA: op. y vol. cit., art. 645, p. 96.

(211) Cfr. nuestros *Apuntes de Derecho Sucesorio*, I parte, 2.ª ed., sep. pp. 23 y ss. y A. D. C. IV-II, pp. 439 y ss.

—como vimos— era una acción personal *in rem scripta*, dirigida a exigir la *pars bonorum* por cubrir, pero no una acción de nulidad parcial de la institución excesiva: No se reclamaba, con ella, una parte de herencia, sino tan sólo los bienes necesarios para cubrir la *pars bonorum* no satisfecha. Abstracción hecha de que quien ejercitase tal acción fuese un legítimo instituido en cuota menor, o *in re certa* insuficiente, o instituido en su dote, donación *propter nuptias* u otra *ob causa*, o preterido intencionalmente si hubiese preferido renunciar al *ius dicendi nullum* o a la *querela* y aceptar un legado que fuese insuficiente para cubrirla aun después de hecha imputación de las donaciones imputables a la legítima.

En cambio, la acción de reducción presuponia: o bien, la atribución testamentaria o ab intestato de la legítima y su gravamen inoficioso con mandas o legados, si se trataba de una lesión cuantitativa; o bien, la insuficiencia de lo relicto para cubrirla debido a la inoficiosidad de donaciones otorgadas por el *de cuius*.

García Goyena, al glosar el artículo 647 del Proyecto de 1851 (212), precedente del artículo 817, señala como antecedentes las leyes 26 y 28 de Toro, 10, títulos 6, y 8, título 20, libro 10, Novísima Recopilación. Es de observar que estas leyes no se ocupan propiamente de la reducción, sino, la 28, del límite de la oficiosidad, y la 26, del modo de interpretar las mejoras del tercio y quinto. Pero interesa destacar que la 26 se refiere a la donación hecha “en testamento o en otra cualquiera última voluntad, o por algún otro contrato entre vivos”, y la ley 26 habla de “hacer donación” y de “mandar”, “en vida o en muerte”. Se plantea, pues, el límite de oficiosidad de las donaciones y de las mandas (o sea, de los legados); pero no de las disposiciones a título de institución, que tenían otros remedios peculiares, según hemos visto.

Y al comentar el artículo 971 (213) del Proyecto —al que se remite en su glosa al art. 647—, cita como antecedentes las nueve leyes del libro 3, título 29 del Código, *De inofficiosis donationibus*, y la ley 8 al fin, título 4, Partida 5. Y observa:

“Los que tienen herederos forzosos no puedan donar en vida ni dejar en muerte más que la parte de bienes que reste después de cubierta la respectiva legítima de aquéllos: en lo que de éstos excediesen las donaciones y mandas se llaman inoficiosas y quedan sujetas a reducción.”

La reducción se extiende, pues, según este pensamiento, a donaciones y *dejas* o *mandas*, es decir, a donaciones y legados, pero no a la institución.

Esta diferencia tiene su germen en dos Constituciones de Justiniano de los años 528 y 529 que eliminaron la *querela*, una de ellas en el caso de atribución insuficiente (*l. Omnimodo*, Cod. III-XXVIII, 30), y la otra, en caso de gravámenes que afecten al *quantum legiti-*

(212) GARCÍA GOYENA: op. y vol. cit., art. 647, p. 97.

(213) GARCÍA GOYENA: op. y vol. cit., art. 971, pp. 314 y ss.

mario (*i. Quoniam in prioribus*, Cod. h. t., 32), que se emparenta de ese modo a la reducción de donaciones inoficiosas. Lo cual explica la relación que entre ambas existe, aunque sin llegar a confundirse (214).

e) El artículo 813, § 2.º, defiende la legítima de los gravámenes en el *quale* o *in qualitate*: declarándola liberada de los mismos: “Tampoco podrá (el testador) imponer sobre ella (es decir, sobre la legítima) gravamen, ni condición, ni substitución de ninguna especie...”.

Equivale al artículo 643 del Proyecto de 1851, que declaraba: “La legítima no admite gravamen, ni condición ni substitución de ninguna especie.”

García Goyena (215) citó como precedentes la ley 32, título 28, libro 3 del Código, es decir, la *Quoniam in prioribus*, y las leyes 17, título 1, y 11, título 4, de la Partida Sexta.

De la ley *Quoniam in prioribus* transcribió su parte dispositiva, en la que dice: “si condicionibus quibusdam, vel delationibus aut aliqua dispositione moram, vel modum, vel aliud gravamen introducenti, eorum iura (la legítima) inminuta esse videatur, ipsa condicio vel dilatio, vel alia dispositio moram, vel quodcumque onus introducens, tollatur et res ita procedat, quasi nihil eorum testamento additum esset”.

De sus citas de Partidas transcribió: “Libre e quita, sin embargo, é sin agravamiento, e sin ninguna condición; e si las ponen, non empescen al fijo heredero, magüer non las cumpla”, y comentó: “Esto es consiguiente al concepto de *deuda natural*, que dan las mismas leyes a la legítima; y el deudor no puede dictar leyes al acreedor en el pago.”

En la misma línea de la *Quoniam in prioribus* debemos colocar la ley *Scimus*, § *Cum autem* (Cod. h. t. 36, § 1.º), que aplicó la supresión de la dilación en la adquisición de la legítima a quien no había sido designado heredero, sino sustituto fideicomisario universal.

Aquí hallamos la distinción de gravámenes *in quantitate* y gravámenes *in qualitate* que, en el siglo xv, Salyceto (216) remite a un autor de principios del siglo anterior, al bolognés Iacobus Butrigarius. Distinción de la que se derivaron varias consecuencias prácticas. Si bien es de notar que al hacer tal contraposición —como vamos a ver— los autores le hacen comprender el caso de atribución insuficiente, al

(214) Es de observar, sin embargo, que esa distinción no aparece en la ley *Scimus* (Cod. h. t., 36, pr. vers. *Sancimus*) que sin distinción aplica la *actio ad supplementum* “sive ab initio minus fuerit derelictum, sive extrinsecus qualiscumque causa interveniens aliquod gravamen imponat vel in quantitate vel in tempore, hoc modis omnibus repleti”. No es extraño pues que se asimilase por algún autor —como, v. gr., RODRIGO SÁNCHEZ (op. cit., Anpl. décima, n. 8, ed. cit., p. 413)— al gravamen en cantidad la atribución de menor *quantum* (“ubi apponitur gravamen in quantitate legitimae: puta quia filio relinquitur minus legitima”) aplicando a ambos el remedio de la *actio ad supplementum*.

(215) GARCÍA GOYENA: op. y vol. cit., art. 643, p. 94.

(216) BARTHOLOMÆUS DE SALYCETO: *In secunda super III et IV Codicis partem*. Lib. III, *De inoff testam.*, l. *Quoniam in prioribus*, n. 8 (cfr. ed. 1541, fol. 40).

que asimilan el propiamente dicho gravamen *in quantitate*. Así, Rodrigo Suárez (217), quien después de señalar como gravamen *in quantitate*, “*puta quia minus legitima filius fuit relictum*”, añade a contrario, al referirse al gravamen *in qualitate*, “*aliquod gravamen non in quantitate nec in condicione dandi vel faciendi*”. El gravamen *in qualitate* es expresado positivamente por el mismo autor afirmando que se da “*quando integra legitima relinquitur sed minus tempore, vel alias propter aliud onus filio appositum*”.

Se señalaron las siguientes diferencias entre ambos tipos de gravamen:

1.º La necesidad de reclamar el suplemento cuando el *quantum* dejado fuese menor que la legítima y la innecesidad de accionar para que se entendiese por no puesto el gravamen en el *quale*. Así distinguió Rodrigo Suárez (218): “*impossibile est supplementum fieri, nisi petatur; et sic quod essentiali et effectum acquisitionis, nulli modo potest fieri nisi petatur*”... “*Sed ubi apponitur aliud gravamen, puta conditionis vel dilationis, ad illud tollendum non est necesse facere aliquam actum facti, prout in casu superiori, quia ex se removetur, et filius absque aliquo actu consequitur effectum retentionis*”... “*ad hoc tale gravamen removetur, non habet necesse filius aliquid petere: neque aliquam actum facti facere: cum ipsa sit possessor, cuius contrarium est in petitione supplementi*” (219).

2.º En el supuesto de atribuirse un legado bajo la condición de no reclamar el suplemento de legítima, o bien un gravamen que no fuera de cantidad, se distinguía estimado aplicable sólo en el primer caso el § *et generaliter* de la ley *Si quando*, pues —según razonamiento de Rodrigo Suárez (220)— “*non est licitum arguere nec extendere legem quae disponit, quando filio relinquitur legitima minus re, id est, quia minuitur in quantitate, ad casum, quando integra legitima relinquitur sed minus tempore, vel alias propter aliud onus filio appositum, cum simus in materia correctoria, dato quod agatur de favore testamenti*”.

3.º En lo referente a la prescripción de la acción para que el legítimo reclame, hemos visto antes que, a diferencia del término de cinco años señalado para la *querela*, se estimó en treinta años el plazo de prescripción de la *actio ad supplementum*, pero se señaló una diferencia fundamental para los gravámenes *in qualitate*. Veamos cómo la explicó Del Castillo Sotomayor (221): en el caso de que “*filio minus legitima relictum fuisset*”, la prescripción era posible si dejaba pasar el

(217) RODRIGO SUÁREZ: *op. cit.*, Ampliat, décima, nn. 47 y 48 (pp. 425 y ss.).

(218) RODRIGO SUÁREZ: Ampliat, últ. cit., n. 8 (p. 413).

(219) En igual sentido se expresó JUAN DEL CASTILLO SOTOMAYOR: *Quotidianorum controversiarum Iuris*, Lib. V, *De coniecturis et interpretationis ultimarum voluntatum*, cap. CVII, nn. 39 y ss. y n. 60 (cfr. ed. Nova Colloniae-Allobrogum, 1752, pp. 753 y ss. y pp. 772 y ss.).

(220) RODRIGO SUÁREZ: *Ampl. Décima*, n. 47 (p. 425).

(221) CASTILLO SOTOMAYOR: *op. y lib. últ. cit.*, cap. CVII, n. 41, vers. *Itaque* (p. 755).

plazo sin reclamar el suplemento y, por tanto, su silencio podía perjudicar a sus herederos si hubiese llegado a prescribir su acción antes de su óbito; pero en el supuesto de haberse puesto un gravamen *in qualitate*, “tunc quidem gravamen reicitur ipso iure, nec habet filius necesse petere, quod tollatur, idque etiam si filius simpliciter agnovisset, et per mille annos tacuisset...; non ergo sufficeret triginta annorum lapsos, et taciturnitas, ad hoc ut gravamen firmum remaneret et filio praeiudicaret”.

¿No se ve así clara la contraposición a esos efectos entre lo previsto en los artículos 815 y 817, de una parte, y en el artículo 813, § 2.º, de otra? El artículo 815 dice que quien haya recibido menos de su legítima “podrá pedir el complemento de la misma”, y el artículo 817, que “se reducirán a petición de éstos” las disposiciones que menguan la legítima de los herederos forzosos. Y, en cambio, no exige esa petición en el artículo 813, § 2, ni tampoco en el artículo 782 respecto de las sustituciones fideicomisarias. Estos gravámenes en el *quale*, conforme al criterio tradicional, deben estimarse por no puestos; por lo cual basta que el legitimario, si está en posesión de los bienes, no cumpla el gravamen cualitativo y acepte una posición defensiva en caso de ser demandado para que los soporte.

Esa diferencia corresponde a una lógica realista. El suplemento y la reducción deben fundarse en una atribución insuficiente o en un gravamen cuantitativo de los que debe demostrarse, en aquel caso, su insuficiencia (222) o, en el segundo, la excesividad del gravamen; y ambas se apoyan en sendas acciones personales, aunque *in rem scripta*, contra el asignatario de los bienes o participaciones. En cambio, en los gravámenes cualitativos, es contrario a la economía procesal y al buen sentido que el legitimario en posesión de los bienes que integran su legítima tenga que pedir la remoción de aquéllos si nadie le exige su cumplimiento. Se trata de razones prácticas pero fundamentales para todo Derecho si éste ha de ser adecuado a la vida real.

21. Guillermo G. Valdecasas prescinde de todos estos precedentes para levantar *ex novo* su construcción. Sigámosle, para ver cómo concibe y explica la protección del herejero forzoso.

Al efecto, distingue: la protección de la cuota de reserva y la protección de la cuota de legítima.

a) La protección de la *cuota reservada* se realiza, a su juicio, por los siguientes medios:

1.º La *anulación total* de la institución de heredero, si hubo preterición total (223).

2.º La *anulación parcial* de la institución de heredero, mediante la cual el testador, habiendo sobrepasado la parte de libre disposición,

(222) Incluso en caso de institución en menor cuota ha de probarse la insuficiencia; pues cabe que el legitimario haya recibido donaciones imputables a su legítima, que habrán de computarse e imputarse para comprobar si sufre o no lesión en ella.

(223) GUILLERMO G. VALDECASAS: loc. cit., II, 2, pp. 965 y s.

priva al heredero forzoso de la cuota hereditaria que la ley le reserva”, “no habiendo preterición”. En ese caso, “la institución de heredero será nula solamente en la medida en que infringe la prohibición legal de privar al heredero forzoso de su cuota hereditaria; en lo demás, la institución es válida” (224).

“La nulidad parcial de la institución de heredero —precisa (225)— es radical y se produce *ipso iure* en el momento del fallecimiento del testador, que es también el momento en que se defiere y transmite al legitimario la cuota reservada”.

Afirmaciones acordes con la de páginas antes, cuando nos dice (226) que se produce “la delación forzosa de la cuota reservada si la institución de heredero hecha por el testador, sobrepasa la parte de libre disposición en perjuicio de la legítima del desheredado”.

b) La protección de la *cuota legítima* tiene lugar, según nos dice (227), a través de la *acción de reducción*, que califica como “la acción protectora característica de esta última”.

En cambio, estima que “la acción de nulidad parcial de la institución de heredero es la protección específica que la ley dispensa a la cuota hereditaria reservada”. Ello le invita a cotejar ambas protecciones, dictaminando que mientras “la primera sólo persigue la declaración de una nulidad operada por ministerio de la ley (es acción de nulidad, pero no de anulación), la acción de reducción presupone la validez de las liberalidades otorgadas por el causante y persigue, mediante la reducción de dichas liberalidades, la obtención de los bienes necesarios para completar la legítima”.

“La acción de reducción se puede dirigir (legitimación pasiva) contra los herederos, legatarios y donatarios”. Pero cuando la acción se dirige contra los herederos testamentarios, “su objeto es el haber o porción de bienes que éstos adquirirían en virtud de su participación hereditaria. La reducción no afecta a esta última, la cual, no excediendo de la parte de herencia disponible, fue asignada válidamente por el testador. Contra la institución de heredero existe la acción de nulidad total (caso de preterición) o parcial (caso de privación de la cuota reservada sin que haya preterición), pero no la acción de reducción” (228).

Como podemos ver, la construcción de G. G. Valdecasas discrepa notablemente de la que los antecedentes del Código civil nos muestran. ¿En qué fundamenta, pues, este autor, su formulación? Para mayor comprensión, ceñiremos de momento nuestro examen a su explicación de esta acción de nulidad parcial, que, según nos afirma, se produce *ipso iure*, “operada por ministerio de la ley”, y “es acción de nulidad y no de anulación”. Veamos cuáles son sus razones:

“Ello es una consecuencia inevitable de la prohibición impuesta al testador de disponer de la legítima (es decir, de la cuota reservada)

(224) G. G. VALDECASAS: II-3, p. 968.

(225) *Ibid.*, p. 970.

(226) P. 967.

(227) G. G. VALDECASAS: III-3, p. 975.

(228) Pp. 975 *in fine* y 976 *principium*.

(artículo 806), privando de ella al heredero forzoso (art. 813). Si los actos ejercitados contra lo dispuesto en la ley son nulos (art. 4.º del Código), nula será la institución de herederos mediante la cual el testador, habiendo sobrepasado la parte de libre disposición, priva al heredero forzoso de la cuota hereditaria que la ley le reserva... Si con arreglo a lo dispuesto en el apartado 2.º del mismo artículo 813, hay que considerar nulos los gravámenes impuestos por el testador sobre la cuota reservada, con mayor razón habrá que considerar nula la institución de heredero en cuanto implica disponer de dicha cuota en perjuicio del heredero forzoso, que se vería privado de ella" (229).

El razonamiento busca apoyo positivo en los artículos 806, 4 y 813 del Código civil. Conviene, por tanto, comprobar si efectivamente le ofrecen base para ello.

1) El artículo 806 le presta la expresión "de que el testador *no puede disponer por haberla reservado la ley a determinados herederos* llamados por esto *herederos forzosos*". Literalmente son las palabras subrayadas las que mejor apoyo le brindan. Pero de precisar su sentido ya nos habíamos ocupado hace bastantes años (230). Ahora, sin perjuicio de remitirnos a lo que allí expusimos, sólo sintetizaremos los resultados de aquel análisis:

a) La expresión "*de que el testador no puede disponer*" no cabe tomarla en sentido total ni absoluto. En efecto:

— No alcanza a los actos verificados a título oneroso.

— Tampoco es absoluta, en sus efectos, respecto a las donaciones *inter vivos* que resulten lesivas a las legítimas, ya que aquéllas no son nulas, total ni parcialmente, sino tan sólo reducibles—a solicitud de quienes determina el artículo 655—en la medida estrictamente necesaria para que dicha lesión desaparezca y sin obstar los efectos prevenidos en el artículo 654.

— Y ni siquiera es absoluta tratándose de disposiciones *mortis causa*: 1.º) Porque de esa "porción de bienes de que el testador no puede disponer".—según el artículo 806—, que respecto de los hijos y descendientes legítimos es de dos terceras partes del haber hereditario del padre o madre—según el § 1.º del artículo 808—, "sin embargo—según el § 2.º de este artículo—, podrán éstos disponer de una parte de las dos que forman la legítima para aplicarla como mejora a sus hijos y descendientes legítimos". 2.º) Porque explica su sentido relativo, el artículo 763 C. c., al decir: "El que tuviere herederos forzosos sólo podrá disponer de sus bienes en la forma y con las limitaciones que se establecen en la Sección quinta de este capítulo". Lo que perfectamente "admite que el causante—como razona Roca Sastre (231)— pueda disponer de *sus bienes*, o sea, de todos ellos, si bien debiéndolo

(229) P. 968.

(230) *Apuntes de Derecho Sucesorio*, I parte, § 3 y § 4 (cfr. ed. sep., pp. 25 y ss. y 36 y ss. y A. D. C. IV-II, pp. 441 y ss. y 452 y ss.).

(231) ROCA SASTRE: *Naturalza jurídica de la legítima*, en Rev. Der. Priv. XXVIII (marzo 1944), p. 194.

efectuar en la forma y con las limitaciones que el Código civil establece en materia de legítimas”.

b) Las palabras “*por haberla reservado la ley*” no pueden tomarse en el sentido técnico que en Derecho francés tiene la voz “*réserve*”, es decir, da la “*pars reservata*” característica de la legítima germánica directamente atribuida por la ley a los herederos forzosos. No podemos olvidar que el sustantivo “reserva” y el verbo “reservar” tienen un significado técnico distinto en el Código civil español en sus artículos 811 y 968 y ss. Ningún artículo usa, en cambio, la palabra *reserva* como equivalentes a *legítima*.

Por tanto, hay que considerar que el término “reservado” se usa en el artículo 806 del Código civil en su acepción gramatical. La del Diccionario de la Real Academia de la Lengua, más adecuada al caso: “*Destinar un lugar o una cosa, de un modo exclusivo, para uso, o personas determinadas*” y “*Separar o apartar uno algo de lo que se distribuya, reteniéndolo para sí o para entregarlo a otro*”.

Ni *destinar*, ni *separar*, ni *apartar*, equivale en nuestro idioma a *transmitir* ni a *disponer* en su sentido técnico. Según las acepciones del mismo Diccionario aplicables al caso. “*Destinar*” es “ordenar”, señalar, determinar una cosa para algún fin o efecto”; “*Separar*” significa “poner una persona o cosa fuera del contacto o proximidad de otro” o “distinguir unas de otras, cosas o especies”; y “*Apartar*” equivale a “separar, dividir”.

Así queda confirmado que: a) el testador no puede disponer de esa porción de su herencia fuera del destino señalado a la misma por la ley; β) pero que puede hacerlo respetando ese destino.

c) La denominación “*herederos forzosos*”, como reconoció De Buen (232), es usada en el Código civil y por nuestra jurisprudencia “en un sentido muy general”.

Esta denominación era la tradicional en el Derecho de Castilla antes de la promulgación del Código civil y, sin duda, se ha conservado por esa razón, a pesar de resultar terminológicamente rezagada ante los cambios normativos operados (233). Entonces resultaba totalmente exacta y coincidía con la calificación de “legitimarios”, pues no lo eran ni le cónyuge viudo ni los hijos y padres naturales —hoy enumerados en el número 3 del artículo 808 entre los que “son herederos forzosos” y la legítima debía dejarse a *título de herencia*, conforme la Novela CXV y no “por cualquier título”, como hoy se desprende del artículo 815 C. c. (234).

(232) DEMÓFILO DE BUEN: Notas al *Curso Elemental de Derecho Civil* de A. Colín y H. Capitán, t. VIII (Madrid, 1928), p. 330.

(233) Cfr. nuestros *Apuntes de Derecho Sucesorio*, I parte, 3.º, cfr. ed. sep., pp. 25 y ss. y A. D. C. IV-11, pp. 441 y ss.

(234) JOSÉ PUIG BRUAT (Fundamentos de Derecho Civil, vol. V-III, Barcelona, 1964, I, 2, III (pp. 13 y ss.) nos recuerda que: “En materia de interpretación de contratos existe abundante jurisprudencia que afirma que han de calificarse por su propio contenido y no según la denominación más o menos acertada que las partes le hayan dado. Una verdad tan elemental debe regir también en la interpretación de la ley. Los preceptos legales deben interpretarse

Recordemos que Escriche (235), en su *Diccionario*, definió: “*Herederero forzoso o necesario*: el que no puede ser excluido de la herencia por el testador sin causa legal... Dicese *forzoso* y *necesario*, porque el testador no puede prescindir de nombrarle heredero y, en cierto aspecto, se llama también legítimo, porque la ley prohíbe que se le prive de la herencia”.

La evolución del concepto, aun conservándose la misma denominación, se constata al leer el artículo 640 del Proyecto de 1851 (anterior del art. 806 del Código civil) que decía así: “Llámanse herederos forzosos aquéllos a quienes la ley reserva en los bienes del difunto cierta porción, de que no puede privarlos sin causa justa y probada de desheredación. La porción reservada se llama legítima”.

Es decir: *Ya no se definen como aquellos que el testador no puede prescindir de nombrarles herederos, sino como aquellos a quienes no puede privarles de cierta porción de bienes.*

Por lo demás, queda clara la raigambre romana en la glosa de García Goyena (236) “porque la legítima es *debito natural, debitum naturale*, según le expresión de las leyes 17, título 1; 7, título 11, Partida 6, y la 36, párrafo 2, título 28, libro III del Código”.

Las tres referidas expresiones nada deciden, pues, en contra de la interpretación a la cual, conforme el Derecho tradicional, en lo que no haya sido claramente modificado en el Código, nos llevan los precedentes que hemos examinado antes (n. 20).

II) El artículo 4.º del Código civil ofrece a G. G. Valdesasas el siguiente razonamiento: Si los actos ejecutados contra lo dispuesto en la ley son nulos, “nula será la institución de heredero mediante la cual el testador habiendo sobrepasado la parte de libre disposición, priva al heredero forzoso de la cuota hereditaria que la ley le reserva. Pero si en el caso de preterición es total, no habiendo preterición la institución de heredero será nula solamente en la medida en que infringe la prohibición legal de privar al heredero forzoso de su cuota hereditaria”.

