

Contenido cualitativo de la legítima de los descendientes en el Código civil*

JUAN VALLET DE GOYTISOLO

SUMARIO: I. *El contenido de la legítima no es "pars hereditatis"*: 1. ¿Lo fue en el Derecho común? 2. ¿Lo es en el Código civil? 3. ¿Es admisible la pretendida distinción entre "cuota de reserva" y "cuota de legítima"?—II. *"Pars bonorum", contenido normal de la legítima*: 4. En el Derecho común. 5. La "pars bonorum", ¿fue preciso que se satisficiera "minutatin in singulis rebus"? 6. Análisis de los preceptos del Código civil. Concreción por el testador de la legítima en bienes determinados. 7. Afección a la "pars bonorum" de todo el haber hereditario en cuanto no sea satisfecha. 8. ¿Puede el contador partidor concretar la legítima en bienes determinados? Precedentes históricos de la cuestión y antecedentes legislativos. 9. La cuestión en el Código civil: artículos 1.061 y 1.062, 830 y 832. 10. ¿Puede el testador conferir al contador partidor la facultad de partir sin atenerse a la regla de igualdad del artículo 1.062? 11. El incremento de valor en los bienes hereditarios ocurrido, después de fallecido el causante y antes de reclamada la legítima, ¿repercute en ésta?—III. *¿Puede sostenerse que la legítima sea "pars valoris" o "pars valoris bonorum"?* ¿Puede el testador ordenar, por regla general, que se pague en dinero?: 12. ¿Qué se entiende por "pars valoris" y por "pars valoris bonorum"? 13. ¿Puede sostenerse que, en general, la legítima en el Código civil, sea "pars valoris bonorum"? 14. Aun siendo la legítima "pars bonorum", ¿puede el testador, por regla general, ordenar su conmutación en dinero por parte de otro legitimario? 15. Antecedente de las leyes 19 y 20 de Toro en la mejora. 16. Interpretación del artículo 829: a) El requisito de la cómoda división. 17. ¿Tiene al respecto el artículo 829 una *ratio* diferente que los artículos 821 y 822, 1.057, § 2.º, y 1.062? 18. b) y c) ¿Puede comprender la mejora en cosa determinada del artículo 829, explotaciones, universalidades y cosas complejas, e, incluso, varias cosas?; ¿cómo deberá realizarse la reducción del exceso en este caso? 19. Jurisprudencia: Ss. 19-mayo 1951 y 28 mayo 1958.—IV. *La legítima, ¿se transforma en "pars valoris" o "pars valoris bonorum" en los casos en que se autoriza, total o parcialmente, su pago en dinero?*: 20. Supuestos en los artículos 821, 829 y 1.056.

(*) Este trabajo es un extracto, con las adaptaciones oportunas, del § 6 de nuestro volumen en elaboración *Limitaciones de Derecho sucesorio a la facultad de disponer*, correspondiente al tomo LVIII del *Tratado práctico y crítico de Derecho civil*, del Instituto Nacional de Estudios Jurídicos.

Código civil. 21. Consecuencias del impago de la compensación en dinero. 22. Momento al que debe atenderse para cifrar en dinero las garantías a compensar. 23. Aplicación del artículo 15 L. H. al supuesto del artículo 1.056, 2.º Código civil. 24. Concepto en que se verifica la atribución al legatario, al mejorado o al asignatario de la explotación, en cuanto al exceso que debe compensar en dinero. 25. Garantía de la efectividad del pago en dinero debido al legitimario a quien compete recibirlo. 26. La "pars bonorum" garantía de la "pars valoris". El pago, *modus* de la asignación. 27. Caracteres a las legítimas que deben percibirse como compensación en dinero. 28. Contenido cualitativo de la legítima de los hijos naturales en concurrencia con descendientes legítimos.

Hemos indicado en más de una ocasión (1) los distintos enfoques de que puede ser objeto el estudio de las legítimas. Aquí sólo nos interesa examinar su contenido objetivo y no en su aspecto meramente cuantitativo, sino en el cualitativo, prescindiendo tanto de sus características formales (2) como del modo de actuarse (según se trate de legítimas que ope legis atribuyen una porción del caudal hereditario, o algún bien concreto del mismo o un derecho de usufructo sobre todo o parte del mismo, o bien se trate de legítimas de signo o carácter predominantemente negativo, que permiten al beneficiario de las mismas que impugne aquellas disposiciones que no respeten el deber del causante de atribuir el mínimo del que no puede ser privado el legitimario sin justa causa (3), pudiendo utilizar para ello las acciones dimanantes de la preterición (4), de la desheredación injusta (5) o las de petición

(1) Cfr. *Panorama del Derecho civil*, Barcelona, 1963, tema XII, I, páginas 285 y ss. y *Clasificación de los sistemas legitimarios*, en R.G.L. y J. 225, 2.º sem. 1968, pp. 812 y ss.

(2) De este aspecto nos hemos ocupado en *El deber formal de instituir herederos a los legitimarios y el actual régimen de la preterición en los derechos civiles españoles*, en A.D.C., XX-I, enero-marzo 1967, pp. 3 y ss.

(3) Ese carácter, fundamentalmente negativo, de límite o freno ya lo destacamos en nuestros *Apuntes de Derecho Sucesorio*, I parte, § 5.º, pp. 61 y ss., § 6, pp. 64 y s. y *Resultados*, A, pp. 113 y s., y A.D.C., IV-II, abril, junio 1951, pp. 477 y ss., 480 y s. y 529 y s.

(4) De ellas, nos hemos ocupado en *El deber formal... cit.*, III *Efectos de la preterición*, en A.D.C., XX-I, pp. 69 y ss.

Recientemente, ALFREDO GARCÍA-BERNARDO LANDETA (*Preterición formal y material y nulidad de la institución*, en A.D.C., XXII-II, abril-junio, 1969, pp. 313 y ss.) ha insistido en su anterior distinción entre preterición formal y preterición material. La cuestión sería baladí si se redujera a una pretensión meramente semántica. El autor es muy dueño de llamar preterición material a la inoficiosidad total cuando no haya preterición formal. El riesgo radica en deducir consecuencias de la propia terminología. Y aún nos parece más atrevido componerla, basándose en una interpretación hecha a distancia de textos legales antiguos, sin examen directo y detenido de las opiniones de los autores de la época de la que se habla. Así se puede sembrar confusión y error en algunos lectores no formados o insuficientemente informados.

Decimos esto porque la columna vertebral de la tesis de GARCÍA BERNARDO la constituyen sus afirmaciones de que, a partir de la Novela CXV: "la *exhereditatio* no tiene valor jurídico, es decir, equivale a la preterición si no va acompañada de una causa legal y expresada en el testamento" (p. 320); que "la *querela*

de legítima o de su complemento por insuficiente atribución, reducción de disposiciones testamentarias y donaciones inoficiosas, y cargas o

inofficiosi testamenti ha perdido su función con la aparición de la *actio ad implendam legitimam* y la imposibilidad de la inoficiosidad total ante una imperativa institución del heredero necesario y que de ella nos ha quedado el nombre con otro contenido, con otra función" (p. 327), y que "equiparada la desheredación injusta a la preterición, el cumplimiento o incumplimiento de los deberes de piedad no tenía relevancia jurídica, ya que tenía una tutela más enérgica en la preterición, lo que hacía superflua la *querela inofficiosi testamenti*, y otra específica en la *actio ad suppleendam legitimam*" (p. 334).

Sin embargo, el *ius discendi nullum* y la *querela inofficiosi testamenti* pervivieron independientes y sin confundirse en la práctica, como puede comprobarse con la simple lectura de cualquier obra o comentario de Derecho común o del Derecho de Castilla de los siglos XVI y siguientes, de los que se ocuparon de esa materia. En la nota 163 de nuestros *Apuntes de Derecho Sucesorio*, (pp. 50 y ss., y *A. D. C. cit.*, pp. 466 y ss.) hicimos un breve resumen del estado de la cuestión acerca de los linderos entre una y otra institución después de la Novela CXV.

Las consecuencias que pretende derivar el autor al aplicar su concepto de preterición material a la interpretación del Código civil, se concretan en primer lugar a que en todo caso de inoficiosidad total, cuando no haya desheredación expresa, se da lugar a los efectos del art. 814 y no a los del art. 851.

Notemos que antes del Código civil la desheredación tácita (e incluso, según algunos autores, la desheredación sin causa) equivalían a la preterición, por la razón de que con ella *el testador había incurrido en el defecto formal de no instituir heredero al legitimario ni desheredarlo en la forma requerida*. Pero hoy no es necesario que el testador instituya heredero al legitimario para que no haya preterición, pues puede dejarle la legítima por cualquier título (art. 815). Su desheredación sin expresión de causa no es preterición, sino explícitamente desheredación injusta (art. 851) y no puede asegurarse *a priori*, que la desheredación equivalga a la preterición si no se efectúa con palabras expresas. La duda estriba en si toda desheredación tácita significa que existe el vicio formal del testamento calificable, por eso mismo, de preterición, o no lo implica y entonces tendrá los efectos de la desheredación injusta. Recordemos que ya BARTOLO (*In secundam Codicem partem...*, lib. VI, tit. *De liber, praeter, et exhaereditis* XXVIII, Authentica *Ex causa*, pp. 3. *in fine* y 4. Cfr. ed. Venetii 1585, fol. 24 vto.) distinguió tres formas de desheredación, *largissima*, *large* y *stricta*, atendiendo a si la exclusión del omitido: no estuviese en las palabras ni en la voluntad; no estuviese en las palabras pero sí en la voluntad, o estuviera en ambas. De este modo asimiló la preterición *scienter* a la desheredación *large* y la preterición *ignoranter* a la desheredación *largissima*; aplicó a aquella la Authentica *Ex causa* y a la *largissima* el Derecho antiguo, "*quia testamento nullo iure valebit.*"

Hasta aquí, la cuestión, como vemos, giró en torno a si hay preterición (es decir, lo que GARCÍA-BERNARDO llama preterición formal) o hay desheredación injusta. De modo que la llamada, por GARCÍA BERNARDO, *preterición material* hubiese resultado un concepto carente de interés.

Pero, donde llegamos a las consecuencias que creemos más rechazables, y que él hace surgir de la pretendida existencia de una específica *preterición material*, es cuando GARCÍA BERNARDO deduce de ella: que el legado imputable a la parte de libre disposición o al tercio de mejora no excluye la preterición del legitimario, si nada se dispuso en el testamento acerca del derecho de éste al tercio de legítima estricta; y que tampoco se evita la preterición con un legado de cosa ajena o de dinero no herencial, ni con un legado revocado después. Es decir, que, según ese criterio, en todos estos casos, se anula totalmente la institución de herederos porque se comete la que él denomina preterición material. A su juicio, la solución que él propugna es consecuencia: de que no hay en

gravámenes impuestos sobre la misma, de impugnación de donaciones simuladas, etc.)

nuestro Código civil una delación legal directa de la legítima como tercer género de delación, y de que la inoficiosidad total sin desheredación expresa no puede tener otro remedio que la preterición.

Sentimos discrepar de todos sus razonamientos, abstracción hecha de que aceptemos la primera de sus premisas que, a juicio nuestro, no lleva necesariamente a ninguna de las conclusiones a que él llega.

‘El legado imputable al tercio libre o al de mejora, o el dispuesto a favor de un legitimario excluido de su legítima, resultan tan poco pensables como supuestos de preterición que el mismo GARCÍA BERNARDO se siente obligado a aclarar (p. 343): “Esta tesis de la preterición a pesar del legado a favor del legitimario, es un poco absurda, si se piensa en el caso extraño de que el testador disponga de un legado a favor del legitimario ordenando que lo impute a la cuota libre y nada disponga en pago de su legítima, mas si se piensa en la hipótesis de dos legados, uno imputado a la cuota libre y otro en pago de la legítima, y el testador revoca este último en un testamento posterior, o en virtud de destrucción, transformación o enajenación de la cosa legada, queda sin efecto: la preterición como solución es quizá la más justa. tanto si la cosa legada en pago de la legítima excede con mucho del valor de ésta como si es igual o inferior a ella, pues en todos los casos lo único claro de la voluntad del testador respecto al legitimario, es que el legado no se impute a su legítima y lo único claro en la ley es que ésta debe ser recibida por el legitimario a título de herencia testada o intestada.”

La explicación nos produce aún más asombro que el mismo planteamiento proyectado en el ámbito del Código civil.

El testador que hace un legado a un legitimario quiere una de estas dos cosas: o que este legitimario *no reciba más que ese legado*, o bien *que lo reciba además de su legítima larga o corta*. En el primer caso no hay preterición y deberá imputarse dicho legado a la legítima del legatario. Y en el segundo caso tampoco hay preterición, pues el testador, además de ordenar el legado, explícitamente reconoce la legítima del legatario en una forma equivalente a los supuestos en que literalmente lo hace diciendo que le “deja a salvo”. Queda el caso anómalo de que el testador declarase “que quiere que un legitimario reciba sólo el legado, que lo impute al tercio libre o al de mejora, pero que nada reciba de la legítima”. Pero en este supuesto, dada la no incommixtibilidad de los tercios de la herencia, que no son sino módulos o medidas y no compartimentos estancos (Cfr. nuestro trabajo *La mejora tácita*, VII, 1, en *Anales de la Ac. Matr. del Not.*, vol. VIII, pp. 65 y ss.), habrá que interpretar la voluntad del testador en el único sentido razonable de que al legitimario a quien le otorga ese legado no quiere dejarle nada más que éste y que, por ello, deberá imputársele a la legítima, por ser ese resultado menos contrario a su voluntad (art. 675) que la anulación total de la institución de herederos. El mismo criterio estimamos aplicable al caso en que en el testamento se haga referencia a una donación, bien sea que en él se modifique o que no se modifique su imputación.

La revocación expresa de un legado con cargo a la legítima, puede interpretarse que implica: la exclusión al legatario de ésta, supuesto de desheredación injusta; o bien, tan sólo, la derogación de la concreción del contenido de la legítima que el legado implicaba y, en ese caso, queda vivo el reconocimiento de la legítima que excluye la preterición y que equivale a un genérico legado (hecho en forma de reconocimiento) de legítima. Igualmente, por análoga razón, los supuestos de revocación tácita, referidos en el art. 869, tampoco eliminan el reconocimiento de la legítima que implicó el legado (Cfr. nuestro estudio *El deber formal de...* 13 a), loc. cit. pp. 39 y ss.).

También equivale a reconocer la legítima otorgar a un legitimario un legado de cosa ajena o de metálico no hereditario. Si ese contenido no es apto para

Un análisis del contenido objetivo en el aspecto cualitativo de las legítimas, aislado del derecho o derechos de que se disponga para obtenerlo y de su modo de adquisición, requiere que distingamos los

satisfacer la legítima, no por esto deja el legitimario de haber sido, explícita aunque no literalmente, reconocido como tal; por lo cual no puede dejar de valer ese reconocimiento implícito, aunque no valga la determinación de un contenido no apto para satisfacerlo materialmente. Podrá, pues, el legitimario reclamar ese contenido, que le corresponde en su calidad de tal, como si el testador le hubiese instituido en su legítima, o se la hubiera legado, aun cuando hubiese ordenado que se le pagara con bienes no aptos para satisfacerla. Esto explica la solución que propusieron BALDO, BAROLO y PAULO DE CASTRO, aceptada como común opinión de los autores, para el supuesto de instituirse heredero a un legitimario en dinero no hereditario (cfr. nuestro estudio *Cautelas de opción compensatoria de las legítimas* I, A, b, en *Centenario de la Ley del Notariado*, Sec. III, vol. I, Madrid, 1964, pp. 444 y s.). Incluso en caso de haber insistido el testador en que la legítima fuese abonada con esos bienes no aptos y no con otros, frente a la contradicción que supondría tal disposición y ante el absurdo de interpretarla en el sentido de que el testador había preferido, con ella, que se anulara totalmente la institución a que tan sólo se anulase la determinación que él hacía en un contenido no adecuado, deberemos inclinarnos por deducir, a tenor del art. 675 del Código civil, la intención más razonable y aplicar la solución clásica.

La inexistencia de inoficiosidad total en la disposición de la cuota, en esos casos, que evidentemente no están viciados por preterición ni por desheredación injusta, dimana de que en ellos hay un reconocimiento de la legítima más o menos explícito, aunque no sea literal, y aun cuando la concreción de los bienes resulte totalmente vacía por la asignación de un contenido inadecuado.

Notemos que, en ellos, la *acción de petición de legítima* deriva *ex testamento* o *ab intestato*, según la interpretación que en cada caso resulte del testamento. Por eso, no es necesario un previo ejercicio de las acciones de preterición, para invalidar totalmente la institución, o de desheredación injusta, para anularla en parte. Como tampoco en el Derecho anterior necesitaba del previo ejercicio del *ius descendii nullum*, ni de la *querela inofficiosi testamenti*, en los casos de que el testamento en que se omitiese a un legitimario o se le desheredase injustamente contuviera o tuviera implícita la cláusula codicilar o la *omni meliori modo*. Bastaba, en estos supuestos, reclamar el contenido de la legítima atribuida *ab intestato*. Así como hoy, en otros casos, se trata de pedir la reconocida genéricamente en el testamento.

Pero aún hay otros supuestos vigentes de vacío total en la asignación del contenido concreto que debe obtener un legitimario, que no implican preterición ni desheredación injusta.

Así es cuando al legitimario, a quien se le haya instituido heredero o legado su cuota, se le impusieran legados que le absorbiesen totalmente su legítima, supuesto en el cual será pertinente la acción de reducción de mandas. O, también, cuando las donaciones inoficiosas hayan absorbido todo el activo líquido del patrimonio del causante, por lo que deberán ser reducidas. En ambos casos será con la reducción de las disposiciones inoficiosas como se salvará completamente la inoficiosidad total y se cubrirá todo el contenido concreto de la legítima.

Es de subrayar, además, que, como es bien sabido, la preterición tiene unos efectos que exceden de la percepción forzosa de la legítima por el preterido: nulidad del testamento o bien totalmente de la institución, según el sistema, y que producen unas consecuencias materiales que son superiores al derecho material del legitimario. Ello se explica porque la preterición implica el incumplimiento de un deber que también excede del deber material de dejar la legítima, y que es un incumplimiento formal en cuanto significa el incumplimiento en el testamento de alguna formalidad, bien sea nominal o verbal, declarativa e, incluso en algunos sistemas, dispositiva. Por ello, *la preterición es siempre for-*

varios contenidos posibles: “*pars hereditatis*”, “*pars bonorum*”, “*pars valoris*”, “*pars valoris bonorum*” con sus diversas variantes, bienes concretos, usufructo, renta vitalicia con o sin gravamen real —hipotecario o censual—, alimentos (6).

Al limitarnos, en este trabajo, a estudiar tan sólo el contenido objetivo en su aspecto cualitativo de las legítimas de los hijos y descendientes legítimos en el régimen del Código civil, nos quedan circunscritos los posibles contenidos a los cuatro tipos primeramente enunciados, por lo cual, sólo a ellos queda ceñida la problemática que recogemos en este extracto:

I. EL CONTENIDO DE LA LEGÍTIMA NO ES “*PARS HEREDITATIS*”

1. Legítima *pars hereditatis* es tanto como legítima cuota de herencia, o sea, parte alicuota del *universum ius*, con todo su activo y su pasivo.

Es de observar que, sustancialmente, mientras la *reserva* germánica es *pars hereditatis* (7), la legítima justiniana fue *pars bonorum* (8), a pesar de que formalmente el legitimario —conforme la Novela CXV (9)— debía ser instituido heredero y, en ese último sentido, era un *heredero forzoso*.

Ni el Derecho común, ni en su órbita en el Derecho de Castilla durante el período comprendido entre las leyes de Toro y la pro-

mal, aun en el caso de que el requisito incumplido se refiriese a dejar un contenido material. No hay, pues, preterición que no sea formal, tanto por el carácter de su infracción como por la *ratio* de los mayores efectos de su sanción. Y esas consecuencias, que materialmente exceden al contenido del derecho protegido, inclinan a que, con el fin de adecuar, en lo posible, ese derecho a ser satisfecho de la legítima, de una parte, y, de otra, la libre voluntad del testador, orientemos toda la labor interpretativa en el sentido de no extender más de lo preciso el concepto ni la solución de la preterición. A igual resultado lleva la doctrina del *favor testamenti*.

(5) Cfr. nuestro trabajo *El apartamiento y la desheredación*, III, *Desheredación injusta*, en *A. D. C.*, XXI-I, enero-marzo 1968, pp. 75 y ss.

(6) De las legítimas en bienes determinados, en usufructo, en renta censual o renta de saco y en alimentos, así como de los diversos contenidos de las legítimas de las regiones forales, nos ocupamos en la parte que aquí no publicamos del mismo capítulo VI de nuestro volumen en elaboración.

(7) Cfr. *Clasificación de los sistemas legislativos*, núm. 2, loc. cit. p. 813.

(8) Así lo había juzgado BARTOLO DE SAXOFERRATO (*In primam Infortiati Partem...*, tít. *De heredibus instituendis*, ley XXXV, *Ex facto*, núm. 2, cfr. ed. Venetiis 1585, fol. 109 vto.): “*Nam legitima filii sit quota bonorum, deducto aere alieno et funeris impensas 1. Papinianus, § Quarta, ff. De inoff. testam. (Dig. VI-II, 8, § 9) sed quota bonorum, aere alieno deducto non est pars hereditatis, 1. non amplius § final ff. De legat I (Dig. XXX-único, 8, 5 y 9), ergo, non habetur, loco heredis*”. Con la misma argumentación y citando además la ley *Princeps*, ff. *de verbo, sign.*, se expresó el doctor Diego de Segura (*Repetitionem decem in diversis materiis*, *Repet. 1. Cum patronus*, ff. *de lega. II*, núm. 49, cfr. ed. Salamanca 1520, fol. CXXX).

(9) Cfr. *El deber formal de...*, I, 1, nota 8, y texto correspondiente, en *A. D. C.*, XX-I, p. 6.

mulgación del Código civil, llegaron a fundirse totalmente el derecho del legitimario a ser instituido heredero y su derecho a una *pars bonorum* como *portio debita*. Lo demuestra así, que:

1.º Conforme al capítulo V de la Novela CXV, bastaba al causante instituir *in re certa* al hijo para que no hubiera lugar a la aplicación de la *querella* (10). Así, aun cuando se confiriese al hijo el honor del *nomen heredis*, el contenido de la atribución no podía ser *pars hereditatis*, sino una concreta y específica *pars bonorum*, cuando con ese instituido *in re certa* concurrieran uno o varios llamados *ex asse* (11).

2.º Bastaba instituir heredero al hijo, aun sin atribuirle bienes relictos; v. gr., instituyendo a la hija en la dote que *ob causam* le hubiese donado el mismo causante, sin perjuicio del derecho de ella a reclamar el suplemento (12).

3.º El complemento de legítima no se recibía como *pars hereditatis*, sino como *pars bonorum* (13).

4.º En los supuestos de que el hijo no instituido heredero hubiese aprobado el testamento o renunciado al *ius dicendi nullum* o a la *querella* —ya fuese de modo expreso o tácitamente por aceptación de un legado—, valía el testamento y el hijo no podía impugnarlo, no era heredero, ni podía accionar para serlo, pero conservaba la *actio ad supplementum*, es decir, su derecho material a la legítima en su totalidad (14).