El razonamiento, a primera vista, parece demasiado simple para poder ser aceptado sin matizaciones. La interpretación del artículo 4 C. c. no es tan sencilla. La vida jurídica es más compleja y tiene muchos matices que captar, los cuales nos obligan a continuos distingos en busca de lo más adecuado y más justo.

Nos ahorra la respuesta nuestro querido maestro Federico de Castro (237), al comentar el artículo 4.º, de quien transcribimos:

-----  
y calificase por su propio contenido y efectos con independencia de como hayan sido calificados por el legislador. Por ello, a pesar de que el art. 806 habla de herederos forzosos, sostenemos que no se encuentran propiamente herederos de esta clase en el Código civil”.

(235) JOAQUÍN ESCRICHE: *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia* (3.ª ed. Madrid, 1847, t. II, p. 15).

(236) GARCÍA GOYENA: *Op. y vol. cit.*, art. 640, p. 92.

(237) FEDERICO DE CASTRO Y BRAVO: *Derecho Civil de España, Parte General* (3.ª ed. Madrid, 1955), parte V, cap. I, N.º-2, p. 599.

“Sería erróneo deducir la nulidad, automáticamente, del hecho que un acto no reúna los requisitos señalados en la ley o de que esté, en parte o su conjunto, prohibido por una ley. No debe olvidarse que el derecho puede reaccionar de modos muy distintos frente a un acto contrario a sus preceptos. En términos generales, la nulidad se produce de modo inmediato y necesario cuando la ley vaya dirigida contra la eficacia del mismo acto, lo repudie y estigmatice de jurídicamente ilícito. Hay, en cambio, bastantes casos en los que la ley rechaza tácitamente la sanción de nulidad; así, por ejemplo, cuando la ley no pretende la ineficacia misma del negocio, sino la consecución (mediante la prohibición o exigencia de un requisito) de un resultado lateral; cuando se señale otro tipo de sanción, más o menos grave, como una pena, la anulabilidad o la rescisión.”

Los efectos de los actos verificados por el causante en contra de la prohibición del artículo 806, están determinados por normas particulares y concretas, como los artículos 813, § 2; 814, 815, 817 y ss., 851, 654, 782, etc. Por lo cual no parece necesario acudir a la regla general si tenemos reglas específicas que, en cada caso, nos determinan el alcance del incumplimiento del deber de respetar la legítima. Reglas específicas, elaboradas artesanalmente por los juristas, adecuándolas a las necesidades de la realidad y evitando todos los excesos respecto la *ratio* concreta en cada supuesto.

III) El artículo 913 le invita a deducir, de menor a mayor, que: “Si con arreglo a lo dispuesto en el apartado 2.º del mismo artículo 813, hay que considerar nulos los gravámenes impuestos por el testador sobre la cuota reservada, con mayor razón habría que considerar nula la institución de heredero, en cuanto implica disponer de dicha cuota en perjuicio del heredero forzoso, que se vería privado de ella.”

Pero este razonamiento, puramente lógico formal, que de menos a más deduce que si lo menos es nulo, más nulo aún será lo más, olvida cuál es la *ratio* de la nulidad de los gravámenes cualitativos puestos a la legítima asignada por el mismo testador a uno de sus legitimarios. Pero, aparte de que es dudoso que pueda considerarse *más* lo cuantitativo respecto de lo cualitativo, antes hemos visto cómo fue explicado por Rodrigo Suárez tal diverso efecto, y hemos ido aprendiendo por qué mientras la *querrela* debe ejercitarse en breve plazo y no es transmisible a los herederos si, por lo menos, no la hubiese preparado quien pudo ejercitarla, y que se extingue por la aceptación de cualquier legado, en cambio la *actio ad supplementum* puede ejercitarse en mayor lapso, no se extingue por la aceptación de un legado insuficiente y es transmisible a los herederos mientras no haya prescrito, y por otra parte, como en caso de imposición de gravámenes *in qualitate* sobre la legítima, no le hace falta al legitimario, que posea los bienes correspondientes, entablar reclamación alguna, sino que le basta desconocer el gravamen.

La genealogía respectiva de los artículos 813, § 2; 815 y 851 C. c.

también inutiliza el argumento que criticamos, al indicarnos que entre uno y otro de esos supuestos no existe conexión lógico formal ni lógico conceptual, sino conexión lógica vital, de razón práctica e incluso de economía jurídica.

22. Además de buscar los apoyos positivos que hemos examinado, G. G. Valdecasas, para justificar su tesis de que en el régimen sucesorio del Código civil existe una cuota de reserva, necesita remover el obstáculo que le ofrece el artículo 815.

“De él —nos dice (238)— se pretende deducir que el heredero forzoso a quien el testador haya privado de toda participación en la herencia, si ha recibido del mismo alguna liberalidad a título de legado sólo podrá pedir el complemento de su legítima, conservando plena validez la institución de heredero.”

Pero, a su juicio, no es así. Veamos cuáles son las razones que al efecto aduce:

“De nuevo nos encontramos con las funestas consecuencias de no distinguir entre la legítima como cuota hereditaria y la legítima como cuota de valor. El artículo 815 se refiere a esta última estableciendo que el heredero forzoso que no alcance a cubrirla con lo que el testador le haya dejado por cualquier título podrá pedir el complemento de la misma. Ahora bien, es evidente que de este principio tan elemental como indiscutido no se deduce que el testador pueda privar al heredero forzoso de la participación hereditaria que le reserva la ley. Tan exagerada deducción tiene, sin embargo, su explicación: la palabra *complemento* empleada en el artículo 815 ha despertado en la memoria de los autores el recuerdo de la antigua acción de complemento...” “Todas estas conclusiones serían válidas si se logra demostrar que el artículo 815 recoge en toda su pureza la *actio ad suppleendam legitimam* tal como se conocía en el Derecho romano anterior a la Novela 115 de Justiniano. Mientras tanto nosotros no vemos en el artículo 815 más que el reconocimiento del derecho de todo heredero forzoso al complemento de su legítima cuando lo adquirido del testador a título gratuito (herencia testada e intestada, donación o legado) no basta para cubrir aquélla. La acción de que dispone el legitimario para completar su legítima es la acción de reducción. No existe en el Código civil una acción de complemento autónoma y perfectamente diferenciada de la acción de reducción...” “La posibilidad de dirigir la acción de reducción contra los herederos testamentarios está reconocida implícitamente en el artículo 817.”

En este supuesto G. G. Valdecasas no sólo va contra los precedentes del precepto, sino incluso contra su letra (“podrá pedir el complemento de la misma”). Da por transformado el efecto característico de la *actio ad supplementum* romana, vigente hasta el momento de la promulgación del Código civil, en otro efecto distinto que considera como típico de la *reserva*.

(238) G. G. VALDECASAS: Loc. cit., II-3, pp. 968 y s.

Pese a no demostrar tal transformación y a que, al parecer, ésta contradeciría la letra del precepto, este autor pone una condición para aceptar la opinión contraria: que le sea demostrado que el artículo 815 recoge, en toda su pureza, aquella acción romana. Y aun, en contra de esta posibilidad, anota lo siguiente (239):

“Según la Novela 115, el legitimario debía ser instituido heredero aunque fuera en una cuota inferior a la legítima, pues en otro caso, existía preterición y se abría la sucesión intestada. Así, pues, el legitimario era siempre heredero, pudiendo ejercitar la acción de complemento cuando la cuota testamentaria era inferior a la legítima. Este régimen era el vigente en el Derecho español inmediatamente anterior al Código civil. Pero mientras en el Derecho romano la nulidad parcial de la institución de heredero era impedida en vía de principio, por la imposibilidad de concurrencia de la sucesión testada y la intestada, en el Derecho español nada se opone a la nulidad parcial.”

Subrayemos, en primer lugar, el defecto lógico que, a nuestro juicio, significa la negación de que se conserve una acción si no se mantiene “en toda su pureza”, y así como, también, la afirmación consecuente con la que da por prejuzgado el cambio total del sistema en tanto estime no demostrado que una de las piezas antigua se haya mantenido “en toda su pureza”. Exigencia que supone el olvido de que, en caso de conservarse la pieza antigua aunque no sea en toda su pureza, es más lógico entender que el sistema anterior solamente habrá sido modificado, pero no transformado en otro contrapuesto al mismo.

Por otra parte, la razón alegada de que por haber desaparecido la necesidad de ejercitar la *actio ad supplementum*, debido al hecho de la desaparición del principio *nemo pro parte testatus et pro parte intestatus decedere potest*, debe estimarse establecida la acción de nulidad parcial de la institución, tampoco nos resulta de rigor lógico. Para ello haría falta demostrar: 1.º, que la *actio ad supplementum* fue una consecuencia de aquel principio y que no tenía otra justificación; y 2.º, que la abolición de aquel principio dejó esa acción sin justificación, de tal modo que el cambio de ésta por la de nulidad hubiese sido una consecuencia inevitable.

La primera demostración, es tanto más improbable que pueda conseguirse por cuanto es evidente que aquel principio de la incompatibilidad de las sucesiones testada e intestada fue precisamente exceptuado en el Derecho romano en ciertos supuestos (que antes hemos recordado) de ejercicio *pro parte* de la *querela*.

Y, además, nos parece que es muy fácil constatar que la *actio ad supplementum* es recogida “en toda su pureza” en el artículo 815, pese al cambio que estimamos operado en el concepto de preterición, que antes —conforme a la Novela CXV— sólo requería la no institución como heredero de un legitimario, aunque a éste se le dejase algo a título de legado, mientras que hoy, conforme al artículo 815, la

(239) G. G. VALDECASAS: Loc. cit., nota 23, p. 969.

preterición creemos que requiere que algún legitimario sea totalmente omitido en el testamento del *de cuius* (240). Es decir, que nos parece perfectamente compatible el hecho de que el artículo 815 innove, en cuanto a eliminar de la preterición los supuestos en que el testador haya dejado algo a un legitimario a título diverso del de heredero, con la apreciación de que la *actio ad supplementum* se conserva en toda su pureza.

No hay antinomia entre ambas afirmaciones. Lo prueban así: el hecho, antes comprobado por nosotros, de que podía optarse por el ejercicio de la *actio ad supplementum* en lugar de ejercitar la *querela* o el *ius dicendi nullum*; que, conforme la ley *Si quando*, § *Et generaliter* (Cod. III-XXVIII., 35, § 2.<sup>o</sup>), la aceptación de un legado por el hijo no instituido le vedaba el ejercicio de estas dos acciones y, por el contrario, conservaba la acción de suplemento. Es decir, que la posibilidad de ejercicio de la *actio ad supplementum* no dependía de que no hubiese habido preterición. Y, además, el complemento no se recibía a título universal de heredero, puesto que —según frase de Bartolo (241)— conforme la ley *Papinianus*, § *Quarta* (Dig. VI-II, 8, § 9), dicho suplemento “*datur acre alieno deducto... ergo habetur ut particularis successio*”.

Por lo demás, no sólo tenemos el testimonio de García Goyena, antes invocado (cfr. supra 20, c, y nota 210), del que resulta muy claro que el artículo 645 del Proyecto de 1851 —del cual, conforme el criterio de la Base 1.<sup>a</sup>, se tomó el vigente 815— recoge la *actio ad supplementum* y reconoce la posibilidad de satisfacer la legítima “por cualquier título”, superando la vieja preocupación de atender “más al honor del título que a la realidad de la cosa, o al valor de lo dejado”. También los primeros comentarios del Código civil nos confirman unánimemente que éste fue el sentido del artículo 815. Así puede verse en Manresa (242) —que, como es sabido, formó parte

(240) La cuestión de si es suficiente haber recibido algo por donación intervivos para que entre en juego el art. 815 y para que se excluya la aplicación del 814, nos parece insuficientemente planteada, si no se precisa si el donatario ha sido o no mencionado en el testamento del *de cuius*. La segunda hipótesis se daba en el supuesto de hecho de la S. de 17 de junio de 1908, la cual, por lo tanto, no puede aducirse para los casos comprendidos en la primera hipótesis (cfr. nuestros *Apuntes de Derecho Sucesorio*, III, § 1.<sup>o</sup>, cf., ed. separada, pp. 307 y ss., y A. D. C., VII-III, julio-septiembre 1954, pp. 657 y ss.).

(241) BARTOLO; loc. cit., I. *Pater filium*, n. 16 (fol. 180).

(242) JOSÉ MARÍA DE MANRESA Y NAVARRO: *Comentarios al Código Civil Español*, art. 814, comentario, 1.<sup>o</sup> B y art. 815, precedentes (cfr. t. VI, 6.<sup>a</sup> ed. Madrid, 1932, p. 349 y pp. 356 y s.), donde respectivamente dice:

“Podría discutirse en el art. 814 si era o no necesario que se reconociese el derecho del heredero como tal heredero, pero el art. 815 desvanece esta duda.”

Y después de citar los antecedentes de la ley 5.<sup>a</sup>, tít. 8.<sup>o</sup>; ley 30, tít. 2.<sup>o</sup>, libro 3.<sup>o</sup> del Código y Novela 115, destaca que: “El art. 645 del proyecto de 1851 innovó esta doctrina, que, como dice García Goyena, atendía más al honor del título que a la realidad de la cosa, y copia de ese artículo es el 815 que nos ocupa”.

de la Comisión Codificadora—, Bofarull (243), Navarro Amandi (244), López R. Gómez (245), Bonel (246), Sánchez Román (247), Scaevola (248), Falcón (249), Burón (250).

(243) MANUEL DE BOFARULL: *Código civil español*, art. 815 (cfr. 3.<sup>a</sup> ed. Madrid, 1889, p. 259, nota 4), donde *había en pretérito* al aludir a la nulidad del testamento en caso de no institución como heredero del legitimario y a la procedencia del complemento solamente si se reunía este requisito, según la legislación anterior (así dice “*era nulo*”, “*sólo procedía el complemento*”). La comparación del artículo transcrito con sus precedentes indicados en la nota, refiriendo las diferencias, parece que no deja lugar a suponer que dudara de que se había operado un cambio.

(244) MARIO NAVARRO AMANDI: *Cuestionario del Código civil Reformado*, t. III, art. 814, cuestión 2.<sup>a</sup>, pp. 306 y s. (Madrid, 1890): “El heredero forzoso a quien se deja su legítima a título de legado, ¿podrá pedir la nulidad de la institución? Concretamente resolvía este caso la ley de Partidas optando por la nulidad a menos que el legitimario aceptase el legado sin protesta de ejercitar su acción. La razón era que se atendía más al honor del título que a la realidad de la cosa o al valor de lo dejado. El Código se ha separado, y ha hecho bien, de ese rigorismo, como puede verse en las palabras “por cualquier título:” que se leen en el artículo siguiente”.

(245) NICOLÁS LÓPEZ R. GÓMEZ: *Tratado teórico-legal del derecho de sucesión*, t. I (3.<sup>a</sup> ed. Madrid, 1916), pp. 524 y 525; donde concluye que “el heredero al que por cualquier título, como el de legado, se le deje menos de su legítima, podrá pedir el complemento de la misma...”.

(246) LEÓN BONEL Y SÁNCHEZ: *Código civil español, comentado y concordado con el derecho foral vigente*, art. 815 (Barcelona, 1890, t. III, p. 428); donde después de exponer la doctrina del artículo, coloca la preposición “mas” antes de evocar los antecedentes que, para que no hubiese preterición, exigían que se hubiera dispuesto a título de heredero a favor de quien en otro caso podría invocarla; los cuales, al igual que el ejemplo que al final expone para explicarlos, refiere en tiempo de *pretérito*.

(247) FELIPE SÁNCHEZ ROMÁN: *Estudios de Derecho Civil*, t. VI, vol. 2.<sup>o</sup>, cap. XV, n. 111 (2.<sup>a</sup> ed. Madrid, 1910, p. 937), después de indicar que, en el Derecho vigente antes del Código civil, sólo cuando el legitimario “era instituido heredero en parte o cantidad inferior a lo que le correspondiera por legítima, era cuando bastaba el ejercicio de la acción *ad supplementum* para completarla”, observa que: “El art. 815 se aparta de este criterio estricto y se ajusta a la única necesidad que lo inspira, cual es la de que *se complete* la legítima del heredero forzoso, a quien *por cualquier título* se le haya dejado *menos* de lo que le corresponda”.

(248) MATEUS SCAEVOLA: *Código civil, comentado y concordado extensamente*, t. XIV, arts. 813 a 817, III, C (cfr. 6.<sup>a</sup> ed., Madrid, 1944, p. 429 y ss.), dice que:

“Una diferencia de importancia existe entre la doctrina derogada de la legislación anterior y la vigente del Código. Conforme la primera, era menester, para que procediese la acción *supletoria* o de complemento, que lo dejado al que la ejercitaba fuese a título de heredero; de ser en otro concepto, procedía la nulidad del testamento, su quebrantamiento”.

“El Código ha mitigado este rigorismo. Atento a lo principal, a que el heredero forzoso perciba a la muerte del causante la porción que le corresponde por legítima, prescinde de la modalidad de la disposición y le computa a cuenta de la legítima lo que le haya dejado el testador *por cualquier título*; esto es, lo mismo por herencia que por legado, manda o donación.”

(249) MONESTO FALCÓN: *Exposición doctrinal del derecho civil común y foral*, lib. III, cap. III, sec. II, párrafo V, n. 11 (cfr. 5.<sup>a</sup> ed. Barcelona, 1897, t. III, p. 238), expuso:

“Cabe un término medio entre la institución de los herederos legítimos y

¿Puede quedar duda alguna, respecto estos extremos, después de leer el comentario de García Goyena al artículo 645 del Proyecto de 1851 y de los referidos comentaristas, coetáneos a la promulgación del Código civil, que hemos transcrito en las notas anteriores?

Si alguna modificación indican estos comentarios respecto la pureza con que es recogida la *actio ad supplementum* en el artículo 815, se refiere al hecho de que esta acción ya no puede resultar innecesaria, por el ejercicio de la *querrela*, cuando el testador les haya dejado algo a título singular, al haber sido excluido en este supuesto el ejercicio de la *querrela*. Nosotros hemos anticipado que esto no afecta a la pureza intrínseca de la acción de complemento, sino que tan sólo repercute extrínsecamente al eliminar un recurso de mayor fuerza superpuesto y antepuesto a aquél, en caso de atribución a título distinto al de heredero, a partir de la Novela CXV. Repetimos que esta posibilidad no había afectado a su esencia, como lo demuestra la conservación de la acción de suplemento aun después de haber renunciado el legitimario —expresa o tácitamente por la aceptación de un legado— a reclamar la nulidad de la institución o a ejercitar la *querrela*. Como vimos, la acción de suplemento, cabía si la legítima se hubiera asignado cuantitativamente incompleta a título de legado, siempre y cuando el legitimario no pretendiera remediar su lesión más contundentemente con el ejercicio de la *querrela*.

Pero, aun cuando no fuera así, y el cambio operado por el artículo 815 afectase a la pureza de la *actio ad supplementum*, ¿podría deducirse de ello una consecuencia de un sentido opuesto al de la modificación? ¿Se puede negar que el artículo 815 autoriza a dejar la legítima por cualquier título y, a la vez, opinar que dicha posibilidad excluye que dicha acción haya sido recogida con toda su pureza? Y, partiendo de su no recepción en toda su pureza, ¿cabe alegar que no ha sido recogida de modo alguno, sino que la ley atribuye directamente la legítima a título de herencia, y que el artículo 815 sólo regula la acción de nulidad parcial de la institución con su consiguiente reducción? Sentimos no hallar base suficiente para apoyar ese resultado, ni camino lógico para llegar a él.

---

su preferición por el testador: cabe que el testador les deje por vía de legado, donación u otro título legal una parte de la legítima, sin completarla. En este caso asiste a los herederos legítimos, que en tales circunstancias se encuentran, el derecho a pedir el suplemento de la legítima. La institución de heredero no se invalida en este caso, porque no hay verdadera preferición de los herederos forzosos."

(250) GREGORIO BURÓN GARCÍA: *Derecho Civil Español, según los principios, los códigos y leyes precedentes y la reforma del Código civil*, § 973 (ed. Valladolid, 1898, t. III, p. 811), comparó: "El heredero forzoso a quien el testador haya dejado, por cualquier título, menos de la legítima que le corresponda, puede pedir el complemento de la misma. Para esto exigía antes la ley precisamente, tratándose de la legítima de los hijos, que el padre dejase a alguno de éstos alguna cosa como heredero, y no fuera bastante para completar su porción legítima, pues si se lo dejaba a título de legado, entonces podría quebrantar el testamento por medio de la queja de inoficioso testamento si el

23. Todavía encuentra G. G. Valdecasas otro obstáculo a destruir para dejar franco el camino a su tesis. Oigámosle (251):

“Uno de los argumentos empleados con más insistencia por quienes niegan al legitimario la cualidad de heredero se basa en la errónea suposición de que el legitimario no sucede en las deudas hereditarias. Se pretende obtener esta suposición del artículo 818...”

Pero, a su juicio, ... “se basa en una equivocada interpretación del artículo 818, cuya única finalidad es determinar el valor de la cuota de legítima, a efectos de averiguar si las liberalidades del causante son o no inoficiosas. La deducción de las deudas (*no su liquidación*) es una simple operación de contabilidad hecha solamente sobre el papel”.

Sin embargo, en el Código civil parece necesario el cálculo de la legítima, como *pars honorum*, no sólo a efectos de la reducción de donaciones y legados, sino también a los del cálculo del complemento, previsto en el artículo 815 —antes examinado—, cuando se hubiese recibido por cualquier título menos de la legítima.

¿Existe alguna base en la letra, en la sistemática, en la lógica institucional o en los antecedentes históricos del Código civil para estimar que el cómputo de la legítima de que habla el artículo 815 difiere del explicado en el artículo 818? Hasta ahora hemos visto desmentida esta idea. Nos viene precisamente a la mano un texto de Febrero (252) en el que leemos: “La imputación o computación es un remedio introducido por Derecho para excluir la querrela de inoficioso testamento. En virtud de este remedio, puede el hijo, a quien su ascendiente dexó menos que la legítima que se le debe, intentar el suplemento de ésta, con tal que reciba en cuenta, y se le impute en ella lo que su padre, o ascendiente le dio.”

El precedente inmediato del artículo 818 es el artículo 648 del Proyecto de 1851. García Goyena (253), al glosar las palabras “*Al valor líquido*”, invoca las leyes 39, tít. 16, libro 50 del Digesto; 8, tít. 33 de la 7.<sup>a</sup> Partida, y 8, § 9, tít. 2, lib. 5 del Digesto.

Es de notar que entre la primera y la segunda leyes citadas hay una interesante trasposición, que creemos aclara el sentido del artículo 806 del Código civil, y con éste los demás del mismo cuerpo legal referentes a la legítima.

El texto de Ulpiano recogido en el Digesto L-XVI, 39, § 1.<sup>o</sup>, dice que: “*Bona*” intelliguntur cuiusque, quae deducto aere alieno supersunt”. En cambio, la ley 8, tít. 33 de la 7.<sup>a</sup> Partida emplea, en lugar de “*Bona*”, la palabra “*Herencia*”.

“*Herencia* —dice— es, la heredad, e los bienes, e los derechos de algund finado; sacando ende las debidas que devia, e las cosas que fallaren agenas.”

*fijo non rescíbese aquella parte, o recibéndola protestase diciendo que le fincase en salvo la querrela”.*

(251) GUILLERMO G. VALDECASAS: loc. cit., pp. 963 y s.

(252) JOSEF FEBRERO: *Librería de Escribanos*, parte segunda, lib. II, cap. III, § 1.<sup>o</sup>, n. 3 (cfr. ed. Madrid, 1781, II<sup>a</sup>-II<sup>o</sup>, pp. 185 y s.).

(253) FLORENCIO GARCÍA GOYENA: op. y vol. cit., arts. 648 (pp. 97 y s.).