2. No han faltado, no obstante, autores que han sostenido que en el régimen del Código civil español la legítima es *pars hereditatis* (15).

(10) Cfr. loc. últ. cit., nota 10 y texto correspondiente, p. 6.

(11) Cfr. loc. últ. cit., nota 11, p. 6.

(12) Así, DIEGO SPINO (*Speculum testamentorum*, gloss. 17 *principalis*, núm. 36) (cfr. ed. Francofurti ad Moenum 1600, p. 722), concluye afirmando: "igitur sufficit quod in sola dote filia instituatur, et pro residuo agat ad supplementum".

(13) Así, BARTOLO (*Commentarii in primam Digesta Veteris partem*, tit. *De inofficioso testamento*, lex *Pater filium*, núms. 15 y 16, cfr. ed. Lugduni 1547, fol. 180) afirmó que "hodie cum agitur ad supplementum non sit locus simili successioni universali: et sic cessat ius accrescendi". Y rechazó que al pedirse el suplemento se reclamara una cuota de herencia, puesto que no se transmitían los "onera debitorum et creditorum", ya que "ista legitima datur aere alieno deducto..." "ergo habetur ut particularis successio".

(14) Cfr. *El deber formal de...* I, 1, notas 13 a 18 y texto correspondiente, en *A. D. C.*, XX-I, p. 7.

(15) Han defendido el carácter de heredero del legitimario y, por ende, que la legítima es *pars hereditatis*: CALIXTO VALVERDE Y VALVERDE, *Tratado de Derecho Civil Español*, t. V, cap. IX, § III, cfr. 4.ª ed. Madrid, 1939, p. 223; DEMÓFILO DE BUEN, *Notas al Curso elemental de Derecho Civil*, de A. COLIN Y H. CAPITANT, vol. VIII, Madrid, 1928, cap. II, sec. XI, § 1.º pp. 320 y s. PEDRO SOLS GARCÍA, *El heredero. Ideas sobre su estudio*, en *Rev. Crit. Der. Inmob.*, tomo XVII, sept. 1944, pp. 571 y s.; GREGORIO ORTEGA PARDO, *Naturaleza jurídica del legado en lugar de la legítima*, Madrid, 1945, pp. 151 y ss.

El punto de apoyo fundamental de esta tesis lo constituye la denominación *herederos forzosos* que los artículos 806 y 807 (además de otros artículos, como los 763, 813 a 817, 821, 825, 863, 1.035, 1.036.

y *Hereditario* y *heredero forzoso*, en *An. Der. Civ.* III-II, abril-junio 1950, pp. 331 y ss.; AMADEO DE FUENMAYOR CHAMPIN, *Intangibilidad de la legítima*, III, B, 2, en *A. D. C.* I-I, enero-marzo 1948, pp. 63 y ss.; MIGUEL ROYO MARTÍNEZ, *Derecho sucesorio mortis causa*, cap. XVII, § 5, Sevilla, 1951, páginas 186 y ss.; JOSÉ FERNÁNDEZ VILELLA, *La comunidad hereditaria*, capítulo III, 4, Barcelona, 1954, p. 93; FRANCISCO ESPINAR LAFUENTE, *La herencia legal y el testamento*, n. 151, Barcelona, 1956, pp. 329 y ss.; reconociendo la existencia de ciertos matices, FRANCISCO BONET RAMÓN, *Compendio de Derecho civil*, tomo V, n. 94, Madrid, 1965, p. 551; y recientemente, EDUARDO MENÉNDEZ-VALDÉS GOLPE, *Variaciones sobre la legítima*, en *R. D. Notarial* LXIII, enero-marzo 1969, pp. 165 y ss.

Según FLORENCIO PORFETA CLERIGO (*Naturaleza jurídica de la legítima*, en *Estudios de Derecho sucesorio* del Colegio Notarial de Barcelona, Curso de conferencias de 1945, p. 198), el art. 806 atribuye directamente la legítima a título de herencia, pero conforme resulta de los arts. 815, 820 y 1.056, § 2.º, se confiere legalmente al testador la facultad de modelarla que alcanza tanto al contenido atribuido como al título de la atribución.

Entre quienes específicamente han negado el carácter de *pars hereditatis* a la legítima, podemos citar a MANUEL CALDERÓN NEIRA (*La colación en el Código civil*, en *R. G. L.* y *J.* 111, 2.º semestre, 1907, p. 122), FELIPE CLEMENTE DE DIEGO (*Instituciones de Derecho civil*, tomo III, Madrid, 1932, Lec. 90, páginas 25 y s.); JULIÁN DÁVILA GARCÍA (*Hereditarios y legitimarios*, en *Rev. Crít. Der. Inmob.*, tomo XVI, junio 1943, pp. 666 y 670); RAMÓN M.ª ROCA SASTRE (*Naturaleza jurídica de la legítima*, en *R. D. P.* XVIII, marzo 1944, página 103); FRANCISCO VIRGILI SORRIBES (*Hereditario forzoso y heredero voluntario; su condición jurídica*, en *R. C. D. I.* XVIII, julio-agosto 1945, n. 485); ANGEL SANZ FERNÁNDEZ (*Comentarios a la nueva Ley Hipotecaria*, Madrid, 1945, pp. 141 y ss.); JOSÉ GONZÁLEZ PALOMINO (*Estudios de arte menor de Derecho Sucesorio. El acrecimiento en la mejora*, IX, en *An. de la Ac. Matritense del Notariado*, vol. II, Madrid, 1946, pp. 540 y ss.); SERGIO GONZÁLEZ COLLADO (*El legitimario no es sucesor*, en *An. Ac. Matr. del Not.*, vol. III, pp. 531 y ss.); LUIS GÓMEZ MORÁN (*De la legítima y los legitimarios*, en *Rev. Gral. de Der.* IV, diciembre 1948, p. 666, y *Tratado teórico-práctico de particiones. El ejecutor testamentario en el Derecho comparado*, Madrid, 1950, pág. 357); JOSÉ PUIG BRUTAU (*Naturaleza jurídica de las legítimas en el Derecho común y en el foral*, en los *Estudios de Derecho Privado* de ROCA SASTRE, vol. II —Madrid, 1948—, p. 144; y en *Fundamentos de Derecho civil*, vol. V-III —Barcelona, 1964—, cap. I, § 3-III, pp. 13 y ss.); JOSÉ LUIS LACRUZ BERDEJO (*Notas al "Derecho de Sucesiones"*, de JULIUS BINDER —Barcelona, 1953—, § 32, I, pp. 293 y s.); IGNACIO DE CASSO ROMERO (*Diccionario de Derecho Privado*, tomo I —Barcelona, 1950—, p. 2470); FEDERICO PUIG PEÑA (*Tratado de Derecho Civil Español*, V-II, cap. XI, 4 —Madrid, 1963—, pp. 299 y ss.); MANUEL DE LA CÁMARA ALVAREZ (*Estudio sobre el pago con metálico de la legítima en el Código civil. Fundamento jurídico del derecho a obtener la legítima en bienes hereditarios*, I, B, 1, en *Centenario de la Ley del Notariado*, sección 3.ª, vol. I —Madrid, 1964—, pp. 744 y ss.); ALFREDO GARCÍA-BERNARDO LANDETA (*La legítima en el Código civil* —Oviedo, 1964—, II, A, p. 79 y ss.).

Se muestra ecléctico CASTÁN TOBEÑAS (*Derecho civil español, común y foral*, I-II, tema LX —4.ª ed. Madrid, 1939—, p. 270).

Rechazamos la invocación que algunos hacen de Manresa, Scaevola y Sánchez Román como favorables a la consideración de que los legitimarios son herederos forzosos. No la creemos atendible, pues nos parece que esa calificación no pasa de ser nominal o literal en estos autores, como puede observarse al examinar su criterio con respecto a la innovación del art. 815 (cfr. "*Notas críti-*

1.056) aplican a quienes tienen derecho a legítima (16), criterio que han querido fortalecer algunos afirmando que la legítima del Código civil es de origen germánico y sigue respondiendo a las características de

cas a la..., notas 242, 247 y 248, loc. cit. pp. 90 y s.) y, especialmente; respecto de Sánchez Román es de subrayar su convicción de la carencia de “carácter sustantivo y esencial como entidad jurídica” de la legítima, “sino más bien negativo y de limitación mayor o menor de la libertad del *ius disponendi* por causa de muerte” (cfr. *Estudios de Derecho Civil*, VI-II, cap. XV, art. I, número 5 —2.ª ed. Madrid, 1910— p. 764) y su clara distinción del criterio romano y español con respecto al francés e italiano, por cuanto dice que en aquéllos la legítima es porción de bienes y en éstos es porción de herencia (loc. cit. número 3, pp. 759 y ss.).

(16) Así lo explica DIEGO ESPÍN CÁNOVAS (*Manual de Derecho Civil Español*, vol. V —Madrid, 1957—, sec. III, cap. I, núm. III, 1, A, p. 276); “El principal argumento lo proporciona la interpretación literal del mismo Código que con reiteración denomina al legitimario heredero forzoso o simplemente heredero.”

El más reciente y también más radical intento de extraer de la letra del art. 806 el contenido de la legítima, como si todo el derecho se redujera al texto de la ley, tomándolo como el único “evidente, seguro”, “punto de partida” y “prescindiendo de cualquier idea previa”, entre ellas, es claro, el conocimiento de derecho que el Código civil debió recoger, es obra de Menéndez-Valdés Golpe (cit. *supra* nota 15). Se trata de un plausible intento parecido al de aquél botánico que prescindiendo de la flora viva de los campos quisiera extraer de la primera hoja disecada de un herbario —según imagen de Rocoe Pound— todas las características de aquella flora. Jurídicamente supone el olvido de algo que ya observó Aristóteles: las palabras de la ley no pueden —por perfecta que ésta sea, si lo es— recoger toda la realidad con sus múltiples matices; olvido por el cual pretende extraer tan sólo de las palabras más de lo que se ha recogido en ellas. Y, también, el olvido, de la regla *scire leges non est tantum verbum eum tenere, sed vim ac voluntatem*; por lo cual no tiene en cuenta que la letra de la ley no puede interpretarse sin ahondar en lo que está antes y alrededor de ella, para captar la finalidad e intención de sus palabras. Ciertamente, es imposible ponerse de acuerdo cuando se parte de un concepto distinto del Derecho y del método jurídico (cfr. nuestros *Panorama del Derecho Civil*, cit. caps. I y II, pp. 11 y ss. y *Determinación de las relaciones jurídicas respecto a inmuebles susceptibles de trascendencia respecto a tercero*, II, B y III, en *Estudios de Derecho de cosas y garantías reales*, Barcelona, 1962, pp. 152 y ss. y 163 y ss.).

Pero, en el citado estudio de Menéndez-Valdés, su explicación presenta las especiales características de deducirlo todo de la primera hoja disecada (art. 806) y, a través de lo extraído de ella (a veces saliendo de su letra, como al traducir “porción de bienes” por cuota o parte de herencia), la de forzar la interpretación de todas las demás (en especial, arts. 823, 815 y 1.056). Más que ocuparnos de analizar sus razonamientos, en una crítica de detalle, preferimos recomendar la lectura de sus epígrafes II, a (pp. 185 y ss.), III a (p. 190) y d (pp. 188 y s.) como muestras más expresivas.

Sin embargo, sí que queremos hacer notar que Menéndez-Valdés Golpe en su interpretación del art. 806, al poner tanto el énfasis en que éste dice que “el testador” —y “no el causante”— “no puede disponer”, no tiene en cuenta que el art. 636 —que no se refiere “al testador” sino al futuro causante— dice que “ninguno podrá dar”, “por vía de donación”, “más de lo que puede dar”, “por vía de testamento”, y, sin embargo —como él mismo reconoce— vale lo dado a cargo de la legítima del donatario (art. 819, § 1), e incluso lo dado en más de lo que se puede disponer no es nulo sino reducible (art. 654). El paralelo entre el “no puede disponer” del art. 806 y el “no podrá dar” del art. 636, reafirma la interpretación de que el art. 806 no implica una prohibición absoluta

la *pars reservata* (17); y, para rechazar la invocación adversa de los artículos 815 y 818, dan la explicación de que el legado *pro legitima* no es sino un acto de imputación particional (18), y califican como meramente contable el cálculo previsto en el artículo 818 (19).

de disponer de la legítima, sino una prohibición relativa de disponer en perjuicio de la legítima, y que, por lo tanto, el testador puede disponer por testamento de los bienes que integran su contenido *si lo hace sin perjudicar al legionario*, es decir, *haciéndolo a su favor*.

También es de notar que pasa de largo alguna hoja (como el art. 818). En efecto, en su indicada deducción de que la "porción de bienes" de que habla el art. 806 es una cuota de herencia (p. 168 y s. y 176 y s.), no sólo se sale de una rigurosa interpretación literal del mismo art. 806, sino que se olvida de que, según el art. 818, se trata de una cuota de la masa de bienes formada por la suma de relicto líquido más todo lo donado, y no sólo por la reintegración a la masa hereditaria de lo donado inoficiosamente. Si lo reintegrado pasase a ser una parte de la herencia, por incorporación a ella, estaría afecto a sus deudas, lo que no ocurre (conforme resulta del art. 643 C. c.). Si para hacer el cálculo se debe sumar todo lo donado, sea o no inoficioso, la legítima es cuota ideal no sólo de lo relicto y lo reintegrado, sino de lo relicto y todo lo donado. El contenido de la legítima es, pues, una porción de bienes —hereditarios o no— calculada después de deducir el pasivo del activo y de sumarle lo donado (art. 818); y, por consiguiente, no es una cuota de herencia incrementada por lo donado inoficiosamente, sino una porción líquida de bienes calculada sobre aquella base que no es, sólo ni totalmente, la herencia.

(17) Creemos poder asegurar que este argumento fue introducido en España por el ilustre jurista italiano, entonces profesor de la Universidad de Pisa, Francesco Ferrara, en al sexta de las conferencias que dio en Madrid en abril de 1928, quien del texto literal del art. 806 del Código civil español dedujo que: "La legítima, pues, es una *reserva legal*, es la antigua reserva de los cuatro quintos que hoy se ha reducido a los dos tercios para los hijos y descendientes. Sólo que esta reserva no se refiere únicamente a los bienes familiares al *quid relictum*, sino a todos los bienes del testador, a su patrimonio en global, integrado en consecuencia por todo aquello de que se ha dispuesto durante la vida mediante actos a título gratuito" (cfr. la referencia que de la misma hizo JERÓNIMO GONZÁLEZ, *Las Conferencias del Doctor Ferrara*, en *Rev. Crit. Der. Inmob.*, V —enero, 1920—, pág. 57; y, también, la de JOAQUÍN DE DALMASES, *Las lecciones del Doctor Ferrara*, en *Rev. Der. Priv.*, XV —1928—, pp. 141 y s.).

Este intento de importación del Profesor Ferrara fue rechazado por JERÓNIMO GONZÁLEZ (*Observaciones a dicha VI Conferencia en R. Cr. Der. Inmob.*, V, pp. 65 y ss. y en *Estudios de Derecho Hipotecario y Derecho Civil*, vol. III —Madrid, 1948—, pp. 241 y ss.) observando que: "en el Derecho español, los pronunciados matices de la legítima y de la reserva que el conferenciante ha puesto de relieve, se funden desde hace muchos siglos en una concepción de líneas románicas que se impone a través de las variaciones regionales..." En nuestra patria "la palabra y el concepto de *reserva* se distanciaron en la técnica jurídica de la institución de la *legítima*, y desde las primeras disposiciones legislativas dictadas por los godos y los hispano romanos, aparece la reacción contra la libertad de testar, fundada más bien en consideraciones sociales y éticas que en la copropiedad germánica"; aceptando con SÁNCHEZ ROMÁN (loc. últ. cit., p. 764) que nuestras legítimas tienen carácter más bien *negativo* de limitación mayor o menor del *ius disponendi mortis causa*.

(18) El influjo de FERRARA se notó ya en AMADEO DE FUENMAYOR (*La mejora en el sistema sucesorio español* —Coimbra, 1946—, pp. 36 y ss.), que consideró —como aquél— la facultad de mejorar como una orden de imputación y adjudicación; y, además, precisó que la disposición del art. 815 faculta al testador para "atribuir al heredero forzoso, en pago de su derecho, cualquiera de los bienes del

Sin embargo, estas razones no parecen admisibles, porque:

1.º Cualquiera que hubiese sido la naturaleza de la legítima gótica (20) y de la que muestran los Fueros medievales (21), es lo cierto que en Castilla —como observamos ya hace años (22)— “los autores —tal vez por falta de elaboración científica de la legítima germánica— explicaron esta institución de la legítima sobre la base de los textos 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 *naturaleza*. Baste recordar al efecto cómo Antonio Gómez, en sus *Varias* (23), se ocupa de la legítima en

caudal relicto”. Esta idea fue desarrollada por ORTEGA PARDO (*Naturaleza...*, pp. 141 y ss. y *Herédero...*, loc. cit., pp. 344 y ss.) que consideró la atribución hecha conforme al art. 815 como un acto particional comprendido en el ámbito de la facultad concedida por el art. 1.056, § 1.º En semejante sentido, también se declaran ESPINAR LAFUENTE (op. cit., núms. 172 y ss., pp. 385 y ss.); ROYO MARTÍNEZ (op. y loc. cit., p. 185) y FRANCISCO BONET RAMÓN (op. y vol. y loc. cit., p. 551). GUILLERMO G. VALDECASAS (*La legítima como cuota hereditaria y como cuota de valor*, II-3, en *R. D. P.*, XLVII, noviembre 1963, pp. 968 y s.) estima que el art. 815 se refiere al complemento de la *cuota de legítima*, no siendo necesaria su actuación respecto de la *cuota de reserva*, por estimar que ésta se halla protegida por la nulidad total o parcial de las disposiciones inoficiosas.

(19) Es cierto que —cobo observaron MANRESA (*Comentarios al Código civil español*, vol. VI, art. 818, 6.ª ed., Madrid, 1932, p. 370) y PORTETA (loc. cit., p. 191)— el art. 818 tiene un sentido propiamente contable. En cambio, sólo partiendo de sus respectivos presupuestos conceptuales puede decirse —como ha escrito ESPINAR LAFUENTE (op. cit., núm. 178, p. 411)— que el cálculo hecho conforme al art. 818 no se propone fijar las cuotas de los herederos (electivos o forzosos), sino tan sólo determinar la corrección, o la posible inoficiosidad, de las donaciones y legados”, o —como G. G. VALDECASAS ha sostenido (loc. cit., pp. 963 y ss.)— que el art. 818 no se refiere a la cuota de reserva, sino sólo tiene como “única finalidad” la de “determinar cuál es la cuota de legítima, a efectos de averiguar si las liberalidades del causante son o no inoficiosas”.

Según expusimos en otra ocasión (*Apuntes...*, I, § 10, ed. sep., p. 108 y *A. D. C.*, IV-II, p. 524) el hecho de que tenga carácter puramente contable, “no es obstáculo para que el art. 818, § 1.º, completando el criterio de los artículos 806, 808 y 809, venga indirectamente a precisar el contenido mínimo de la legítima debida”. Es decir, nos indica exactamente, a través de explicarnos la forma de calcularla, cuál es ese contenido del que no puede privarse a ningún legítimo”. Idéntica deducción hizo BARTOLO al comentar la ley *Papinianus*, § *Quarta*: “sed ista legítima datur aere alieno deducto”, “ergo habetur ut particularis successio” (op. cit., 1. *Pater filium* —Dig. V-II, 14— núm. 16, cfr. ed. cit., fol. 180).

(20) La ley *Dum inlicita* del Liber Iudiciorum (lib. IV, tit. V, ley 1.ª) —como ha observado JERÓNIMO GONZÁLEZ (Coment. cit., *R. C. D. I.*, cit., p. 65 y *Estudios*, vol. cit., p. 241)— en su parte dispositiva prescribió que “los padres y los abuelos. sin perder por completo la facultad de disponer de su patrimonio. no pudieran separar por una indiscreta voluntad a los hijos y descendientes de su misma sucesión.”

(21) Cfr. nuestros *Apuntes...*, I, § 2.º, ed. sep., pp. 13 y ss. y *A. D. C.*, IV-II, pp. 429 y ss.

(22) *Apuntes...*, I, § 2.º, p. 19 y *A. D. C.*, VI-II, p. 435.

(23) ANTONIO GÓMEZ, *Variae Resolutionis Iuris Civilis Communis et Regii*, lib. I, cap. XI (cfr. pp. 133 y ss. de la ed. Lugduni 1701).

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*, de la legítima como excepción oponible a esta última, y de la *actio ad supplementum*.

Asimismo, continuamos entendiendo —mientras no se nos demuestre que fue errónea o deficiente la investigación que entonces efectuamos (24)— que la obra codificadora con respecto a las legítimas “sólo quiso alterar, y así lo verificó, ciertos extremos concretos, como los relativos 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* (arts. 821, 822, 829, 840 § 2.º y 1.056 § 2.º). Aparte de las variaciones establecidas en los elementos personales de la relación legitimaria (25).

Y precisamente —como vimos en otro trabajo (26)—, si bien en el Derecho justinianeo y en el castellano, que rigió hasta la promulgación del Código civil, la legítima debía deferirse a título de herencia, esta exigencia ha desaparecido, según indican el texto y los antecedentes legislativos del artículo 815 (27) y el sentido en el que unánimemente lo entendieron los primeros comentaristas del Código y los tratadistas contemporáneos de éstos (28).

2.º Si, con esta modificación, la expresión *herederos forzosos* parece que ha perdido su significado literal y tradicional, resulta además evidentemente inexacta si es referida al cónyuge viudo y a los hijos naturales (29). Esto le quita su fuerza al argumento literal y determina, por ende, que esa misma denominación tampoco puede considerarse incontrovertible en los demás supuestos de la legítima (30).

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

(25) La Base 16 de la Ley de Bases de 11 de mayo de 1888 en materia de legítimas indicó, en su § 3.º, reformas solamente cuantitativas determinantes de su reducción con respecto al Derecho histórico, las cuales —según explicó ALONSO MARTÍNEZ (*El Código civil en relación con las legislaciones forales*, cap. III, sec. IV, cfr. ed. Madrid s. f., p. 146)— fueron fruto de una fórmula de transacción con los Derechos de las regiones forales.

(26) *El deber formal de instituir herederos a legitimarios y el actual régimen de la preterición en los derechos civiles españoles*. I, 1, 2 y 3, en *A. D. C.*, XX-I, enero-marzo, 1967, pp. 5 a 12.

(27) *Cfr. Notas críticas a la pretendida distinción entre cuota de reserva y cuota de legítima*, núms. 20, c y 22, en *A. D. C.*, XVIII-I, enero-marzo, 1965, p. 78 y pp. 88 y ss. y p. 92.

(28) *Cfr. loc. cit.*, núm. 22, pp. 90 y ss. y notas 242 a 250.

(29) *Cfr. nuestros Apuntes de Derecho Sucesorio*, I, § 3.º, pp. 26 y ss. y *A. D. C.*, IV-II, pp. 442 y ss. En este mismo *cfr. Contenido cualitativo de la legítima viudal en el Código civil* 1, en *R. D. P.*, LIV, febrero, 1970, pp. 101 y ss.

(30) Sin embargo, ha querido salvarse la exactitud de la calificación de los descendientes y ascendientes legítimos como herederos forzosos, diferenciándolos como los *genuinos* herederos forzosos, mientras el cónyuge viudo y los hijos ilegítimos sólo lo son, conforme al art. 807, *en la forma y medida que establecen los arts. 834 a 842 y 845* (DE BUEN, *Notas al Curso Elemental de Derecho civil*, de COLIN y CAPITANT, vol. VIII, Madrid, 1928, p. 321); distinguiendo “una élite formada por los tradicionales herederos forzosos: los descendientes y

Por todo lo cual creemos que esa supervivencia de la denominación antigua debe ser considerada como un mero vestigio histórico (31).

3.º La tesis de la legítima *pars hereditatis* tampoco logra soslayar los antecedentes históricos antes examinados, los cuales nos muestran que, aun cuando antes del Código civil en el Derecho común y en el Derecho Real de Castilla el legitimario debía ser instituido heredero, sin embargo su legítima aislada de la institución era una *pars bonorum*, que podía serle satisfecha con una *institutio ex re certa* (32), una institución en la dote (33), o con un legado si el legitimario lo aceptaba (34); e, igualmente, que el suplemento tampoco consistía en una *pars hereditatis*, sino en una *pars bonorum* (35).

ascendientes legítimos, frente a los *parvenus* de la legítima, que son los hijos naturales y el cónyuge viudo. Esta diferencia —se dice— podrá impedir la conclusión de que todos los legitimarios son herederos, pero no justifica, desde luego, la generalización a la inversa, es decir, la afirmación de que ningún legitimario es heredero, por el hecho de que alguno no lo sea efectivamente” (ROYO MARTÍNEZ, op. y loc. últ. cit., p. 186). Pero no se trata de formular esta afirmación negativa, sólo por ese hecho, sino únicamente de excluir como argumento decisivo el empleo de una expresión, que si no es usada rigurosamente en determinados casos puede no serlo tampoco en los demás casos, sin prejuzgar que efectivamente sea así.

(31) La denominación “herederos forzoso” era la tradicional en el Derecho de Castilla antes de la promulgación del Código civil. ESCRICHE (*Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia*, 3.ª ed., Madrid, 1847, tomo II, p. 15) definió: *Heredero forzoso o necesario*: el que no puede ser excluido de la herencia por el testador sin causa legal... “Dícese 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”.

Se comprueba la evolución del concepto, aun sin cambiar la denominación, con la lectura del art. 640 del Proyecto de 1851 (antecedente del art. 806 del Código civil) que decía: “Llámanse herederos forzosos aquellos a quien la ley reserva en los bienes del difunto cierta porción de que no puede privarles sin causa justa y probada de desheredación. La porción reservada se llama legítima.” *Es decir: ya no se definen como aquéllos que el testador no puede prescindir de nombrarles herederos, sino aquéllos a quienes no puede privarles de cierta porción de bienes*. El art. 806 define la legítima como “porción de bienes” no como “porción de herencia”.

Por eso y por su aplicación extensiva al cónyuge viudo y a los hijos naturales hay que reconocer por lo menos, como lo hizo DE BUEN (*Notas y loc. cits.*, p. 330), que la expresión *herederos forzosos* es usada en el Código civil y por nuestra Jurisprudencia “de un modo muy general”. LACRUZ BERDEJO (*Notas y loc. cit.*, p. 293) estima que ha de considerarse “una impropiedad de lenguaje”. PUIG PEÑA (op., vol. y loc. cits., p. 285) la considera como “un respeto terminológico a la práctica tradicional”.

(32) Cfr. GREGORIO LÓPEZ, gl. 13 al últ. VII de la Partida 6.ª, a las palabras “en su testamento como a heredero” de la ley 5.ª de dicho título; DIEGO COVARRUBIAS DE LETIVA, *In titulum de testamentis interpretatio*, cap. Raynutius 16, § 1.º, núms. 6 y 9 —cfr. Opera Omnia, ed. Lugduni 1583, vol. II, p. 71; LUIS DE MOLINA, S. I., *De iustitia et iure*, Tract. II, Disput. CLXXVII, núm. 1. cfr. ed. Novissima, Collonia Allobrogum, 1733, tomo I, p. 402; DIEGO AYLLÓN LAINEZ, *Illustrationes sive additiones eruditissimae ad Variarum Resolutionis Antonii Gomezii*, Ad. Lib. I, cap. II, núm. 24; cfr. ed. Venitiis 1747, p. 15.

(33) Cfr. DIEGO SPINO, loc. cit., *supra* nota 7.

(34) La ley 5.ª, tít. VIII de la Partida 6.ª, después de expresar que si al hijo se le dejase su legítima “non como a heredero, mas como en razón de manda”, podría “quebrantar” el testamento, añade: “E esto se entiende si el

4.º No puede superar la contradicción que significaría que un contenido que quedara totalmente cubierto con la imputación de donaciones (36) o que se cubriera exclusivamente con el ejercicio de la acción de reducción de donaciones (37), fuera *pars hereditatis*, y que el legitimario que así obtuviera su porción debida tuviese que responder solidariamente de las deudas del caudal inherentes a toda *pars hereditatis* (38). Uno cuota parte de la suma del activo líquido relicto más lo donado (art. 818 C. c.) (39), y a mayor abundamiento si sólo

fijo non rescibiesse aquella parte que le era mandada. Ça si la rescibiesse e non la protestasse diziendo que le fínçasse en salvo la querella que avía de tal testamento non podría después quebrantarlo."

(35) Cfr. *supra*, nota 13, RODRIGO SUÁREZ (*Repetitionis Legis "Quoniam in prioribus"*, *Declaratio Legis Regni, Additio VI*, núm. 2, cfr. *Opera Omnia*, ed. Douaci 1614, p. 498) opinó que el "ius agendi ad supplementum petitur per conditionem ex lege, ut ait gloss. in d. § si conditioni" (Dig. V-11, 8, § 10); y JACOBO VALDÉS (Add. C, al núm. 7 de la Ampliatio undécima, de las cit. *Repetitionis* de RODRIGO SUÁREZ, cfr. ed. cit., p. 436) dedujo que es "*actio in rem scriptam*". ANTONIO GÓMEZ (*Variac...*, cap. cit., núm. 23, vers. *Secundo deducitur*, cfr. ed. cit., p. 146) entendió que para lograr el suplemento "competit actio personalis vel in rem scriptam", conforme a la glosa ordinaria a la ley *Omnimodo* (Cod. III-XXVIII, 30).

(36) Conforme al art. 819, § 1.º "*Las donaciones hechas a los hijos, que no tengan el concepto de mejora se imputarán a su legítima.*" Supongamos que el causante en su testamento asignó al donatario los bienes donados en pago de su legítima, o que simplemente le reconoció cuanto por dicho concepto le correspondiese, y que dicho montante le quedara cubierto íntegramente con su imputación.

(37) Supongamos un causante que: a) hubiese dejado una herencia en la cual el activo no excediere del pasivo, y que fuera objeto de juicio universal de concurso de acreedores o de quiebra o de testamentaria promovida por algún acreedor, o bien que el instituido la hubiese aceptado a beneficio de inventario, o simplemente que éste liquidase el pasivo con la conformidad de unos legitimarios totalmente abstenidos; b) pero que entre vivos hubiera otorgado donaciones a extraños reducibles por inoficiosas (arts. 636, § 2, y 654 C. c.) de cuya reducción no puedan beneficiarse sus acreedores (arts. 643, 1.292 y 665, § 3.º, C. c.).

(38) Conforme el § 1.º del art. 1.084 C. c.: "Hecha la partición, los acreedores podrán exigir el pago de sus deudas por entero de cualquiera de los herederos que no hubiere aceptado la herencia a beneficio de inventario, o hasta donde alcance su porción hereditaria en el caso de haberla admitido con dicho beneficio." En cambio, conforme al art. 655, § 3.º, inciso final: "los acreedores del difunto, no podrán pedir la reducción ni aprovecharse de ella". Y tampoco la imputación varía el criterio del art. 643, § 1.º, de que: "No mediando estipulación respecto al pago de deudas, sólo responderá de ellas el donatario cuando la donación se haya hecho en fraude de acreedores."

(39) Observemos que en Italia no han faltado autores que han observado que, habiendo otorgado donaciones el causante, no es posible identificar la cuota hereditaria correspondiente al legitimario con aquella *pars hereditatis* que le correspondería de aplicarse solamente a la herencia la cuota aritmética determinante del montante de aquélla. Así, GIUSEPPE AZZARITI (*Il legitimario è herede e Sul legato a tacitazione di legittima*, núm. V, en *Scritto Giuridici*, Padova, 1963, pp. 212 y ss. y pp. 260 y ss.) resolvió que el legitimario que sucede *contra testamentum* 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", por lo cual esa cuota "no coincide con la cuota abstracta del *ius defuncti*". Y, según AUGUSTO PINO (*La tutela*

es satisfecha con bienes donados (art. 819, § 1.º), no es posible que sea conceptuada como *pars hereditatis*, y, sin embargo, conforme los textos legales citados, es apta para cubrir la legítima correspondiente al donatario imputante (40).

3. Queda fuera de la cuestión que aquí examinamos la posibilidad de que la legítima sea cubierta con una *pars hereditatis*, bien sea por haberla atribuido a este título el testador al legitimario o bien porque la reciba éste *ab intestato*, ya sea *praeter tabulas* o bien *contra tabulas* en caso de preterición o desheredación injusta (41).

Sin embargo, nos quedan por contemplar otros intentos hechos para conceptuar la legítima como *pars hereditatis*.

En efecto, el último argumento que hemos aducido puede ser soslayado por los defensores de esa tesis, batiéndose en retirada (42),

del legitimario, Padova, 1954, *introduzione*, núm. 4, p. 15) 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*". Por lo cual estima que: "El patrimonio respecto al cual se calcula la porción de bienes reservada 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 que, entre los bienes, haya algunos que, *bajo otro perfil*, constituyan una *hereditas*".

(40) Cuestión diversa es la dimanante de no ser mencionado el legitimario donatario en el testamento del causante. Que su solución sea estimar que se ha incurrido en preterición, conforme declaró la S. de 17 de junio de 1908 (cfr. nuestros *Apuntes...*, III, § 1.º, ed. cit., pp. 307 y ss. y *A. D. C.* VII-III, pp. 660 y ss.), no empiece el criterio que hemos expuesto en el texto para los casos en que no haya preterición del legitimario mencionado en el testamento, a quien podrá cubrirse totalmente su derecho con su imputación de las donaciones que haya recibido del causante, aunque nada reciba de lo relicto.

(41) Cfr. *Apuntes*, I, § 5, pp. 61 y ss. y *A. D. C.*, IV-II, pp. 477 y ss.

(42) El único intento serio de oponerse al dicho argumento, sin batirse en retirada, fue el realizado en Italia por FRANCESCO FERRARA (*La figura del legitimario*, núm. 6, en *Jurisprudencia Italiana*, 1923, reproducido en sus *Scritti Giuridici*, vol. III, Milano, 1954, pp. 38 y ss). quien afirmó que en caso de invadir el *de cuius* la cuota indisponible con liberalidades entre vivos, como "tales liberalidades son reducidas hasta su concurrencia con la legítima", resulta que 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 diferida *ex lege* a cierta categoría de herederos legítimos". Y que (núm. 9, *Scritti...*, III, p. 51) las donaciones hechas a los legitimarios pura y simplemente "no son sino *anticipos de herencia*", y, por tanto asignaciones hechas en vida a la cuota legítima que será debida a la muerte"; y que (núm. 11, nota 21, *Scritti...*, III, p. 55) "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*, es decir, 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 que los bienes donados *corresponden a la cuota legítima*".

Pero ni esta resolución *ipso iure* ni el carácter hereditario de lo donado como anticipo de legítima, están confirmados por el Derecho positivo italiano (cfr. *Cicu, Successione legittima c...*, cit., Parte II, cap. II, núm. 2, pág. 172). Ni por el español, en cuanto que tal resolución *ipso iure* automática no tiene lugar

alegando la distinción entre *cuota de reserva* y *cuota de legítima*—como hizo Circu (43) en Italia y trató de introducir G. G. Valdecasas (44) en España—, o bien afirmando que la legítima es *pars hereditatis* en todo cuanto no quede cubierta con donaciones (45), y que, por lo tanto, es una *quota hereditatis* variable del caudal relicto, cuantitativamente igual a la diferencia que reste por cubrir: tomando como minuendo el cociente que resulte al dividir la suma de *relictum* más *donatum* por el módulo debido, y como sustraendo el montante de las donaciones imputables a la legítima del heredero forzoso de que se trate (46).

Pero la tesis de la distinción entre *cuota de reserva*, como *pars hereditatis*, y *cuota de legítima*, como *pars bonorum* o *pars valoris*—que no ha podido prevalecer en Italia (47)—, tampoco en España

(art. 655 C. c.), ni lo donado como anticipo de legítima puede considerarse como porción de herencia (arts. 654 y 655 C. c.), como mostramos en nuestros *Apuntes*, III, § 13, C, pp. 551 y s., y *A. D. C.*, VIII-II, pp. 387 y ss.

(43) Fue por este motivo, entre otros, que tratando de armonizar el concepto de la legítima como *quota hereditatis* con el modo de calcularla conforme al art. 822 del *Código* de 1865 y al art. 556 del vigente *Código*, quiso Circu (cfr. *Cuota di riserva e quota di legittima*, en *Revista del Notariato*, 1947, anno I, pp. 21 y ss.) justificar su distinción entre *cuota de reserva* y *cuota de legítima*. Cfr. nuestro trabajo *Notas críticas acerca de la pretendida distinción entre cuota de reserva y cuota de legítima*, núm. 3 y 8, y *A. D. C.*, XVIII-I, enero-marzo 1965, pp. 9 y ss. y 22 y ss.

(44) GUILLERMO GARCÍA VALDECASAS ha distinguido “entre legítima como parte de la herencia reservada por la ley al heredero forzoso, y la legítima como cuota de valor que el mismo tiene derecho a percibir”, referida aquélla a lo relicto y la segunda a la suma de lo relicto líquido más lo donado. Con lo cual, cree que “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” (*La legítima como cuota hereditaria y como cuota de valor*, loc. cit., pp. 957 y ss.).

(45) Así es en el *Code de Napoléon* en el cual los reservatarios son herederos y tanto la reserva como la cuota disponible se calculan—conforme al art. 922— agregando ficticiamente todos los bienes donados en vida por el difunto (cfr. PLANIOL, RIPERT, TRASBOT, LOUSOUARN, *Donations et testaments*, tomo V del *Traité Pratique de Droit Civil Français*, de PLANIOL y RIPERT, 2.ª ed., París, 1957, núm. 53, p. 70).

(46) Así, con referencia al derecho italiano, ha entendido PINO (op. cit., núms. 43 y 44, pp. 127 y ss.) que la *quota hereditatis* del legitimario se caracteriza por su elasticidad, pues es calculada indirectamente, “es decir, en relación a cuanto aún reste o a cuanto sea necesario para que obtenga en concreto la legítima correspondiente”. Así... “la *quota hereditatis*, reservada al legitimario, puede ser más restringida o más amplia que la porción reservada por los arts. 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”.

(47) Cfr., en favor los trabajos de Circu, *Successione legittima e dei legittimari*, 2.ª ed., Milano, 1943, II Parte, cap. I, n. 1, pp. 147 y ss. y nn. 7 y ss.; pp. 161 y ss.; cap. III, n. 1, pp. 175 y ss.; cap. V, n. 2, p. 221 y cap. VI, n. 3, pp. 234 y ss.; cap. VI, pp. 263 y ss.; *Quota di riserva e quota di legittima*, en *Revista del Notariato*, 1947, año I, pp. 21 y ss.; *Successione necessaria*, en *Revista trimestrale de Diritto e Procedure Civile*, 1947, pp. 131 y ss.; *La divisione eredi-*

puede soportar con éxito su examen a través de un cotejo de los preceptos del Código con sus antecedentes históricos y prelegislativos (48), ni el texto del propio Código ofrece base alguna para entender que la palabra legítima tenga un significado en los artículos 806 y ss. y otro distinto en los 818 y ss. (49).

Y la tesis de que la legítima es *pars hereditatis* en todo cuanto *inter vivos* no le haya sido anticipado al legitimario, llevaría a considerar: que los legados *pro legitima* son simples órdenes de imputación o asignaciones particionales dispuestas por el testador; que el mero reconocimiento o disposición con palabras comunes de la legítima por el testador implicaría el reconocimiento al legitimario de la cualidad de heredero, y que el derecho al suplemento se referiría siempre a una *pars hereditatis*. De estas consecuencias ya hemos visto antes contradichas la primera y la tercera, y de la segunda debe examinarse en el ámbito valorativo e interpretativo de la expresión de la voluntad del testador, que con palabras comunes reconoce, salva o deja la legítima, como hicimos en otra ocasión (50) concluyendo en contra de que ineludiblemente, ni aun normalmente, implicara este reconocimiento.

Más atenuadamente ha considerado algún autor (51) que la legítima de los descendientes y ascendientes sólo subsidiariamente es *pars hereditatis*; esto es, cuando el causante no la haya otorgado a

taria. Milán, 1948, cap. II, § IV, n. 7, pp. 77 y ss., y *Sucesione per causa di morte, Parte Generale. Divisione ereditaria*, cap. IX, n. 117, nota 2, pp. 343 y s. LUGI MENGONI, *La divisione ereditaria* (Milano, 1948), núm. 88, p. 213 y ss. y *La posizione giuridica del legitimario preterito*, en *Studi in onore di Antonio Cicu* (Milano, 1951), vol. I, pp. 409 y ss. En contra, FRANCESCO SANTORO PASARELLI, *Vocazione legale e vocazione testamentaria*, nota 36 (en *Rivista di Diritto Civile*, 1942, pp. 193 y s., reproducido en sus *Saggi di Diritto Civile* Napoli, 161, vol. II, pp. 593 y s.); GIUSEPPE AZZARITI, *In tema de diritti riservati ai legitimari* (en *Riv. Dir. Privati*, 1944, reproducido en sus *Scritti Giuridici*, Padova, 1963, pp. 268 y ss.); FRANCESCO MESSINEO, *Manuale de Diritto Civile e Commerciale*, III-II, § 190, 1, a) y 3 h) (cfr. 8.ª ed., Milano, 1952, pp. 201 y 206); PINO, op. cit., especialmente núm. 13 (pp. 48 y ss.); y nuestras citadas *Notas críticas...*, I, y especialmente, núms. 9 y 14, loc. cit., pp. 24 y ss. y 49 y ss.).

(48) Cfr. nuestras *Notas críticas...*, núms. 16, 17, 18, 19 y 20, pp. 58 y ss. y núm. 22, pp. 89 y ss.

(49) Cfr. *Notas...*, cit., núm. 25, p. 97 y supra, núm. 64.

(50) Cfr. *Apuntes...*, I, § 10, pp. 87 y ss. y *A. D. C.*, IV-II, pp. 503 y ss.

(51) Pueden catalogarse entre los defensores de esta posición a FLORENCO PORPETA CLÉRIGO (*Naturaleza jurídica de la legítima*. Conferencia en el curso de 1945 del Colegio Notarial de Barcelona. *Estudios de Derecho Sucesorio*, página 198), según el cual se confiere legalmente al testador una facultad modeladora que alcanza no sólo al contenido atribuido sino incluso al mismo título de la atribución, en virtud de la cual la designación testamentaria del legitimario como legatario se sobrepone a la legal a título de herencia, que sólo se mantiene actuante en la parte valorativamente no cubierta por la designación testamentaria. También es intermedia la posición del maestro JOSÉ CASTÁN TOBEÑAS (*Derecho Civil español común y foral*, 1-2.º, 4.ª ed., Madrid, 1939, tomo LX., p. 270) que acepta el criterio de que Código civil español considera a los legitimarios como herederos pero con la matización de que ese criterio "no es absoluto conforme a los arts. 836, 840. § 2.º, 815, 1.062, 1.056, § 2.º".

título de donación o de legado. Pero, aparte de que, conforme esta tesis, la legítima como *porción debida* no es forzosamente *pars hereditatis*, tampoco resulta aceptable, como acabamos de recordar, que lo sea en los supuestos de reconocimiento o de simple atribución de la legítima con palabras comunes, ni —como ya hemos anticipado (52)— lo es su suplemento incluso en los casos normales en los que éste debe satisfacerse con bienes hereditarios.

II. "PARS BONORUM", CONTENIDO NORMAL DE LA LEGÍTIMA

4. Como en todos los demás casos, conviene que, para orientar la interpretación del Código civil, examinemos sus precedentes históricos en el Derecho castellano y que, para valorar éstos, los situemos en relación al Derecho común y observemos si las disposiciones del Derecho real surgieron como excepciones o como confirmaciones de la doctrina dominante entre los autores que comentaban el *ius civilis*.

Hemos visto antes que la legítima post-justiniana, aunque debía ser deferida a título de herencia, no fue *pars hereditatis*, sino *pars bonorum*. Ahora debemos precisar este concepto.

Aunque en algunos textos del *Codex*, al hablar de la legítima leamos: "et aliquam eis quantitatem" (53), "nisi certa quantitatis patri eius minor parte legitima ei relicta sic" (54), "vel aliam rem, vel pecunias restituit" (55), no pudo a partir de Justiniano ser considerada como *pars valoris*. Así lo prueban: la Novela 18, o sea, la constitución de Justiniano *De triente et semisse*, cap. I, que explícitamente expresa "*sed etiam tertiam propriae substantiae partem*"; la *Authentica Novissima*, que al sintetizarla emplea la expresión "*ex substantia*", y, en especial, la ley *Scimus*, versículo *repletionem* (Cod. III-XXVIII, 36, pr., *in fine*), al ordenar que el suplemento "*autem in rebus substantiae patris fieri*".

Esa calificación de *substantiae partem* significaba que la legítima debía ser satisfecha *in rebus substantiae patris*, es decir, en bienes hereditarios. Pero no requería que el legitimario pudiera exigir que se le entregara una cuota de todos y cada uno de los bienes. El *Codex*, título "*Quando et quibus quarta pars debetur...*" (X-XXXIV), en su ley 2 (*Meminimus*) previno contra quien "*uniuscuiusque rei sibi particulam vindicando, adeo totas dilacerant facultates, ut, dum participibus relictarum opum nocere cupiunt, sua quoque iura praecipitent*".

De ahí que dimanaba que no pudiera exigirse la legítima en una cuota o en una porción de todos y cada uno de los bienes, es decir, *minutatim in singulis rebus*, como dictaminaron concordes Baldo (56) y Bartolo (57).

(52) Cfr. *supra*, notas 13 y 34.

(53) Cod. III-XXVIII, 30 (1. *Omnimodo*).

(54) Cod. h. t. 34 (1. *Si quis filium*).

(55) Cod. h. t. 36 (1. *Scimus*).

(56) BALDO DE UBALDIS. *Commentaria in primum, secundum et tertium Codicis Libris*, lib. III, tit. XXVIII, *De inoff. testam.*, 1. *Scimus*, núm. 10 (cfr.

El testador podía asignarla *in re certa*, como antes vimos, y podía indirectamente excluir que se tomara de las cosas que legase a otro, Lo que no podía imponer es que se satisficiera en una *res deteriori* ni *sumptuosa*, improductiva o inasequible por su situación o circunstancias (58).