El artículo 806 del Código, al definir la legítima, no habla de *porción de herencia*, sino de *porción de bienes*, expresión más exacta al referirla a un activo líquido de bienes. García Gayena había comentado, antes de hacer la cita de esas dos leyes: “*porque no se entiende por bienes sino lo que resta hecha esta deducción y pago.*”

El tercer texto citado por este autor es uno de Ulpiano, conocido por *lex Papinianus*. § *Quarta* (Dig. V-II, § 9), que concreta la legítima: “*autem accipietur scilicet deducto aere alieno et funeris impensas*”.

Bartolo (254), precisamente de esta l. *Papinianus*, § *Quarta*, definió “*sed ista legítima datur aere aliena deducto*”, “*ergo habetur ut particularis successio*”, aplicando esta conclusión a la *actio ad supplementum*.

La legítima, como medida, fija una *pars honorum*, no una *pars hereditatis*. Determinado el montante de esa *pars honorum* sirve de módulo: tanto para el complemento de lo asignado como para la reducción de las mandas y donaciones inoficiosas.

Antes—bajo el régimen de la Novela CXV—había que cotejar esta *pars honorum*, una vez fijada: a) ya fuese con la *pars hereditatis*—atribuida por el testador o abintestato—más las donaciones imputables a la legítima del cuestionante: en los casos normales de atribución de la legítima a título de herencia, en los cuales la *pars hereditatis* debía traducirse, a efectos de poder hacer tal cotejo, en su montante activo líquido; b) ya fuese con la *pars honorum*, representada por la *res certa* del instituido en ella, concurrendo con *heredes ex asse*, o por el legado aceptado por el legitimario que hubiese renunciado—expresa o tácitamente, con la aceptación de dicho legado, a la *querela* o al *ius dicendi nullum*—más las donaciones imputables a su legítima que hubiese recibido.

Hoy esa *pars honorum*, pudiéndose atribuir la legítima por cualquier título—conforme al artículo 815, según hemos visto—, habrá que cotejarla, bien sea con una *pars hereditatis*, una vez calculado su valor líquido, incrementada con las donaciones y legados imputables a la legítima, en caso de haber sido instituido heredero o serlo abintestato el legitimario; o bien con una *pars honorum* si el legitimario, sin haber sido preterido ni injustamente desheredado, no fue instituido heredero, pero recibió algo a cuenta de su legítima.

24. Pero G. G. Valdecasas, además del argumento que acabamos de criticarle, añade otras razones, que conviene examinar.

“También se debe objetar—dice—que dentro de un patrimonio no es posible separar la titularidad de los derechos o activo patrimonial de la titularidad de las deudas o pasivo. S. Hay, pues, contradicción en afirmar que el legitimario tiene una participación en los bienes de la herencia y negar, por otro lado, que responda de las deudas here-

(254) BARTOLO DE SANOFFERRATO: op. y lib. cit., l. *Pater filium* (Dig. V-II, 14), n. 16 (cfr. cl. cit., fol. 180).

ditarias... Si admitimos que el legitimario es copropietario de cada una de las fincas y del dinero, en proporción a su cuota legitimaria, tendremos que admitir también que al realizar su derecho un acreedor hereditario sobre cualquiera de las fincas, el legitimario ha respondido de la deuda con la participación que tenía en la propiedad de la finca."

"Aparentemente —prosigue— se salvan de la anterior objeción los autores que consideran a la legítima como una participación en el superávit hereditario, es decir, en los bienes que quedan una vez liquidadas las deudas. Pero esta doctrina tiene el grave inconveniente de subordinar la adquisición de la legítima a la previa liquidación de las deudas hereditarias, cuando es lo cierto que la ley no exige tal requisito previo para que el legitimario reclame su legítima y pueda ejercitar las acciones que la protegen. El artículo 818... habla de deducir y no de liquidar, refiriéndose con dicha palabra a una operación de contabilidad que nada tiene que ver con una supuesta exención de responsabilidades del legitimario por las deudas hereditarias. También se puede objetar que si después de hecha la liquidación aparecen otras deudas cuya existencia se ignoraba, el legitimario respondería de ellas con los bienes que se le hubieran adjudicado."

En resumen, concluye que, "si se sostiene que la legítima es una "pars honorum"... , hay que reconocer que la legítima es una "pars hereditatis", pues justamente lo característico de la sucesión hereditaria es la subrogación del heredero en la titularidad del patrimonio dejado por el causante".

Esta segunda serie de razones, aducidas por G. G. Valdecasas, óe probar alguna cosa probarían demasiado. De ser ciertas, demostrarían que no cabe posibilidad de distinción entre heredero y legatario, ni entre responsabilidad personal *ultra vires* y afección *intra vires*, sea *cum viribus* o bien *pro viribus* (255).

Por otra parte, achaca este autor a la teoría opuesta algunas afirmaciones que ciertamente no son sostenidas por sus defensores. Así ocurre en su imputación de admitir, éstos, "que el legitimario es copropietario de cada una de las fincas y del dinero, en proporción a su cuota hereditaria"... , con lo que sintetiza conceptualmente de un modo inexacto el derecho del legitimario a una cuota de activo líquido y la afección real a ese derecho de todos y cada uno de los bienes hereditarios, afección que no equivale, ciertamente, a tener una cuota indivisa de copropiedad sobre cada uno de los bienes. Cuota que ni siquiera se tiene en los supuestos de titularidad de una "*pars hereditatis*" (256).

También nos parece que confunde la titularidad actual de una

(255) Cfr. nuestros *Apuntes de Derecho Sucesorio*, II parte, § 2.º, I, b, *Segunda hipótesis*; ed. sep. pp. 165 y s.s. y A. D. C. IV-IV (octubre-diciembre 1951), pp. 1396 y ss.

(256) Cfr. PUIG BRUTAU: *Fundamentos de Derecho Civil*, tomo V, vol. I, cap. V, n. 4, B (Barcelona, 1961), pp. 370 y s.

participación sobre bienes de un patrimonio, determinable en cuanto a su montante, refiriéndola a su activo líquido aún pendiente de liquidación, con la titularidad actual, en espera, diferida para después de la práctica de la liquidación. Es decir, la diferencia que media entre un derecho actual sin determinar en su *quantum* con un derecho con su nacimiento pendiente de la práctica de una liquidación. Por otra parte, ese activo líquido puede estar ya previamente referido o no a unos bienes concretos—en caso de asignación por el causante—, sin perjuicio de las compensaciones pecuniarias consecuentes a la liquidación que se practique.

La aparición ulterior de deudas dará lugar, para el legitimario que no sea heredero, a una afección *cum viribus*, lo mismo que para cualquier legatario, ya sea de cosa cierta o de parte alcuota.

Analicemos, al efecto, tres supuestos diversos de legitimario no heredero, con o sin derecho al complemento de su legítima:

— el padre, en su testamento, declara haber donado como anticipo de su legítima a su hijo A determinados bienes y le deja cuanto fuere preciso para complementarla;

— al legitimario B únicamente le es legada la finca Z y se le grava con el pago de un legado en metálico;

— al legitimario C su padre le lega su cuota legitimaria, prede-terminando los bienes que deben integrarla.

En los tres supuestos es preciso verificar el cómputo previsto en el artículo 818 C. c.: en el primero, para calcular el complemento; en el segundo, para juzgar si hay o no lugar a la reducción del legado que grava al legitimario, y para saber si, además, debe suplementársele el que se le confirió; en el tercero, para fijar el montante líquido de bienes hereditarios que deban integrar la *quota bonorum* de su legado parciario, y, en su caso, para ver si la cubren los bienes predeterminados por el testador.

Si aparecieren, después de hechos dichos cálculos, nuevas deudas del *de cuius*, el legitimario no responderá personalmente en ninguno de los casos examinados, ni siquiera *directamente* “*extra vires, pro viribus*”. Como expusimos hace años (257), solamente sufrirá “una afección *cum viribus*, reforzada para el acreedor por el principio de subrogación real o, tal vez más exactamente, por el de subrogación de valor, como medio de determinación del enriquecimiento del legatario”. Afección que sólo puede ser efectiva: *indirectamente*, mediante el regreso intentado por otro legitimario, que haya sido instituido heredero, a través de la acción de reducción, o bien por un heredero voluntario, por la de enriquecimiento sin causa; o *subsidiariamente*, por el acreedor después de haberse hecho total excusión de los bienes de la herencia no legados especialmente y del patrimonio de los herederos que no hubiesen aceptado a beneficio de inventario.

Ni siquiera en los supuestos en que la legítima se recibe a título

(257) Cfr. nuestros citados *Apuntes...*, II Parte, § 6.º, F, ed. sep., pp. 300 y ss. y A. D. C. V-III (julio septiembre 1952), pp. 908 y ss.

de heredero, puede decirse que aquélla quede totalmente confundida en la *pars hereditatis* atribuida por éste. La *pars bonorum* líquida calculada de conformidad al artículo 818 hace de módulo para calcular la suficiencia de la *pars hereditatis*, valorando el saldo líquido de ésta en cotejo con aquélla; y, por consiguiente, determinando, en sus casos, el derecho al suplemento o el montante de la acción de reducción, y excepcionando en este último el principio de la sumisión del heredero voluntario a los gravámenes que testador le haya impuesto.

25. Hemos visto, hasta ahora, que la concepción de la *cuota de reserva*, que nos ha expuesto G. G. Valdecasas, no corresponde a un meticoloso análisis de los derechos de los herederos forzosos que, según sus antecedentes históricos, se articularon en el Código civil a través del Proyecto de 1851 y conforme a la ley de Bases; y que ni la letra de los preceptos invocados por dicho autor convencen de lo contrario, ni su tesis puede superar satisfactoriamente una interpretación literal, lógica, histórica y sistemática de los artículos 814 y 815.

Vamos a ver ahora si su concepción de la *cuota de legítima* puede ser aceptada.

Aun no siendo cierto su concepto de la cuota de reserva, podría serlo, en cambio, el que nos ofrece de la cuota de legítima..., con tal de hacerlo extensivo a toda la legítima de que habla el artículo 806. Esto es lo que trataremos de constatar a continuación.

Pero antes creemos conveniente hacer notar: que el artículo 806 define la "*legítima*" precisamente con ese mismo nombre; que el artículo 818 sigue utilizando idéntico nombre al determinar cómo se ha de hacer su cómputo, y que los artículos 819 y 820, al hablar de la reducción de legados y donaciones, continúan utilizándolo. Ninguna distinción hace el Código para dar a entender que los artículos 806 a 815 hablan de una cuota, y los artículos 817 y siguientes, de otra. A las dos —caso de ser distintas— les da el mismo nombre y no se hace distinción ni salvedad alguna en el artículo 818, al decir cómo se computa —según esa hipótesis— sólo una de ellas. Datos que no parecen nada fáciles de comprender más que reconociendo que no hay tal duplicidad de cuotas de *reserva* y de *legítima*.

La *cuota de legítima*, según dicho autor (258) —el derecho a la cual se hace valer, a su juicio, solamente por la acción de reducción— se caracteriza por ser una *cuota de valor*. Es "el derecho a obtener un determinado valor económico sobre el patrimonio hereditario, y, en su caso, sobre las donaciones hechas en vida por el causante", que "sólo puede existir si el activo hereditario es superior al pasivo, o, en defecto de esto, si el causante hizo donaciones en vida". Valor que, "una vez fijado", según las reglas del artículo 818, para determinar si las liberalidades hechas por el causante son o no inoficiosas, es un valor inal-

(258) GUILERMO G. VALDECASAS: loc. cit., n. 3, a, b y c, p. 961.

terable que no se resiente de las fluctuaciones de valor experimentadas por los bienes hereditarios”.

En definitiva, G. G. Valdecasas circunscribe a la que denomina cuota de legítima la misma tesis que Roca Sastre (259) ha aplicado a toda la legítima en su sentido usual. Según la tesis de Roca Sastre, en el Código civil “la legítima tiene un valor económico *fiijo, tasado, inmutable*, no susceptible de aumento o disminución, a consecuencia de las variaciones de valor que, con posterioridad al fallecimiento del causante, se produzcan en los elementos hereditarios. El aumento o depreciación de estos elementos lo recibe y soporta exclusivamente el heredero o herederos, pero no los legitimarios”. Así resulta —a su juicio— del artículo 818, al disponer que para fijar la legítima se atenderá al valor de los bienes que quedaren a la muerte del testador, y del artículo 654, que refiere la imputación del valor líquido de los bienes del donante al tiempo de su muerte.

Según esta tesis de Roca Sastre, parece que el legitimario no tiene derecho, en el momento de partir, a una ava parte de los bienes del haber líquido, sino únicamente a percibir una cantidad de bienes del mismo caudal, suficiente para cubrir el valor que hubiera tenido su ava parte precisamente en el momento de la muerte del causante. No a una parte alícuota de bienes, sino a una cantidad de bienes, equivalente al valor que en el momento de fallecer el *de cuius* tenía la ava parte representativa, *en aquel instante*, del montante de su legítima. La ava parte sólo tiene interés en ese momento, en que queda traducida para lo sucesivo en un valor fijo.

Hace años discrepamos de esta opinión de nuestro querido maestro. Preguntamos entonces (260) si es eso lo que ha querido disponer el artículo 818 C. c., al decir que para *fijar* la legítima se atenderá al valor de los bienes que quedaren a la muerte del testador. Y nuestra respuesta fue negativa, apoyándola en las razones que a continuación sintetizaremos.

Ante todo, debe notarse que el artículo 818 dice que “se atenderá al *valor de los bienes que quedaren a la muerte del testador*”, pero no dice que deba atenderse “al *valor que tuvieren a la muerte del testador los bienes que entonces quedaren*”.

Una cosa es la fijación de la legítima para congelarla concretándola en un valor nominal dado, lo que equivale a hacer una fijación de la misma en una cifra de dinero, determinada por su valor nominal; es, decir, referida fijamente en una unidad de valor fluctuante. Y otra cosa distinta es determinar o fijar su valor con referencia a aquel momento dado, sencillamente para ver qué legados o donaciones han resultado inoficiosos en aquel instante, únicamente decisivo, precisamente, para: determinar la inoficiosidad; determinar la relación con el

(259) RAMÓN M.<sup>a</sup> ROCA SASTRE: *Naturaleza jurídica de la legítima*, R. D. P. cit., pp. 199 y s.

(260) *Apuntes de Derecho Sucesorio*, I Parte, § 10; ed. sep., pp. 97 y s. y A. D. C., pp. 513 y ss.; y II Parte, § 3.º, E, d; ed. sep., pp. 222 y ss. y A. D. C., IV-IV, pp. 1453 y ss.

todo de las donaciones y legados imputables a cualquier porción del haber partible, y medir el montante del suplemento a exigir calculado con relación al activo líquido hereditario y no en una cifra dineraria.

Esta segunda finalidad es la única que persigue el artículo 818. Así parece indicarlo su colocación después del artículo 815, que regula la acción de complemento, y del artículo 817, que ordena la reducción de las disposiciones testamentarias lesivas de la legítima, y antes de los artículos 819 y siguientes, que se ocupan del modo y forma cómo debe llevarse a cabo dicha reducción.

Si los artículos 808 y 809 determinan que constituyen la legítima ciertas avas partes del haber, en tanto no se haya partido éste, aquéllas deberán seguir sus vicisitudes. La fijación en una cifra dineraria de dichas avas partes antes de su separación e individualización, daría lugar a que dos valoraciones interdependientes entre sí se tomaran con raseros diferentes.

Por otra parte, la aceptación de la teoría que discutimos contradiría el concepto de la legítima que ofrece el artículo 806 del Código civil. Si, de acuerdo con éste, es *porción de bienes*, deberá sufrir las mismas alteraciones de valor de éstos. Por eso, *no puede fijarse su valor en el sentido de dejarlo "fijo" e "inamovible"*. Es el contenido del caudal y de su activo libre—del que ha de sacarse aquella cuota—lo que debe fijarse en ese sentido. Pero *no su valor dinerario, que sólo puede fijarse en el sentido de "calcularlo", "determinar su montante", con relación a un momento dado, pero sin implicar su petrificación.*

Cálculo imprescindible para regular el ejercicio de la acción de suplemento y para averiguar si resultan o no inoficiosos los legados y donaciones que el causante haya otorgado. La ley 3, título XI, Partida 6, lo indicó claramente en su rúbrica "*Qué tiempo deve ser catado, para poder menguar las mandas, en razón de poder sacar el heredero la su parte legítima*".

Manresa (261) entendió en ese mismo sentido que "*el verdadero objeto del artículo 818 es llegar a conocer exactamente el total importe de la herencia de una persona para poder deducir la porción de que podrá disponer y aquella otra que, por ser indisponible, constituye la legítima. Fijada, en efecto, la legítima, queda fijada la porción libre*".

Si ambas quedan fijadas y el valor del conjunto varía..., si diésemos al verbo *fijar* el sentido de concretar el valor en una cifra de dinero, se daría el absurdo de que el falso plus valor alcanzado por los bienes por encima de aquella cifra—por depreciación de la moneda—, ni sería parte de libre disposición ni porción legítima. Por eso, además de razones de justicia y equidad, no puede darse a dicho verbo sino el sentido de "*Determinar, limitar, precisar, designar de un modo cierto*", que también admite el Diccionario de nuestra Real Academia.

(261) MANRESA: op. y vol. cit., art. 818 *Comentario*, al principio (ed. citada, p. 370).

Claramente lo había entendido así Andrés Angulo (262), para el supuesto de que un legado de cuota—como lo era la mejora de tercio o quinto—pudiese pagarse con su estimación en dinero, al dictaminar que “hoc casu quando aestimatio quotae bonorum solvi potest, valor bonorum attendi debet non secundum tempus mortis, sed secundum tempus solutionis”. El incremento del valor de la cuota no se desprendía de ésta porque lo debido era el valor de la cuota, no su tasación en moneda en el momento de relacionar *relictum* y *donatum*, a los solos efectos de precisar la reducción de donaciones o su imputación a una u otra cuota (263).

G. G. Valdecasas, como antes constatamos, no acepta la tesis de Roca Sastre en cuanto la que llama *cuota de reserva*, pero sí con respecto a la *cuota de legítima* en cuanto su excedente con respecto de aquélla.

Pero en la interpretación del artículo 818, que acabamos de aceptar (264), no cabe esa distinción. Efectivamente, si sumado al activo líquido el valor de lo donado a extraños, la donación absorbe toda la parte de libre disposición, ¿cómo será posible que el aumento, posterior a esa fecha, pero anterior a su individualización en el valor de los bienes relictos, pueda jugar contra los legitimarios? Y si, en el momento de fijar la legítima, ésta agotaba todo el caudal, ¿cómo una parte de dicho caudal puede escapar a la legítima en virtud de un cambio de valor ulterior?

El error de perspectiva que criticamos radica en entender que se fija en dinero cuando se fija en una participación de bienes. En el caso expuesto de haberse cubierto la parte libre con lo donado, la legítima abarcará todo el caudal relicto; y si lo donado a extraños cubriese la mitad de la parte disponible, se aplicará la legítima, por consiguiente, a cuatro quintos de lo relicto líquido.

26. Según G. G. Valdecasas (265): “Cuando la donación no es colacionable por haber repudiado la herencia el donatario (inciso 2.º del artículo 1.036) deberá imputarse exclusivamente a la parte dispo-

(262) ANDREA ANGULO, *Commentariorum ad leges Regias meliorationum*, Lex Quarta (20 Tauri), glos. V (cfr. ed. Matriti, 1592, p. 363).

(263) Este criterio, por otra parte, resuelve justamente los problemas que, en otro caso, plantearía la alteración del valor de la moneda producida en el período que media entre el fallecimiento del causante y la individualización de las legítimas en bienes concretos; o su pago en metálico. De las alteraciones ocurridas entre la fecha de la donación computable y la del fallecimiento del donatario nos hemos ocupado en nuestros *Apuntes...*, III Parte, § 11, C; cfr. ed. sep., pp. 491 y ss. y A. D. C. VIII-II, (abril-junio 1955), pp. 327 y ss.; y en *La antitesis inflación-justicia*, en Rev. Jur. de Cataluña, LIX (septiembre-octubre 1960), pp. 575 y ss. y en Rev. Internacional del Notariado, nm. 50 y 51 (2.º y 3.º Trimestre 1961), pp. 102 y ss.

(264) Recientemente ha prestado apoyo a esta tesis nuestro querido compañero MANUEL DE LA CÁMARA ALVAREZ, en su repetido trabajo *Estudio sobre el pago con metálico de la legítima en el Código civil*, en los *Estudios* con ocasión del Centenario de la *Ley del Notariado*, Sec. III, vol. 1, pp. 887 y ss.

(265) GUILLERMO G. VALDECASAS: loc. cit., III, 2, p. 974 y nota (36).

nible”, y “El mismo criterio deberá seguirse cuando el legitimario favorecido por el testador con un legado acepta éste y renuncia a la herencia.”

La razón con la cual el autor fundamenta estas afirmaciones se concreta en la aseveración de “que el legitimario que repudia la herencia pierde los derechos de legitimario y, por consiguiente, nada puede reclamar ni retener a título de legítima”.

Sin embargo, una consideración teleológica le hace vacilar, hasta tanto no llega a creer haberla contrarrestado con otra consideración de igual especie, pero de signo contrario. Veamos cómo las plantea:

“Hay que reconocer, sin embargo —dice—, que la imputación a la parte disponible puede perjudicar a aquellos en favor de los cuales el testador dispuso con cargo a la misma. Mas, por otro lado, la imputación a la supuesta legítima del renunciante empeoraría aún más la situación de los legitimarios, ya perjudicados por la falta de colación.”

La razón teleológica en contra es evidente. El acto de un tercero (el legitimario renunciante) perjudicaría a los destinatarios de la porción disponible, en beneficio de los colegitimarios, sin causa alguna que lo justificase, puesto que contrariaría la voluntad del causante y excedería de la protección legal de los demás colegitimarios.

En cambio, el argumento teleológico que esgrime a favor no nos parece consistente, pues no sabemos en qué puede empeorar en el terreno jurídico la situación de los otros legitimarios si su legítima no es mermada. No puede llamarse jurídicamente *perjuicio* a dejar de percibir algo a lo que *a priori* no se tiene derecho. La colación de un coheredero forzoso sólo puede conferirles a los demás el derecho que el inciso final del artículo 1.036 les concede en caso de *inoficiosidad*. Pero nada más. En lo demás, la renuncia a la herencia y la no colación nada les quita de su derecho originario. Ningún perjuicio jurídico, pues, puede irrogarles. No hay, pues, razón teleológica para modificar las reglas normales de la imputación.

La razón fundamental, aducida por G. G. Valdecasas, tampoco puede llegar a convencernos si no logra desmentir lo que hemos constatado al final del epígrafe anterior. Su demostración requeriría la prueba de que la legítima necesariamente se recibe a título de heredero, que sólo puede recibirse a ese título, y que se confunde con una *pars hereditatis*. Hechos que no hemos podido ver confirmados en el análisis de su tesis que anteriormente hemos efectuado.

La vieja cuestión acerca de si se puede repudiar la herencia y exigir la legítima, casi nada tiene que ver con la opinión que comentamos. En aquélla, la cuestión no radicaba en un problema de imputación como en la tesis de G. Valdecasas. Se centraba en una cuestión tangente a los principios romanos de la inadmisibilidad de la aceptación *pro parte*, de la universalidad de la institución y de la incompatibilidad de las sucesiones testada e intestada; las cuales podían dar

lugar a que con la renuncia a la herencia se renunciara también a la legítima si esta iba embebida en aquélla (266).

Recordemos que, al tratar de esta cuestión, Covarruvias (267) planteó como principio general, aplicable a la misma, que: "Hereditas vero non potest partim adire, partim repudiare, ne quis decedat pro parte testatus, et pro parte intestatus." Y la conclusión a que, al respecto, llegó Melchor Valencia (268) de que: "Nam cum legatum sit successio singularis, nec partem hereditatis contineat, diversamque dispositionem ab institutione heredis constituat: nulla iuris ratio evincit, quominus possit heres legatum agnoscere, hereditatem vero repudiare... At vero filio ex asse, vel ex aliqua hereditatis parte herede a patre instituto, constat legitimam, partem, constituere eiusdem hereditatis, cum in bonis et dominio patris mortis tempore fuerit, ex eadem institutionis dispositione deferatur: unde succedit ratio iuris, quae supremi iudicii divisionem fieri, nunquam patitur..., nec eandem, et individuan hereditatem pro parte agnoci pro parte vero repudiari permittit..."

En cambio, no hubo problema en cuanto a la posibilidad de renunciar al ejercicio de la *querrela* y con ella a la *successio contra testamentum*, aceptando un legado (269), ni respecto a la imputación de éste a la legítima, puesto que el legitimario aceptante del mismo podía ejercitar la *actio ad supplementum* (270). Por otra parte, la porción del legitimario que renunciase a la legítima no acrecía a los demás legitimarios, sino al heredero instituido (271).

Hoy, conforme al artículo 895, § 2, del Código civil: "Si la parte repudiada fuera la legítima, succederán en ella los herederos por su derecho propio y no por el derecho de acrecer." Esto supone, inclu-

(266) Cfr. lo que al respecto dijimos en nuestro trabajo *Cautelas de opción compensatoria de la legítima*, I, E, b, B", vol. cit., pp. 527 *in fine* y ss.

(267) DIEGO COVARRUVIAS: *In tit. De testamentis*, Caput. Raymutius 16, § XI (cfr. *Opera Omnia...*, ed. cit., t. II, p. 95).

(268) MELCHOR DE VALENCIA: op. cit., lib. III, tract. I, cap. últ. n. 5 (ed. citada, p. 337).

(269) En su glosa a la palabra *iudicium* de la ley. *Si quando*, § *Iti generaliter* (Cod. III-XXVIII, 35, § 2.º), Accursius (*Codicis Iustiniani...*, ed. cit., volumen III, col. 577 c) anotó que "consensus filii praeterito facit tenere quod alias ipso iure esset nullum". Y la ley 5, tít. VIII, Partidas 6.ª, dispuso entre otras cosas: "Mas si aquella parte la dexase en el testamento, non como a heredero, mas como en razón de manda, estonce podría quebrantar el testamento. E esto se entiende si el fijo non recibiesse aquella parte que le era mandada. Ça si la recibiesse e non la protestase diziendo que le fincase en salvo la querrela que avia de tal testamento non podría después quebrantarlo".

(270) Cfr. BARTHOLOMEUS DE SALYCETO (*In secunda super III et II Codicis partem*, lib. III, tít. De inoff. testam. I. *Si quando*, § *Iti generaliter*, n. 6, cfr. edición 1541, fol. 42); JASON DEL MAINO (*Prima super Codicem...*, III-XXXIII, I, *Si quando*, § *Iti generaliter*, n. 4, cfr. ed. Lugduni, 1553, fol. 151); RAPHAEL FULGOSTIUS (*Consilia Utriusque Raphaelis*, Cons. LXXXIII, n. 2, cfr. ed. Lugduni, 1548, fol. 120); ALEXANDRUS DE IMOLA (*Liber Tertius Consiliorum*, Consil. 8, n. 21, cfr. ed. Lugduni, 1549, fol. 10); ANTONIUS FABRUS (*Codex Fabricianus*, lib. I, tít. XIX, Def. X, cfr. ed. Náp. les, 1765, tomo I, p. 182).

(271) Dig. V-II, 8 § 8.

dablemente, una modificación del Derecho hasta entonces vigente. Pero en esta innovación no hallamos fundamento para confundir la cuota hereditaria atribuida al legitimario, en satisfacción de su derecho, con la donación o el legado imputable a su legítima. Si, conforme al artículo 818, la legítima es una porción ideal matemática de la suma de lo relicto líquido y lo donado, a la cual pueden imputarse donaciones (art. 819, § 1.º), legados o una cuota hereditaria (art. 815), ¿qué relación puede tener la renuncia de la herencia verificada por un legitimario con la no imputación a su legítima de las donaciones que hubiese recibido del causante? ¿O del legado que éste le hubiese otorgado?... independientemente de a quién acrezca la parte de herencia que sufra la carga de ese legado.

Sólo la confusión de la cuota hereditaria atribuida al legitimario con la medida de su legítima puede dar lugar a aquella conclusión. Esta confusión es fruto de una concepción de la legítima como cuota de reserva, atribuida directamente por la ley, que —repetimos otra vez— no hemos visto confirmada, sino desmentida en un examen cuidadoso de nuestro sistema.

Antes que G. G. Valdecasas, ya había propuesto ese resultado Espinar Lafuente (272). Además, uno y otro, llegan a una consecuencia conceptual que ninguno de los autores de *Droit coutumier* se atrevió a formular, a pesar de que su legítima correspondía, ciertamente, al más puro tipo de reserva germánica, directamente atribuida por la ley y sobre la cual el causante no tenía posibilidad alguna de disponer “mortis causa”, ni de modalizar el llamamiento legal (273).

En nuestro Derecho, la aceptación de un legado *pro legítima* no supone repudiación de cuota de herencia alguna, puesto que —según venimos— ninguna le ha podido ser deferida por la ley, de no darse supuesto alguno que, como la preterición o la desheredación injusta, deba dar lugar a su delación *ex lege*. Es más, el legitimario sólo si acepta dicho legado podrá satisfacer su legítima, salvo su derecho a reclamar el suplemento.

Como expusimos en otra ocasión (274), tal posibilidad no aparece autorizada por ningún precepto de nuestro Código. En efecto, el artículo 890 —al permitir aceptar un legado y rechazar otro (salvo si éste fuese oneroso y aquél gratuito) o repudiar la herencia y aceptar un legado, o viceversa— parte de la base de que ambas atribuciones se han verificado en forma acumulativa (legado + legado, o herencia + prelegado), pero queda fuera de su supuesto que la atribución

(272) FRANCISCO ESPINAR LAFUENTE: *La herencia legal y el testamento* (Barcelona, 1956), II, 175, p. 399, nota 200: “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 renunciásen a los bienes que habrían de adjudicárseles como consecuencia de la repudiación hecha por el primero”.

(273) Cfr. lo que dijimos al respecto en nuestro trabajo *Cautelas de opción compensatoria de la legítima*, II, A, a e (loc. cit., p. 571).

(274) *Imputación de legados otorgados a favor de legitimarios*, VI, en R. D. P. XXXII (abril 1948), p. 330.

del legado se haya hecho en sustitución de la atribución de herencia (legado en lugar de legítima [más exactamente *pro legitima*]). A esta última cuestión es a una de las que alude en términos generales el artículo 815. Y este precepto a lo único que autoriza al legitimario es a pedir el suplemento de su legítima. Pero a nada más.

*En síntesis:*

a) La legítima puede ser satisfecha: a través de una institución de heredero; de legados; mediante donaciones, o, simultáneamente, a través de los tres títulos. Y, en todos los casos, es inseparable del título respectivo, sin perjuicio del derecho a reclamar el suplemento o de pedir la reducción de las liberalidades inoficiosas. En cualquier caso, la atribución se imputa idealmente a la cuota, también ideal, que cuantitativamente la determina en relación alicuota con la masa contable, formada por la suma de lo relicto líquido y de lo donado.

b) Puede el legitimario, en caso de simultánea institución y prelegado, renunciar a la institución o al legado y aceptar el legado o la institución; pero no le cabe rechazar la atribución testamentaria y aceptar una subsidiaria atribución legal que sólo se da en defecto de aquélla o por razón de su invalidez, v. gr., por preferición o desheredación injusta (sin perjuicio del derecho al suplemento o a exigir la reducción de lo inoficioso).

c) El derecho de los colegitimarios a la parte del que renuncie a la herencia sólo alcanzará a la porción que la renuncia deja vacante. Es decir, a la que quede después de imputar las donaciones a la masa ideal, con resta efectiva de éstas, a lo que hubiese sido su cuota hereditaria, y soportando el legado *pro legitima* que deba imputarse a tal porción.

27. Una piedra de toque de cualquier teoría se obtiene con su aplicación práctica. Sus resultados, medidos en cánones de justicia, nos darán una pauta para juzgar la verosimilitud de aquélla.

Haremos así la prueba de la tesis que comentamos mediante examinar algunos de los ejemplos propuestos por G. G. Valdecasas y las soluciones por el mismo alcanzadas con la aplicación de su tesis.

— “El testador hizo, en vida, a su hijo único una donación de 30. En el testamento instituyó heredero a un extraño, dejando al hijo un legado de 10; *relictum*, 60. Valor de la cuota hereditaria reservada, 40” (275).

G. G. Valdecasas presenta dos posibles soluciones:

Una, que rechaza: “Imputando a ella (la cuota hereditaria reservada) la donación, además del legado, el hijo sólo tomaría del *relictum* el legado, quedando para el heredero voluntario, 50. De esta manera, el hijo no llegaría nunca a cubrir el valor de su cuota legítima, que en el ejemplo citado asciende a 60.”

Otra, que propone: “La solución correcta es que el hijo, conser-

(275) GUILLERMO G. VALDECASAS: loc. cit., II, 5, p. 972.

vando la donación, perciba del *relictum* 40, que es el valor de la cuota reservada, imputando a ella, eso sí, el legado de 10. Así, pues, el hijo obtendrá un valor de 70 y el extraño 20.”

De la primera solución, choca en seguida que la imputación de la donación y del legado se efectúe a la que, el autor, llama cuota de reserva, y no, conforme al artículo 819, § 1.º, C. c., a la legítima determinada con arreglo a lo dispuesto en el artículo 818.

De la segunda solución, resalta: que incumple la voluntad del causante más allá de los límites que la ley impone a su facultad de disponer. Si, conforme al artículo 818, la legítima del hijo, en el caso contemplado, era de 60 ( $60 + 30 \times 2/3$ ), ¿por qué se le atribuyen 70, contra la voluntad del testador? La distinción dogmático-conceptual entre cuota de reserva y cuota de legítima —aparte de su antes comprobada falta de fundamento positivo— resulta, en esta aplicación, injusta con el padre generoso para con su hijo, pues de no haberle donado nada no le hubiese debido dejar más que 60 y, en cambio, por haberle donado como anticipo de la legítima 30, deberá dejarle en total 70, con lo cual su libre disposición, en lugar de 30, se habrá reducido a 20. ¿Es esto racional? ¿Es justo? ¿Está de acuerdo con los principios de nuestro sistema?

Pero, además, cabe una tercera solución, más de acuerdo con el texto de los artículos 818 y 819, a saber: El hijo imputa a su legítima de 60 la donación y el legado que le fueron otorgados por el causante ( $30 + 10 = 40$ ), con lo cual le quedan por cubrir, con la acción de suplemento, otros 20 ( $40 + 20 = 60$ ); restando al instituido 30 ( $50 - 20 = 30$ ).

¿No se ajusta esta última solución a los límites legales, sin sancionar al padre generoso, y no obedece hasta el máximo posible a la voluntad del testador?

No lo debe creer así G. G. Valdecasas (276), pues insiste en que la cuota hereditaria del heredero voluntario “es sólo de un tercio (en los dos restantes la institución era nula), cuyo valor asciende a 20; asignándole bienes por valor de 30 obtiene un exceso de 10, lo que no se sabría justificar”.

Pero, ¿no lo justifica el artículo 819? ¿No lo justifica el hecho de que no invade el límite de los dos tercios de que el causante no podía disponer?

Al autor no sólo le influencia la previa distinción, que establece como punto de partida, entre cuota de reserva y cuota de legítima, sino que, además, esgrime otra afirmación ante la cual conviene que nos detengamos,

A su juicio, la imputación efectiva de la donación a la legítima “sólo tiene lugar cuando el legitimario favorecido con la donación ejerce la acción de reducción”. “Fuera de este supuesto —prosigue explicando—, el legitimario que concurre a la sucesión con herederos voluntarios no imputará nunca las donaciones a su legítima. Por con-

(276) G. G. VALDECASAS: loc. cit., III, 2, pp. 274 y s.

siguiente, tampoco en el caso de que se le haya deferido con carácter forzoso la cuota hereditaria reservada, pues la nulidad parcial de la institución de heredero que la delación forzosa lleva consigo es distinta de la reducción de liberalidades inoficiosas. Si concurrendo con herederos voluntarios el heredero forzoso tuviera que imputar a su legítima las donaciones, el valor de ésta vendría a incrementar el caudal relicto en beneficio exclusivo de los herederos voluntarios, cuya participación hereditaria se extendería indebidamente más allá del caudal hereditario, hasta comprender el valor de las donaciones si hubieran sido hechas a un extraño en lugar del legitimario."

Algo antes (277), nos expone las razones que determinan su criterio. Leámoslas:

"A diferencia de los legados, las donaciones hechas al heredero forzoso sólo se imputan a una cuota hereditaria cuando concurren a la sucesión otros herederos forzosos en beneficio de los cuales hay que colacionarlas. Concurriendo con herederos voluntarios las donaciones no se imputan nunca a su cuota reservada. La razón es que los bienes donados no forman parte del *relictum*, no son bienes hereditarios y, por consiguiente, los herederos voluntarios no tienen ninguna participación en ellos (no se olvide que la agregación del *donatum* al *relictum* prevista en el artículo 818 es puramente ficticia y se hace en beneficio exclusivo del legitimario). Imputar las donaciones a la cuota reservada equivaldría a incrementar con ellas el caudal hereditario en beneficio exclusivo de los herederos voluntarios."

Con estos dos párrafos, el autor da por cancelada la más que milenaria institución de las donaciones *en anticipo de la legítima* y por limitada la imputación a ésta de aquéllas sólo a los específicos supuestos de concurrencia de otros herederos forzosos o de ejercicio de la acción de reducción por parte del mismo legitimario donatario. Pero veamos cuál es el peso de sus razones.

Es su premisa mayor, que "los bienes donados no forman parte del *relictum*, no son bienes hereditarios". La menor, que los herederos voluntarios sólo tienen derecho a lo relicto. Y su conclusión, que, "por consiguiente, los herederos voluntarios no tienen ninguna participación en ellos" (en los bienes donados).

El silogismo es correcto. Pero no sabemos qué relación directa tiene con la afirmación que, con él, quiere demostrar. Esta es diversa de la conclusión con la cual la da por demostrada.

La correcta conclusión determina que los donatarios del difunto —conforme, por otra parte, lógicamente dispone el § 3.º del artículo 655 C. c.— "no podrán pedir la reducción (de las donaciones) ni aprovecharse de ella" (inciso este último —"ni aprovecharse de ella"— que se refiere más propiamente a los acreedores del difunto, a los que dicho párrafo menciona junto a donatarios y legatarios).

Pero no vemos que el silogismo pueda llevar a la conclusión, totalmente diversa, de que la parte de libre disposición *mortis causa*

(277) G. G. VALDECASAS: loc. cit., II, 5, pp. 272.

—proporcional a la suma *relictum + donatum*— deba ser tanto menor cuanto más haya donado el causante como anticipo de legítima. La imputación de las donaciones a la legítima del donatario, como la imputación de lo donado a extraños a la parte de libre disposición, no concede derecho alguno sobre las mismas al heredero extraño. Pero unas y otras sirven por adición —*computación*— para formar la masa de cálculo de la legítima y de la parte de libre disposición, y por sustracción —*imputación*— para determinar lo que de cada una resta en el caudal relicto. Y esto no está, en modo alguno, contradicho por el silogismo expresado por G. G. Valdecasas.

Sin embargo, insiste en que: "Imputar las donaciones a la cuota reservada equivaldría a incrementar con ellas el caudal hereditario en beneficio exclusivo de los herederos voluntarios." Precisemos, rectificándole, que el caudal hereditario propiamente dicho no se incrementa. Lo que se incrementa —conforme al art. 818— es la masa de cálculo de la legítima, y, en consecuencia, la de la parte de libre disposición, puesto que ambas son cuotas proporcionales del mismo todo. Incrementada la masa de cálculo, cuanto más *donatum* se impute a cada porción de la masa de cálculo, menos restará de la misma en lo relicto. Es una simple cuestión aritmética. Y de rigurosa justicia: cuanto más haya dispuesto el causante en vida a favor de extraños, menos porción disponible le ha de quedar *mortis causa*; y cuanto más haya donado a los hijos, anticipando el cumplimiento de sus deberes legitimarios, menos le faltará para cumplirlos totalmente.

Por eso, nada tiene de absurdo, en contra de lo que el mismo autor arguye como razón, que mientras lo donado a extraños perjudica al heredero voluntario, al mermarle la parte de libre disposición, en cambio, lo donado a cualquiera de los legitimarios no sólo no merma la parte de libre disposición, sino que amplía su masa de cálculo, como toda donación computable la amplía por necesidad matemática. ¿Qué hay de anormal en ello? ¿Qué tiene que ver esta consecuencia con el silogismo ofrecido como fundamento?

¿Dónde está el punto de apoyo de la afirmación de que el legítimo sólo en el supuesto de que ejercite la acción de reducción debe imputar a su legítima lo que el causante le haya donado?

Además, si así fuese, se daría la incongruencia de que si el testador, que donó 30 a su hijo y dejó 60 de caudal relicto, disponiendo *mortis causa* de igual suma de 10 a favor del hijo y de 50 a favor del extraño, daría lugar a resultados completamente distintos según a qué título dispusiese a favor del extraño. Porque, conforme dice el mismo Guillermo G. Valdecasas (278): "Tampoco existe una prohibición legal absoluta de disponer por vía de legados en una cantidad superior al valor de la parte de herencia de libre disposición. Aunque excedan de ella, los legados son válidos y eficaces mientras no sean reducidos por inoficiosos. Solamente la disposición de la cuota here-

(278) G. G. VALDECASAS: loc. cit., I, 3, p. 962.

ditaria reservada determina la nulidad radical (total o parcial) de la correspondiente institución de heredero."

Aplicando este criterio al supuesto dado, si el hijo donatario hubiese sido instituido heredero y el extraño beneficiado con un legado de 50, aquél tendría —conforme a la tesis que comentamos— que ejercitar la acción de reducción para complementar su legítima y, en consecuencia, debería imputar a su legítima lo recibido a título de donación; y no, en cambio —según la misma tesis— en el caso propuesto de ser instituido el extraño y atribuirse al legitimario un legado de 10, pues al resultar —siempre según dicha tesis— nula en cuanto 40 la institución, el hijo no necesitaría ejercitar la acción de reducción, por lo cual no debería imputar su donación y sólo debería imputar el legado a su cuota hereditaria reservada.

Esa duplicidad de resultados no puede aceptarse si es analizada seriamente. Si la pretendida norma, que impediría imputar lo donado a la cuota de reserva, fuese imperativa: no podría aceptarse camino alguno que la soslayase, y si no lo es, puesto que se pretende que la imputación debe verificarse en caso de ejercicio de una acción de reducción, provocable al ordenar el testador un legado inoficioso: no se ve por qué razón hay que apartarse en otros casos de la voluntad del testador, valorando conceptos dogmáticos, en contra del principio fundamental de que su voluntad es ley de la sucesión en cuanto no choque con normas imperativas que le señalen un límite.

#### EN CONCLUSIÓN:

No parece posible distinguir en el régimen del Código civil español: a) una cuota de herencia reservada por la ley al legitimario e indisponible por el testador; y b) una porción legítima o cuota del valor que arroje la acumulación ideal de lo relicto y lo donado, a que el mismo legitimario tiene derecho.

El texto del Código civil no ofrece base alguna para entender que la palabra legítima tenga un significado en los artículos 806 y siguientes y otro distinto en los artículos 818 y siguientes. Pero, además, sus antecedentes históricos, que conforme a la Ley de Bases debieron articularse en dicho cuerpo legal, desmienten las propuestas construcciones de la cuota hereditaria reservada, y de la cuota legítima *pars valoris*, protegidas, respectivamente —según su formulador—, por las acciones de nulidad, total o parcial, la primera, y por la acción de reducción la segunda.

El enlace histórico de cada uno de los preceptos del Código civil, protectores de la legítima, nos muestra cómo ésta no se fundamenta en delaciones forzosas, producidas *ipso iure*, ni se protege con nulidades absolutas *ope legis*, sino en la tradicional articulación de: a) la impugnabilidad por preterición (art. 814); b) la impugnabilidad por desheredación injusta (art. 813, § 1.º, en relación con el art. 851); c) la acción de complemento o *actio ad supplementum*, en supuesto de atribución insuficiente por cualquier título (art. 815); d) las ac-

ciones de reducción por inoficiosidad de legados y donaciones (artículos 817 y ss. y 656); y *c*) la nulidad de los gravámenes, condiciones y sustituciones impuestos a la legítima (art. 813, § 2.º).

El análisis de estos preceptos nos demuestra que legítima en el Código civil no es, ni en todo ni en parte, una *pars hereditatis reservata*, ni tampoco, en porción alguna, una mera *pars valoris* que nominalmente quede fijada al fallecer el causante.

Los precedentes del Código civil, de los que son trasunto los artículos antes expresados y, en especial, los artículos 815 y 818, nos configuran la legítima: *a*) como *pars bonorum*, aunque a veces pueda satisfacerse con la entrega en metálico del valor que esa *pars bonorum* tenga al tiempo de su solución; y *b*) que puede atribuirse por cualquier título, conforme la génesis y *ratio* del artículo 815 nos prueban. Es decir, que puede ser satisfecha tanto por un llamamiento *ab intestato, praeter tabulas o contra tabulas*, en caso de impugnación por preterición o por desheredación injusta, o por una institución testamentaria de heredero, que, líquidos, cubran dicha *pars bonorum*, como igualmente mediante legados o por donaciones—con tal de que el causante no haya incurrido en preterición—, o bien cumulativamente por los tres medios o por dos cualesquiera de ellos.

### III. ¿CABE, EN EL CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL, DISTINGUIR UNA LEGÍTIMA DE LO "RELICTUM" PARA LAS DISPOSICIONES MORTIS CAUSA, INDEPENDIENTEMENTE DE LA RESULTANTE DE LA SUMA DE "RELICTUM" Y "DONATUM" SÓLO APLICABLE A LA REDUCCIÓN DE LAS DONACIONES INOFICIOSAS?

Si bien no propiamente para la distinción entre cuota de reserva y cuota de legítima, sí precisamente para diferenciar: una legítima de lo *relictum*, aplicable a las disposiciones *mortis causa*, y otra de la suma de *relictum* y *donatum*, aplicable al cálculo de la inoficiosidad de donaciones a extraños, bien pudo hallarse en las leyes 25 y 28 de Toro un fundamento que no tiene paralelo en el Derecho italiano.

Bastaría, para comprobarlo, prestar atención a la discursión que sostuvieron en torno a la Ley XXV de Toro los clásicos castellanos del siglo XVI y que tuvo su epílogo en la polémica entre Manresa y Morell, llenando así más de cuatro siglos de nuestra historia jurídica, y a la que hicimos eco en la tercera parte de nuestros "Apuntes de Derecho sucesorio" (279).

Nos creemos, por ello, obligados a examinar esas razones que, tal vez, podrían fortalecer por lo menos en una parte importante de la tesis que criticamos.