De no haber asignado el testador una cosa concreta en pago de la legítima ni haber excluido, mediante legados, que otras cosas pudiesen satisfacer tal fin, y de no haber acuerdo entre el heredero universal y el legitimario, en cuanto a la determinación de los bienes con que satisfacer la legítima, debía acudirse al arbitrio judicial y, entonces, "*iudex potest una re vel duabus cam assignare*" (59). Cuestión discutida fue si el dinero que existiese en la herencia podía ser empleado para satisfacer la legítima o, por el contrario, el legitimario podía rechazarlo como *res deteriori*. Este segundo criterio fue defendido por Peregrino (60), para quien el dinero, los muebles y las mercancías eran catalogadas *in rebus deterioribus*. En cambio, según Merlino (61), la opinión más común y más verdadera (*magis communis, et verior*) fue favorable a la posibilidad de satisfacer la legítima en dinero de la herencia si, además de la circunstancia de haberlo, concurría la voluntad en este sentido del testador. Como *ratio* señaló: "*quia pecunia hereditaria, dicitur substantiae hereditatis*" (62).

ed. Lugduni 1585, fol. 226), concluye: "*hacc tamen legitima debet assignari non minutatim in diversis rebus, sed in mediocri arbitrio boni viri*".

(57) BARTOLO a SAXOFERRATO, *Commentaria in primam Infortiati Partem*, tit. *De heredib. instit.*, 1. *Suus quoque* (Dig. XXVIII-IV, 4), núm. 10 (cfr. ed. Augustae Taurinorum 1589, fol. 141).

(58) RODRIGO SUÁREZ, *Repetitio Legis Quoniam in Prioribus*, Ampliatio XI, núm. 5 (cfr. *Opera Omnia*, ed. Duaci 1614, p. 443), cita la opinión de ANGELO, en su comentario a la ley *Si pater* del tit. *De institut. vel substit. sub condicione facta* del Codex VI-XXV, 4, de que en pago de la legítima no puede asignarse *res in frandem*, como en caso de ser una *res sumptuosa* o de disponerse "*in bonis, quae sunt in loco periculoso, puta circa vicinos rixosos, atque potentes constituta, vel de alia causa iudicari possunt bona deteriora*".

FABRO (Antoine Fabre), *Codex Fabrianus*, lib. III, tit. XIX, Definitio, III (cfr. ed. Napoli, 1765, tomo 1, p. 180) resume "*ut neque ex portionibus bonis legitima solvatur, neque ex deterioribus, sed ex mediocribus*".

(59) PAULO DE CASTRO, *Comment. in Codicem Inst.* (Pars prima, tit. *De inoffi. testament.*, 1. *Scimus*, § *Repletionem*, núm. 10 (cfr. ed. Lugduni 1553, fol. 151).

(60) MARCO ANTONIO PEREGRINO, *De fideicommissis praesertim universaliibus*, art. XXXVI, núm. 72; cfr. ed. Novissima, Lugduni 1670, p. 513. No obstante, admite (núm. 75, p. 514) un supuesto en el cual, en su opinión, el hijo instituido heredero y gravado con fideicomiso universal —exceptuada la legítima—, en caso de aceptar la herencia, debería contentarse con percibir su legítima en dinero, muebles y mercancías de la herencia si el padre así se lo ordenó.

(61) MERCURIAL MERLINO, *De legitima tractatus absolutissimus*, lib. V, tit. III, Quaest. XI, núm. 21; cfr. ed. Genevae, 1652, p. 518, que cita a BALDO *Consc.* 23, lib. IV; RIPA 1. *quarta*, núm. 122; MENOCHIO, *Tract. de art. Iud. cassus* 163, núm. 29; PETRA, *De fideicom.*, *Quaest.* XV, núm. 148, BERTOZZOLUS, *Cons.* 108, núm. 4; HONDEDEUS, *Cons.* 157, núms. 20 y 23, L. II, etc. y la Decisión 753 de la Rota.

(62) Este criterio fue aceptado por FERNANDO VÁZQUEZ DE MENCHACA, *De*

5. Esa versión de la legítima, como *pars bonorum* pero no exigible *minutatim ex singulis rebus propter incomodam separationem*, la vemos recogida por los autores castellanos al comentar el Derecho común.

1) El padre podía asignar la legítima *in re certa* (63) con tal de que ésta *non sit admodu deterior ceteris rebus hereditariis et ex hoc fiat fraus legitimae portione* (64), recordándose que “*pater familias poteat facere divisionem dividendoque, illam dirimerem communionem quam filius habeat cum ceteris coheredibus*” (65).

2) El hijo no podía reclamarla en la cosa que el testador legó a otro (*quam patre proprio testamento legaverit*) (66), a no ser que

Successioni progressu, lib., I, IV, núms. 12 y 14 (cfr. ed. Venetiis 1573, p. 85), que precisamente distingue *substantia* y *corporibus* hereditarios.

(63) Cfr. GREGORIO LÓPEZ, Gl. 31 al título VIII de la Sexta Partida, a las palabras “*en su testamento como a heredero de la ley 5 de dicho título*” (cfr. ed. en castellano comentada por SANPONS y BARBA, MARTÍ DE AIXALÀ y FERRER y SUBIRANA, vol. III, Barcelona, 1843, p. 667); RODRIGO SUÁREZ, op. y ampliat. núm. 5 (p. 442); COVARRUVIAS, *In titulum de Testamentis interpretatio*, cap. *Raytutius* 16, § 1, núm. 6, y núm. 9 (cfr. *Opera Omnia*, ed. Lugduni 1584, p. 71); MATIENZO, *Commentaria in librum quintum recollectionis Legem Hispaniae*, lib. V, tít. IV, ley 1, gl. 10, núm. 57 (cfr. ed. Mantuae Carpetane 1580, fol. 81); FERNANDO VÁZQUEZ DE MENCHACA, *De successione creatione progressu efectaque, et resolutione tractatus*, Prima partis, lib. III, XX, núm. 245 (cfr. ed. Salamanca, 1599, vol. II, fol. 250 y ss.); LUIS DE MOLINA, S. I., *De Iustitia et Iure*, tract. II., disput. CLXXV, núm. 28 (cfr. ed. novissima Coloniae Allobrogum, 1733, vol. I, p. 403); DIEGO AYLLÓN LAINEZ, *Illustrationes sive Additiones eruditissimae ad Varias Resolutiones Antonii Gomezii*, ad. lib. I, cap. II, núm. 24 (cfr. ed. Venetiis, 1747, p. 15); DIEGO SPINO, *Speculum testamentorum*, gl. 17, *principalis* 34, 35 y 36 (cfr. ed. Francofurti ad Moenum, 1600, pp. 721 y ss.).

(64) Didacus COVARRUBIAS a LEIVA, op. cit., Cap. Raynaldus 18, § *Secundus*, núm. 5, ed. y vol. II, pp. 102 y s. En igual sentido RODRIGO SUÁREZ, loc. cit. *supra*, nota 99.

(65) VÁZQUEZ DE MENCHACA, *De successione progressu*, lib. I, IV, núm. 10, pág. 84.

(66) RODRIGO SUÁREZ, op. y ampl. cit., núm. 15 (p. 445); FERNANDO GÓMEZ ARIAS DE TALAVERA, “*Subtililissima nec non valde utilis glossa ad famosissimas, subtiles, necesarias ac quotidianas leges Tauri*” L. XVIII [XX], núm. 16 (cfr. ed. Complutenses 1542, fol. CXXXIII), afirmó “*Filius non potest eligere legitiman suam in rebus alteri in testamenti patres legatis, quia pater potest legare cui vult dummodo filio remaneat sua legitima*”. En igual sentido, cfr. VÁZQUEZ DE MENCHACA, *De successione progressu*, lib. I, § IV, núm. 10 vers. *Denique*, pp. 84 y ss.; COVARRUVIAS, loc. últ. cit. (p. 102); TELLO FERNÁNDEZ, *Constitutionum Taurinas utilis interpretatio*, lex. XIX, núm. 1, cfr. ed. Granada, 1566, p. 163; ANDREA ANGULO, *Commentaria ad leges regias meliorationum*, lex 3, gl. 1, núm. 3, fo. 82 vto. *in fine* y 83; JUAN MATIENZO, *Commentaria in librum quintum recollectionem legum Hispaniae*, lib. V, tít. VI, lex. III, núm. 2, cfr. ed. Mantuae Carpetanae, 1580, fol. 146 vto.; JUAN DEL CASTILLO SOTOMAYOR, *Tractatus posthumus de alimentis*, cap. LXVI, núms. 20 y 21, cfr. en *Quotidianarum Controversiarum Iuris*, tomus VIII, cfr. Novae Editio Genevae I., p. 668; JACOBO VALDÉS, *Additio a la Ampliatio XI de RODRIGO SUÁREZ*, C, p. 448.

Es conforme a este criterio la opinión de que la acción de suplemento sólo puede dirigirse contra los legatarios cuando no pudiera cubrirse con los bienes dejados a los herederos. Cfr. GREGORIO LÓPEZ, gl. 33 al tít. VIII de la Sexta Partida, a las palabras “que son escritos por herederos” (op., ed. y vol. cit.).

esa cosa legada fuese *multo melior ceteris rebus hereditariis*, de modo que el hijo *ex hoc fraudem patiatur in legitima portione* (67).

3) Que ni el heredero ni el legitimario podían separadamente elegir la cosa que quisiesen para pagar la legítima, sino que, a falta de común acuerdo, el juez debía determinar *ut arbitrio boni viri*, una o varias cosas para satisfacerla con ellas (68), si bien algún autor exigió para esto que los cuerpos hereditarios no fueran susceptibles de “*commodam divisionem*” (69).

Para referir esta cuestión a la legítima castellana, así como para comprender ciertas tensiones que se observan en ella, es preciso no olvidar su proceso de germanización operado en la Alta Edad Media y el subsiguiente proceso de recepción romano-canónica que las Siete Partidas y los autores castellanos verifican (70). Es cierto que el Derecho realmente vivido en la Alta Edad Media, que nos reflejan los diplomas, trasluce, según mostró Ficker (71), y entre nosotros Hinojosa (72) y mi maestro G. Valdeavellano (73), un Derecho germánico mucho más puro que el reflejado en los preceptos legales visigodos:

p. 568) de la ley 5, en la cual después de observar que la citada ley, como la Novela 115, cap. 5, vers. *Ceterum*, sólo habla de herederos y no de legatarios, y de examinar las opiniones de BARTOLO y SALYCETO, concluye que si la porción que debiese quedar al heredero después de satisfechos los legados y la legítima, equivaliese a la cuarta parte del total de la herencia, no sufrirán dichos legados disminución alguna. En igual sentido, al comentar esa afirmación de este autor y la opinión de ANTONIO GÓMEZ (*Variae Resolutiones Iuris Civile Communis et Regii*, lib. II, cap. XI, núm. 23, cfr. ed. Novae Lugduni 1701, p. 146) de que *actio ad complementum legitimae competit adversus heredes et legatarios ut pro rata contribuat*, explica LUIS DE MOLINA, S. I. (op. cit., tract. II, disput. CLXXVII, núm. 5, ed. y vol. cit., p. 403) que “*legatarios solum teneri contribuere ad complementum, quando alioquin heredibus non remanerent integrae legitimae portiones*”; y JUAN AYLÓN LAINEZ, en sus citadas adiciones a las Varias resoluciones de A. GÓMEZ, cap. XI, núm. 23, vers. final, p. 70, precisa: “*Quatenus autem nostrum Gomezium in praesenti asserit, hoc ius ad supplementum etiam contra legatarios competere, intelligendus est, quando heres ex hereditate supplere non potest*”. En igual sentido, cfr. CASTILLO SOTOMAYOR, op. y cap. últ. cit., p. 20, y JACOBO VALDÉS, loc. últ. cit., letra E.

(67) RODRIGO SUÁREZ y COVARRUVIAS, locs. últ. cit., MATIENZO, loc. cit., GÓMEZ-ARIAS, loc. cit., lo expresó así: “*Limita signanter nisi pater omnes meliores legasset et deteriores remansisset.*”

(68) Cfr. COVARRUVIAS, loc. últ. cit., RODRIGO SUÁREZ, Ampl. cit., núms. 7 y 8, p. 443, y CASTILLO SOTOMAYOR, loc. últ. cit. GÓMEZ-ARIAS, op. cit. y fol. cit., núm. 15, había enunciado: “*Filiis pro sua legitima non potest eligere rem meliorem, sed mediocrem arbitrio iudice.*”

(69) Así, VÁZQUEZ DE MENCHACA, *De successione progressu*, lib. I, § IV, núms. 36 y 37, p. 87.

(70) Cfr. nuestros *Apuntes de Derecho Sucesorio*, I, § 2.º, pp. 13 y ss. y *A. D. C.*, IV-II, pp. 429 y ss.

(71) FICKER, *Sobre el íntimo parentesco entre el Derecho godo-hispánico y el noruego-islandico*, vers. en castellano de su monografía publicada en 1897, Barcelona, 1928.

(72) EDUARDO DE HINOJOSA, *El elemento germánico en el Derecho español*, Madrid, 1915, p. 18.

(73) LUIS G. DE VALDEAVELLANO, *La cuota de libre disposición en el Derecho hereditario de León y Castilla en la Alta Edad Media*, en *Anuario de Historia del Derecho Español*, IX, año 1932, pp. 129 y ss.

desaparición de la mejora, estricto carácter de *quota pro anima* del quinto y existencia del *Wartrecht*, que Marín Monroy (74) ha subrayado al examinar el Fuero de Cuenca. En éste, aparte de lo mandado por su alma, todo lo demás donado debía traerse materialmente a colación, para que los hijos “*todos igualmente rescivan tan bien parte en mueble como en rrayz*” (75). La partición debía hacerse así: “*quando el padre o la madre vivo muriere, pagadas las dcudas et las elamosinas et los pannos, conmo es dicho, los fijos si quier los herederos departan toda la sustancia tan bien en mueble como en rrayz*” (76). Requisito reforzado formalmente con la exigencia que, al partirse, “*todos los herederos sean presente et otorgantes*” (77).

Esto explica que se formara una mentalidad contraria, aun después de la resurrección de la mejora y de la recepción del Derecho romano, a la posibilidad de que el padre señalara legítima, mejora y parte libre en bienes determinados. Prueba esa resistencia, la necesidad de reiterada aclaración con respecto a la mejora en las leyes del Stilo y de Toro y el criterio restrictivo con que algunos autores quisieron interpretar sus normas.

El Derecho Real castellano, sin embargo, en las leyes 213 del Stilo y 19 de Toro hizo aplicación a la mejora del mismo criterio predominante entre los autores del Derecho común.

La ley 213 del Stilo dijo así: “*El padre puede mandar a uno de sus hijos de mejoría el tercio de quanto ha segun el fuero de las leyes y algunos dizen, que este tercio que deve ser tomado de todos los bienes, más no en una cosa apartadamente, y esto no es así; ca bien puede darle este tercio de mejoría en una cosa apartadamente de las suyas, mayormente si son casas o torres o otra cosa que no se puede partir sin menoscabo de la cosa*”.

En este sentido la interpretó Cristóbal de Paz (78), quien advirtió que esa ley estatuyó lo contrario de lo que opinaban quienes entendían que la legítima se debía *in singulis corporibus*, y negó que la *ratio* del precepto fuera que la mejora no fuese legítima, sino tan sólo respecto a los extraños, razonándolo así: “*nam si legitima debetur in omne corpore praedicta assignatio certae partis, vel rei meliorationis causa fueri nequi illa re, vera tamen erit decidendi ratio si animadvertemus longe receptius fuisse legitima in singulis corporibus non deberi, sed solum in parte hereditatis*”.

La posibilidad de que el testador aplicase al tercio “*una de re bonis suis*” fue reconocida por Díaz de Montalvo (79), que adujo la citada

(74) ANTONIO MARÍN MONROY, *La colación: historia y crítica de los problemas de valoración* en Anales de la Academia Matritense del Notario, tomo IV, pp. 167 y ss.

(75) Fuero de Cuenca, Rubr. 165-230.

(76) *Ibid.* Rs. 151-214 y 150-213.

(77) *Ibid.* R. 148-211.

(78) CRISTÓBAL DE PAZ, *Scholia ad leges regias Styli*, lex. CCXIII, números 3 y 4; cfr. ed. Madriti 1608, pág. 626.

(79) ALONSO DÍAZ DE MONTALVO, *El Fuero Real de España... glosado*,

ley de Stilo. Sin embargo, en la ley 19 de Toro se estimó conveniente recordarlo (80).

“El padre e la madre e abuelos en vida, o al tiempo de su muerte pueden señalar en cierta cosa, o parte de su hacienda el tercio e quinto de mejoría en lo que aya el hijo, o hijos, o nietos que ellos mejoraren, con tanto que no exeda de dicho tercio de lo que montare o valiere la tercia parte de todos sus bienes al tiempo de su muerte; pero mandamos que esta facultad de poder señalar el dicho tercio e quinto como dicho es, que no lo pueda el testador cometer a otra persona alguna.”

Palacios Ruvios (81), que intervino en la redacción de esta Ley, explica que, a pesar de lo dicho por la Ley 213 del Stilo y de la citada opinión de Montalvo al comentar la Ley 9, título V, libro III del Fuero Real, fue preciso reiterar, “ad tollendans ambiguitates, quod super hoc assidue versabantur in iudiciis, nam diverse et contrarie super hoc pluries fuit iudicatum, quoniam cum filius dicitur habere legitimam in quacunque parte hereditatis, cit. 1. 2 C. quando et quibus quarta pars heredi debe, lib. 10, videbatur quod non poterat assignari legitimam nec melioratio in una sola re, cum contrarium hec lex disponit, quae ita servatur ad literam”. Como vemos, Palacios Ruvios asimiló el texto de las Leyes 213 del Stilo y 19 de Toro a la correcta interpretación de la Ley 2 del título que cita del libro X del *Codex* (82).

Es cierto que Antonio Gómez volvió a incidir en una interpretación semejante a la que habían ya rechazado, tanto Cristóbal de Paz al comentar la Ley 213 del Stilo, como implícitamente Palacios Ruvios en la glosa citada a la 19 de Toro. Según Gómez (83), el criterio predominante entre el común de los autores—antes vimos que no fue así—era que “legitima debetur filio in qualibet re hereditaria”: “ergo cum tertio honorum respecto filiorum sit legitima, et extraneo relinqui non possit, videbatur quod non possit assignari in re certa: sed contrarium disponit nostra lex quia cum non sit legitima praecisa et necessaria, sed voluntaria in electione patris, merito lex nostra determinat quod possit assignari in re certa: et ita est ratio decisiva huius legis”.

Ese diverso enfoque llevaba a soluciones distintas para los casos no comprendidos literalmente en la Ley. Así se patentiza en la solución del problema de la atribución en cosa cierta del quinto a un extraño, o del tercio por quien no tuviera descendientes, pero sí

gl. a las palabras “en la tercia” de la ley 9, tit. V, lib. III, cfr. ed. Salamanca, 1569, fol. 127 vto., letra a.

(80) Notemos que una de las glosas más antiguas de las leyes de Toro, hecha por DIEGO CASTILLO (*Utilis et aurea glossa super legibus Tauri*, 1. XIX, cfr. ed. Methynnae Campi 1553, fol. 102 vto.) señala sus concordancias con la ley 213 del Stilo y con la glosa de DÍAZ DE MONTALVO a la Ley 9 del Fuero Real.

(81) JOAN LÓPEZ DE PALACIOS RUVIOS, *Glossenmata legum Tauri*, lex. XIX, núm. IV (cfr. ed. Salamanca 1542, fo. LV vto.).

(82) La ley citada por PALACIOS RUVIOS, es la antes referida lex *Meminimus*, *Cod. X-XXXIV [XXXV]*, 2, pr.

(83) ANTONIO GÓMEZ, *Opus praecclarum et utilissimum super Legibus Tauri*, lex. XIX, núm. 1 (cfr. ed. Salmanticae 1575, fol. 73).

ascendentes. La posibilidad, en la hipótesis expuesta, de atribuir a uno sólo de los ascendientes el tercio en cosa cierta había sido aceptada por Miguel de Cifuentes (84), por mera analogía *legis*, sin elevarse al principio general del cual era aplicación la Ley 19. La *ratio*, se reducía para él a lo siguiente: “quod sicut ascendentes, possunt assignare meliorationem in certa re vel rebus respectum tertii et quinti: et ita eodem modo possunt descendentes respectu tertii”. Antonio Gómez (85), extendiendo la cuestión al supuesto de pretenderse asignar a un extraño el tercio en cosa cierta, rechazó la posibilidad, “quia ascendentes debent habere legitimam: et sic duas partes in omnibus rebus haereditariis ipsius defuncti”. Con lo cual hizo una evidente aplicación de su propia interpretación de que la Ley XIX consagraba una excepción a la regla general de que la legítima era debida en cada uno de los bienes hereditarios. En cambio, Angulo (86), partiendo, por el contrario, de que esta Ley no era sino una específica aclaración de la regla general de que el testador podía asignar directa o indirectamente la legítima en bienes determinados, llega a la solución permisiva para el descendiente que muriere sin descendencia, pero con ascendientes, de asignar en bienes determinados un tercio a un extraño, pues aunque la legítima afecte *in singulis corporibus*, puede asignarse *in una vel duobus corporibus* e, incluso, si no fuese asignada, tampoco puede extraerse *ex rebus specialiter legatis*.

La interpretación de la *ratio* de la Ley 19 que prevaleció fue la expuesta por Palacios Ruvios, que antes hemos referido, y que siguieron Rodrigo Suárez (87), Covarruvias (88), Tello Fernández (89), Matienzo (90), Juan Gutiérrez (91), Andrea Angulo (92), Alfonso de Azevedo (93): La expresada Ley aplicaba el criterio correcto,

(84) MIGUEL DE CIFUENTES, *Glosa de Miguel de Cifuentes sobre las leyes de Toro*, lex XIX, núm. 2; cfr. ed. Medina del Campo 1555, fol. XXII vto.

(85) A. GÓMEZ, op. y lex. cit. núm. 4 (fol. 73 vto., ed. cit.).

(86) ANGULO, op. cit., lex 3, gl. 1, núms. 1, 2 y 3; cfr. ed. cit., fol. 82 vto. y 83; “Poterum enim tale tertium assignare in una re, non solum quando relinquunt uni ascendentium”...: “Sed enim quando tertio relinquitur extraneo, licet contrarium male teneat Gomez hic”.

(87) RODRIGO SUÁREZ, *Ampliat.* § XI, addit. e, (p. 441).

(88) COVARRUVIAS, Cap. *Raynaldus*, núm. 5, vers. *Hinc etiam*, p. 103.

(89) TELLO FERNÁNDEZ, op. cit., 1. XIX, núm. 1, fol. 163 vto.

(90) JUAN MATIENZO, op. y lex cit., núm. 2, fol. 147.

(91) JUAN GUTIÉRREZ, *Practicarum Quaestionum circa Leges Regias Hispaniae Primae Partis Novae Collectionis Regiae*, lib. II, Quaestio LV, núm. 1 (cfr. ed. Salmanticae 1589, p. 122).

(92) ANDREA ANGULO, op. cit., lex 3, gl. 3, n. 1 (ed. cit., fol. 84), dice claramente: “*Ratio dubitandi decidendi ad hanc 1. 3 quae sit. En cierta cosa. Ratio dubitandi secundum omnes hic erat, quia legitima debetur in singulis corporibus. Rationem decidendi non perceperunt hic Castillo et Gomez illa est quam dixi. Tum, quia legitima non debetur in singulis corporibus, sed potest in uno vel duobus assignari: Tum, quia etiam, si deberetur, legata specialia corporum derogant generi...*”

(93) ALFONSO DE AZEVEDO, *Commentarii in Iuris Civilis in Hispaniae Re-*

según la mayor parte de los autores, de interpretación del Derecho común en virtud del cual el padre podía señalar en una cosa hereditaria la legítima, con tal de que no lo hiciera en fraude del hijo.