28. Para introducirnos en el examen de esa cuestión, conviene

(279) *Apuntes de Derecho Sucesorio*, III Parte, § 5, A y B.; § 8.º, A, a y b; § 11, A. Cfr. ed. sep., pp. 347 y ss.; 403 y ss.; y 464 y ss. y A. D. C. VII-IV, pp. 1033 y ss. y 1085 y ss., y VIII-II, pp. 300 y ss.

que previamente recordemos que, en Derecho Romano, la *querela inofficiosae donationis* y la *querela inofficiosae dotis* aparecieron bastante más tardíamente que la *querela inofficiosi testamenti* (280); y y que, en un principio, dieron lugar a que se superpusieran dos medidas legitimarias diversas. Así:

a) A efectos de la *querela inofficiosi testamenti* sólo se sumaban a lo *relictum* las donaciones imputables a la legítima (281); es decir, además de las *mortis causa* (282), las siguientes *inter vivos*: dotes y donaciones *propter nuptias* (283), las *ad emendam militiam* (284) y las expresamente verificadas como anticipo de legítima (285).

b) A los efectos de la *querela inofficiosae donationis vel dotis* se requería un doble cómputo y sólo se daba lugar a su ejercicio si la inoficiosidad se daba en ambos cómputos, referidos, respectivamente, a la fecha de la donación y de la muerte del donante (286); pero todas las donaciones anteriores debían computarse para comprobar la inoficiosidad de las ulteriores (287), así como la del testamento del causante (288), y, entre ellas, debían computarse e imputarse a la legítima del querellante todas las donaciones recibidas por el mismo de cualquier clase que fuesen (289).

Esta duplicidad de remedios dio lugar a que la glosa plantease la cuestión de si cabía al padre donar *inter vivos* todo el montante de que podía disponer sin incidir en la inoficiosidad perseguida por la *querela inofficiosae donationis* y, además, disponer *mortis causa* de lo relicto sin tener que respetar a sus herederos forzosos más que aquella parte que frente a la *querela inofficiosi testamenti* se estimaba como porción legítima, es decir, calculándola tan sólo del montante de lo relicto, según el texto de la ley *Cum quaeritur* (*Cod.*, III-XXVIII, 6).

Rodrigo Suárez (290) nos explica cómo lo planteó la glosa magna en el vers. 6 *quacro* de la ley 1, *Cod. de inoffi. don.* (III-XXIX): Un padre donó nueve onzas e instituyó herederos en las tres restantes a sus hijos gravándoles de legados y fideicomisos que no les gravaban en más de tres cuartos de lo relicto. ¿Disponían los hijos de algún remedio? O. ¿es que podía disponer, el padre, de tres cuartas partes

(280) Según VON MAYR (*Historia del Derecho Romano*, lib. II, sec. II, cap. IV y lib. III, sec. II, cap. IV —trad. de la 8.<sup>a</sup> ed. alemana por W. Roces, Barcelona, 1926—, vol. II, pp. 235 y ss. y 328 y ss.) las huellas de la *querela inofficiosi testamenti* se remontan a la época de la República mientras las otras dos querellas fueron introducidas por Alejandro Severo.

(281) Cfr. WINDSCHEID: op. cit., § 581, nota 3, ed. cit., vol. III, p. 253.

(282) *Instit.* II-XVIII, § 6.º; *Dig.* V-II, § 6.º; *Cod.* III-XXVIII, 36 pr.

(283) *Cod. h. t.* 29.

(284) *Cod. h. t.* 30, § 2.º.

(285) *Dig. h. t.* 25, pr. y *Cod. h. t.* 35, § 2.º.

(286) *Novela* 92, cap. I, cfr. WINDSCHEID: op. cit., § 586, ed. y vol. cit., pp. 271 y ss. y nota 7.

(287) *Nov.* 92, cap. I, versic. 2.º.

(288) *Cod. h. t.* 1, 7 y 8 y *Dig.* XXXI-único, 87, § 3.º.

(289) Cfr. WINDSCHEID: loc. cit., nota 9, p. 272.

(290) RODRIGO SUÁREZ: op. cit., *Declaratio legis regni*, § últ. *Ad lectur. I. post rem iudicatam*, n. 23 a 25 (*Opera Omnia*, ed. cit., pp. 570 y ss.).

a título de donación o de otras tres cuartas partes de lo relicto por acto de última voluntad?

Había argumentos para excluir ambas querellas, y que llevarían a la posibilidad de dos porciones de libre disposición, una *inter vivos* y otra *mortis causa*: “quia querelam inofficiosae donationis non habet cum donatio novem unciarum non fuit inofficiosa: ex quo non excedebat legitimam: quia tres unciae remanserunt filio, quae erant integra: nec etiam habet querelam inofficiosi testamenti. Nam ad hoc, ut cesset querela talis, sufficit quod filio relinquatur quarta de bonis, quae reperiuntur tempore mortis *l. cum quaeritur, C. de inoff. test. et ind. § quarta*, sed cum tempore mortis solum reperiebantur tres unciae sufficit quod de illis tribus unciis habeat quartam: et per consequens residuum potuit legari”.

Pero la glosa magna lo resolvió negativamente, criterio con el cual Rodrigo Suárez muestra su conformidad: “quod debet filius habere omnes tres uncias integras relicto onere legatorum: et sic non dicitur legitima habita consideratione ad quartam trium unciarum, quae erant: et remanserunt, tempore mortis, sed omnes tres unciae dicuntur tota legitima, et integra pro legitima debentur filio in totum, habito respectu ad bona, quae erant duodecim...”. De este modo la ley *Cum quaeritur* debía completarse e integrarse con lo dispuesto en el título *De inofficiosae donationis* del propio *Codex*.

29. La cuestión así resuelta en el Derecho común se mantuvo más dudosa en el Derecho Real de Castilla.

La ley 7, tít. XII, lib. III del Fuero Real prohibió a quien tuviera hijos donar más del quinto, y la ley 9, tít. V del mismo libro permitió mejorar a su muerte en el tercio y dejar un quinto “por su alma, o en otra parte do quisiere e no a ellos”. Esto indujo a la creencia de que el padre podía disponer de dos quintos, uno en vida y otro para después de su muerte, basándose en que las dos citadas leyes se hallaban en títulos distintos.

La ley 28 de Toro trató de resolver esta duda de acuerdo con el criterio del Derecho común, y así dispuso que: “La ley del fuero, que permite que el que tuviere fijo o descendiente legítimo pueda hacer donación fasta la quinta parte de sus bienes e no más, e la otra ley del fuero, que assí mesmo permite que pueda mandar teniendo fijos o descendientes legítimos al tiempo de su muerte la quinta parte de sus bienes, se entienda e platique que por virtud de una ley e de la otra, no pueda mandar el padre ni la madre a ninguno de sus fijos ni descendientes más de un quinto de sus bienes en vida o en muerte”.

Palacios Ruvios (291) sostuvo que esta ley sólo prohibía que a un mismo hijo pudiera dársele un quinto en vida y otro a la muerte del padre, pero no que cupiera donar un quinto a un hijo, y legar otro quinto a otro hijo.

(291) JUAN LÓPEZ DE BIVERO O DE PALACIOS RUVIOS: *Glossmata ad leges Tauri*, Lex. XXVIII, gloss. III (cir. *Opera Omnia*, ed. Antuerpiae, 1616, p. 619) y Lex XXVI, gl. XVII (ed. cit., p. 609).

Pero la común opinión (292) interpretó la ley 28 de Toro en el sentido de que ésta resolvía negativamente la posibilidad de disponer de dos quintos, además del tercio, a favor de los hijos, o de uno, además del tercio, a favor de los hijos y otro a favor de extraños, o de más de un quinto a favor de extraños, ni aunque fuese acumulando lo dejado en vida y lo dispuesto en testamento.

30. Hemos visto cómo en Derecho castellano se dispó la posibilidad de coexistencia de una cuota de libre disposición *inter vivos* y de otra *mortis causa*, concretándose en una sola para ambos títulos dispositivos. Ahora vamos a examinar, a la inversa, si tampoco hubo más que una sola cuota de legítima con referencia tanto a donaciones como a disposiciones testamentarias apreciadas conjuntamente, o bien si hubo dos cómputos y dos cuotas diversas, aunque complementarias entre sí.

Si la clave del anterior problema fue la ley 28 de Toro, el que ahora tratamos de examinar se centra en la interpretación de la ley 25 de Toro.

Dispuso la ley 25 de Toro que: "El tercio y quinto de mejora fecho por el testador no se saque de las dotes, y donaciones *propter nuptias*, ni de las otras donaciones que los hijos e descendientes traieren a colación o partición."

La línea interpretativa de esta ley se bifurcó en dos cuestiones interdependientes: a) ¿Se trataba de una norma imperativa o simplemente interpretativa de la voluntad del testador? b) La expresión "*no se saque*", ¿fue empleada con significado material de *no extraer* o bien en el contable de *no calcular*, es decir, se refirió sólo a la *masa de extracción* o también a la *masa de cálculo* de las mejoras testamentarias ordenadas?

En nuestros repetidos "Apuntes..." tratamos de establecer una clasificación de las distintas opiniones de los comentaristas que trata-

---

(292) Así opinaron: RODRIGO SUÁREZ (loc. cit., nn. 21 a 26, pp. 570 y s.); GREGORIO LÓPEZ (*Glosa a las palabras "en vida" de la ley 8, tit. IV, Partida 5.<sup>a</sup>, n. 48 a dicho título*; cfr. ed. Barcelona, 1843, p. 50 del vol. III); TELLO FERNÁNDEZ (*Prima Pars Commentariorum in Constitutionem Taurinas*; lex XXVIII, n. 1, cfr. ed. Granatae, 1566, fol. 221); JUAN GUTIÉRREZ (*Practicarum Quaestionum Civilis*, lib. II, Quaest. LXIX, n. 1; Cfr. *Opera Omnia*, ed. Coloniae Allobrogum, 1730, t. II, p. 158); MELCHOR PELÁEZ DE MÉRDES (*Tractatus de iudicatum et meliorationum Hispaniae*, Prima pars, Quaest. LVIII, nn. 26 y 35; cfr. ed. Granatae, 1575, fol. 208 vto. y fol. 210 vto. *in fine* y s.); JUAN MATEUZO (*Commentaria in librum quintum recollectionis legum Hispaniae*, tit. VI, lex XII, 28 Tauri, gl. III, n. 1; cfr. ed. Mantuae Carpetanae, 1580, fol. 162); ANDREA ANGULO (op. cit., lex XII, gl. única, nn. 1 y 2; ed. cit., p. 637); ANTONIO AYERBE DE AYORA (*Tractatus de Partitionibus Bonorum...*, Pars II, Quaest. VIII, n. 17; cfr. ed. Granada, 1586, fol. 80); ALFONSO DE ACEVEDO (*Commentaria Juris Civilis in Hispaniae Regiae Constitutiones*, lib. V, tit. VI, lex XII --Tauri 28--, n. 1; cfr. ed. Lugduni, 1737, t. III, p. 201); JOSEPH FERNÁNDEZ DE RETES (*De donationibus academica relectio*, cap. VIII, n. 16, en *Novus Thesaurus Juris Civilis et Canonici* de Gerardi Meerman; cfr. ed. Haege-Comitum, 1753, t. VI, p. 589).

ron de contestarlas, y de ellas, ahora, vamos sólo a ofrecer una breve síntesis:

a) Miguel de Cifuentes (293), Palacios Ruvios (294) y Diego Castillo (295), primeros comentaristas de las leyes de Toro, apoyándose fundamentalmente en que las leyes 19 y 23 de Toro referían el tercio al montante o valor de los bienes del mejorante al tiempo de su muerte, dedujeron que como corolario la ley 25 determinó que la mejora se debía extraer y calcular exclusivamente de los bienes que el causante tuviese a la hora de la muerte. Años más tarde siguió ese criterio Muñoz de Escobar (296), quien, si bien no añadió nuevos argumentos, excepto el de observar que de computarse dichas donaciones para calcular tercio y quinto, al aumentar éstos, disminuiría la legítima (argumento que sólo sería razonable si la legítima con ello disminuyera a menos de lo que debiese importar), en cambio, atacó muy duramente la opinión opuesta de Tello (297). Después, también defendió este criterio Juan del Castillo Sotomayor (298). Si bien estos dos últimos autores lo exceptuaron en el supuesto de haberse dispuesto la mejora *inter vivos* en forma irrevocable, supuesto en el que admitieron que se sacase, conforme la ley 17, de las dotes y donaciones posteriores.

(293) MIGUEL DE CIFUENTES: "Glosa... sobre las leyes de Toro", lex XXV, números 1, 2 y 3 (cfr. ed. Medina del Campo, 1555, fol. XXV-vto.).

(294) PALACIOS RUVIOS: *Repetitio Rubricae et Capituli "Per vestras"*, de *donationibus inter virum et uxorem, Repetit. capi.*, § 23 *Scd pulchrum est*, n. 3 (cfr. ed. Lugduni, 1538, fol. 154), y *Glossemata...*, lex XXV, gl. 1 (ed. cit., página 598).

(295) DIDACUS CASTELLUS: *Las leyes de Toro glosadas-Utilis et aurea glossa...*, lex XXVI, n. 1 (cfr. ed. Methymae Campi, 1553, fol. 118 vto.).

(296) FRANCISCO MUÑOZ DE ESCOBAR: *De ratiociniis administratorum et computationibus variis aliis. Tractatus praequatissimus*, *Computatio* I, nn. 7 a 13 (cfr. ed. Lugduni, 1733, pp. 3 y ss.).

(297) Así le dedicó de buen comienzo este párrafo: *In hactamen difficultate, dum noster Tellus per aethera et aera divagatus esset, super penas ventorum volitasset, Icarei pelagi aquas (misere cadens) degustavit, et quaedam quasi mera acgratitium somnia typis mandavit, et quod pejus est, quod dum suae opinionis inconvenientia nota habuisset, pertinaciter illam defendere non dubitavit* (n. 8); y poco después le dije tamen *ejus responsio frivola et sine fundamento est* (n. 8, *in fine*). Y aún añadió que Tello *ingeniui confitetur [de la opinión contraria a la suya], eam ab omnibus advocatis et iudicibus usque ad sua tempora fuisse canonizatam, ita ut cum saepe ipse articulum istum in praxi habuisset, nunquam pro sua opinione obtinere potuit...* (n. 9). (Sin embargo —como luego veremos— la tesis de TELLO, si bien mitigada con un carácter interpretativo que ya había observado RODRIGO SUÁREZ, se impuso a la rígida de MUÑOZ DE ESCOBAR. Así a ANGULO, en la segunda edición de su obra llegó a iguales resultados prácticos que TELLO. AVERVE DE AYORA la generalizó y en el S. XVIII y la aceptó FEBRERO, con las mitigaciones interpretativas de SUÁREZ, GUTIÉRREZ, MATIENZO y ANGULO, y de ella dice que es la seguida por los partidores en *particiones inteligentes de la Corte*. Y con respecto al ejemplo puesto por TELLO, que en seguida veremos, declaró MUÑOZ DE ESCOBAR que la solución *ut clara et evidenti demonstratione Mathematicus quilibet (et si coecus) videri, et manibus contractare poterit* (n. 9).

(298) JUAN DEL CASTILLO SOTOMAYOR: op. cit., lib. IV, cap. XV, nn. 39 y 48 (ed. cit., vol. IV, pp. 126 y 129 y ss.

A ese criterio pudo replicarse (299) que las leyes 19 y 23 de Toro en realidad no decían, respecto de la mejora de tercio, más que la citada ley *Cum quaeritur* (Cod. III-XXVIII, 6) con respecto la legítima romana, cuando esta disponía que “si quartam bonorum partem mortis tempore testator reliquit, inspicitur”, y, sin embargo, en virtud de la doctrina de la inoficiosidad de las donaciones, implicó la acumulación de *donatum* y *relictum*.

Su sentido lo aclaró Juan Gutiérrez (300) al decir que las leyes 19, 23 y 29 “non dicunt tertium et quintum meliorationis intelligendum tantum fore de bonis, quae defunctus reliquit tempore suae mortis, sed quod valor bonorum defuncti ad ex trahendum tertium et quintum attendendus sit tempore mortis testatoris; quod diversum est”.

Palacios Ruvios (301) había explicado su interpretación con un ejemplo: Un padre con tres hijos tenía 100, dotó a una hija con 20, mejoró a un hijo con tercio y quinto, e instituyó a los tres por partes iguales. Su solución fue: De los 100 se descuentan los 20 dados en dote; de los 80 relictos se deduce quinto y tercio, que suman 32; al resto de 42 se suma los 20 de la dote colacionable, y se divide la suma entre los tres hijos herederos, que tocan a cerca de 21 cada uno.

Pero este cálculo lo objetó Tello Fernández (302) contraponiendo otro ejemplo; que comentó: El padre tiene 130, donó 10 a un hijo, mejoró a otro en tercio y quinto y dejó al morir 120. Si tercio y quinto se deducen sólo de 120, resultarán 56, con lo cual, sumada la dote, se gravará a los legitimarios en más de tercio y quinto de 130 (24 + 32 + 10 = 66). Y si los 10 donados se descuentan de los 56 de mejora, recibiendo 46 el mejorado de tercio y quinto, o se sumasen a la legítima los 10 de dote, resultaría que ni 46 es igual al tercio y quinto de los 120 relictos, ni 56 es igual al tercio y quinto de los 130 de la suma de *relictum* y *donatum*).

b) Antonio Gómez (303) y el jesuita Luis de Molina (304) distinguieron según el tercio y quinto en cuestión tuvieran que ser módulo de disposiciones *mortis causa* o de disposiciones *inter vivos*; calculándolos en el primer supuesto, sólo de caudal relictivo, y en el segundo, de la acumulación de *relictum* y *donatum*.

En contra de esta distinción, objetó Ayerve de Ayora (305): “que no ha de ser de peor condición el padre que dio en su vida a sus hijos sus legítimas, que el que no las dió hasta la muerte *maxime* que en las

(299) Cfr. RODRIGO SUÁREZ, loc. cit., n. 26 (p. 571).

(300) JUAN GUTIÉRREZ: op. y lib. cit., Quaest. LXII, n. 1 *in fine* (p. 148).

(301) PALACIOS RUVIOS: *Glossemata...*, lex XXV, gg. XIV y XV (p. 600).

(302) TELLO FERNÁNDEZ, op. cit., lex XXV, n. 4 (fol. 197 vto.).

(303) ANTONIO GÓMEZ: *Opus praeclarum et utilissimum super Legibus Tauri*, lex XXV, n. 1, y lex XXIX, n. 35 (cfr. ed. Salmanticae 1575; fol. 92 y fol. 104).

(304) LUIS DE MOLINA, S. I.: op. cit., tract. II, Disput. CCXXXVI (cfr., ed. Conchae 1953, col. 1463 C).

(305) AYERVE DE AYORA, op. cit., pars. II, Quaest. III, p. 4 y 5 (ed. cit., t. I, p. 76 vto y ss.).

dotes y donaciones propter nuptias se suele decir y poner en la scriptura que lo da para en cuenta de su legítima del hijo y aunque no se diga el derecho lo dice y dispone porque es donación ob causa hecha para este effecto...”, "... porque teniendo los otros hijos recibidas sus legítimas, enteramente de todos los bienes que su padre tenía y tuvo hasta el día de su muerte no pueden querrellarse de inoficioso testamento... aunque el padre diesse todos los bienes que le quedaron por via de mejora a uno de sus hijos pues lo pudo hazer *lege permissente*"... "porque por la misma razón, que auiedo el padre en vida dado a un estraño el quinto de sus bienes no puede despues en la muerte disponer de otro quinto entre estraños en perjuizio de sus hijos: *ut in l. 28 de Toro, l. 12, tit. 6 li. 5 reco.* por essa misma razon a contrario sensu auiedo dado el padre a sus hijos, en su vida en dote, y donación *propter nuptias*, lo que les pertenecía, y auian de auer de sus bienes en su legítima no era obligado en muerte a darles otra legítima si no tiene mas bienes adquiridos al tiempo de la muerte..."

c) La tesis de que en la ley 25 de Toro el verbo "sacar" no debe entenderse por *deducir o calcular*, sino solamente por *detraer y extraer* efectiva y realmente, fue especialmente defendida por los citados Tello Fernández (306) y Ayerve de Ayora (307), y por Alfonso de Acevedo (308). Para los tres, la *ratio* de dicha ley fue que la dote y las donaciones *propter nuptias* se imputaban a la legítima, por lo cual de ellas no se *extraían* las mejoras de tercio y quinto; pero, en cambio, se tenían verbalmente en cuenta para *calcularlas* (309).

Tello, aplicando este criterio a su ejemplo, que antes hemos referido, propuso la siguiente solución: de la suma de los 120 relictos y de los 10 donados, es decir, del total de 130, se debe calcular tercio y quinto, en conjunto 60 (y *pico*), de los que se han de restar los 10 de la donación, quedando 50 (y *pico*) para el mejorado (310).

Ayerve de Ayora también puso su ejemplo: "Si un padre tottiesse

(306) TELLO FERNÁNDEZ, op. cit., nn. 1, 2 y 3 (fol. 195 y ss., ed. cit.).

(307) AYERVE DE AYORA: op., Pars et Quaest, cits., nn. 5 y 6, fol. 76 vto. y ss. y Pars IV, tercer *exempl. partitionum* (ed. cit., fol. 188).

(308) ALFONSO DE ACEVEDO, op. lib. y tit. cits., lex IX (25 Tauri), n. 8 (ed. y vol. cits., pág. 183).

(309) Entre TELLO FERNÁNDEZ, de una parte, y ALFONSO DE ACEVEDO, de otra, existió no obstante un punto de discrepancia, relativo al supuesto de que las dotes y donaciones *propter nuptias* excediesen de la legítima. Según TELLO, *lex nostra tantum loquitur quatenus donati imputatur in legitimam, et est equalis legitimae vel minor in casu vero non loquitur*. Ese supuesto, a su juicio, se halla fuera de su *ratio*; en ese exceso, conforme a la Ley 29, habría una mejora y, por ello, se trataría de una colisión de mejoras a la que debería aplicarse la doctrina general de que una donación irrevocable no puede ser disminuida por otra posterior. En cambio, Acevedo opinó *quod dotes ac donationes propter nuptias... nullo modo essent tertiana neque quinta sive antea praecesserit melioratio tertii et quinti sive sequatur* (lex cit. n. 2. p. 183, ed. y vol., cits.).

(310) TELLO, loc. cit., n. 4 (fol. 198).

mil quinientos ducados de hazienda y cuatro hijos a los cuales ouiesse dado en dote y donacion *propter nuptias* para en cuenta de sus legitimas a cada uno doscientos ducados que es su legitima enteramente que monta a ochocientos ducados y solamente ouiesse retenido para si el quinto para disponer por su anima y entre extraños y el tercio entre sus hijos que son los setecientos ducados que hazen el tercio y quinto de todo. Si este padre mejorasse agora a un hijo en el tercio y remanente de el quinto de todos sus bienes, o en una heredad que reservio para si, que montaua el tercio y quinto de todos sus bienes, en tal caso no podría el padre mejorar al hijo que quisiesse en todo el tercio y quinto de sus bienes sino solamente de lo que poseya quando murió que es el tercio y quinto que auia reservado para disponer en su muerte del quinto libremente y del tercio entre sus hijos *quod esset absurdum et contra mentem legis*, pues este padre ha dado ya enteramente sus legitimas a sus hijos en los ochocientos ducados que les dió en su vida y no tiene agora más patrimonio quando viene a morir de que darles mayor legitima y querrian según esso llevar los hijos dos legitimas una la que se les dió en su vida del padre de todos los bienes que tenia, y otra de los bienes que reseruo para si, y dexo quando murió que eran solamente el tercio y quinto de sus bienes, *quod esset iniquum et iniustum et contra leges, quae permittunt parentibus libere disponere de bonis suis, et dividere inter filios in vita vel in morte dum non minus legitima sua eis relinquunt...* y así se concluye que si el padre y madre de este hijo mejorado en el tercio y quinto de sus bienes le mejoraron en el tercio y quinto de sus bienes, y de todo aquello que le podía mejorar conforme a derecho que estas dos partidas que el padre dió a sus dos hijos... se han de juntar con su capital de el padre y hazerse cuerpo de bienes y de todo ello se ha de sacar el tercio y quinto de la mejora..." (311).

No obstante, Ayerve de Ayora abre la posibilidad del criterio interpretativo de que en seguida vamos a ocuparnos. Fijémonos en que hace notar *condicionalmente* que: si el padre o madre "le mejorasen en el tercio y quinto de sus bienes, y de todo aquello que le podía mejorar conforme a derecho...". Pero, aún más claramente, se observa en otro lugar (312) en el que distingue "O el padre en su testamento o scriptura de mejora dixo que mejoraria a su hijo en el tercio y quinto de sus bienes que tenia y poseya de presente, o de sus bienes absolute, o indefinidamente, y en tal caso esta mejora no se estendera a mas de los bienes que de presente tiene o touiere al tiempo de su muerte non ex defectu potestatis sed voluntatis porque el mismo se limito y no dixo mas en la mejora que hizo" ... "pero si el padre dixesse que mejora al hijo en el tercio y quinto de sus bienes que de presente tiene, y en todo aquello que pueda mejorarle de derecho, por quanto el tiene dadas a sus hijos sus legitimas en vida, y

(311) AYERVE DE AYORA: op. cit., párr. IV, 3<sup>er</sup>. *exemplum partitionum* (ed. cit., fol. 188 vto.).

(312) AYERVE DE AYORA, op. cit., párr. II. Quaest III, n. 4, vers *in quoputo sic distinguendum esse* (ed. cit., fol. 76 vto.).

todo aquello que auian de auer de sus bienes... en tal caso sine dubio crederem que pudo el padre mejoralle en todo el tercio y quinto de todos los bienes, ansí de los que presente tiene, como de los que tenia al tiempo que dio las dotes y donaciones propter nuptias a los otros sus hijos..."

d) Entre los autores que situaron la disposición de la ley 25 de Toro, en su aspecto de ordenación contable, en el terreno de la presunta voluntad del causante y no en el de la limitación de su potestad, deben ser citados Rodrigo Suárez (313), Juan Matienzo (314), Juan Gutiérrez (315), Andrés Angulo (316) y Ludovico Velázquez de Avendaño (317). Estos autores, como los del primer grupo referido, admitieron que la afirmación "no se saquen" tenía en la ley 25 un significado relativo al cálculo del montante de las mejoras; pero, en cambio, estimaron que no era un precepto imperativo, sino interpretativo de la voluntad del causante.

Así existirían dos masas de cálculo de las mejoras. Una de cálculo posible según la ley, equivalente a quinto y tercio de la suma relictum + donatum. Otra de cálculo presunto, para caso de no referirse el testador a otra mayor posible. A esa segunda masa de cálculo, y no sólo a la de extracción, se refería la ley 25 de Toro, según los defensores de esta última tesis.

Rodrigo Suárez lo expresó concisamente: "Praesumendum est ergo cum dixit, melioro in tertia parte honorum meorum, non se retulisse, nisi ad bona, quae erant in suo patrimonio tempore mortis et sic affuit potestas facendi, et etiam voluntas quae coniecturatur ex dictis verbis igitur"... "nisi expresse per testatorem fuisset dictum, quod dictam tertiam meliorationis posset deducere de toto acervo: tam de bonis quae ipse dimittit tempore mortis, qui etiam dotibus ex omnibus aliis, quae ipse dederat filiis suis..."

Aquella presunción cesaba, según Matienzo, si la mejora era anterior a la dote o donación propter nuptias: "Melioratio tertii et quinti prius facta extrahitur ex dote, vel donatione, quae confertur, quae meliorationem sequitur."

Y, con más razón aún, si la voluntad expresa del causante era otra: "Limita tamen regulam nostrae lege —dijo Velázquez de Avendaño— quando pater expresse constituit quod melioratio deduceretur ex acervo totius hereditatis vel ex omnibus praeteritis seu futuris bonis."

(313) RODRIGO SUÁREZ, op. cit., *Declaratio legis Regni*, § 6, *quaeritur*, números 1 y 2 (ed. cit., pp. 548 y s.).

(314) JUAN MATIENZO: op. cit., lex IX (Tauri 25), gl. 1, n. 4 (fol. 156 ed. cit.) y gl. III, n. (fol. 156).

(315) JUAN GUTIÉRREZ: op. cit., lib. II, Quaest. LXII (ed. cit., p. 139).

(316) ANDRÉS ANGULO: op. cit., lex IX, gl. 1 y II (ed. cit., pp. 474 y ss.).

(317) LUDOVICO VELÁZQUEZ DE AVENDAÑO: *Legum Taurinarum a Ferdinando et Joanna Regibus Hispaniarum foelices recordationes utilissima glossa*, ad 1 XXXV, n. 5 (cfr. ed. Colloniae Allobrogum 1734, p. 55).

Angulo planteó lúcidamente: *En el terreno del Derecho necesario, para calcular las legítimas debe sumarse al caudal relicto el importe de las donaciones simples y causales, incluso si el donatario se abstuviera de la herencia. En cambio, no es de derecho necesario que se haga la acumulación de dichas donaciones "ob causam" para calcular tercio y quinto* (318). Pero *tampoco lo es que no se acumulen las dotes y donaciones causales o simples para el cálculo de tercio y quinto, puesto que con tal acumulación no se lesiona la legítima* (319): "*Quod autem non laedantur ex accumulatione donatum simplicium patet ad oculum*"... (320). "*Quod autem nec legitinae laedantur ex accumulatione dotium aut donationum ob causam, vel pro legitima, patet similiter*" (321).

Como *regla presuntiva* la ley 25 de Toro es explico, fundamentalmente, por estimarse que no era presumible que el padre al testar se refiriese a los bienes que ya habían salido de su patrimonio, por lo cual se creyó más razonable entender que la mejora dispuesta como cuota de bienes iba referida por el disponente a los bienes que le pertenecían, pero no a los que ya no eran suyos. Lo que también resultaba analógicamente --refiriéndola a la mejora ordenada en tiempo de presente-- de la ley *Si ita* del tít. *De auro et argen. lega.* del Digesto (XXXIV-II, 7 [8]) (322).

Sin embargo --según concluyó Angulo--, las mejoras de tercio y

(318) ANGULO: *lex, cit. gloss.* II, nn. 8, 18 y 30 (pp. 482 y s. 491 y ss. y 499).

(319) ANGULO, *gloss. ult. cit.*, nn. 9 y 15 (pp. 485 y s. y 489 y s.).

(320) *Cum donatio simplex prior fit integraliter ex dicto tertio et quinto sic extracto solvenda iuxta 1. seq. [26 Tauri]. Et sic nec ipsa minuitur iuxta hunc text. nec melioratio nocet legitimis*, prosigue ANGULO, quien en el número 20 (pág. 494), propone el siguiente ejemplo.

Un padre tiene un caudal de 400, del que 186 es tercio y quinto y 214 la legítima. Hace una donación simple e irrevocable de 50 y posteriormente mejora a otro hijo en tercio y quinto. Acumulada aquella idealmente para cálculo de tercio y quinto, éstos siguen valiendo 186, de los que deben deducirse los 50 donados. Y si para el cálculo de dichas cuotas no se acumulan verbalmente los 50, tercio y quinto valdrán 162 y restarán 188 para las legítimas, pero al no bastar esa cantidad para satisfacer a los legítimarios se deberá añadir 26, que faltan, reduciéndose en ellos la mejora. De este modo las legítimas quedarán completadas igualmente en los 214 (= 188 + 26) y la donación simple más la mejora reducida en 26, darán 50 + (162 - 26) = 186, tercio y quinto íntegros.

Supongamos que la donación anterior a la mejora es de 100.

Acumulándola idealmente para cálculo de tercio y quinto, estos valdrán 186, de los cuales se deducen los 100 de la donación. Si no quiere acumularse idealmente para calcular dichas cuotas, tercio y quinto resultarán 140 y quedarán para las legítimas 100. Pero como la legítima íntegra es de 214, habrá que reducir la mejora en los 54 que faltan a la legítima, de modo que resultará que tercio y quinto también se llenarán totalmente con la donación y la mejora reducida: 100 + (140 - 54) = 186.

Es decir, que por cualquiera de los dos procedimientos, correctamente aplicados, el resultado obtenido será el mismo.

(321) N. 19 (pp. 493 y s.)

(322) RODRIGO SÁNCHEZ, *loc. ult. cit.*, n. 1 (p. 548) y ANGULO, *gloss. ult. cit.*, n. 1, vers. *Itaque* y n. 14 (pp. 486 y 488 y s.) y también n. 30 (p. 489).

quinto no sólo podían, sino que también debían calcularse acumulando dotes y donaciones *ob causam* en los supuestos siguientes:

a) Para el cálculo de las irrevocables anteriores a las dotes y donaciones causales (323).

b) Para comprobar la oficiosidad o inoficiosidad de las donaciones de cantidad o de cosa cierta, que no tenían otro límite que el tercio y quinto del total de *relictum* + *donatum*, deduciendo primero las dotes y donaciones precedentes (324).

c) Para fijar el montante de aquellas que el testador ordenó que fuesen calculadas acumulando, a lo *relictum*, las dotes y donaciones anteriores a la mejora, aunque naturalmente tuvieran la limitación de no poder perjudicarlas (325).

31. El panorama que en el período precursor al Código civil presentaba la doctrina al interpretar la ley 25 de Toro era el siguiente:

a) Josef Ferrero (326) parecía seguir, en líneas generales, la tesis interpretativa, si bien desarrolló la cuestión de un modo casuístico, lo que aconseja seguirle paso a paso, en sus cuestiones y conclusiones. Así, vemos que distingue:

1.º) Tratándose de dotes, donaciones *propter nuptias*, *por causa de matrimonio* o a cuenta de la legítima, estimó aplicable la ley 25 en el sentido de que las mejoras de tercio y quinto posteriores no se debían *sacar de ellas*, en el doble significado de que no podían disminuirlas y de que ni siquiera podían ser incluidas contablemente para cómputo ni para percibir “el mejorado más, sin tocarle, por aplicársele en parte de mejora el importe de bienes que no eran del mejorante, y ser con este motivo más cuantiosa sin deber serlo”. La razón básica esgrimida fue la interpretativa “de que jamás se juzga que ninguno quiere disponer, ni dispone de los ajenos, sino de los propios: y no siendo del mejorante los que tenía entregados, no es visto disponer de ellos”.

Pero tal regla, la limitó en tres casos:

I) Si la mejora fue hecha (n. 142) de modo irrevocable con anterioridad a la dote de donación causal, “pues entonces se deducirá, y exigirá efectivamente la mejora de la donación, no pactándose al contrario (como se puede) al tiempo de constituir la mejora”. “porque el ascendiente tiene potestad legal de mejorar irrevocablemente entre vivos a alguno o algunos de sus legítimos descendientes en el tercio y quinto de sus bienes y, de lo contrario, se vulneraría la irre-

(323) ANGULO, *op. cit.*, n. 31 (p. 499).

(324) N. 32 y n. 34 (pp. 499 y ss.)

(325) N. 33 (p. 500).

(326) JOSEF FERRERO, *op. cit.*, Parte II, lib. II, cap. III, § IV, nn. 142 y ss. (ed. cit., II-II, pp. 272 y ss.) Las citas correspondientes a las ulteriores versiones de la obra de FERRERO, revisadas respectivamente por JOSEPH MARCOS GUTIÉRREZ, por EUGENIO DE TAPLA y por GARCÍA GOYENA, AGUIRRE, MONTALBÁN y VICENTE y CARAVANTES, pueden verse en nuestros *Apuntes de Derecho Sucesorio*, III parte, notas 467 y ss. (cfr. ed. sep., pp. 405 y ss. y A. D. C. VII-IV, pp. 1091 y ss.).

vocabilidad de los mejoras que conforme la ley 17 puedan y deban serlo" (n. 145).

II) Si la dote fue inoficiosa, supuesto en el cual el exceso vuelve al donante (n. 146).

III) Para el supuesto de que el padre, "teniendo, v. g., quatro hijos, entregue a cada uno por vía de dote, o donación *propter nuptias* su legítima corta en el concepto y con expresión de tal, quedándose solamente el tercio y quinto de los bienes que a la sazón posee, y después mejora al uno de ellos, y no dexa... más bienes que los con que se quedo" (n. 167); en el cual distingue: si el padre al tiempo de su tradición expresó que se quedaba con el tercio y quinto para disponer de ellos íntegramente con arreglo a Derecho, y que los hijos habían de colacionar sus legítimas, y acumularse a efecto de deducirlos, del mismo modo que si no se las hubiera entregado, se acumularán, y sacará de ellas el tercio y quinto, porque con este fin se les dio, y en este concepto las recibieron. Mas si faltó la expresión referida, no, porque ya no son suyas, y el padre no puede mejorar en bienes ajenos, pues lo prohíbe la ley 25" (n. 168).

2.ª) De tratarse de una donación simple, se sumó a la opinión antes expresada, de Tello, Ayora y Acevedo, introduciéndose en la cuestión con el mismo ejemplo que vimos planteado por el primero de estos tres autores.

Un padre que tenía tres o cuatro hijos, hizo donación simple inter vivos de diez mil reales a uno de sus hijos, o de un fundo o cosa que los valía; después, en última voluntad, mejoró a otro en el tercio y quinto, y dejó un caudal relicto de ciento veinte mil reales (n. 148).

Y señaló que se habían propuesto cuatro criterios distintos para solucionar el problema:

I) Deducir la mejora expresa solamente de los bienes relictos. "y entonces el mejorado en testamento conseguirá como tal 56 mil reales de los 120 mil inventariados; pero de esta suerte se defraudan las legítimas en los 10 mil entregados en vida al donatario, en los cuales se entiende mejorado" (n. 149).

II) Deducir de lo donado un tercio y un quinto, y del importe de los bienes relictos otro tercio y quinto, lo que arrojaría el siguiente resultado: mejoras,  $4.666 \text{ y } 2/3 + 56.000 = 60.666 \text{ y } 2/3$ ; y legítimas,  $5.334 \text{ y } 1/3 + 61.000 = 66.334 \text{ y } 1/3$ . Pero observó que de ese modo, si bien "en nada perjudica las legítimas de los hijos, ni tampoco al mejorado en testamento", en cambio se "perjudica al donatario" porque de lo que ya es suyo como mejora se le quita para la legítima más de la mitad... "sin estar obligado a restituirlos, por no resultar inoficiosa" (n. 150).

III) Unir y acumular verbal y numéricamente los 10 mil reales entregados en vida a los 120 mil inventariados, con lo que sumará 130 mil, y calcular de éstos el total de la mejora  $60.666 \text{ y } 2/3$ , deduciendo de esta suma los 10.000 de la donación, con lo que quedan  $56.666 \text{ y } 2/3$  al mejorado en testamento (n. 151).

IV) Sacar la mejora solamente de los 120 mil relictos, con lo que importaría 56.000, y restar de éstos los 10.000 donados, con lo que quedarían para el mejorado en testamento 46.000 reales, “y por consiguiente, aunque el donatario no será defraudado, ni tampoco las legítimas, pero el mejorado en testamento no llevará el residuo íntegro de la mejora que el testador hizo a su favor de todos sus bienes en vida, y muerte, como pudo, porque le faltan 4.666 reales y un tercio de dos, para completarla” (n. 152).

Febrero, después de haber indicado que el tercer sistema “lo observan los Contadores de esta Corte, inteligentes en particiones, porque con él ninguna ley se infringe ni se perjudican ni disminuye las legítimas, ni mejora tácita ni expresa” (n. 151 *in fine*), dedico varios números (n. 153 y ss.) a examinar los textos de las leyes 19, 23, 25 y 26 de Toro, para decidirse por uno de aquellos criterios, concluyendo que cuando estuviera clara la voluntad del testador en ese sentido se debía acumular la donación para calcular la mejora (n. 164).

3.º) En cuanto al cómputo del quinto dejado en acto de última voluntad, tanto si el testador lo atribuyó como mejora o legado a un hijo o descendiente o a un extraño, opinó que sólo debía ser calculado de lo relicto, excepto que al tiempo de dar la dote, o hacer la donación, exprese y conste en ellas que las han de colacionar, y computar, para de todo el cúmulo sacar el quinto, y disponer de él a su arbitrio, pues en ese caso habrá lugar a la computación y deducción de su propio importe” (n. 170).

b) Sancho Llamas y Molina (327) entendió que, en la ley 25 de Toro, el verbo *sacar* no se usaba en el sentido contable de *calcular*, sino en el sentido material de *extracar, tomar, quitar*, y que la finalidad de dicha ley se concretaba a aplicar la doctrina de que las donaciones anteriores no podían ser revocadas o disminuidas por otras posteriores. Su criterio acerca del sentido del verbo *sacar* le hizo, pues, coincidir con la interpretación de Tello Fernández, aunque sus razones difiriesen, puesto que Tello había opinado que el principio de que la donación anterior no puede ser revocada por otra posterior se hallaba fuera de la órbita de la ley 25, y que ésta iba dirigida específicamente a proteger las dotes y donaciones *propter nuptias*.

Por tanto, para Sancho Llamas la expresión *no se saque* carecía de todo valor contable, pues en ese aspecto las mejoras de tercio y quinto siempre debían calcularse de la suma *relictum + donatum*, sin perjuicio de que a los cocientes resultantes se les restara el importe de las donaciones anteriores, e incluso el exceso que sobre las legítimas arrojase las dotes salvando la Pragmática de Madrid de 1543-- y las donaciones *propter nuptias*.

---

(327) SANCHE LLAMAS Y MOLINA: *Comentarios a las Leyes de Toro*, Ley XXV, nn. 6 y ss. (cfr., ed. cit., vol. I, pp. 444 y ss.)

c) No hemos conseguido tener plena seguridad de cuál fue la opinión de Martí de Eixalá (328), Benito Gutiérrez (329), La Serna y Montalbán (330) y González Serrano (331), aun después de releer cuidadosamente sus opiniones. Daban estos autores un concepto amplio de la colación. Afirmaban que las donaciones *ob causam* se colacionaban a las legítimas y que las donaciones simples se colacionaban a quinto y tercio. ¿Debían, pues, a su juicio, sumarse a la legítima las donaciones causales, y a tercio y quinto sumarse las donaciones simples, con la limitación de que esta segunda suma no podía exceder del tercio y quinto de la suma de *relictum* y *donatum*? De ese modo, las mejoras testamentarias, por ser *mortis causa*, únicamente se podrían deducir de lo relicto; pero, a ellas, podrían sumarse las mejoras irrevocables y las específicas, con tal de que su suma no excediera del quinto y tercio de la suma *relictum* + *donatum*. Sólo habría lugar a la reducción en caso de exceder de este tope, y primeramente afectaría a las mejoras testamentarias.

Según La Serna y Montalbán: “La donación simple se imputa, primero en el tercio, después en el quinto, y últimamente en la legítima, porque se considera acto de mera liberalidad. La donación por causa, primero en la legítima; si aún excediera a ésta, en el tercio, y finalmente en el quinto, porque se cree que el objeto del mejorante fue, ante todo, dar al mejorado su legítima anticipada”. Pero, seguidamente, añade una frase que nos hace dudar si su tesis fue igual a la que —como en seguida veremos— sostuvo Sala: “El exceso de estas cuotas se devuelve al cuerpo de la herencia para dividirlo con igualdad entre todos los hijos.”

d) Alvarez Posadilla (332), Sala (333) y Del Viso (334) continuaron la posición rígida de Palacios Ruvios, Muñoz de Escobar y Castillo Sotomayor, afirmativa de que la ley 25 de Toro disponía, con carácter imperativo, que las mejoras sólo podían deducirse y calcularse del

(328) Notas a *Las Siete Partidas...*, ed. y vol. cit., *Apéndice sobre las legítimas y mejoras*, n. 17, p. 574.

(329) BENITO GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ: *Códigos o estudios fundamentales del Derecho Civil Español*, lib. III, cap. V, sec. II, § II (ed. Madrid, 1863), tomo III, pp. 527 y ss.).

(330) PEDRO GÓMEZ DE LA SERNA Y JUAN MANUEL MONTALBÁN: *Elementos del Derecho Civil y Penal de España*, lib. III, tít. 1, sec. V, nn. 129 y 130 (cfr. 13.<sup>a</sup> ed. Madrid, 1881, t. II, pp. 86 y s.).

(331) JOSÉ GONZÁLEZ SERRANO, en su continuación a la obra de Pacheco, *Comentario histórico, crítico y jurídico a las leyes de Toro*, ley XXV, nn. 2, 9, 14 y 16 (cfr. ed. Madrid, 1876, t. II, pp. 12 y ss.).

(332) JUAN ALVAREZ POSADILLA: *Comentarios a las leyes de Toro, según su espíritu y el de la legislación de España*, ley XXV (cfr. ed. Madrid, 1790, p. 158).

(333) JUAN SALA: *Ilustración del Derecho Real de España*, lib. II, tít. VI, n. 8, ejemplos II y III (cfr., 2.<sup>a</sup> ed. Madrid, 1820, tomo II, pp. 182 y ss.).

(334) SALVADOR DEL VISO: *Lecciones elementales de Derecho Civil*, parte segunda, lección XII, § VIII (cfr. ed. Valencia, 1868, t. II, pp. 435 y s.).

caudal relicto, que su fin fue disipar toda duda en la interpretación de las leyes 19 y 23.

Sala, en su ejemplo III, planteó: Un padre hizo donación simple de 1.000 a uno de sus tres hijos, Pedro; donación causal de 300 a otro, Juan; y al fallecer dejó un caudal relicto de 1.500. Y propuso la siguiente solución:

“Y en atención a que las mejoras dicen solamente respecto al patrimonio del difunto al tiempo de su muerte, que según hemos visto importaba 1.500, será el tercio y quinto el mismo que en los anteriores ejemplos (es decir, el quinto sacado de 1.500 será 300, y el tercio de los restantes 1.200 será 400, y, por lo tanto, en junto tercio y quinto importarán 700). Se ejecutará, pues, la división de la manera siguiente: De los 1.500, patrimonio del difunto, tocan a Pedro 700 por su quinto y tercio; y a los 800 restantes se acumularán 1.300, importe de las donaciones; y saldrá el cúmulo de 2.100, y dividido éste por partes iguales, importará 700 la legítima de cada uno de los tres hijos. Según esto, de los 1.500, importe del patrimonio del padre se darán 400 a Pedro, que junto a los 1.000 que tenía por su donación forman su total haber de 1.400, esto es, 700 por mejora y otros tantos por legítima. A Juan se le darán otros 400, que unidos a los 300 que tiene por su donación, le forman la legítima de 700 que le corresponde. Ya Diego se le darán los 700, resto del patrimonio del difunto que son su legítima.”

e) García Goyena (335) fue decidido y decisivo defender de acumular idealmente todas las donaciones para calcular, de su suma con el caudal relicto, el importe de la legítima, de la mejora y de la parte de libre disposición.

Para defender su tesis, comenzó por mostrar gráficamente con algunos ejemplos lo absurdo de las contrarias. Así:

“Puede también dar ocasión la ley (25 de Toro) a dudas e inconsecuencias. La donación simple envuelve mejora: primero del tercio, luego del quinto; supongamos que un padre rico donó a uno de sus tres hijos 20.000 y muere luego sin dejar bienes y sí deudas; ¿será por eso ilusoria la mejora y se repartirán los 20.000 con absoluta igualdad entre los tres? Si deja 30 duros, consistirán las dos mejoras en sólo 14, seis el quinto y ocho el tercio? Donó a uno 4.000 por mejora expresa del tercio; dejó al morir 15.000 y mejoró a otro en el quinto. ¿Habrá de sacarse éste solamente de los 15.000? Si se resuelve que sí por los términos de la ley, resultará que el padre no ha dispuesto ni podido disponer en vida y muerte del quinto de todos sus bienes.”