El debate se centró en determinar en qué casos se daba ese fraude y si éste dependía de la cualidad de la cosa asignada. Es decir, en si, aparte del ejercicio de la actio *ad supplementum* por defecto *cuantitativo*, cabía al asignatario rechazar la cosa por defecto *cualitativo*.

Este último criterio fue sostenido por Rodrigo Suárez (94) y por Covarruvias (95), quien exigió: “modo res illa non sit ad modum deterior ceteris rebus hereditariis”.

La posición opuesta fue defendida por Tello Fernández (96), para quien, según la Ley 19 de Toro, “fraus debet esse in quantitate, non autem in qualitate”, pues con tal de que la cosa asignada al mejorado “non exedat tertium et quintum ceteri filii nullum remedium habent contra dictam assignationem”, ya que esa Ley sólo atiende al valor de la mejora y no presenta impedimento a que la asignación se haga “in meliori re substantiae”, ya que ésta es estimada conforme a todas sus cualidades, por lo que concluyó: “ergo qualitas rei non impedit assignationem, et hoc credo verum”. Este mismo criterio fue seguido por Juan Gutiérrez (97).

En la disputa terció Matienzo (98), quien señaló varios supuestos en los cuales la valoración intrínseca de unos bienes no respondía a su rentabilidad y la posibilidad de aprovecharlos. Ciertamente señaló un remedio al indicar que las torres, casas fuertes o castillos “non ex sumptibus et valores edificii, sed ex redditu aestimari solet”, pero, en el caso de mejora en el castillo, le pareció que: “Iniquum enim esset in nostra specie, filio meliorato castellum adjudicare aestimatum pro modo redditum et non pro valore aedificiorum”. A su juicio el criterio de Tello era correcto normalmente, pero debía seguirse el de Covarruvias “quando quidem ex qualitate et prestantia seu excellentia rei assignatae, poterit non modica deceptio, et fraus fieri ceteris filiis quod earum legitiman, licet quoad eius valorem, non exedat tertium”.

gias Constitutiones, lib. V, tit. VI, ley III, Tauri 19, pr. (cfr. ed. Lugduni 1737, vol. III, pp. 161 y s.).

(94) RODRIGO SUÁREZ, *Ampliat.* XI, núm. 5, p. 442 (cfr. *supra*, nota 99).

(95) COVARRUVIAS, cap. *Raynaldus* 18, § II, núm. 5, pp. 102 *in fine* y s.

(96) TELLO FERNÁNDEZ, *op. y lex cit.*, núm. 1, vers. *Haec doctrina redditur mihi dubbia*, fol. 163 vto. y 164.

(97) JUAN GUTIÉRREZ, *op. y lib. cit.*, Quaest. LV, núm. 1, p. 122.

(98) MATIENZO, *op. y lex cit.*, núms. 2 y 6, fol. 147 vto. Los ejemplos puestas por este autor fueron éstos: Un testador que tenía dos molinos de aceite o dos ingenios de azúcar, asigna uno de ellos a un hijo con los siervos de ambos, y el otro, al otro hijo sin siervo alguno, con lo cual no podía funcionar pese a que su valoración cubría sin ellos la legítima. Otro testador deja al mejorado dinero de oro que cuadruplica su valor a poco de fallecer el testador como éste tenía previsto.

Azevedo (99) también puso ejemplos para aclarar la cuestión, planteando el caso de que la mejora se haga en una cosa muy fructífera, mientras los demás bienes fuesen de escasa rentabilidad, de modo tal que “*filii alii mendicare cogentur, et melioratus cum remeliorata optima se alimentat*”; por lo cual estimaba que, aun sin defecto de valor, la diferencia de cualidad defraudaba a los demás hijos “*debito bonorum subsidio*”, por lo cual debían escoger entre “*mendicare, vel vendere partes suas pro parvo fortassis pretio, quo in alimentis consumpto mendicare deinceps cogentur*”. Otro ejemplo: “*En los padres que tienen una renta de yerva que en propiedad es de mucho valor aunque la renta della sea poca, y tienen ansi mismo juros del rey, o de particulares*”. Su problema era que éstos “*in proprietate minoris valoris sunt, et in fructu majoris valoris*”.

Cierto que el planteamiento de la valoración es unilateral en estos autores, puesto que no toman en cuenta otra circunstancia que la de su productividad. El problema radica, pues, en el modo de valorar.

Ayerve de Ayora (100) señaló que sin lesionar la legítima de sus hijos podía el padre no sólo dejarles bienes en cuantía diversa, sino también de distinta especie y calidad. Así, tratando de la *divisio bonorum*, afirmó que, “*si es entre hijos y descendientes, se ha de guardar la forma dada por el padre o madre, aunque no la mande hazer por yguales partes, y mande mas a unos que a otros, y mande que uno lleve las casas, y otro las viñas y otro los ganados, y vala lo uno más que lo otro, se deve hazer como el testador lo mando como no agravie a ninguno de los hijos en su legítima, y le dexee lo que le pertenece de su legítima a cada uno, porque al que le manda mas es visto mejoralle en aquello, que lo puede hazer el padre o la madre no dexándole menos de lo que le pertenece al hijo de su legítima...*”.

Como *resumen*, acerca de la naturaleza del contenido objetivo de la legítima en Derecho común y en Derecho real de Castilla, podemos recoger la conclusión de que la *pars bonorum* que la constituía recaía en principio *in singulis rebus hereditariis*, es decir en cada uno de los bienes de la herencia, pero no daba un derecho a reclamarla *minutatim* en cada uno de ellos, aunque todos estuviesen afectados a su satisfacción. El testador podía determinar que quedara satisfecha con una donación o una dote, o en cuál de los bienes debía reclamarse, sea mediante una *institutio in re certa* o por la *divisio inter liberos*, y podía también excluir que, salvo por necesidad de reducción, pudiese reclamarse en los bienes específicos que donare o legare a otras personas. Pero, aun en estos casos, el suplemento afectaba a todos los bienes, aunque la afección tuviera más inmediata operabilidad contra los bienes no especialmente legados. Ello daba lugar a que sólo la satisfacción del legitimario, o la decisión judicial, libe-

(99) AZEVEDO, op. y lex cit., núm. 1, p. 162.

(100) ANTONIO AYERVE DE AYORA, *Tractatus de partitionibus bonorum*, pars I, cap. I, núm. 8, cfr. ed. Granada 1586, fol. 2 vto.

rasen totalmente los demás bienes de su afectión *in re* a la plena y total satisfacción de la *pars bonorum* de los legitimarios, si bien éstos nada podrían reclamar si los bienes a ellos asignados les cubrieran totalmente su cuota, que es lo único que al respecto podían exigir.

La afectión recaía *minutatim in singulis rebus*, pero el pago podía hacerse en una o varias cualesquiera de las cosas hereditarias que el testador hubiese asignado, o, en otro caso, en las que el juez determinare; y el legitimario no podía reclamar que se le satisficiera en todos y cada uno de los bienes de la herencia.

6. En el Código civil el artículo 806 parece recoger literalmente el contenido objetivo de la legítima como *pars bonorum*, al decir que la legítima "*es la porción de bienes...*".

Julián Dávila (101) precisó con claridad que la legítima es para el legislador, "como *pars bonorum*", "una parte de los bienes, dos terceras partes del haber hereditario (arts. 806 y 807)". Por "regla general": "Participa" el legitimario en todos los bienes "y no puede ser excluido arbitrariamente de alguno. En cantidad y calidad le corresponde como cualquier heredero. Ahora bien, el legitimario no forma parte de la comunidad hereditaria sino cuando está en una situación en período de liquidación de la sociedad".

La posibilidad por parte del testador de satisfacerla en cualquier bien hereditario (*in qualibet re hereditaria*), o anticipadamente mediante donación otorgada por el causante al presunto legitimario, pese a la afectión a su pago de cada uno de los bienes hereditarios (*in singulis rebus hereditariis*), y sin que le quepa al legitimario exigir que se le satisfaga en todos y cada uno de ellos (*minutatim in singulis rebus*), creemos que resulta evidente después de analizar los preceptos que regulan la imputación y la reducción de donaciones, legados y mejoras, la realización de la colación por imputación, y la partición efectuada por el testador.

Así lo entendieron claramente, entre otros autores, el citado Dávila (102), Porpeta (103), Puig Brutau (104), al explicar que el testador puede asignar esa *pars bonorum* en bienes concretos.

Estamos de acuerdo con el riguroso análisis hecho a este respecto por Manuel de la Cámara (105). En síntesis, estimamos que la libre

(101) JULIÁN DÁVILA GARCÍA, *Herederos y legitimarios (Donde hay herencia no hay legítima)*, en *Rev. Crit. Der. Inn.*, XIX, octubre 1943, p. 666.

(102) DÁVILA GARCÍA, loc. y pág. cit., que precisa: "La regla general anterior [de comunidad en todos los bienes] tiene sus excepciones en los mismos textos positivos", de los que cita los arts. 821, 829, 1.056 y 654 en relación con los 820 y 821 C. c.

(103) FLORENCIO PORPETA CLÉRIGO, *Naturaleza jurídica de la legítima*, en *Estudios de Derecho Sucesorio*, conferencias del cursillo del año 1945 del Colegio Notarial de Barcelona, Barcelona, 1946, pp. 174 y ss. y 183 y s.

(104) JOSÉ PUIG BRUTAU, *Fundamentos...*, vol. V-III, cap. I, núm. 4, B, pp. 40 y s.

(105) MANUEL DE LA CÁMARA ALVAREZ, *Estudio sobre el pago con metálico de la legítima en el Código civil*, Primera parte, II, 5; cfr. en estudios

determinabilidad por el testador de los bienes con que satisface la legítima se refleja en los siguientes preceptos del Código civil:

a) El artículo 815 concede al legitimario el derecho al complemento cuantitativo de su legítima y, en cambio, no hallamos precepto alguno que le otorgue derecho cualitativo alguno sobre determinados bienes, salvo contra la imposición de gravámenes (art. 813, § 2.º, y artículo 820, núm. 3.º).

b) El artículo 819, que regula la imputación de las donaciones y ordena, sin discriminación de su contenido objetivo, que éstas se imputen a la legítima o a la mejora, si fueron hechas a los hijos, o bien a la parte de libre disposición si se hubiesen otorgado a extraños.

c) El artículo 820, núm. 1.º, que ordena: "Se respetarán las donaciones mientras pueda cubrirse la legítima...".

d) El artículo 821, que regula la reducción del legado de una finca que no admite cómoda división, en su § 1.º ordena que "quedará ésta para el legatario si la reducción no absorbe la mitad de su valor", sin perjuicio del abono en dinero del montante de la reducción; y previene, en su § 2.º, que: "El legatario que tenga derecho a legítima podrá retener toda la finca con tal de que su valor no supere el importe de la porción disponible y de la cuota que le corresponda por legítima".

e) El artículo 828, que mantiene la manda o legado hecho por el testador a uno de sus hijos o descendientes en cuanto quepa en el tercio libre, y si excede del mismo, en cuanto quepa en el de mejora.

f) El artículo 829, que, en su apartado 2.º, al regular la mejora en cosa determinada prevé que: "Si el valor de ésta excediere del tercio destinado a la mejora y de la parte de legítima correspondiente al mejorado deberá abonar éste la diferencia en metálico a los demás interesados".

g) El artículo 1.045 que, al regular la colación del valor y no de la cosa, dispone: "No han de traerse a colación y partición las mismas cosas donadas o dadas en dote, sino el valor que...".

h) Los artículos 1.047 y 1.048, al regular la colación por toma de menos o por compensación a los coherederos: "El donatario tomará de menos en la masa hereditaria tanto como ya hubiese recibido, percibiendo sus coherederos el equivalente, en cuanto sea posible, en bienes de la misma naturaleza, especie y calidad" (art. 1.047). "No pudiendo verificarse lo prescrito en el artículo anterior, si los bienes donados fueren inmuebles, los coherederos tendrán derecho a ser igualados en metálico o valores mobiliarios al tipo de cotización; y, no habiendo dinero ni valores cotizables en la herencia, se venderán otros bienes en pública subasta en la cantidad necesaria" (art. 1.048, § 1.º). "Cuando los bienes donados fueren muebles, los coherederos sólo tendrán derecho a ser igualados en otros muebles de la herencia por el justo precio, a su libre elección" (art. 1.048, § 2.º).

En resumen, puede inducirse, como observa Cámara (106), que aun cuando el testador “haya creado una desigualdad de tipo cualitativo, no por eso se invalida la disposición que la ha originado. Únicamente se procura reparar o atenuar la desigualdad en la partición, si ello es posible”.

i) El artículo 1.056 que, al regular la partición hecha por el testador, declara, en su § 1.º: “Cuando el testador hiciere, por acto entre vivos o por última voluntad, la partición de sus bienes, se pasará por ella, en cuanto no perjudique la legítima de los herederos forzosos”.

Esta última salvedad se entiende por la casi totalidad de la doctrina (107) en el sentido cuantitativo y de no imposición de gravámenes, previsto en los artículos que regulan la legítima; y la afirmación de que “se pasará por ella” entiende la doctrina que excluye la regla “de guardar la posible igualdad” de los lotes en “cosas de la misma naturaleza, calidad y especie”, establecida en el artículo 1.061, y la del artículo 1.062, § 2.º, que previene que siendo una cosa indivisible o desmereciendo mucho con su división, “basta que uno sólo de los herederos pida su venta en pública subasta con admisión de licitadores extraños, para que así se haga”.

Sin embargo, la opinión contraria la ha sostenido Espinar Lafuente (108), para quien el artículo 1.061 no sufre excepción en el § 1.º del artículo 1.056, sino tan sólo en su § 2.º, pues a su juicio la expresión de aquel, “en cuanto no perjudique a la legítima”, ha de entenderse considerando que ésta “no sólo es un *quantum*, sino también un derecho *ad qualitatem* (intangibilidad cualitativa). “A su juicio el testador puede distribuir *ad libitum* en el tercio libre y en el de mejora, haciendo mejoras *cualitativas*, pero “manteniendo siempre la debida proporción entre el total de bienes de cada clase o especie dispuestos

(106) CÁMARA ALVAREZ, loc. cit., p. 778.

(107) Cfr. MANRESA, *Comentarios...*, op. cit., vol. VII, arts. 1.056 a 1.060, I, 1.º, p. 639; SCAEVOLA, *Código civil...* cit., vol. XVIII, arts. 1.056 y 1.057, p. 281; SÁNCHEZ ROMÁN, *Estudios...* cits., vol. VI-III, cap. XXVIII, art. II, § 3, número 53, p. 1989; OYUELOS, *Digesto* cit., vol. IV, art. 1.056, § 3, p. 368; DE DIEGO, *Instituciones...* cit., vol. III, lec. 97, p. 426; VALVERDE VALVERDE, *Curso...* cit., vol. V, cap. XXV, § 2.º, p. 566; GREGORIO ORTEGA PARDO, *Naturaleza jurídica del llamado legado en lugar de la legítima*, Madrid, 1945, III parte, sec. I, § 4, pp. 144 y s.; ROCA SASTRE, *Notas al Kipp* cit., vol. II, § 86, IV, 1, p. 34; MARIO ARMERO DELGADO, *Testamentos y particiones*, Madrid, 1951, núm. 378, D. 6.º, p. 477; MANUEL GONZÁLEZ ENRÍQUEZ, *Naturaleza y eficacia de la partición practicada por el testador*, en *Rev. Der. Priv.* XXXVIII, 1954, p. 517; JOSÉ LUIS DE LOS MOZOS Y DE LOS MOZOS, *La partición de herencia por el propio testador*, en *Rev. Dr. Notarial*, XXVII, enero-marzo 1960, pp. 186 in fine y s.; LACRUZ BERDEJO, *Derecho de sucesiones. Parte general*, cit., § 64, pp. 388, p. 491; PUIG BRUTAU, *Fundamentos...* cit., V-III, cap. V, 8-II, A, p. 610; CÁMARA ALVAREZ, loc. últ. cit., pp. 780 y s.; ALFREDO GARCÍA BERNARDO LANDETA, *La legítima en el Código civil*, Oviedo, 1964, pp. 168 y s.; PUIG PEÑA, *Tratado...* cit., vol. V, cap. XXVIII, B. p. 216; BONET RAMÓN, *Compendio...* cit., vol. V, § CXXXIII, núm. 160, p. 833.

(108) FRANCISCO ESPINAR LAFUENTE, *La herencia legal y el testamento*, cit., núm. 163, núm. 6.º, p. 360 y notas 119 y 120 de dicha página.

en conjunto a favor de cada grupo de herederos (forzosos o electivos)” y “en el límite de legítima mínima, rige la regla del artículo 1.061, sin que deba aplicarse el 1.056, § 1.º”.

Pero no creemos que esta afirmación tenga hoy otra base que el preconcepto montado por el propio autor. Lo cierto es que el Tribunal Supremo ha declarado la no sujeción del testador a los criterios de los artículos 1.061 y 1.062, en SS. de 6 marzo 1945 y 28 junio 1961, si bien hay que reconocer que esa cuestión no se hallaba entre los motivos de casación en ninguno de los dos recursos.

La S. 6 marzo 1945, en su 2.º considerando, afirmó: “Quinto: Que el Código español no siguió apenas en esta materia las huellas del patrón napoleónico; y así se observa, en primer término, que da a la facultad de división mayor amplitud y flexibilidad que la que tiene en Derecho francés, sin duda para facilitar el logro de las finalidades prácticas de aquélla, tanto en lo que se refiere a los sujetos de la partición (...), como en lo que se refiere al contenido (otorgando al testador una amplia libertad, no sólo en la composición cualitativa de los lotes, permitida por el artículo 1.056, apartado segundo, sin sujeción a lo que disponen los artículos 1.061 y 1.062...)”.

Y la de 28 junio 1961, en su tercer considerando, ha recogido literalmente lo que entre paréntesis declaró el antes referido considerando de la S. 6 marzo 1945 y acabamos de transcribir.

7. Para matizar el derecho genérico de los legitimarios a una *pars bonorum* y la afección a su pago de todos y cada uno de los bienes de la herencia, en tanto no quede satisfecho en uno o varios bienes determinados o, incluso, en metálico cuando sea factible, conviene que precisemos los derechos que asisten a los legitimarios que sean directamente dependientes de dicha cualidad objetiva y de la consiguiente afección de todos y cada uno de los bienes hereditarios a su satisfacción en tanto ésta no se realice plenamente.

1.º) De la *posesión civilísima* del legitimario al que se le haya dejado su legítima como legatario de parte alícuota de modo expreso, o tácitamente al atribuirsele con palabras comunes, y de la posibilidad de *tomar por sí mismo la posesión material de la cosa* el legitimario al que el testador se la legó en dicho concepto, nos ocupamos hace años en nuestros “Apuntes de Derecho Sucesorio” (109).

Es sabido que en el Derecho justinianeo y en el Derecho común, la legítima pudo satisfacerse mediante institución en cosa cierta, supuesto en el cual el legitimario, aparte el honor del *nomen heredis*, era un legatario de cosa cierta, pero con la particularidad de que el así instituido, a pesar de concurrir con otros llamados “*ex asse*”, según explicó Antonio Gómez (110), “*potest petere se mitti in possessionem virtute l. final. l. de edict. Divi Adriani tollendo*”.

(109) *Apuntes de Derecho Sucesorio*, II parte, § 6, C, pp. 285 y ss. y A. D. C., V-III, pp. 893 y ss.

(110) ANTONIO GÓMEZ, *Variae...*, I pars, cap. X, núm. 14, p. 18. Alude, el

Hoy no es necesario dejar la legítima a título de heredero y, por ende, su asignación en cosa cierta no es preciso hacerla por una *insitutio ex re certa*; pero, no obstante, como ya hemos expuesto (111), “nos parece indudable que subsisten a favor de aquéllos las ventajas derivadas del hecho de poder ocupar por propia autoridad la cosa asignada, de adquirir *ipso iure* la posesión civilísima, otorgada por el artículo 440 C. c., y de gozar de la misma protección posesoria que el heredero”.

Nos apoyamos en el texto del artículo 806 C. c. Hay una cuota líquida de bienes de la herencia reservada por la ley a los legitimarios. La disposición del causante a su favor no hace sino atribuirles esa porción que previamente les estaba destinada. Ese destino prefijado, esa reserva legal, son datos suficientes para entender que la posesión del legado *pro legitima*—sea de cuota, de cosa cierta o de género y cantidad contenidos en la herencia—deba pasar directamente al legatario-legitimario, en el momento de fallecer el *de cuius*, y para admitir que aquél puede ocupar materialmente—exceptuándose en este caso el artículo 885 C. c.—por propia autoridad los bienes legados, si estuviesen determinados. O bien que ha de coposeerlos con los herederos, en los supuestos de atribución de cuota o de no individualización del objeto fungible legado (112).

2.º) Parece también indudable que el legitimario, aunque no haya sido instituido heredero ni nombrado legatario de parte alicuota, tiene posibilidad de *accionar el juicio de testamentaria y de participar en la partición de la herencia* si el testador no la hubiese verificado por sí mismo o encomendado a contador partidor.

Razones (113): El legitimario, aunque no haya sido nombrado heredero está directamente interesado en la partición. Esta, antes de la adjudicación a los herederos de los bienes a partir, requiere una serie de operaciones previas de valoración, computación e imputación y, en su caso, de reducción de donaciones, legados y mejoras. No es aceptable que dichas operaciones puedan verificarse unilateralmente, sin el concurso de una de las partes interesadas, como lo es en el legitimario aunque no sea heredero. Las reducciones previstas en los artículos 818 y ss. y 829 C. c., presuponen el concurso de todos los legitimarios en las operaciones indicadas.

Si la legítima es *pars bonorum* debe concretarse en bienes hereditarios de un valor que cubra la cuota legalmente reservada. Por eso los herederos no pueden por sí solos, sin intervención de los legitimarios-legatarios, adjudicarse los demás bienes sin comprobar, de acuerdo con dichos legitimarios, que no invaden parte alguna de la

transcrito texto, al Cod. VI-XXX, 3, que recogió una Constitución de Justiniano del año 531.

(111) *Apuntes...*, II parte, § 2, E, p. 179 y *A. D. C.*, IV-IV, octubre-diciembre 1951, p. 1410.

(112) *Apuntes...*, II, § 6, C, p. 295 y *A. D. C.*, V-III, julio-septiembre 1952, p. 893.

(113) *Apuntes...*, I, § 8, B, pp. 80 y ss. y *A. D. C.*, IV-II, pp. 495 y ss.

cuota reservada a éstos, a no ser que previamente —pero siempre después de la delación— se hubiesen dado por satisfechos (114).

Estas mismas razones (115), a pesar de que el artículo 1.038 L.E.C. no legitima a los legatarios que no sean de parte alícuota para promover el juicio de testamentaria, justifican a mayor abundamiento que los legitimarios, aunque sólo fueran llamados como legatarios de cosa cierta o cosa genérica comprendidas en la herencia, puedan interponer el juicio de testamentaria. También, *a fortiori*, lo confirma la jurisprudencia del Tribunal Supremo que reiteradamente había venido reconociendo al legitimario del Derecho catalán la facultad de promover el juicio de testamentaria y no el ordinario correspondiente (116).

Se añade, además, que conforme la letra del artículo 1.039 L.E.C. los herederos forzosos pueden promover siempre el juicio de testamentaria, aunque el testador se lo haya prohibido, y esa expresión de “herederos forzosos”, “designa o es equivalente, sobre todo después de regir el Código, a legitimarios. Los legitimarios, sean o no herederos, son herederos forzosos en el tecnicismo legal” (117).

3.º) Mientras la legítima no esté totalmente satisfecha, *todos los bienes hereditarios están afectos a su pago*.

Así resulta, dice Cámara (118) del artículo 806, “Puesto que la Ley reserva a favor de los legitimarios una cuota del patrimonio hereditario líquido, está claro que debe asistirles el derecho a reclamarla. No *ad libitum*, pues la cuota está sólo reservada y no deferida legalmente, pero sí cuando no reciban los bienes con que el testador pretendió sustituirla, o si estos bienes son insuficientes”.

4.º) Si el testador no determinó los bienes con los cuales debía pagárseles la legítima, ni autorizó expresamente para hacerlo al contador partidor, *éste no podrá determinarlos sino de acuerdo con lo previsto en los artículos 1.061 y 1.062 C. c.*

8. Para tomar el pulso de esta última conclusión nada más útil que partir de los antecedentes históricos de los artículos 1.057 y 830 C. c. El 1.057 permite al testador “encomendar” “la simple facultad de hacer la partición”; y el 830 dispone: “La facultad de mejorar no puede encomendarse a otro”.

Los precedentes legislativos de estos artículos los hallamos: El del artículo 1.057, § 1.º, en el artículo 900 del Proyecto de 1851 y en el 1.074 del Anteproyecto 1882-1888 (119). El artículo 830 lo tiene

(114) Cfr. en igual sentido, con anterioridad a nuestro trabajo, ROCA SASTRE, *Derecho Hipotecario*, ed. Barcelona 1948, vol. III, p. 425, y, con posterioridad, CÁMARA ALVAREZ, *op. y loc. cit.*, pp. 795 y s.

(115) *Apuntes...*, II, § 6, D, p. 296 y *A. D. C.*, V-III, p. 904. En igual sentido CÁMARA, *loc. últ. cit.*

(116) SS. 3 noviembre 1876, 29 enero 1891, 8 febrero 1892, 17 octubre 1893, 14 mayo y 22 diciembre 1895, 23 mayo 1899, 22 noviembre 1910 y otras.

(117) CÁMARA ALVAREZ, *loc. últ. cit.*, p. 797.

(118) CÁMARA ALVAREZ, pp. 802 y ss.

(119) Cfr. la edición cuidada por MANUEL PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, página 332.

en los artículos 661, § 1.º, inciso final, en relación con el 662 del Proyecto 1851, y en el 815 Anteproyecto 1882-1888. Si el artículo 662 del Proyecto declaraba que: "La facultad de mejorar no puede cometerse a otro", el 661, § 1.º, además, precisaba, respecto a la facultad del mejorante de señalarla en cosa cierta, que "no podrá cometer el señalamiento a otro alguno, ni aun al mismo mejorado". El artículo 815 del Anteproyecto fusionó ambas prohibiciones: "El testador no podrá cometer a otro la facultad de mejorar, ni de señalar la cosa o cantidad en que haya de consistir la mejora".

García Goyena (120) señaló como antecedente del artículo 661 del Proyecto el de la Ley 19 de Toro, y el del artículo 900 en la Ley 10, título 21, libro 10, de la Novísima Recopilación.

Son de notar las diversas interpretaciones que tuvo el inciso final de la Ley 19 de Toro, que concluía: "pero mandamos que esta facultad de lo poder señalar el dicho tercio e quinto como dicho es [en cosa cierta, o parte de su hacienda], que no la pueda el testador cometer a otra persona alguna".

Diego Castillo (121), en una de las glosas primeramente publicadas de las Leyes de Toro, comentó: "*Cometer. Intellige generaliter, quia specialiter bene potest ut l. 31, infra circa finem. Et tunc is cui committitur, non dicitur nominare, sed ipse donator vel testator dixi in dicta l. 31, ubi videtur tenent doctores in l. unum ex familia, de legatis 2*" (122).

Palacios Ruvios (123), que participó en la redacción de esta Ley, admitió esta distinción al observar, a la prohibición, "secus tamen si diceretur quod possit meliorare in una re nam tunc non commissarius: sed testador videtur hoc facere: et hoc videtur planum et absque dubio".

También Antonio Gómez (124), partiendo de esa posibilidad de cometer especialmente la facultad de testar y mejorar, concluyó que *a fortiori* debía poderse cometer la facultad de asignar y declarar la cosa en la cual se realizaba el cumplimiento.

(120) FLORENCIO GARCÍA GOYENA, *Concordancias...* cit., vol. III, art. 661, pp. 263 y ss.

(121) DIEGO CASTILLO, op. cit., lex 19, gl. 1, fol. 103 vto.

(122) La ley 31 de Toro después de ordenar que el comisario "no pueda por virtud de tal poder hacer heredero en los bienes del testador, ni mejoría del tercio ni del quinto, ni desheredar a ninguno de los hijos o descendientes del testador, ni les pueda substituir, vulgar ni pupilar ni ejemplarmente ni hacerles substitución alguna de cualquier calidad que sea, ni pueda dar tutor a ninguno de los hijos e descendientes del testador", admitía: "salvo si el que le dio el tal poder para hacer testamento, especialmente le dio el poder para hacer alguna cosa de las susodichas: en esta manera el poder para hacer heredero nombrando el que da el poder por su nombre a quien manda que el comisario haga heredero y en cuanto a las otras cosas señalando, para qué le da el poder, y en tal caso el comisario pueda hacer lo que especialmente el que le dio el poder señaló e mandó".

(123) PALACIOS RUVIOS, op. últ. cit., lex XIX, núm. XIV, fol. LVÍ vto.

(124) ANTONIO GÓMEZ, *Opus... super legibus Tauri*, lex XIX, núm. 2, vers. *Sed necessario quacro*, fol. 73 y vto.

Tello Fernández (125), Angulo (126), Matienzo (127) y Azevedo (128) siguieron el mismo criterio, insistiendo en la distinción entre comisión general, que estimaron prohibida, y especial, que juzgaron permitida.

Posición más restrictiva fue la de Francisco Carpio (129). Para él, la ley 19 prohibía la comisión especial para mejorar en cosa cierta, pues su inciso final “al decir *esta facultad* precisamente debía referirse a esa comisión especial, pues de esa mejora hablaba la primera parte de la ley”. A su juicio, mientras la ley 31 autorizaba al testador que decidiera mejorar —sustancia de la disposición— a que encomendara al comisario la elección del mejorado, persona incierta entre ciertas personas; la ley 19, si el testador ordenaba la mejora —sustancia de la disposición—, no le impedía encomendar al comisario la elección de una cosa incierta entre ciertas cosas, cualidad accesoria (“*eodem modo in hoc commissione assignationis rei, substantia dispositionis, et causa efficiens est parentum; comisarii autem sola electio, seu executio in incertum rem de certis perficienda [n. 4]*”). Casi dos siglos más tarde, Llamas y Molina (130) se sumó a este criterio.

Sin embargo, la influencia del legalismo y del método de la escuela francesa de la exégesis hizo que la mayor parte de los autores del siglo pasado rechazaran estas interpretaciones y todos los intentos de acotar el texto prohibitivo de la ley, que calificaban de subterfugios (131). García Goyena se alineó en esa dirección y su opinión

(125) TELLO FERNÁNDEZ, op. cit., lex XIX, núm. 13, fol. 167 vto.

(126) ANDREA ANGULO, op. cit., lex III, glos. VII, núm. 1, fol. 115.

(127) MATIENZO, op. cit., lec. III, gl. V, fol. 148. El mismo autor, en la gl. VIII, núm. 1, de la ley V, fol. 117 vto., indica cuándo la comisión es especial: “Si testator dicat in mandato seu commissione, quod commissarii possit meliorare aut exheredare unum vel duos ex filiis aut descendantibus, vel quas-cumque substitutiones facere, eas nominando, quamvis substituendo non nominat...”.

(128) AZEVEDO, op. cit., lib. V, tit. VI, lex III, cfr. ed. cit., vol. III, p. 167.

(129) FRANCISCO CARPIO, *De executoribus et commissariis testamentariis*, lib. II, cap. XVIII, especialmente núms. 3 a 13; cfr. ed. Ursaone 1638, folio 216 vto. y ss.

(130) SANCHO LLAMAS y MOLINA, *Comentario, crítico, jurídico, literal a las ochenta y tres leyes de Toro*, ley 19, núms. 42 y ss., cfr. 3.ª ed. Madrid 1853, pp. 357 y s.

(131) Así, JUAN SALA, *Ilustración del Derecho Real de España*, lib. II, tit. VI, núm. 5, cfr. 2.ª ed. Madrid 1820, tomo I, p. 179; JOAQUÍN ESCRICH, *Diccionario razonado de Legislación y Jurisprudencia*, voz *Mejora*, núm. X, cfr. 3.ª ed. Madrid 1847, vol. II, p. 569; JOSPH MARCOS GUTIÉRREZ, *Febrero reformado y anotado o Librería de Escribanos*, parte I, cap. I, § IV, núm. 108, nota 1, cfr. ed. Madrid 1805, vol. I, p. 72 [dice dicha nota “Por lo mismo que la ley habla absoluta e indistintamente, debe entenderse así”]; PACHECO, *Comentario histórico crítico y jurídico a las Leyes de Toro*, ley 19, núms. 12 y ss., vol. I, Madrid, 1862, pp. 282 y ss.; BENITO GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, *Códigos o estudios fundamentales sobre el Derecho civil español*, lib. III, cap. V, sec. II, § 2.ª, ley 5, cfr. ed. Madrid 1863, vol. III, pp. 505 y ss.; JOSÉ DE VICENTE Y CARAVANTES, Adición al núm. 1204 de la 4.ª edición del *Febrero o Librería de Jueces, Abogados y Escribanos*, de F. GARCÍA GOYENA, J. AGUIRRE y J. M. MONTALBÁN, tomo I, Madrid, 1852, p. 381.

debió ser decisiva en la redacción del Proyecto de 1851. En su comentario al artículo 661 (132) escribió:

“Algunos intérpretes respetables, como Acevedo y Angulo, pretendieron que la ley prohibía la comisión general, no la especial; además, la opinión común y recibida en la práctica era que podía cometerse el señalamiento al mismo mejorado” (133).

“En el artículo se desecha una y otra opinión. Con tal manía de interpretar no puede haber ley bastante clara, ni legislación cierta. “No puede el testador cometer (el poder señalar) a otra persona alguna”, dice la ley, sin distinguir entre *comisión general* y *especial*, entre *el mejorado* y *extraños*. La ley faculta al padre, porque debe presumir, y presume, muy favorablemente de su amor y prudencia.”

Y al comentar el artículo 900 (precedente del 1.057 C. c.), el mismo García Goyena (134) dice que —según la ley 19 de Toro— “no procede esta facultad [de cometer la facultad de hacer la partición]: pero la recopilada 10, título 21, libro 10, y su nota, apoyan, a mi parecer, nuestro artículo, y comprende hasta el caso de quedar hijos menores” (135).

“Voet, número 5, título 2, libro 10, la sostiene como conforme a Derecho romano y a equidad; pero habla en el sentido de poderse cometer con la misma libertad que tenía el testador de dar más o menos; la ley recopilada se limita al simple acto de partición según el respectivo derecho que tengan por la voluntad del testador, y cuyo ejercicio no puede, en mi opinión, cometerse o delegarse, ni podía según las leyes del título 19, libro 10, Novísima Recopilación.”

Así, se admitió que el comisario pudiera simplemente partir (artículo 900), pero no señalar la cosa con que hubiese de satisfacerse la mejora (art. 661), aunque según el § 2.º de este mismo artículo la prohibición que contiene “deja a salvo la facultad concedida en el artículo 900”, es decir, la delegación de la “simple facultad de hacer la partición”.

9. Pese a que el Anteproyecto 1882-1888 siguió este criterio, hoy el Código civil, si bien en el artículo 1.057 C. c. recoge el criterio del artículo 900 Proyecto 1851 y del 1.074 Anteproyecto, en cambio en sus artículos 829 y 830 no expresa la limitación de cometer la determinación de la cosa en que la mejora deba satisfacerse, que imponían el artículo 661 § 1 Proyecto 1851 y el 815 Anteproyecto. En el artículo 830 sólo prohíbe encomendar la facultad de mejorar (con la excepción contenida en el artículo 831) y no expresa, como tampoco el artículo 829, que regula la mejora en cosa determinada,

(132) GARCÍA GOYENA, loc. últ. cit., pp. 106 y s.

(133) Esta opinión la había sostenido SALA, loc. últ. cit.

(134) GARCÍA GOYENA, vol. cit., art. 900, pp. 263 y s.

(135) La ley 10, tít. XXI, lib. X de la Novísima Recopilación. recoge una Real Resolución y Cédula del Consejo de Carlos IV de 4 de noviembre 1791 y la nota una Real Resolución de 20 de enero de 1792 a consulta y Cédula del Consejo de Indias.

prohibición alguna de encomendar la determinación de la cosa con que se satisfaga la mejora que hubiere dispuesto el propio causante.

Sin embargo, estimaron implícita esa prohibición algunos de los primeros comentaristas del Código civil, como Scaevola (136) y Sánchez Román (137), y también el Tribunal Supremo en Sentencia de 16 junio 1902 y en su Memoria del mismo año.

La Sentencia 16 junio 1902 contempló una disposición testamentaria en la que se había facultado a la mejorada para elegir las fincas que tuviera por conveniente en pago de su mejora, cláusula que la Sentencia recurrida y casada había estimado válida; pero fue rechazada su posibilidad por el Tribunal Supremo, que en el quinto considerando argumentó con mayor extensión, incluyendo en la prohibición no sólo la elección por la mejorada, sino también la delegación en el arbitrio de un tercero, al razonar:

“... que si con arreglo al 830 del mismo Código no es lícito encomendar a otro la institución de la mejora, tampoco puede encomendarse a otro, ni al propio mejorado, la facultad que el 829 confiere al testador de señalar la cosa cierta en que haya de pagarse, porque todos los actos en que se desenvuelve la testamentación son personalísimos por su naturaleza, y de acuerdo con este principio establece el artículo 670 que no puede dejarse la formación del testamento en todo o en parte (y parte del mismo es el señalamiento o determinación de la cosa específica) al arbitrio de un tercero...”.

Y la Memoria del Tribunal Supremo de 1902 concluye su razonamiento a este respecto (138) con estas consideraciones:

“... pero cuando la mejora sólo se determina por su cuantía con relación al caudal hereditario, cuando tanto afecta a la legítima de los herederos no mejorados, cuando tanta diferencia puede resultar en las particiones de adjudicar una cosa, aunque resulte pericialmente tasada, con el mismo valor que otra, es inadmisibles en la esfera puramente racional, aparte la legal, que distinta persona que el padre sea quien exprese la extensión del beneficio, pues que de otra suerte se corría el riesgo de contradecir su verdadera intención, que acaso pudiera no coincidir con la del beneficiado o la del tercero a quien fuese encomendada la designación de la cosa”.

Estos razonamientos merecen sin duda un comentario.

En primer lugar para distinguir la facultad de elección de la cosa

(136) SCAEVOLA, *Código civil...*, vol. XIV, arts. 830, 831, II, A (cfr. 4.ª ed., pp. 536 y s.). Si bien parece que no distingue la delegación de la facultad de mejorar en cosa cierta y la de señalar la cosa con la que deba satisfacerse la mejora cuantitativamente señalada por el causante.

(137) SÁNCHEZ ROMÁN, *Estudios...*, VI-II, cap. XVII, núm. 37 a (ed. cit., p. 1211), quien consideró que el Código contiene una doctrina más radical que las leyes 19 y 31 de Toro, recogiendo de la primera que es facultad personalísima del mejorante la del señalamiento de las cosas y bienes en pago de la mejora, y rechazando el criterio de la segunda permisivo de esa delegación en el caso de testamento por comisario hecho con poder especial.

(138) Pueden verse íntegros los razonamientos al respecto de dicha Memoria, en los cit. op. y vol. de SÁNCHEZ ROMÁN, en nota, en las pp. 1212 y 1213.

atribuida al propio mejorado y la encomendada a un tercero para determinarla. La primera parece en franca oposición con el artículo 1.057, que, al admitir que el testador encomiende la simple facultad de hacer la partición, exceptúa como posibles sujetos activos de esa delegación a sus herederos. Sólo cabría admitir que pudiera delegarse al mejorado la elección de la cosa genérica en que consistiera su mejora, por analogía a lo dispuesto para los legados en el artículo 876 C. c. Pero la delegación de esta elección a favor de persona distinta del mejorado, de los legitimarios o de los herederos, no choca con el artículo 1.057, con el que se pondría en contradicción el artículo 830 de interpretarse éste en sentido totalmente prohibitivo de esa delegación.

El *quid* para resolverla podría estar, en primer lugar y en términos generales, en relacionar “la simple facultad de hacer la partición” indicada en el artículo 1.057, con las limitaciones de los artículos 1.061 y 1.062; y, a la vez, en confrontar aquél con el artículo 832 C. c., que previene: “Cuando la mejora no hubiere sido señalada en cosa determinada, será pagada en los mismos bienes hereditarios, observándose, en cuanto puedan tener lugar, las reglas establecidas en los artículos 1.061 y 1.062 para procurar la igualdad de los herederos en la partición de los bienes”.

Los antecedentes legislativos de este artículo son el 817 del Anteproyecto 1882-1888 y el 664 del Proyecto de 1851. García Goyena (139), al glosar este último, señaló que era la Ley 20 de Toro, en la que “se aprobó justamente la opinión de los jurisconsultos Próculo y Nerva contra la de Pomponio, que concedía al heredero la elección de pagar en los mismos bienes, o su estimación”. Pero el precedente de la Ley 20 se concreta a que la mejora se pague en bienes hereditarios —“de la hacienda del mejorante”, como decía la Ley 20—, sin expresar regla como la final del artículo 664 Proy., es decir del vigente 832.

La remisión del artículo 832 a los 1.061 y 1.062, para señalar la cosa con que se satisfaga la mejora, hay que relacionarla con la cuestión de si el contador partidador, a quien el testador—conforme al artículo 1.057—confió la simple facultad de hacer la partición, debe o no sujetarse a lo dispuesto en estos artículos 1.061 y 1.062.

Entre los primeros comentaristas del Código civil, Manresa (140) concluye que: “el contador nunca es tan libre como el testador mismo. que los artículos 1.061 y 1.062 le son aplicables”. Scaevola (141) estimó que entre los motivos de nulidad y rescisión de las particiones no pueden hallarse “los de que el partidador, sin perjudicar los derechos legitimarios ni los debidos a los demás coparticipes, adjudique

(139) GARCÍA GOYENA, op. y vol. cit., art. 664, p. 108.

(140) MANRESA, *Comentarios...*, vol. VII, arts. 1.056 a 1.060, I, D, d; ed. cit., p. 664.

(141) SCAEVOLA, op. cit., vol. XVIII, arts. 1.061, 1.062 y 1.063, cfr. ed. Madrid 1901, pp. 338 y ss.

por su propia decisión a uno de los herederos una cosa de la herencia que se juzgue indivisible o que pierda por su división, a reserva de indemnizar éste a los demás con la cuota en dinero o en otra clase de bienes o valores que proceda”, y en este caso sin perjuicio de la aplicación del artículo 1.062. Y Sánchez Román (142) observó que a los contadores o comisarios, “como tales, no les corresponde, según este artículo 1.057, más que la *simple facultad* de hacer la partición”; y que, en caso de aplicación del artículo 1.062 y de pedir los herederos la venta en subasta pública de la cosa indivisible, “no puede llevarlo a cabo por sí” (143).

Por ese camino llegamos fácilmente a la conclusión de que el contador partidor, bien que sometido a los artículos 1.061 y 1.062, puede traducir en cosas concretas las cuotas hereditarias sin exclusión de las legítimas. Por lo cual no se ve razón para que, en materia de mejora, sus facultades se vean menguadas, con tal de que señale la cosa con que se deba satisfacer con sumisión a lo dispuesto en los artículos 1.061 y 1.062, conforme previene el artículo 832.

Pero, además, aún pueden avanzarse algunos pasos más: el artículo 1.061 sólo debe cumplirse en cuanto sea posible, en especial por razón de las cosas que integren la herencia (S. 4 julio 1895); “tiene un carácter facultativo más bien que imperativo, ya que la formación de lotes depende de las circunstancias de cada caso (naturaleza, calidad y valor de los bienes, posibilidad de su división, número de partícipes, bajas que haya de deducir, etc.), no cabiendo, por consiguiente la imposición por los Tribunales de esa forma de división” (S. 16 junio 1902); y “no significa que en la partición se imponga una igualdad matemática o absoluta por asignación a cada heredero de una participación en todos los bienes de la herencia, ya que relacionando el artículo 1.061 con el 1.062 y 1.056 C. c. y 1.078 L. E. C. se aprecia que la igualdad en la atribución actuará sólo circunstan-

(142) SÁNCHEZ ROMÁN, *Estudios...*, VI-III, cap. XXVIII, núm. 53, p. 1998.

(143) Este mismo criterio lo mantiene rigurosamente IGNACIO SÁENZ DE SANTAMARÍA TINTURÉ (*Nota sobre los albaceas y contadores partidores*, V *in jure*, en AN. DER. CIV., VI-II, abril-junio 1953, p. 435), quien afirma que cuando el contador partidor no cumple lo dispuesto en el art. 1.061, “verifica un acto de enajenación que requiere el consentimiento de los herederos. Por ello no puede adjudicar todos los bienes de la sucesión a un heredero con obligación de abonar en metálico la porción de los demás”. Este criterio riguroso, también entiende que debe aplicarse GINÉS CÁNOVAS CORTINO (*Comentarios a la Res. de 6 de abril de 1962*, en *Rev. Crit. Der. Inmob.*, XXXV, año 1962, pp. 545 y s., y a la Res. 2 diciembre 1964, *R. C. D. I*, XXXVIII, año 1965, pp. 168 y ss., y también al comentar el *Derecho de Sucesiones*, de LACRUZ BERDEJO, en el citado vol. XXXV de la misma revista, p. 219). También ROCA SASTRE (*Derecho Hipotecario*, vol. III, 6.ª ed. Barcelona 1968, tema XLVI, pp. 849 y ss.) entiende que: “Naturalmente cuando el contador partidor no cumple dicho art. 1.061 del Código civil no realiza un acto particional sino de enajenación”; pero que “cuando haya algún bien hereditario indivisible regirá el referido art. 1.062 sin que el contador partidor rebase por ello sus facultades al adjudicarlo a uno solo de los herederos a calidad de abonar a los otros su parte en dinero”, lo que “constituye un acto de pura partición” (S. 4 julio 1895 y Res. 6 abril 1962).

cialmente, en cuanto sea posible, por tratarse de bienes fácilmente divisibles o que no desmerezcan mucho por la división o ésta no conduzca a un excesivo y perjudicial fraccionamiento” (S. 30 enero 1951).