Respecto al cómputo del quinto, añadió otro ejemplo:

“Dona el padre 5.000 a un extraño o espresando que es a cuenta de su quinto disponible; luego otros 5.000 a un hijo simplemente o espresando que es mejora en el tercio, y deja al morir 15.000. El es-

---

(335) FLORENCIO GARCÍA GOYENA: *Concordancias...*, vol. cit., apéndice n. 8, a las “Mejoras”, pp. 341 a 346.

traño, donatario anterior reclamará con justicia que los 10.000 donados se agreguen a los 15.000 y así resultará que el quinto importa sus 5.000; de otro modo se le perjudica en un derecho adquirido con anterioridad, y resultará que el donador puede hacer ilusoria en todo o en parte su liberalidad. ¿Y cómo se deducirá la mejora del tercio? Sin duda, de sólo 15.000 existentes a la muerte del padre. ¿Y, cómo imaginarse una contradicción más chocante con la sencilla y recta razón, ni una aberración más completa de la jurisprudencia universal? Igual pregunta con iguales dificultades puede hacerse si el testador dispone del quinto en dicho caso a favor de su alma; y podrían ponerse otros casos no menos perplejos y espuestos a estrañas, por no decir absurdas consecuencias.”

Por todo ello —según explica—, la Sección que redactaba el Proyecto de 1851, bajo su presidencia, aprobó en 30 de octubre de 1848 la solución propuesta por él, consistente, según propia explicación, “*en hacer una sola masa de los bienes dejados por el padre al morir, y de los que donó en vida; el resultado de esa agregación decidirá de la legítima de los hijos, y por consiguiente de las mejoras*”.

En consecuencia, el artículo 648 de dicho Proyecto, en su § 2.º, determinó que, para fijar la legítima, “*al valor líquido de los bienes hereditarios se agregará el valor que tenían todas las donaciones del mismo testador...*”.

Y el artículo 652 del mismo Proyecto de 1851, que encabezaba la sección de mejoras, decía: “*Los padres y ascendientes pueden disponer en vida o en muerte, en favor de cualquiera, aunque sea extraño, de todo lo que no sea legítima rigurosa de sus hijos y descendientes...*”. Con lo cual invirtió los términos de la vieja regla que proclamaba que  *toda la herencia era legítima, excepto quinto y tercio*. La sustracción al todo ya no era de quinto y tercio, sino de la legítima, para determinar inversamente, no ya la legítima, sino quinto y tercio. Según el expresado criterio de García Goyena, hecho de este o de aquel modo resultaba lo mismo, pero se disipaban las dudas —que calificó de absurdas— que anteriormente se habían suscitado. Por eso (336), al glosar el artículo 652, dice que: “Este artículo es de jurisprudencia universal, y no necesita motivarse, ni admite comentarios: todo lo que no sea legítima rigurosa es de libre disposición.”

32. La redacción del § 2.º del artículo 648 del Proyecto de 1851 fue literalmente recogida en el § 2 del artículo 803 del Proyecto de 1882; pero, en cambio, el Código civil, en su artículo 818, interpola la palabra “*colacionables*” en el inciso “*Todas las donaciones del testador*”, detrás de la palabra “*donaciones*”. En esa palabra *colacionables* radica la clave de una serie de cuestiones, de las que nos ocupamos hace ya años (337).

(336) GARCÍA GOYENA: op. y vol. cit., glosa al art. 652, p. 100.

(337) *Apuntes...* cit., III parte, § II, A), cir. ed. sep. pp. 464 y ss. y A. D. C. VIII-II, pp. 300 y ss.

“¿Es una misma regla la que debe aplicarse para calcular la legítima estricta, la parte disponible como mejora y la cuota de libre disposición? Es decir, ¿son tres partes alícuotas de un mismo todo?; o bien ¿la acumulación de lo *donado* al líquido relicto puede desequilibrar esa proporcionalidad?”

“Para calcular la legítima, ¿deben agregarse contablemente todas, sin excepción, o sólo determinadas donaciones? ¿Repercute esa reunión ficticia en el cálculo de las porciones disponibles?”

Es sabido —y de ello también nos habíamos ocupado (338)— que los términos “collatio”, “conferre”, “colación”, “rapport”, tienen un doble significado. Uno gramatical, vulgar, lato, y otro rigurosamente técnico, jurídicamente estricto. ¿En cuál de estos sentidos es empleado el término “colacionables” en el artículo 818 del Código civil?

a) Según Manresa (339), “no hay disposición legal donde dar significado diferente a la palabra colacionable en el artículo 818 y en el 1.035”. “No existe ni directamente se establece tal distinción en ningún artículo del Código.”

b) Sánchez Román (340) entendió que la colación tiene un doble significado, uno estricto, al que, a su juicio, se refieren tanto el artículo 1.035 como el 818 C. c., y otro menos propio, aplicado al cómputo previo al ejercicio de la reducción de las liberalidades no colacionables en sentido estricto. En su sentido estricto, la colación —dice en otro lugar (341)—: “en el concepto legal que el Código civil atribuye a esta palabra y la aplica, no es otra cosa que la *imputación* a los herederos forzosos en parte del pago de su legítima corta y también de la larga o mejora, ..., de lo recibido por título lucrativo y gratuito por cualquiera de dichos herederos forzosos que concurren con otros de igual calidad a la sucesión del causante común, donante o mejorante de aquéllos, y la evocación y reintegro a la masa hereditaria del exceso que resultare de aquellas donaciones hechas en vida por el mismo, para que, incluyéndose en el activo de la herencia, se dividan entre los partícipes y no se perjudique la legítima de los herederos forzosos que no recibieron nada por dote, donación o título lucrativo de dicho causante común en vida de éste”.

c) Otro grupo de autores —Falcón (342), Pérez Ardá (343),

(338) *Apuntes...*, III parte, § 6, A (*ed. sep.* pp. 366 y ss. y A. D. C. VII-IV, pp. 1052 y ss.); § 8, A (*ed. sep.* pp. 398 y ss. y A. D. C. VII-IV, pp. 1084 y ss.) y § 10, A (*ed. sep.* pp. 434 y ss. y A. D. C. VIII-II, pp. 270 y ss.).

(339) JOSÉ MARÍA DE MANRESA Y NAVARRO: *Más sobre donaciones colacionables a efectos de fijar las legítimas*, en *Rev. Gral. de Leg. y Jur.*, vol. 99 (2 semestre 1901), pp. 343 a 345.

(340) FELIPE SÁNCHEZ ROMÁN: *Estudios de Derecho Civil*, t. VI-II, capítulo XV, nn. 113, pp. 952 y ss.

(341) SÁNCHEZ ROMÁN: *op. cit.*, tít. VI-III, cap. XXVIII, n. 57 (*ed. Madrid*, 1910, p. 2026).

(342) MODESTO FALCÓN: *Exposición doctrinal del Derecho civil español, común y foral*, lib. III, tít. preliminar, cap. III, sec. II, § V, n. 12 (5.ª ed., Barcelona, 1897, t. III, p. 239).

(343) ENRIQUE PÉREZ ARDÁ: *El problema de la colación*, *Rev. Gral. de Leg. y Jur.*, t. 109 (2.º semestre, 1906), pp. 217 a 226.

Maura (344), Otero Valentín (345), Arenas (346), Felicísimo de Castro (347)— ha estimado que el artículo 1.035 no es sino una aplicación singular del concepto más amplio de colación, que ellos identifican con la síntesis de las operaciones de computación, imputación y reducción.

d) Pero la doctrina predominante ha entendido que el concepto de colación es distinto y más amplio en el artículo 818 que en el 1.035. Así lo han sostenido Navarro Amandi (348), Morell y Terry (349), Serrano Bernard (350), Oyuelos (351), De Buen (352), Clemente de Diego (353), Bonet (354), Fuemmayer (355), Abelaira (356), Royo Martínez (357), Roca Sastre (358), Lacruz Berdejo (359), Espinar

(344) ANTONIO MAURA: *Dictámenes*, t. IV, dict. n. 4—de 13-11-1913—pp. 33 a 45 (ed. Madrid, 1930).

(345) JULIO OTERO Y VALENTÍN: *Anticipos de legítima* (Valladolid, 1914), pp. 113 y ss.

(346) ANTONIO ARENAS: *La colación en el Código civil*, Rev. Der. Priv., tomo II—marzo 1915—, pp. 75 a 77.

(347) FELICÍSIMO DE CASTRO: *Derecho Civil*, t. II, pp. 361 y ss (Madrid, 1928).

(348) RAFAEL NAVARRO AMANDI: *Cuestionario del Código Civil Reformado*, art. 1.037 (Madrid, 1890), t. III, pp. 459 y ss.

(349) JOSÉ MORELL Y TERRY: *Donaciones colacionables a efectos de fijar la legítima*, en Rev. Gral. de Leg. y Jur., vol. 98—1.º semestre 1901—, pp. 288 a 307, y vol. 99—2.º semestre 1901—, pp. 320 a 330; y *Colación especial exigida en el artículo 1.035 del Código Civil*, en Rev. Gral. de Leg. y Jur., vol. 108.—1.º semestre 1906—, pp. 27 a 45 y 113 a 132.

(350) F. SERRANO BERNARD: *Las donaciones a extraños son parte de la herencia al solo efecto de fijar la legítima*, en Rev. Gral. de Leg. y Jur., vol. 132—1.º semestre 1918—, pp. 385 a 390.

(351) RICARDO OYUELOS: *Digesto, Principios, Doctrina y Jurisprudencia referentes al Código civil español*, lib. III, tít. III, cap. II, sec. V, n. 17, cap. VI, sec. I, n. 2.º (Madrid, 1921), tomo IV, pp. 42 y ss. y p. 335).

(352) DEMÓFILO DE BUEN: *Notas al Curso elemental de Derecho Civil*, de A. COLIN y H. CAPITANT, t. VIII (Madrid, 1928), cap. II, sec. XI, § 6.º, p. 340 y cap. IV, sec. VII, pp. 423 y s.

(353) FELIPE CLEMENTE DE DIEGO: *Instituciones de Derecho Civil Española*, lec. 97 (cfr. ed. Madrid, 1932, t. III, pp. 393 y ss.).

(354) FRANCISCO BONET RAMÓN, tomo II del *Derecho Civil, Común y Foral*, de De Buen y Bonet (Madrid, 1940), p. 608.

(355) AMADEO DE FUENMAYOR CHAMPÍN: *Estirpe única y representación hereditaria*, en "Estudios Jurídicos, año II—octubre 1942—, n. IV, fasc. 2 de Derecho Privado, pp. 55 a 63.

(356) A. ABELAIRA LÓPEZ: *La fijación de la legítima en Derecho español*, en Foro Gallego n. 57-58—marzo-abril 1949—, pp. 83 y ss., en especial 100 y 101.

(357) MIGUEL ROYO MARTÍNEZ: *Derecho Sucesorio mortis causa* (Sevilla, 1951), pp. 329 in fine y 335 y ss.

(358) RAMÓN MARÍA ROCA SASTRE: *Notas al "Derecho de Sucesiones" de Theodor Kipp*, § 131, I (ed. Barcelona, 1951, vol. II, pp. 295 y ss.).

(359) JOSÉ LUIS LACRUZ BERDEJO: *Notas al derecho de Sucesiones* de Julius Binder, § 33 (ed. Barcelona, 1953), p. 306; y *Derecho de Sucesiones, Parte General*, § 70, n. 424, en especial nota 5 c) y d), pp. 565 a 568 (Barcelona, 1961).

Lafuente (360), Castán Tobeñas (361), Espín Cánovas (362), Marín Pérez (363), J. Santamaría Ansa (364), Puig Peña (365), Puig Brutau (366).

Como explicó Morell (367), hay un concepto de colación que corresponde al de reunión ficticia o computación para cálculo de la legítima y de la porción libre, que recoge el artículo 818, y otro concepto especialísimo y estricto de colación, basado en la presunta voluntad del causante, aplicable exclusivamente en las relaciones de los herederos forzosos entre sí, regulado en los artículos 1.035 y ss. (368).

La Memoria del Tribunal Supremo de 1902 determinó claramente la diversa esfera de los artículos 818 y 1.035 C. c. en los siguientes términos:

“Basta con la lectura atenta de los mismos para comprender que la palabra colación la ha empleado el legislador en dos conceptos distintos: y por eso es por lo que, sin determinarlo bien, no es posible comprender el alcance y trascendencia de las disposiciones que aquéllos contienen, induciendo a fácil error o confusión; uno, el de aportación a la masa hereditaria de lo que el heredero forzoso haya recibido en vida o tenga que recibir por testamento; otro, el de su computación, o sea el destino que haya de darse a los bienes colacionables; si la no colación significa exclusión de tales bienes de la masa hereditaria, para que de ellos no se hiciera aprecio alguno en unas particiones, ¿cómo había de salvarse el principio de integridad de la legítima reconocido en los antedichos artículos 1.035 y 1.037? ¿Sobre qué base, con qué elementos se podría contar para resolver acerca de la inoficiosidad de lo donado?” “No, no es posible salvar el mencionado principio sin traer a la cuenta de las particiones todo lo que con

(360) FRANCISCO ESPINAR LAFUENTE, *La herencia legal y el testamento*, n. 157, nota 79, p. 343 (Barcelona, 1956).

(361) JOSÉ CASTÁN TOBEÑAS: *Derecho Civil Español, Común y Foral*, t. VI-I, séptima edición, Madrid, 1960, § CXLIII, III, 3, pp. 298 y s.

(362) DIEGO ESPÍN CÁNOVAS: *Manual de Derecho Civil Español*, vol. V., cap. III-V, 8, c, nota 71 (Madrid, 1957), p. 120.

(363) PASCUAL MARÍN PÉREZ: *Notas a la Tercera Edición del Curso elemental de Derecho Civil de A. Colin y H. Capitant*, t. VIII (Madrid, 1957), cap. IV, sec. VII, epíg. *Fijación de la legítima*, b), p. 674.

(364) J. SANTAMARÍA ANSA: *Comentarios al Código Civil*, art. 818, v. I, I, p. 810 (Madrid, 1958).

(365) FEDERICO PUIG PEÑA: *Tratado de Derecho Civil Español*, vol. V-II, cap. XIV, 6, A, b, 2.º, pp. 400 y s. (Madrid, 1963).

(366) JOSÉ PUIG BRUTAU: *Fundamentos de Derecho Civil*, V-II, cap. II, I, II, p. 138 (Barcelona, 1964).

(367) MORELL: *R. G. L. y J.*, vol. 108, pp. 27 y ss.

(368) Además de lo que expusimos en la III Parte de nuestros referidos *Apuntes de Derecho Sucesorio*, hemos sintetizado los conceptos, respectivamente: de COMPUTACIÓN en *Computación, imputación y reducción de las donaciones en los principales ordenamientos del occidente europeo*, en *Rev. del Instituto de Der. Comparado*, n. 3 (julio-diciembre 1954), pp. 45 y ss.; y de COLACIÓN propiamente dicha en *La colación propiamente dicha en el Código civil español*, en *Revista de Derecho Español y Americano*, año II, n. 7 (mayo-junio 1957), pp. 3 y ss.

relación a las legítimas deba computarse, ya sea para imputarlo a las mismas, ya a la mejora, ya, en su caso, al tercio de libre disposición."

Morell (369) se anticipó a la posible objeción de que, si todas las donaciones se han de computar, sobra en el artículo 818 la palabra *colacionables* y que "sin ella se entendería mejor el precepto". "No sobra —responde— porque de que deban agregarse lo mismo las donaciones a herederos forzosos que las donaciones a extraños no se deduce que todas las donaciones, cualquiera que sea su naturaleza, objeto y fin, son agregables". Y, al efecto, señala como no computables: las *mortis causa*, las con causa onerosa y las remuneratorias en lo que compensen el gravamen o el servicio, las de frutos, rentas o intereses, lo dado en alimentos a los herederos forzosos, aprendizaje, curación de enfermedades, etc.

Roca Sastre (370) excluye el importe de los gastos a que se refiere el artículo 1.041; y Lacruz (371), los regalos de uso, los gastos señalados en los artículos 1.041 y 1.042, lo pagado para cumplir un deber moral o social, etc. Nosotros (372) hemos defendido la no computación de las donaciones usuales, de los gastos de alimentos, educación, aprendizaje, equipo ordinario.

33. Oteados los diversos sentidos que la doctrina ha dado a la palabra *colacionables* empleada en el artículo 818 C. c., vamos a exponer ahora, en síntesis, las posiciones —de las que más largamente nos ocupamos en el § 11 de la III Parte de nuestros "Apuntes de Derecho Sucesorio"— de los autores que, en torno a dicho artículo y al sentido por ellos dado a aquella palabra, han tomado posición acerca del modo como se han de calcular la legítima y la porción libre cuando el causante hubiese otorgado donaciones inter vivos a legitimarios y a extraños. Para mayor claridad y sencillez las haremos girar en torno a las posiciones de Manresa, de Sánchez Román y de la que ha seguido la mayoría de los autores posteriores al Código civil.

a) Manresa ha sido continuador del antiguo criterio de Palacios Ruvios, Muñoz de Escobar, Castillo Sotomayor, Alvarez Posadilla y Sala. A su juicio:

"Del líquido que resulte ("comprendiendo solamente los bienes y derechos pertenecientes al testador, al tiempo de la muerte, con deducción de las deudas y demás obligaciones del caudal") se deducirá el tercio, de que el padre puede disponer libremente en todo caso, para pagar las mandas y legados del testamento, y que ha de servir de medida para apreciar si son o no inoficiosas las donaciones a extraños, y a los dos tercios restantes, que constituyen la legítima de los descendientes, se agregará el importe de las donaciones colacionables por

(369) MORELL: R. G. L. y J., vol. 9, p. 326 y pp. 323 *in fine* y ss.

(370) ROCA SASTRE: loc. cit., § 136, II, p. 346.

(371) LACRUZ BERDEJO: *Notas* cit., § 33, p. 306.

(372) *Apuntes...* cit., III Parte, § 11, B (cir. ed. sep., pp. 484 y ss. y A. D. C. VIII-II, pp. 220 y ss.).

el valor que tenían al tiempo de hacerlas. La cantidad que resulte sumando los dos tercios de legítimas y las donaciones colacionables, se repartirá por partes iguales entre los herederos forzosos, o en la proporción que les corresponda conforme a la ley y a la voluntad del testador" (373).

Según su criterio (374), las donaciones hechas a extraños "no pueden exceder del tercio de libre disposición, computado por el valor líquido de los bienes que hubiere dejado el padre al tiempo de su muerte, sin colacionar dichas donaciones ni agregarlas, bajo ninguna forma, a la masa hereditaria para liquidar la herencia. Si las donaciones exceden de dicho tercio, serán inoficiosas, cualquiera que fuese el caudal del donante al tiempo de hacerlas, y deben reducirse en cuanto al exceso, observándose para la reducción lo que ordena el artículo 654".

Aparte de su concepto unitario de colación, Mañresa aporta a favor de su tesis, fundamentalmente, las siguientes razones:

1.º Relacionando el artículo 818 con el 808 del Código civil, observa que éste refiere la legítima y la porción disponible a cuotas del "*haber hereditario*", por lo cual razona (375) que: "es evidente, porque así lo ordena la ley, que para fijar la legítima de los herederos forzosos y, por consiguiente, la parte de libre disposición, ha de atenderse solamente al valor líquido de los bienes que quedaron a la muerte del testador como de su propiedad, declarando así que estos bienes son los únicos que constituyen el haber hereditario, sin agregaciones de ninguna clase, y la cantidad que corresponda a cada parte servirá de tipo y medida para todos los efectos legales".

"Los bienes de toda donación —explica— pasan al dominio del donatario desde el momento en que éste la acepta, y el legislador, que así lo ha ordenado, no podrá incurrir en la irregularidad e inconsecuencia de considerarlos como propios del donante para incluirlos en su haber hereditario: por esto, dice que se agregarán al valor líquido de dicho haber, después de practicada dicha liquidación para fijar la legítima, ordenada anteriormente en el mismo artículo 818, y para cuyo fin, según él, ha de atenderse solamente *al valor de los bienes que quedaren a la muerte del testador*. Es, pues, evidente que dicha agregación no ha de tomarse en cuenta para fijar la legítima ni la parte libre."

Pero, cabe objetarle, a Mañresa, que no parece evidente que el artículo 808 emplee la expresión *haber hereditario* como equivalente riguroso de *herencia*: puesto que los artículos 818 a 820 determinan que para el cómputo de la legítima se agreguen contablemente al líquido relicto el importe de las donaciones colacionables y que lo donado a extraños se impute al tercio libre.

Se puede observar también en el razonamiento de este ilustre comentarista una petición de principio.

(373) MAÑRESA: *Comentarios...*, vol. VII (6.ª ed. Madrid, 1943), art. 1.035, II, B, p. 553.

(374) MAÑRESA: *op.*, vol. y arts. cit., II, A, p. 550.

(375) MAÑRESA: *R. G. L. y J.*, vol. 99, pp. 347 y s.

Ese defecto lo subrayó Morell (376), observando: “volvemos al punto de partida. Las donaciones no están en la masa, pero las donaciones colacionables se agregan a la masa, ¿cuáles son?” Y su respuesta: “Si ha de haber igualdad deben ser todas”. “Si las hechas en favor de herederos forzosos son agregables ficticiamente a la masa, las hechas a favor de extraños deben serlo también.”

2.º) Partiendo de que, según el artículo 636, nadie puede dar ni recibir por vía de donación más de lo que pueda dar o recibir por testamento, deduce (377): “Luego el padre que deja descendientes, sólo puede dar por testamento a otras personas el tercio líquido de los bienes que tenga al tiempo de su muerte y, por consiguiente, serán inoficiosas las donaciones hechas a extraños en cuanto excedan de esa medida.”

Pero, como notó Serrano Bernard (378): “si el Código emplea la misma palabra imputar al referirse a las donaciones a herederos que a las hechas a extraños, y todos los supuestos del artículo 819 son consecuencia práctica de lo dispuesto en el 818, ¿por qué las primeras se suman y las últimas no? El tecnicismo es el mismo, y como el precepto legal no distingue, no es posible aplicar criterios distintos”. Además... “como imputar es atribuir, y para hacerlo es menester suponerlas incluidas en dicho tercio, sumadas a todo lo que en él ha de tener cabida, se llega al absurdo de declarar, sin querer, que están comprendidas en el tercio sin estarlo en el total. ¡Como si en la parte pudiera estar comprendido algo que no esté en el todo!”

Notemos que la imputación, sea a la legítima o a la parte libre, de una donación que no se ha computado, supone un absurdo contable. En realidad, en estos casos no debería hablarse de *imputación*, sino, acaso, de *comparación* (como en el supuesto de que se permita a un extraño conservar, sin sufrir reducción, los bienes donados hasta un valor igual a la parte de libre disposición relicta y sin que ésta pierda su carácter disponible—posición que, contra la común opinión, atribuyó Palacios Ruvios a la ley 28 de Toro, admitiendo que pudiera disponerse de un quinto por donación y de otro por testamento—) o de *desplazamiento* (en el caso de que lo donado a un legítimo o a un extraño, hasta el montante, respectivamente, de la legítima o de la parte libre, calculadas con relación al caudal relicto, desplace de aquellas porciones la sustancia relicta de modo que, en sus respectivos casos, deje de ser legítima o porción libre). Ese desplazamiento resultará, por esa mal llamada imputación, cuando lo donado ocupe contablemente el lugar de un valor relicto equivalente, derramándolo fuera de su correspondiente cuota; es decir, dejándolo extra parte, al pasar a ser considerado parte libre o legítima, inversamente a lo que sería sin el desplazamiento.

El notario Antonio Arenas (379) nos lo explicó con un ejemplo:

(376) MORELL: *R. G. L. y J.*, vol. 98, p. 300.

(377) MANKESA: *Comentarios...*, vol. VII, art. 1.035, II, A, p. 549.

(378) P. SERRANO BERNARD: loc. cit., p. 386.

(379) ANTONIO ARENAS: loc. cit., p. 75.

“Un padre, al que sobreviven sus hijos, dona en vida a un extraño nueve; a su fallecimiento quedan en su poder bienes que valen tres, sin deudas ni cargas; conforme al criterio que parece desprenderse de la letra de los artículos 1.035 y 818 y que defienden los citados comentarios (de Manresa), resultará que, como el donatario no es heredero forzoso, no tendrá obligación de colacionar y, por ende, que como la donación no es colacionable, no hay que agregar los nueve a los tres para fijar la legítima; pero como quiera que la donación es a todas luces inoficiosa, ¿cómo y en cuánto la hemos de reducir? Confesamos que nosotros no sabemos pasar de aquí, y que no se nos ocurre qué habría de hacerse, porque si el caudal hereditario es tres, uno será la cantidad de libre disposición, y entonces, ¿al donatario sobran ocho? No, porque quedaría uno de libre disposición en su poder y uno de libre disposición en la herencia, que ya son dos, y aunque así no fuera tampoco sabemos qué habrá de hacerse con esos ocho que devolviera el donatario, porque si se suman a los dos que tenemos de legítima y mejora, hacemos subir estos dos tercios a 10, y sería un verdadero absurdo; lo mismo resulta cuando la donación no es inoficiosa: cantidad donada a un extraño, uno; caudal relicto, nueve; tercio de libre disposición, tres; hay que respetar la donación íntegramente, y entonces los tres de libre disposición, ¿pueden invertirse, por ejemplo, en legados? Resultará que entre ellos y la donación suman cuatro, y los dos tercios de legítima y mejora sólo seis; se ve que resulta, en uno y otro caso, la imposibilidad de encontrar una regla que, dentro del cumplimiento del precepto fundamental del artículo 636, sirva para reducir ni respetar las donaciones...”

Un dilema resulta insoslayable para dicha tesis: *o el padre dispondría de un tercio de lo relicto más otro tercio por vía de donación, con lo que infringiría esenciales preceptos del Código civil; o bien, habría que imputar al tercio de libre disposición el valor de lo donado a extraños, de modo que tan sólo sobre el remanente del mismo tercio tendrían validez las mandas, con lo cual resultaría vacante la porción de este tercio libre equivalente a las donaciones.*

Concluye Morell (380) que de probar algo el artículo 636, probaría demasiado, pues “si el tercio no puede sufrir aumento, los otros dos tercios, parte del mismo todo, no pueden sufrirlo tampoco; si a éstos se aumentasen algunas donaciones, ya no serían las dos terceras partes de los bienes existentes al fallecimiento del testador, sino más”.

34. *b)* La tesis de Sánchez Román—como dijimos hace tiempo (381)— se puede relacionar, como próxima, no sólo con la de los clásicos Gómez y Molina, S. I., y con la de los más recientes Benito Gutiérrez, La Serna y Montalbán, “sino con la modernamente defendida por Cieu en Derecho italiano... La diferencia básica estriba en

(380) MORELL: *R. G. L. y J.*, vol. 99, p. 301.

(381) *Apuntes...*, III Parte, § 11, nota 738, ed. sep. p. 469 y A. D. C., VIII-II, p. 305.

la distinta concepción de la legítima relicta, romanista en nuestros autores, y como reserva germánica por Cicu”.

Su tesis puede sintetizarse concretándola a su apreciación de que existen tres cómputos legitimarios, a saber:

1.º) El que resulta del artículo 808 en relación con el § 1.º del artículo 818, que determina la legítima relicta frente a los herederos voluntarios y legatarios, pues la agregación que el § 2.º del artículo 818 dispone “es en provecho y aplicación exclusivos de herederos que acrediten derecho a la misma (legítima), esto es, de herederos *forzosos* y no de *voluntarios* y *legatarios*” (382). De lo que se deriva, a su juicio, que *la parte libre del caudal relicto* sólo se calcula con relación al activo líquido del caudal relicto, sin agregar, ni siquiera contablemente, el valor de donación alguna, colacionable o no.

2.º) El resultante del § 2.º del artículo 818, para calcular *la legítima de cada uno de los herederos forzosos, en sus relaciones entre sí*, mediante la operación que este autor llama *colación propiamente dicha*, que para él es “la imputación a los herederos forzosos en parte de pago de su legítima corta, y también de la larga o mejora..., de lo recibido por título lucrativo o gratuito por cualquiera de dichos herederos forzosos que concurren con otros de igual calidad a la sucesión del causante común, donante o mejorante de aquéllos, y la revocación o reintegro a la masa hereditaria del exceso que resultare de *aquellas donaciones, para que...* y no se perjudique la legítima de los herederos forzosos que no recibieron nada por dote, donación a título lucrativo de dicho causante...” (383).

3.º) El que dimana de los artículos 654, 656 y 818 y ss., que determinan *la legítima a los solos efectos de la reducción*, institución que, con el fin de que no la mermen los actos inter vivos de disposición a título lucrativo que haya podido otorgar el causante en favor de personas que no son sus herederos forzosos, exige que deban “incorporarse o sumarse nominal o realmente, en el exceso que cause ya perjuicio en las legítimas todas las cantidades o valores de los bienes que representen..., a fin de que la totalidad de ellos constituyan, sumados los que éste dejó y agregados numéricamente los que a la herencia se incorporen por aquel concepto, o sea, del importe que todos arrojen, se deduzca, en el tipo de proporción que la ley señale, la legítima correspondiente a los herederos forzosos, consiguiendo así el fin expresado de dejar a salvo su integridad” (384).

(382) SÁNCHEZ ROMÁN: op. cit., vol. VI-II, cap. XV, n. 113 (ed. cit., p. 953). Notemos la semejanza cuantitativa de ese cómputo de Sánchez Román con el cálculo de la cuota de reserva que propone GARCÍA VALDECASAS, salvando la diferencia entre el carácter “más bien negativo y de limitación mayor o menor de la libertad de *ius disponendi* por causa de muerte”, asignado a la legítima *mortis causa* por SÁNCHEZ ROMÁN (op. cit., vol. VI-III, cap. XV, n. 5, p. 764), y el positivo de delación legal y forzosa, sostenido por G. G. VALDECASAS (loc. cit., II, 3, pp. 966 y ss.).

(383) SÁNCHEZ ROMÁN: op. cit., vol. VI-III, cap. XVIII, n. 57 p. 2026.

(384) SÁNCHEZ ROMÁN: loc. y n. últ. cit., pp. 2025 y s. Nótese la paridad de ese cómputo de efectos de la reducción con el que G. G. VALDECASAS propone

Hay, pues, según esta tesis: 1.º) una legítima relicta, que actúa como tope de la parte libremente disponible *mortis causa*; 2.º) otra legítima de cada heredero forzoso en relación con los demás, calculada sobre la suma del líquido relicto y las donaciones hechas a los herederos forzosos a cuenta de la legítima o de la mejora; y 3.º) otra legítima, que se calcula de la suma del líquido relicto y del total de lo donado, aplicable únicamente para el ejercicio de la acción de reducción por los herederos forzosos.

Sin embargo, el Código civil no ofrece ningún apoyo serio a esa tesis que hace una triple computación de la legítima. En efecto:

1.º) Si, tal como el artículo 636, § 1.º afirma, "*ninguno podrá dar ni recibir, por vía de donación, más de lo que pueda dar o recibir por testamento*", tendremos que convenir en que: o bien hay que formar, al menos contablemente, una masa única con lo relicto y lo donado, para aplicar el módulo correspondiente a la suma; o bien, habrá que formar dos masas distintas, para aplicar a cada una los mismos módulos, de modo tal que hubiese una legítima, una parte de mejora y otra de libre disposición de lo relicto y otras tantas partes de lo donado. Pero esta duplicidad independiente es desmentida por el artículo 820, n. 1.º, que dispone: "*Se respetarán las donaciones mientras pueda cubrirse la legítima reduciendo y anulando, si necesario fuere, las mandas hechas en testamento*". Lo cual significa que unas y otras se imputan a una cuota del todo idealmente formado con donaciones y bienes relictos.

2.º) Un examen conjunto de los artículos 818, 819 y 820 hace palpable la evidencia de que las donaciones hechas a extraños deben ser computadas a todos los efectos. El artículo 820 comienza diciendo: "*Fijada la legítima conforme a los dos artículos anteriores*", con lo cual da por sentado que tanto el artículo 819 como el 818 son normas reguladoras de su fijación, y que ambos son correlativos al respecto. Ello obliga a interpretarlos en recíproca relación. Y si el artículo 819 hace entrar en juego lo donado a extraños, para imputarlo a la parte libre, es que esas donaciones deben computarse para fijar la masa de donde deducir la parte libre y también la legítima, no sólo por la referencia de las primeras palabras del artículo 820 al 819 (uno de los dos anteriores), sino también por la correlatividad de una u otra cuota que resulta relacionando el artículo 819 con el 818 C. c.

Al efecto, nada arguye en contra el artículo 808, si se interpreta sistemáticamente, relacionándolo con los demás citados. Su referencia a "*las dos terceras partes del haber hereditario*", debe entenderse en relación con los artículos 818, 819 y 820 —que detallan el cómputo de la legítima— y sin exigir al Código civil una precisión técnica que no tiene y que es desmentida por normas concretas del propio cuerpo legal.

Por otra parte, esta tesis no puede superar un argumento *ab absur-dum*, que ya fue esgrimido en el siglo XVI por Ayerve de Ayora. ¿Es

---

para la que llama cuota de legítima (loc. cit., III-2, pp. 973 y ss.), prescindiendo de las características especiales que este último atribuye a ésta.

que lo donado como anticipo de legítima, por ser *donatum* y no *relictum*, no puede imputarse a lo relicto de lo que es anticipo, para calcular lo libremente disponible *mortis causa*.<sup>7</sup> Como notó aquel autor: si el padre pudo en vida satisfacer íntegramente la legítima a sus hijos mediante donaciones—sin perjuicio del derecho irrenunciable de éstos al suplemento—, resultaría anómalo que esos mismos hijos pudieran exigir una segunda legítima respecto a los bienes que restaran al causante a su fallecimiento—no habiendo lugar a complemento por no haberse incrementado la fortuna de éste—, y, además, resultaría de peor condición el padre que en vida generosamente anticipó la legítima a sus hijos, que el que nada les dejase hasta su muerte.

Si—conforme al artículo 1.341 C. c.—la dote obligatoria consiste “en la mitad de la legítima rigurosa presunta”, ¿cómo será posible entender, de acuerdo con la tesis que discutimos, que el legado de la parte libre—dispuesto posiblemente a favor del cónyuge viudo—no pueda computarse integrando con lo relicto lo entregado como dote obligatoria e imputándolo como anticipo de legítima? Huelga decir lo absurda que resulta esa conclusión negativa, a la cual, sin embargo, conforme la tesis de Sánchez Román, se llegaría formalmente de modo muy lógico. Y esa es—a juicio nuestro—la mayor crítica en contra de la realidad de la base de que ésta parte.

35. c) La común opinión (385) sigue las viejas opiniones de Tello Fernández, Ayerve de Ayora y Acevedo, que había continuado Llamas y Molina y que García Goyena hizo triunfar en el artículo 648, § 2.º del Proyecto de 1851.

Los argumentos básicos en favor de esta tesis pueden centrarse en los dos siguientes:

1.º) Los artículos 808 y 818 C. c. deben interpretarse en recíproca conexión. El primero determina las cuotas que constituyen la legítima de los hijos y descendientes legítimos, la porción disponible como mejora y la de libre disposición. El segundo indica el modo de determinar el montante de una de esas cuotas iguales, la legítima. Aquél señala la *proporción* y éste la *base* a la que debe aplicarse aquélla.

Morell (386) se fijó en que el artículo 808 dice —en su § 1.º— que constituyen la legítima “las dos terceras partes del haber hereditario”, y—en el § 3.º— que “la tercera parte restante es de libre disposición”, a lo cual comenta: “Se ve también que entre una y otra porción integran el haber hereditario, sin que fuera de él haya otra legítima ni otra parte libre”. Para los artículos 808 y 809—que “hablan en términos generales”—, “la herencia es la suma del activo del caudal, deducido el pasivo, y agregadas después las donaciones, porque hay un artículo en el Código, el artículo 818, que es el que establece la manera de formar esa masa o haber hereditario de los hijos o de los padres para fijar lo que es la legítima y lo que es la parte libre”.

(385) Representan la común opinión los autores que hemos citado en las notas 344 a 366 inclusive de este estudio.

(386) MORELL: *R. G. L. y J.*, v.1. 99, pp. 230 y ss.

De esa proporcionalidad, dedujo Maura (387): “la natural imposibilidad de separar y someter a diverso régimen la fijación o liquidación de la herencia forzosa y del tercio libre, consistiendo la legítima y también esa parte libre en partes *alícuotas* del haber hereditario, según el artículo 808, recíprocamente se definen en conexión insoluble: tanto monta fijar el tercio libre como el de mejora o el de legítima rigurosa; no serían tales tercios en quebrantándose su igualdad. Esta se rompe contra los fundamentales preceptos, con el sistema de liquidar las legítimas sin haber tenido en cuenta las donaciones hechas a extraños y repartir por añadidura la inoficiosa demasía”.

Por lo mismo, De Buen (388) concluía que: “Entre la parte de libre disposición y la legítima existe siempre una correlación (como revelan también los artículos 808 y 809 antes citados) que no se daría si se calculasen sobre una base distinta”.

2.º El artículo 818, § 2.º, debe interpretarse en relación con sus inmediatos siguientes artículos 819, 820 y 825. El 819 imputa las donaciones a extraños al tercio de libre disposición y las hechas a los hijos al de legítima o al de mejora. El segundo presupone una única masa contable formada con lo relicto y lo donado, a la que imputan tanto donaciones como mandas, a efectos de su reducción. El tercero presupone la imputación a la legítima de lo donado a los hijos, sin declarar expresamente su carácter de mejora.

De ello parece que es lógica conclusión la que dedujo Royo Martínez (389), al decir que: “A consecuencia de las referidas imputaciones resultará incrementada la cifra expresiva del valor de uno o varios de los apartados correspondientes: tercios de legítima estricta, de mejora y de libre disposición, si se trata de herencia con legitimarios descendientes legítimos...”. “Alteraciones que pueden dar lugar al correspondiente reajuste”.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha confirmado esta interpretación.

La S. 4 mayo 1899, basándose en el artículo 819, interpretó el artículo 818 en el sentido de que lo donado a extraños también se colaciona para calcular y salvaguardar la legítima, cargándose a la cuota hereditaria de libre disposición.

Y la S. 16 junio 1902, en su segundo considerando, al referirse a la admisión por el artículo 1.036 de la dispensa de colación concedida por el causante, explica que: “lo que se ha querido decir es que entonces no se imputarán las donaciones en la legítima, pero no que se prescindiera de ellas en el inventario o cuerpo general de hacienda para imputarlas donde corresponda... también para saber si el testador se ha extralimitado en sus facultades...”.

Doctrina que el presidente del Tribunal Supremo explicó en la Memoria de 1902, concluyendo la necesidad de traer a la cuenta de las particiones “todo lo que con relación a las legítimas deba compu-

(387) MAURA: op., ed., vol. y dict. cit., p. 35.

(388) DE BUEN: Notas y vol. cit., cap. II, sec. XI, § 6, p. 340.

(389) ROYO MARTÍNEZ: op. y loc. cit., pp. 239 y ss.

tarse, ya sea para imputarlo a las mismas, ya a la mejora, ya, en su caso, al tercio de libre disposición”.

36. Nuestra opinión en este tema lo expusimos hace años (390):

“El criterio interpretativo de la ley de Toro, que hemos juzgado más racional y que seguramente reunió el mayor número de opiniones favorables entre los autores de los siglos XVI y XVII—Rodrigo Suárez, Matienzo, Angulo, Juan Gutiérrez, Velázquez de Avendaño—, y que todavía late en la obra de Febrero, hasta sus últimas ediciones revisadas en el siglo pasado, fue aquel según el cual se estimó que la ley 25 de Toro no se hallaba en el ámbito de la potestad del causante—como limitación suya—, sino en el de su presunta voluntad. De ese modo, vimos que podían coexistir dos masas de cálculo tanto del tercio como del quinto. La masa de cálculo posible y la del cálculo que, por presunción legal, se entendió que correspondía a la voluntad concreta del causante, si éste no expresó otra cosa. La *masa de cálculo posible* se determinaba computando junto al líquido relicto la totalidad de lo donado (exceptuadas las liberalidades objetivamente no computables). La *masa de cálculo a la que se presumía que el causante se refería* al disponer cuotativamente del tercio o del quinto, si el propio causante no desmentía dicha presunción, no comprendía las dotes y donaciones que hubieran salido de su patrimonio antes de ser efectiva la atribución del tercio o del quinto.

“Con la promulgación del Código civil quedó derogada formal y sustantivamente la ley 25 de Toro, tanto en cuanto a su texto como a su contenido. Ha desaparecido, por tanto, la presunción establecida en ella para la determinación de la masa de cálculo de las atribuciones de cuota hechas por el testador como mejora o a favor de extraños. Pero el problema de la interpretación de su voluntad real queda en pie, en su exacto medio, sin el influjo de presunción *iuris tantum* alguna (391).

“Por lo tanto, el tercio de mejora y el tercio de libre disposición, lo mismo que el de legítima estricta, abarcan la tercera parte de la suma del líquido relicto y lo donado por el causante, pero la mejora de un tercio o el legado del de libre disposición pueden ser referidos por el causante exclusivamente al líquido relicto.

“La interpretación no siempre será fácil, y creemos que en caso de duda, no habiéndose recogido en el Código la doctrina de la ley

(390) *Apuntes...*, III Parte, § 11, A) *in fine*; cfr. ed. sep., pp. 482 y 483 y A. D. C. VIII-II, pp. 318 y s.

(391) NAVARRO AMANDI (op. y vol. cit., art. 825, p. 325) al siguiente año de la promulgación del Código civil, replanteó este problema: “Podrá pretenderse que pues el testador le mejoró en el tercio de sus bienes, aludió a los que él tenía y poseía en la época del fallecimiento, es decir, no a los noventa que formaban el caudal hereditario, con la colación, sino a los setenta únicos que poseía el testador, pues los veinte salieron de su propiedad en virtud de la donación”.

25 de Toro, deberá tomarse como masa de cálculo la total suma de lo relicto y lo donado. La principal dificultad interpretativa depende, sin duda, de la imprecisión terminológica con que se usan ciertas expresiones, como "el tercio de mis bienes", "la tercera parte de mi herencia", etc. No obstante, hay casos que, a nuestro juicio, son claros; v. gr.: cuando el testador dispone "que deja la tercera (o la enésima) parte de los bienes que tenga a su fallecimiento", es evidente que sólo se refiere al tercio de su caudal relicto líquido; mientras que si dispone de "toda la parte de libre disposición" y (casi siempre cuando alude genéricamente al tercio de libre disposición), se refiere a la totalidad de su cómputo posible, es decir, a la masa base formada con la suma del líquido relicto de todas las donaciones realizadas por el causante."

Y en nota (392) explicamos:

"En estos supuestos la computación presentará dos facetas: la primera tendrá por fin fijar, en principio, el importe del legado de cuota hecho con cargo al tercio de mejora o al de libre disposición, con referencia exclusivamente al caudal relicto líquido. La segunda, que presentará un carácter corrector o rectificador, supondrá la agregación a cada tercio del haber relicto de las donaciones que a su correspondiente porción deban imputarse (conforme la explicación gráficamente expuesta por Royo, anteriormente comentada), y si lo dispuesto a favor de extraños, por donación o por legado, excede de un tercio del total, o lo dispuesto en igual forma a favor de alguno o algunos de los hijos excede del tercio de mejora, de la parte no dispuesta del de libre disposición y de la legítima individual del beneficiado, deberá procederse a la reducción, primero de las disposiciones *mortis causa*, y después de las donaciones *inter vivos*, en la forma determinada por el artículo 820 C. c."

#### EX CONCLUSIÓN:

Si bien inicialmente existieron dos medidas diversas para computar la legítima según se ejercitara la *querrela inofficiosi testamenti* o la *querrela inofficiosa donationis vel dotis*, la labor de los juristas moldeó en un solo troquel ambos módulos unificando su medida.

En el Derecho de Castilla la cuestión tiene como hitos las leyes 25 y 28 de Toro. Esta aclaró que el causante sólo podía disponer *inter vivos* y *mortis causa* de un solo quinto a favor de extraños o de los descendientes, además del tercio respecto a éstos. Aquélla planteó la duda de si las mejoras de cuota debían calcularse sumando idealmente lo relicto y lo donado o únicamente era posible calcularlas tomando como base lo relicto.

El panorama de la historia nos señala cómo se van repitiendo cua-

(392) *Apuntes*, loc. cit., nota 798, ed. sep. p. 483 y A. D. C. VIII-11, p. 319.

tro tesis explicativas de la ley 25 de Toro: *a*) la que consideró dicha ley como norma *imperativa*, que prohibió no sólo extraer las mejoras de las dotes y donaciones sino también acumular éstas para calcularlas o deducirlas; *b*) la que distinguió tercio y quinto como módulo de las disposiciones testamentarias, calculable sólo de lo relicto, y tercio y quinto como módulo de las disposiciones *inter vivos* calculable de la suma *relictum + donatum*; *c*) la que entendió que el verbo "sacar", empleado en la ley 25, no debía entenderse por *deducir* y *calcular*, en sentido contable, sino materialmente por *detraer* y *extraer*; y *d*) la que situó esta ley en su aspecto de ordenación contable, en el ámbito de la *presunta voluntad* del causante y no en el de la *limitación de su potestad*.

En el Código civil no se recoge la norma de la ley 25 de Toro, ni imperativamente, ni siquiera con carácter preventivo. Y fue rotundamente la posición del Proyecto de 1851, en sus artículos 648 y 652, explicada por García Goyena, indicando que la sección por él presidida aprobó en 30 de octubre de 1848 la solución por él propuesta, consistente "*en hacer una sola masa de los bienes dejados por el padre al morir, y de los que donó en vida; el resultado de esa agregación decidirá de la legítima de los hijos y, por consiguiente, de las mejoras*".

Pero la introducción del término "*colacionables*" en el § 2.º del artículo 818, calificando la palabra *donaciones*, volvió a introducir dudas a este respecto. Así: Manresa retornó el viejo criterio de Palacios Ruvios, Muñoz de Escobar y del Castillo Sotomayor, que más modernamente habían seguido Álvarez Posadilla y Sala. A su vez, Sánchez Román abogó por un criterio semejante al de Antonio Gómez y del jesuita Luis de Molina y de los más recientes, Benito Gutiérrez, Pedro Gómez de la Serna y Juan Manuel Montalbán. Tesis que coincide en su aspecto contable, si bien no en el sustancial, con los criterios de Cicu y de G. G. Valdecasas. Y la común opinión ha seguido las viejas opiniones de Tello Fernández, Ayerve de Ayora y Acevedo, continuadas por Llamas y Molina y que resultó triunfante en el Proyecto de 1851, apoyada por García Goyena (Tesis que corresponden a las interpretaciones de la ley 25 de Toro, que hemos referido con las letras *a*, *b* y *c* en el tercer párrafo de estas conclusiones). Esta tercera interpretación fue la aceptada por el Tribunal Supremo en Ss. 4 mayo 1899 y 16 de junio 1902 y explicada en la Memoria del Presidente de 1902.

A nosotros nos parece indudable que en lo relativo al cálculo máximo posible de las disposiciones a favor de extraños o de descendientes con carácter de mejora, esta última interpretación del artículo 818, § 2.º, es la adecuada. Pero entendemos que es muy posible que el *de cuius*, al mandar testamentariamente cuotas de libre disposición o de mejora sólo quiera referirse a cuotas del haber relicto sin computar lo donado. Se trata, pues, de un problema interpretativo de la voluntad del testador, que, con respecto al Derecho anterior al Código civil, presenta como novedad la desaparición de la presunción de que la cuota dispuesta sólo se refería al montante de lo relicto, de no cons-

tar que la voluntad del causante hubiese sido la de referirla contablemente a la suma de lo relicto y de lo donado. Novedad que diferencia el criterio actual del sostenido en el régimen de la ley 25 de Toro por Rodrigo Suárez, Matienzo, Juan Gutiérrez, Velázquez de Avendaño y, más modernamente, por Febrero y sus anotadores.