Por ello, Lacruz Berdejo y Sánchez Rebullida (144) deducen que los mismos términos del precepto —“*posible igualdad*”— evidencian el carácter relativo de la norma. “Lo que el precepto pretende es que cada coheredero, en proporción a su cuota, obtenga bienes de la distinta naturaleza que haya en la masa hereditaria, pero supeditando este criterio al del desmerecimiento”.

10. Otra vía por la que se ha avanzado fue la aclarada por la Resolución 23 julio 1925, en un supuesto en el cual un testador guipuzcoano había nombrado albacea, con carácter de contador partidador, al Párroco de Asteasu, y había mejorado en un tercio a su hijo José Miguel, estableciendo para la efectividad de la mejora la condición de que dicho hijo se encargara del caserío, continuara su labranza y dirección y no saliera definitivamente de él. El contador partidador, en su día, interpretó la mejora y, al partir, adjudicó el caserío al hijo mejorado, declarando que consideraba cumplida por éste la condición que el testador le impuso. La Dirección General de los Registros resolvió que había sido bien practicada la adjudicación, apoyándose en el artículo 1.056, § 2.º, en el carácter de explotación agrícola familiar del caserío vasco íntegro, y en que las facultades concedidas al contador partidador en el testamento eran “tanto ejecutivas y periciales como declaratorias, dentro de los límites por la ley admitidos, por lo que las manifestaciones hechas en el ejercicio de tales funciones crean un estado de derecho suficiente para legitimar los asientos hipotecarios”.

“En rigor —ha observado Roca Sastre (145)— esta resolución, más bien que el artículo 1.062 del Código civil, aplicó el artículo 1.056, 2, del mismo”.

¿Cabe seguir por ese camino y llegar más adelante?

Cámara Alvarez (146) ha planteado la cuestión:

“¿Puede el testador conferir al contador partidador la potestad de partir sin atenerse a la regla de igualdad? Anticipemos que no puede hablarse de delegación cuando el testador establece que el haber de algún legitimario se satisfaga en dinero. En estos supuestos es el propio testador quien usa directamente de sus facultades y el contador se limita a cumplir una orden (sin ejercer discrecionalmente una facultad). Tampoco habrá delegación de facultades, propiamente dicha, cuando del tenor del testamento y de una recta interpretación de la voluntad

(144) JOSÉ LUIS LACRUZ BERDEJO, *Derecho de Sucesiones. Parte general*, cap. XV, *Partición de herencia*, hecho con la colaboración de FRANCISCO DE ASÍS SANCHO REPULLIDA, Barcelona, 1961, p. 528. En igual sentido, de la CÁMARA ALVAREZ, *Estudio sobre el pago con metálico de la legítima en el Código civil*, en *Centenario de la...*, vol. cit., nota 200, p. 841.

(145) ROCA SASTRE, op., vol. y tema cit., p. 851.

(146) MANUEL DE LA CÁMARA ALVAREZ, loc. últ. cit., pp. 839 y s.

del testador resulta que éste quiso adjudicar un bien determinado a uno de sus herederos". A su juicio (147) éste fue el supuesto de la Res. 23 julio 1925, pues el contador, "al adjudicar el caserío a ese hijo mediante el pago en metálico de la legítima del otro (los demás recibieron bienes hereditarios), se limitó a cumplir la voluntad del testador".

"La delegación, propiamente dicha —prosigue de la Cámara Alvarez—, es decir, la que concede al contador libertad completa para partir en la forma que estime conveniente (sin sujetarse, por tanto, al artículo 1.061), me parece de viabilidad dudosa. En definitiva, la potestad distributiva de que goza el testador es una consecuencia de su potestad dispositiva (plena o limitada, según que haya o no legitimarios), y la facultad de disponer "mortis causa" no puede delegarse (cfr. artículo 670 del Código civil)".

Y en nota (148), si bien reconoce que "la doctrina de la Dirección sobre la figura del Comisario (cfr., entre otras muchas, las tan conocidas y comentadas Resoluciones de 15 de julio de 1943 y 2 de junio de 1945), y la pretendida equiparación (que aparece no sólo en las resoluciones de la Dirección, por ejemplo, en las de 22 de enero de 1898 y 16 de noviembre de 1922, sino también en algunas sentencias del Tribunal Supremo, así, la de 17 de mayo de 1910, 11 de marzo de 1932, 3 de diciembre de 1931, etc), entre la partición del testador y la efectuada por contadores partidores constituyen, sin duda, una fortísima base a favor de la solución permisiva": observa, en contra, que no cree "que los testadores que se limitan a nombrar contadores partidores hayan querido atribuirles la potestad de hacer la partición a su libre arbitrio", y que, aun en caso contrario, en contra de la transferibilidad por el testador de sus facultades distributivas "militan muy serias razones: 1.º La potestad distributiva, fuera de los límites del 1.061, es una consecuencia de la potestad dispositiva"; 2.º "Resulta extraordinariamente significativo el contraste entre el 1.056, que obliga a "pasar por la partición hecha por el testador", y el 1.057, que sólo permite encomendar a otro "la simple facultad de hacer la partición". Sin embargo, concluye admitiendo que su tesis puede ser errónea y que efectivamente el testador de modo expreso pueda conferir a sus contadores partidores las mismas facultades distributivas que él tiene, y acepta que "dentro del concepto partición latamente entendido" (149)

(147) CÁMARA, loc. cit., nota 199, pp. 839 y s.; CÁNOVAS COUTIÑO, R. C. D. I, XXXVIII, 1965, p. 170, cree que esta Res. 23 julio 1925, "más bien contempla una delegación de facultades del testador".

(148) CÁMARA, loc. cit., nota 200, pp. 840 y ss. Más rotundo es todavía GARCÍA BERNARDO (op. cit., p. 170), según el cual la simple facultad de hacer la partición se entiende "en el sentido de que [el testador] no puede ampliarla ni restringirla, sino que ha de encomendarla sin alterar el estatuto legal, e incluyendo éste se encuentran los artículos 1.061 y 1.062".

(149) Nota el mismo CÁMARA (nota 196, p. 827) que "la partición es, en todo caso, *negocio de disposición*, por cuanto que implica siempre modificación de un derecho subjetivo. Esto no quiere decir, sin embargo, que toda partición pueda considerarse como un *acto de riguroso dominio*. No lo es, posiblemente, la que llamo partición ordinaria. Sí, en cambio, a mi modo de ver, la parti-

tiene cabida el que “fuera de la igualdad cualitativa de los lotes respete su importe cuantitativo”. Entonces lo único indelegable sería “la designación de los sucesores y la fijación de las porciones en que aquéllos han de suceder”.

Lacruz Berdejo y Sancho Rebullida (150) no parecen dudar de que el artículo 1.061 tampoco es aplicable a la partición “realizada por el comisario cuando el testador hubiese dado en el testamento instrucciones diversas a las del 1.061 para su actuación; pero sí en otro caso”.

A juicio nuestro, entre la prohibición del artículo 670 y la autorización del artículo 1.057 § 1.º, existe un margen para la voluntad del testador en materia particional que excede de “la simple facultad de hacer la partición”, y dentro de cuyo margen no puede afirmarse *a priori* que el testador no pueda delegar en modo alguno.

Creemos que la afirmación de que la facultad distributiva, fuera de los límites del artículo 1.061, es una consecuencia de la facultad dispositiva, es decir muy poco o decir demasiado. Es decir muy poco, porque, sin duda, la facultad distributiva del testador es siempre, incluso dentro de los límites del artículo 1.061, consecuencia de su facultad dispositiva: quien puede lo más, disponer, debe poder lo menos, distribuir. Y es decir demasiado, porque constituye una petición de principio afirmar que de la indelegabilidad de lo más, disponer, resulta la indelegabilidad de lo menos, distribuir fuera de los reducidos límites del artículo 1.061.

En cuanto a la interpretación *sensu contrario*, del artículo 1.057, en el sentido de que el testador no podrá encomendar sino sólo “la simple facultad de hacer la partición”, convierte una disposición singular permisiva en otra universal negativa, presuponiendo para ello un adverbio, “sólo” o “solamente”, que su texto no contiene. La realidad es que los artículos 670 y 1.057 § 1.º contienen dos normas, la de aquél prohibitiva, y la de éste permisiva, que no están contiguas, sino que entre ambas dejan una zona intermedia entre lo expresamente prohibido por aquél y lo literalmente permitido en éste. En esa zona se sitúan: la delegación de la facultad de partir sin some-

ción extraordinaria, es decir, aquella en que se prescinde de la igualdad [cualitativa] mínima a que los coherederos tienen derecho”.

GINÉS CÁNOVAS CORTIÑO (loc. últ. cit., pp. 169 y s.) insiste en ese carácter de riguroso dominio, para criticar la Resolución de 2 de diciembre de 1964, al plantear si las facultades calificadoras del Registrador pueden alcanzar a exigir que se pruebe la indivisibilidad de la cosa, o que ésta desmerezca mucho con su división, y pregunta si es absoluta la apreciación del comisario.

A juicio nuestro, no puede olvidarse que, aunque sin duda éste se halla sometido al superior juicio de los Tribunales, en cambio, como notó la Resolución de 23 de julio de 1925, las manifestaciones del contador en el ejercicio de sus funciones “crean un estado de derecho”, “suficiente para legitimar los asientos hipotecarios”. Es decir, los interesados podrán impugnarlas ante los Tribunales, pero la función calificadora del registrador no puede inmiscuirse en este punto.

(150) LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA, loc. últ. cit.

terse a lo previsto en los artículos 1.061 y 1.062 conferida en términos permisivos generales; la facultad de asignar tal o cual bien, o un bien determinado entre los de tal o cual clase, para satisfacer cierta disposición del testador, sea institución, legado de cuota, mejora de cuota, etc.

Sin duda que de la mera designación por el testador de una persona como contador partidor de su herencia no puede deducirse sino que le atribuye tan sólo, conforme al artículo 1.057 § 1.º, la simple facultad de hacer la partición, a no ser que del tenor del mismo testamento, interpretado conforme al artículo 675, pudiera deducirse que la voluntad del testador fue otra. Pero, ¿por qué el testador no ha de poder atribuirle expresamente mayores facultades, en tanto no incida la prohibición del artículo 670 y en la aplicada por el artículo 830 a la mejora? Testar, designar herederos o legatarios o dejar sin efecto su designación, mejorar o dejar sin efecto la mejora, señalar las porciones, cuotas o cuantía de las atribuciones a cualquier título: esto es lo prohibido. Delegar la determinación de las cosas con que satisfacer la institución, legados, legítimas o mejoras, expresamente dispuestos por el testador con determinación de su cuota o su cuantía, en parte alguna se prohíbe, y, en definitiva, los Tribunales podrán juzgar si al hacerlo ha habido o no por parte del contador partidor extralimitación fuera de los límites cuantitativos fijados por la ley y por el testador, o más allá de la voluntad de éste. Especialmente creemos que la vieja interpretación de Francisco Carpio, a la que antes hemos aludido, respecto de la posibilidad de delegar la determinación de la cosa en que deba satisfacerse la mejora dispuesta por el testador y, por éste, también cuantitativamente determinada en cuota o cuantía, sigue actual y aplicable tanto a la mejora como a la legítima estricta o a cualquier otra atribución dispuesta por el testador sin indeterminación de porción, con tal de que la delegación conferida, para cubrir con bienes concretos dicha atribución, resulte de la voluntad del testador según el tenor de su testamento interpretado conforme previene el artículo 675 C. c.

La *pars honorum* también puede, por tanto, ser concretada en bienes determinados por el contador partidor, pero ateniéndose éste a lo dispuesto en los artículos 1.061 y 1.062, o bien, sin esa limitación, si lo hace de conformidad a lo que expresamente haya previsto o le haya facultado el testador.

Mayores son las facultades del cónyuge viudo, si no ha contraído nuevas nupcias, a quien —conforme admite el artículo 831 C. c.— se le confirió en capitulaciones matrimoniales, para el caso de que muriese intestado su consorte, la facultad de “distribuir, a su prudente arbitrio, los bienes del difunto”, e incluso de “mejorar en ellos a los hijos comunes, sin perjuicio de las legítimas y de las mejoras hechas en vida por el finado”. En ese supuesto, el cónyuge viudo tiene unas facultades particionales intermedias entre las del padre, conforme al artículo 1.056, y del contador partidor, según el artículo 1.057, seme-

jándose a las que aquél en que no tiene que guardar las limitaciones de los artículos 1.061 y ss., y también puede usar de la facultad establecida en el artículo 1.056 § 2.º, puesto que incluso tiene la facultad de mejorar, superior a la distributiva, sin restricciones por razones cualitativas, ya que, por aquella facultad, ni siquiera está sujeto a guardar la igualdad cuantitativa mientras respete las legítimas y, también, las mejoras ordenadas en vida por el finado (151).

11. El carácter de *pars bonorum* de la legítima no impidió que se plantearan dudas en el Derecho común en torno a su determinación cuantitativa en el caso de que el valor de los bienes hubiese variado al tiempo de satisfacerla (152). Se habló de incrementos intrínsecos y ex-

(151) Cfr. ENRIQUE SECO CARO, *Partición y mejora encomendadas al cónyuge viudo*, Barcelona, 1960, cap. III, III, pp. 121 y ss., cap. V, B, pp. 165 y ss. y cap. VI, pp. 188 y ss.. LACRUZ BERDEJO, *Derecho de Sucesiones*, § 381, pp. 478 y s., y ENRIQUE FOSAR BENLLOCH, *La explotación agrícola y el párrafo 2.º del artículo 1.056*, en AN. DER. CIVIL, CXVI-II, abril-junio 1963, pp. 380 y s.

(152) Una exposición sistemática de esta cuestión puede verse en la obra de JUAN PEDRO FONTANELLA, *Decisiones Sacri Regii Senatus Cataloniae*, Decisiones 571, 572 y 573 (cfr. editio novissima Lugduni 1668, vol. II, pp. 563 y siguientes).

La Decisio DLXXI se ocupa de los argumentos esgrimidos a favor de que el incremento de valor de los bienes beneficiase sólo al heredero y no a los legitimarios, y recoge los siguientes: 1.º Que los aumentos y disminuciones, *commodum et incommodum*, corresponden al propietario y no a terceros; y que el hijo, en cuanto a su legítima, debía equipararse a un verdadero acreedor, aunque lo fuese de bienes. 2.º Que, tratándose de la falcidia, la ley *In quantitat*, Dig. XXXV, 73, pr., atribuía los incrementos de los legados a los legatarios sin que por ellos se incrementase la falcidia (si bien recoge también la observación de que mientras la falcidia era una cantidad patrimonial, la legítima *ex substantia patris deducitur*. 3.º Que conforme la ley *In ratione*, pr. y § *Diligenter*, Dig. XXXV-II, 30 pr. y § 2.º, los daños causados después de la muerte del testador afectan al heredero y no a los legatarios. 4.º Que la ley *Si patronum*, § *Si ex bonis*, y en la ley *Etiam*, § final, ff. *de bon. liber.*, Dig. XXXVIII-II, 44, § 2 y 3, § 20, refieren la legítima del patrono a la fecha de la muerte, sin que se incremente por la recuperación de un esclavo ni por el aluvión ulteriormente acaecidos. 5.º Que en la cuarta del hijo arrogado también es referida a la fecha de la muerte por la ley 13 Dig. XXXVIII-V. 6.º Y que la ley *Cum quaeritur*, Cod. *De inoff. testam.*, Cod. III-XXVIII, 3, se remite para la determinación de la inoficiosidad a la fecha del fallecimiento del padre y lo apoya con la afirmación que la legítima es cierta porción tasada por la ley de los bienes de los padres que se determina en la fecha de la muerte de éstos, sin que pueda incrementarse después lo tasado y delimitado.

La Decisio DLXXIII, recoge las contestaciones a los argumentos indicados en la DLXXI: Al 1.º, que no es cierto que el dominio de todos los bienes y cuerpos hereditarios correspondiera absolutamente al heredero, ya que el dominio sobre las partes y porciones legitimarias corresponde a los legitimarios. Al 2.º, que la falcidia y la trebellianica tenían causa lucrativa, mientras la legítima, como deuda natural, la tiene *quasi onerosa*, por lo cual su analogía no es invocable. A la 3.ª, que los legados que no reciben el incremento son aquellos que no son de especie cierta. Al 4.º y 5.º, que no cabe analogía entre las legítimas del patrono y del arrogado con las legítimas de descendientes y ascendientes legítimos. Al 6.º, que la ley *Cum quaeritur* contempla el caso de que el padre deje al hijo la cuarta parte de los bienes que tuviese

trínsecos (153) y se formuló la regla de que se debía atender “tempore mortis respectu bonorum ipsorum, et corporum hereditarium, non vero quoad valorem, sed itud attendendum de tempore petitionis” (154). Regla que vemos mantenida por Tello Fernández (155), y Andrea Angulo (156) para el supuesto en que un legado de cuota, como lo era la mejora de tercio o quinto, hubiera de pagarse en su estimación en dinero, conforme la ley 20 de Toro, por no ser posible pagarlo en bienes hereditarios al no admitir cómoda división.

Todavía se distinguió según los bienes hubiesen resultado determinados en legados u otras asignaciones hechas por el testador o bien hubieran quedado indivisos, respecto de lo cual Ayerve de Ayora (157) dictaminó: “que para efecto de saber si el padre o la madre dexan a sus hijos enteramente su legitima y no se la consuman y graven con los legados o mandas quando ouire dubda, o contienda de esto, o si caben en el quinto, se han de hazer los aprecio de la herencia por el valor que tenían quando murió el padre, o la madre de cuya herencia se tracta; pero para hazer la partición de los dichos bienes entre los herederos se ha de tener respuesta a hazerse el aprecio por lo que valen al tiempo que se haze la partición, *quod verissimum puto*”, ya que “ante divisionem in qualibet parte hereditatis habeat partem proindiviso”.

El mismo problema se replantea hoy al interpretarse el artículo 818 C. c. Este comienza diciendo que: “Para fijar la legitima se

a su muerte, y resuelve que no cabe acusarle de inoficiosidad, pero no plantea la cuestión de los aumentos ocurridos después.

(153) El propio FONTANELLA (*Desc.*, DLXXIII, 13, p. 568) definió: “*augmento extrinseco*”: “quod accederet facto hominis, ut quis per eum adiuncta fuisset alia bona, vel meliorata quae erant, aut alio augmento simili”; y (núm. 23, p. 569) “*augmentis intrinsecis*”, “beneficio temporis, non facto, aut industria hominem post mortem patris succedentibus”; e indicó que estos últimos incrementos eran los que beneficiaban a los hijos legitimarios en sus correspondientes participaciones.

(154) FONTANELLA (*Desc.*, DLXXII, núm. 2, p. 365) cita una decisión de la Rota romana, que entendió que para la consecución de la legitima “debere attendi tempus mortis respectu ipsorum honorum, et corporum hereditarium, non autem respectu valoris, quia de corporibus et de bonis debet detrahi legitima”.

(155) TELLO FERNÁNDEZ, *Constitutionum Taurinas utilis interpretatio*, lex XX núm. 20 (ed. Granada 1566, fol. 173 vto.), después de preguntar si “teneatur prestare valorem rei tempore mortis defuncti, an tempore quo fit oblatio?”, resolvió: “cum quota bonorum sit in obligatione, aestimatio vero sit in solutione secundum omnium doctrinam”; “merito ut ab obligatione liberetur, solvendum est id quod debetur, quod debetur vero est illa quota bonorum, solvenda est aestimatio, quae tempora solutionis valet”, tal como había expuesto LANCELOTUS, pues aunque “non veniant accessiones perceptae, tamen venit augmentum quod respiciat aestimationem rei”.

(156) ANDREA ANGULO, *Comentarium ad leges Regias meliorationum*, lex 4 (20 Tauri), gl. 10 (cfr. ed. Madriti 1585, fol. 130): “In hoc casu, quando aestimatio quota solvitur in pecunia: valor bonorum attendi debet, non secundum tempus mortis: sed secundum tempus solutionis.”

(157) ANTONIO AYERVE DE AYORA, *Tractatus de partitionibus bonorum communium inter maritum et uxorem et filios ac heredes eorum*, pars I, cap. III, núms. 7 a 10 (cfr. ed. Granada 1586, fol. 12 y s.).

atenderá al valor de los bienes que quedaren a la muerte del testador..."

En otra ocasión (158) hicimos notar que, en cambio, lo que en el artículo 818 C. c. no se dice es que, para fijarla, deba atenderse al valor que *tuvieren a la muerte del testador los bienes que entonces quedaren.*

La cosa sería muy diversa si esto dijese. Pues, o bien en el momento de la satisfacción o de la partición, los bienes deberían tasarse por ese mismo valor que habían arrojado al fallecer el causante, o de lo contrario, si los bienes con que al partir se satisficiera la legítima se tasaren por un nuevo valor en moneda, probablemente inflacionaria, resultaría que la legítima habría quedado congelada y representaría menor cantidad de bienes, al haber quedado concretada a un valor nominal dado, realmente ficticio, precisamente por ser meramente nominal, al tomarse con una unidad de medida cuyo valor a su vez ha fluctuado.

Debemos aclarar que esta cuestión nada tiene que ver con el problema del abono de las mejoras que realmente hubieren hecho los herederos después del fallecimiento del causante y antes de entregar su parte al legitimario. Este debe resolverse por las reglas generales que el mismo Código establece al ocuparse de la posesión (artículos 453 y ss.).

El planteamiento que aquí examinamos nos lo aclara el ejemplo que propusimos en nuestros *Apuntes.*

En el momento de fallecer el causante X su haber se componía exclusivamente de una finca rústica de 20 hectáreas de cabida, de un valor uniforme de 45.000 pesetas por hectárea; en total, 900.000 pesetas; y el valor pasivo montaba 90.000 pesetas.

Tres hijos dejó el causante. A dos los instituyó herederos y al tercero le legó lo que por legítima le correspondiera.

El cálculo de ésta al fallecer el causante es éste:

$$900.000 - 90.000 = 810.000.$$

$$810.000 : 3 = 270.000.$$

$$270.000 : 3 = 90.000 = \text{legítima del hijo Z.}$$

Valorada de nuevo la finca en el momento de tenerse que pagar la legítima, resulta que aquélla había alcanzado un valor —tal vez más por depreciación de la moneda, que por verdadero plusvalor de la finca— de 90.000 pesetas por hectárea, y, por tanto, en total, de 1.800.000 pesetas.

Así, si el artículo 818 C. c. se interpretara en el sentido de que el valor de la legítima había quedado fijado nominalmente en 90.000 a pagar en bienes hereditarios, y éstos se valorasen de nuevo en el momento de su pago, resultaría que al legitimario podría pagársele su legítima entregándole una sola de las veinte hectáreas que componían el único bien hereditario. Siendo así que de haberse efectuado

(158) Cfr. *Apuntes de Derecho Sucesorio*, I parte, § 10, p. 96 y ss. y en *A. D. C.*, IV-II, pp. 512 y ss.

el pago al tiempo de fallecer el causante, a Z le habría correspondido una parcela del fundo de algo más de dos hectáreas y veintidós áreas.

¿Fue eso lo que en el artículo 818 C. c. se quiso disponer?

Parece evidente que no. La *ratio* de este artículo no parece que fue otra sino la de poder determinar qué legados y donaciones eran inoficiosos, precisamente en aquel instante del fallecimiento del *de cuius*, decisivo para hacer tal determinación. Así parece indicarlo su colocación entre el artículo 817, que impone la reducción de las disposiciones testamentarias que menguen la legítima, y los artículos 819 y ss., que regulan de qué modo debe llevarse a cabo esa reducción.

Los artículos 808 y 809 confirman esta apreciación, ya que determinan que constituyen la legítima ciertas avas partes del haber, y el artículo 806, que la define como *porción de bienes*. Y siendo así, como tal, deberá sufrir las alteraciones de valor que éstos sufran, como todo quebrado sufre las del todo a que se refiere. Por eso, su valor *no puede fijarse en el sentido de dejarlo "fijo" e inmovible*. Es el *contenido* del caudal y de su activo libre —del que ha de sacarse esa cuota— lo que debe *fijarse* en ese sentido. Pero 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 petrición* (159).

Cálculo que puede ser conveniente a otros fines y que es imprescindible para averiguar si resultan o no inoficiosos los legados y donaciones que el causante hubiese otorgado. Así entendió Manresa (160) 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 podía disponer*, y aquélla otra que, por ser indisponible, constituye la legítima. Fijada en efecto la legítima queda fijada la porción libre". Y sólo —añadimos nosotros— conociendo éstas y el valor de lo legado y donado por el causante, puede comprobarse si existen disposiciones inoficiosas y proceder a su reducción en el caso de que deba efectuarse.

Lo que hay que distinguir es: de una parte, el supuesto en que la legítima quede directamente individualizada, por un legado, una donación o una asignación particional hecha por el testador, lo que supone una individualización de riesgos con separación de la masa común, o de que quede indirectamente individualizada por distribuirse

(159) Según el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, el verbo *fijar* puede significar "hacer fija o estable alguna cosa", pero igualmente cabe que exprese: "Determinar, limitar, precisar, designar de un modo cierto".

El artículo 818 da reglas para fijar, en el sentido de *determinar*, el valor de la legítima con relación a un momento dado, el de la muerte del causante, con el fin de poder precisar qué legados y donaciones resultan inoficiosas y en qué medida. Podría, pues, decirse que *fija* su valor (en el sentido de *determinarlo* aunque sólo con relación a un momento dado), y *fija* (en el sentido de *hacerlo estable*) la masa líquida de la que ha de deducirse proporcional y materialmente su contenido.

MANRESA, *Código civil...*, vol. VIII, art. 818, p. 370, ed. cit.

el resto del caudal con atribuciones concretas, casos en los cuales bastará, por consiguiente, que el legado cubra la cuota legitimaria, según las valoraciones tanto de la asignación como del caudal referidas a la fecha del fallecimiento del causante; y, de otra parte, los casos en que los bienes de la legítima permanezcan englobados en la masa partible, como *pars bonorum* de ella (161).

Recordemos esa distinción, ya percibida por Ayerve de Ayora, y con la que tuvimos que enfrentarnos en un dictamen (162), en el cual afirmamos que si no fueron distribuidos por el testador todos los bienes, hay que realizar sendas valoraciones en dos momentos diferentes: una, al fallecer el testador, y la otra, al momento de partir.

La referida a la fecha de la muerte del causante, para determinar si los bienes por éste asignados cubren exactamente, no alcanzan o sobrepasan la cuota del respectivo asignatario, y la proporción en que resulte en defecto o exceso (163).

La efectuada en el momento de partir, para distribuir el caudal restante y para completar las cuotas de los lotes no cubiertos totalmente con las asignaciones testamentarias, que deberá referirse al valor de la fecha en que se haga la adjudicación. No sería lógico —observamos— que por su antiguo valor, que entonces fue igual, se asignaran a unos herederos o legitimarios unos bienes que hayan disminuido de valor desde la muerte del causante y a otros unos bienes que han aumentado de valor desde entonces, siendo así que tanto herederos como legitimarios son cotitulares de la masa común indivisa, y que como tales deben compartir sus riesgos, sean de favorable o de adverso resultado (164). No es admisible que a unos se les asignen los resultados favorables y a otros los adversos producidos mientras los bienes estuvieron en común. Es la hipótesis contrapuesta a la individualización previa de los riesgos que significa la asignación de bienes concretos dispuesta por el testador.

(161) Sigue este criterio CÁMARA ALVAREZ, *Estudio sobre el pago en metálico...*, loc. cit., p. 893 y s.

(162) Dictamen publicado en *A. D. C.*, XVIII-I, enero-marzo 1965, pp. 259 y siguientes.

(163) En este mismo sentido CÁMARA (loc. últ. cit., p. 900) explica: "Cuando el causante, en uso de las facultades que la ley le concede, adjudica (prescindamos ahora del título o concepto de la adjudicación) bienes concretos en pago de su legítima, sustituye la cuota de activo reservada por esos bienes concretos que pasan a pertenecer al legitimario al abrirse la sucesión en propiedad exclusiva. Basta, pues, que estos bienes cubran el valor de la legítima en ese momento, pues es entonces cuando se opera la sustitución de la cuota por los bienes concretos, y no posteriormente, como sucede en los demás casos."

(164) En ese mismo sentido, CÁMARA ALVAREZ, loc. últ. cit., pp. 888 a 891. Si el legitimario es un comunero o cotitular: "Para pagar en bienes concretos el importe de su cuota no hay más que un valor posible: el que tengan los bienes comunes en el momento de escindirse la comunidad" (p. 889). "La legítima, calculada en dinero de ayer, sólo queda realmente pagada si el dinero de hoy vale lo mismo, o, en caso contrario, mediante la adaptación del valor primigenio de aquélla al valor adquisitivo actual del dinero. Esta solución es la que debe prevalecer en todo caso, sea la legítima pagadera en metálico o en bien hereditarios."

III. ¿PUEDE SOSTENERSE QUE LA LEGÍTIMA SEA “PARS VALORIS” O “PARS VALORIS BONORUM”? ¿PUEDE EL TESTADOR ORDENAR DE MODO GENERAL QUE SE PAGUE EN DINERO?

12. Antes de entrar concretamente en el análisis de las legítimas que en el marco del Código civil español puedan encajar en estas figuras de *pars valoris* y *pars valoris bonorum*, conviene que comencemos por precisar cuál es el sentido de ambas expresiones, las diferencias que puedan presentar entre sí y la posible distinción de la *pars valoris bonorum* con respecto a la *pars bonorum* cuando ésta pueda conmutarse en metálico o aquélla deba satisfacerse en bienes hereditarios.

La legítima simple derecho de crédito, puramente personal, pagable en dinero, se califica como *pars valoris* siempre y cuando su cuantía venga determinada por el montante de una participación en el valor del caudal.

En este sentido, Porpeta (165) dice que toda la legítima de ese tipo “recae sobre el valor de los objetos traducido en dinero y no sobre los objetos mismos. En Derecho sucesorio actúa la *pars valoris* como una especie de rescate de los objetos que se transmiten a fin de que éstos queden siempre en poder del heredero instituido, apartando de ellos al legitimario mediante la entrega de la cantidad equivalente. De aquí nace la conversión del legitimario en simple acreedor”.

Pero el concepto de porción de valor, en un sentido más lato, puede también ser referido genéricamente a todas las legítimas que sean de parte alicuota del haber líquido, prescindiendo de su contenido objetivo y del modo de satisfacerlas. Así, v. gr., José González Palomino (166) ha afirmado que: “La regularización particularizada de las diversas legítimas en el articulado del Código civil como cuotas del haber hereditario en función de la definición de herencia del artículo 659, no está ni podría estar referida a cosas o partes corporales de cosas, sino cuotas matemáticas de un valor. Esto es, no a bienes y derechos, sino al valor de los bienes y los derechos”... “las legítimas son una cuota o parte del valor del haber hereditario”. Lo que, en un trabajo posterior (167), aclaró con la explicación de que los legitimarios en el Derecho común español lo son de parte alicuota de la herencia, pero “*cotitulares de la comunidad hereditaria*”, que su legítima “*se determina en su valor, en función del valor total de*

(165) FLORENCIO PORPETA CLÉRIGO, *Naturaleza jurídica de la legítima*, en *Estudios de Derecho Sucesorio*. Conferencias del Colegio Notarial de Barcelona, curso 145, Barcelona, 1946, p. 179.

(166) JOSÉ GONZÁLEZ PALOMINO, *El usufructo universal del viudo y los herederos forzosos* (Derecho civil común) I, en *R. D. P.*, XXIII, mayo 1936, pp. 160 y s.

(167) JOSÉ GONZÁLEZ PALOMINO, *El acrecimiento en la mejora*, en *Estudios de arte menor sobre derecho sucesorio*, IX, en *Anales de la Ac. Matritense del Notariado*, vol. II, Madrid, 1948, p. 546, en nota.

la herencia, pero no es un crédito contra la herencia, sino una cuota de ella”, que se ha de satisfacer “precisamente con bienes de la herencia, que es lo que se parte y reparte”, y que por eso no hay “problemas de pago [de las legítimas], sino de partición”.

Fue Roca Sastre (168) quien introdujo entre nosotros la formulación de la legítima como *pars valoris bonorum*, definiéndola como aquella que “atribuye en principio a los legitimarios una titularidad sobre una parte del valor en cambio del patrimonio hereditario líquido”.

Para construir conceptualmente esa figura, arrancó de la titularidad del valor económico de las cosas y de aceptar, con Atard (169), la distinción entre la *propiedad de las cosas* y la *titularidad de su valor*, y, con Gierke y Kohler, la que media entre los derechos *al valor*, de una cosa, o *de valor*, y los derechos a la *utilización* de una cosa, o de *sustancia*. Al proyectar esta figura al patrimonio, configuró la legítima entre los “derechos o titularidades sobre el valor dinerario de las cosas, si bien con referencia al valor global del patrimonio relicto (y a veces con repercusiones en el valor de los bienes que fueron objeto de donaciones inoficiosas)”. A su juicio: “No es la legítima ni titularidad hereditaria, ni creditual, ni *pars bonorum*, sino *pars valoris bonorum*. Tiene la misma contextura o calidad intrínseca de todos los derechos de realización de valor, y, por consiguiente, del derecho real de hipoteca; si bien se diferencia de ésta en que, en la hipoteca, el derecho de realización de valor se produce en *funciones de garantía* del cumplimiento de una obligación, o sea, con una accesoriedad tan enérgica que le resta autonomía, mientras que la legítima es la titularidad sobre un valor que surge de un modo independiente y autónomo, atribuyéndola, en principio, la ley de los legitimarios y produciéndose en forma semejante a la *deuda territorial* o *débito fundiario* del Derecho hipotecario alemán (*Grundschuld*) y que nosotros denominamos *hipoteca independiente*”.

Así, prosigue, “la legítima tiene la naturaleza propia de los derechos de realización de valor que afecta a modo de *carga* o *gravamen* a todo el patrimonio hereditario, y, por consiguiente, a todos los bienes relictos, en su consideración de elementos integrantes del mismo”... “Esto explica la tendencia del Derecho intermedio a considerar la legítima como *obligatio rei* u *onus reale*, protegida por una *actio in rem scripta* o garantizada con una *tacitam hypothecam* (ver, entre otros, a Peregrino, *De fideicommissis*, artículo III, núm. 129, y artículo XXXVI, núm. 153, y Cancr, *Variarum resolutionum*, pars I, cap. III, números 16 y s.), de la cual habla la Sentencia de 13 de julio de 1908”.

Esta característica se combina, según el mismo autor, “con aquel deber (o *facere*) que la ley impone al causante de destinar un deter-

(168) RAMÓN M. ROCA SASTRE, *Naturaleza jurídica de la legítima*, en: R. D. P., XXVIII, 1944, pp. 202 y ss.

(169) RAFAEL ATARD, *Prólogo al Tratado de Derecho hipotecario alemán*, de ARTHUR NUSSBAUM, Madrid, 1929, p. XVII.

minado valor económico a sus legitimarios. Fundamentalmente la legítima es una *debita pars valoris bonorum*".

Sin embargo, este concepto de *pars valoris bonorum* fue impugnado por Florencio Porpeta (170): "Si se enlazan los dos conceptos de *pars valoris* y *pars bonorum* en un complejo *pars valoris bonorum*, tendremos que ir a parar, como consecuencia ineludible, a que de unos determinados bienes se extraiga su propio valor. No que se ponga en lugar de ellos una suma de dinero de cualquiera otra procedencia (pues entonces estaríamos en la hipótesis de *pars valoris* pura), sino que se reduzcan a metálico, para que sea su mismo precio el que quede subrogado en lugar de la cosa. Ahora bien, esto exigiría, o que la forma normal de pago de la legítima consistiera en una forzosa enajenación de los bienes hereditarios o que el derecho de la legítima, por su propia naturaleza, estuviese asegurado con una afección real por ministerios de la ley. Lo primero no ocurre nunca. Lo segundo supondría una anotación preventiva (incompatible con el derecho que al legitimario otorgan las leyes para promover el juicio de testamentaria) o a una hipoteca. Y en ambos supuestos quedaría desvanecido el pretendido carácter autónomo de la titularidad sobre el valor, y convertida ésta, como no puede ser menos, en un simple derecho accesorio".

Releídos estos textos, podríamos convenir en que la exacta diferencia entre las que se denominan *pars valoris* y *pars valoris bonorum*, consiste en que la primera es una *pars valoris sine tacita hypotheca* o *non in rem scripta*. Es decir, que: en el primer caso la deuda pecuniaria de una parte alícuota del valor de los bienes es un puro crédito, y en el segundo está garantizado de modo real con los bienes hereditarios que quedan sujetos a su pago.

Pero la problemática no se apura aquí, pues para Roca Sastre (171) la legítima *pars valoris bonorum* ofrece una variedad en el supuesto de que deba ser satisfecha en bienes de la herencia y no en dinero. Es la figura que nosotros hemos denominado *pars valoris bonorum quiam in specie solvere debet* (172). La diferencia de esa subespecie de legítima con respecto a la *pars bonorum* radica, según Roca, en la ecuación que media entre, de una parte, la sincrónica actuación del *periculum* y el *comodum* en todas y cada una de las cuotas de cualquier cotitularidad, como ocurre en toda *pars bonorum*, en la que —como dice Roca Sastre (173)— "las cuotas podrán ser por su módulo constitutivamente distintas, pero sustancialmente todas están sometidas sincrónicamente al mismo fenómeno de aumento y disminución en su objetividad económica", y, de otra parte, la fijeza e inmutabilidad de valor de una participación previamente tasada con relación al valor que en un momento dado tuviese una cosa o un patrimonio, e independiente de las ulteriores osci-

(170) FLORENCIO PORPETA CLÉRIGO, loc. cit., pp. 178 y s.

(171) ROCA SASTRE, loc. últ. cit., pp. 202, 203 y 206, nota 3.

(172) Cfr. *Apuntes de Derecho sucesorio*. I parte, § 10, pp. 82 y ss. y A. D. C., IV-II, pp. 508 y ss.

(173) ROCA SASTRE, loc. últ. cit., p. 199.

Jaciones de valor que éstos sufran. Así, para Roca (174), la legítima *pars valoris bonorum*, aunque ésta *in specie heres solvere debet*, queda fijada *die mortis* en “un valor dinerario tasado, y esta situación de titularidad subsiste hasta que en satisfacción de la legítima se detraen bienes de la masa relicta”. Es decir, que no es la cotitularidad de una parte alicuota de bienes, sino el derecho a una cantidad de bienes equivalentes al valor normal que *die mortis* tenía aquella ava parte.

Tenemos, pues, formulada una *pars valoris bonorum* que debe satisfacerse en bienes del caudal hereditario, y, en contraposición, hallamos que se sostiene la posibilidad de una *pars hereditatis* o una *pars bonorum* conmutables por su valor en dinero *in facultatis solutionis* del heredero. Así puede verse al examinar la opinión de los juristas clásicos catalanes respecto al momento en que deben valorarse los bienes para satisfacer la legítima en dinero (175).

Por su parte, Manuel de la Cámara (176) ha observado que si “el testador, al establecer el pago en metálico de la cuota herencial reservada, no priva al legitimario de su participación en los bienes hereditarios, sino que sólo ordena que al partir se satisfaga esa participación con dinero, ya no existe clara incompatibilidad lógica entre la condición de heredero...” y la disposición testamentaria que ordena el pago en dinero del valor de su activo como “simple norma particional”; y que la legítima porción de bienes reservada por la ley no se opone (177) “a que pueda ser pagadera en metálico, pero sí obliga a cifrar la suma a pagar en función del valor de los bienes en el momento de liquidar la sucesión”, y “obliga también a sostener que en ningún caso el legitimario, como tal, puede quedar reducido a la condición de titular de un derecho personal”, “en acreedor de una suma cifrada, fijada y petrificada en atención al valor que los bienes tengan en el momento de fallecer el causante”. Por el contrario, cuando “el legitimario tiene derecho a una cuota del activo hereditario propiamente dicho, debe participar de las plusvalías o minusvalías efectivas (e igualmente las puramente ficticias), y, por consiguiente, cuando la legítima [de esa clase] sea pagadera en metálico (lo que, repito, no está reñido con la articulación inicial de su derecho como cuota del activo), la cantidad que debe percibir ha de fijarse en función del valor que tengan los bienes al liquidarse la sucesión”.

Claro es que —como luego repasaremos— una cosa es que el valor de una parte alicuota de herencia, o una cuota de su activo, sean el módulo para fijar, en cada momento el montante de su equivalente a dinero, y otra cosa que al legitimario, a quien se le pueda pagar en metálico su haber y no tenga otro derecho en ese caso, pueda realmente

(174) ROCA SASTRE, pp. 199 *in fine* y s.

(175) Cfr. *Apuntes...*, I, § 10, nota 308, pp. 97 y ss. y *A. D. C.*, IV-II, pp. 513 y ss.

(176) CÁMARA ALVAREZ, loc. últ. cit., pp. 730 y ss.

(177) CÁMARA ALVAREZ, loc. últ. cit., pp. 892 y s.

ser considerado heredero, si este resultado dimanara de una disposición sucesoria del causante o de la propia norma jurídica.

Lo que sí hemos observado es la incompatibilidad de la legítima *pars bonorum* y la fijación de su valor, en el sentido de hacerlo inmovible. Si “la legítima es *porción de bienes*, deberá sufrir todas las alteraciones de valor que éstos sufran” (178).

Y, en cambio, no es incompatible que una legítima *pars valoris* o *pars valoris bonorum* siga participando en igual proporción de este valor de los bienes en todas sus variaciones intrínsecas y nominales que ocurran, en tanto no haya sido reclamada o pagada. Estos tipos de legítima son perfectamente congruentes tanto con el criterio de su fijación inmovible como con el de su correlatividad a las variaciones de valor intrínseco y nominal de los bienes; será el criterio del legislador el que decida, por razones diferentes a la naturaleza del contenido legitimario, la solución que le parezca más adecuada.

Así tendríamos:

- un tipo de legítima *pars valoris sine tacita hipoteca bonorum*;
- otro, de legítima *pars valoris cum tacita hipoteca bonorum*, o *in rem scripta (pars valoris bonorum)*;
- una y otra pueden ser pagables: sólo *in specie*, o sea, en bienes hereditarios; sólo en metálico, o bien, a elección del heredero, en metálico o en bienes hereditarios; y
- una y otra pueden quedar fijadas inmoviblemente en el valor de la cuota en el momento de la muerte del causante, o bien pueden seguir aun después de la delación, las oscilaciones intrínsecas o nominales del valor de los bienes, a que se refiere esta cuota, mientras tanto no se produzca la reclamación o el pago.

Queda, pues, el problema de precisar si teóricamente cabe distinguir las figuras de la *pars bonorum*, cuando ésta sea pagable en dinero, y de la *pars valoris cum tacita hipoteca bonorum* o *in rem scripta* cuando su valor dinerario no quede fijado inmoviblemente *die mortis*. La dificultad se acentúa si ésta debe pagarse *in specie* o, a elección del heredero, en dinero o en bienes hereditarios.

La diferencia teóricamente es clara: el legitimario de *pars bonorum* es un cotitular, un condueño; el legitimario de *pars valoris bonorum* es un acreedor del valor, aunque éste deba ser pagado en bienes y aunque el valor a él debido siga las alternativas del caudal mientras no se le satisfaga. Pero, ¿cómo se determinan en la práctica esas características cuando concurren las circunstancias de hecho coincidentes que hemos indicado?

El dato de que al legitimario se le otorgue la facultad de instar el juicio de testamentaria, no es decisivo, puesto que también compete a los acreedores hereditarios (179).

En cambio, tal vez puedan señalarlo los siguientes datos, que podrían marcar, como mojones, los linderos entre ambas figuras.

(178) *Apuntes...*, I, § 10, pp. 99 y *A. D. C.*, IV-II, p. 515.

(179) Cfr. ROCA SASTRE, loc. últ. cit., p. 200.

- Si la determinación de los bienes hereditarios con que satisfacer la legítima queda a la elección del heredero, sin intervención de los otros legitimarios, no parece que haya comunidad propiamente dicha entre aquél y éstos en los bienes hereditarios, puesto que en ese caso, sin la intervención de los demás legitimarios, el heredero puede extraer un bien hereditario para satisfacer a uno de aquéllos. Siendo así, parece que en esos supuestos el derecho de los legitimarios será *pars valoris bonorum quam in specie solvere debet*.
- Si los legitimarios, a quienes el heredero les incumple su deber de satisfacerles la legítima, pueden utilizar la acción divisoria *familiae aerciscundae* —y no una simple acción para la percepción de la cosa, o el cobro de cantidad asegurada con eficacia real o sin ella—, se tratará de una legítima *pars bonorum*, por lo menos subsidiariamente en función de garantía.

Sin embargo, a veces estos datos concretos se hallarán controvertidos o no planteados y por determinar, ¿cómo resolver entonces la cuestión sin incidir en petición de principio?

Creemos que sólo el punto de partida histórico o legislativo, o la situación general normal de la que se diferencien las situaciones especiales y los contrastes entre unas y otras, podrán ofrecernos luz para hallar la solución más correcta en cada caso.

A) ¿Puede sostenerse que, en general, sea *pars valoris bonorum*?

13. El estudio que al principio hicimos al tratar de la polémica acerca de si la legítima del Código civil es porción de herencia o porción de bienes, partiendo de sus antecedentes históricos, nos ha llevado a considerar la legítima de Derecho común español como *pars bonorum*. Después, el análisis de la Ley 19 de Toro nos ha permitido ahondar acerca del carácter concreto de esa *pars bonorum* en el Código. Siendo ese el resultado obtenido, la misma demostración positiva de que la legítima en el Código civil es porción de bienes, por lo menos en sus líneas generales y normales, excluye por contradictorio que pueda ser *pars valoris* ni *pars valoris bonorum*.

Sin embargo, el hecho de que un jurista de tan merecido prestigio, como nuestro maestro Ramón María Roca Sastre (180), haya sostenido que es "*debita pars valoris bonorum*", y que esta tesis haya sido aceptada más tarde por Guillermo G. Valdecasas (181), aunque tan sólo para la *cuota de legítima*, en su distinción entre *cuota de reserva* (*cuota hereditaria*) y *cuota de legítima* (*cuota de valor*), nos obliga al examen de esas opiniones.

Más radical aún fue la tesis defendida por Virgili Sorribes (182).

(180) ROCA SASTRE, loc. últ. cit., pp. 203 y ss.

(181) GUILLERMO GARCÍA VALDECASAS, *La legítima como cuota hereditaria y como cuota de valor*, núm. 3, a, b y c, en *R. D. P.*, XLVII, 1963, p. 96.

(182) FRANCISCO VIRGILI SORRIBES, *Heredero forzoso y heredero voluntario: su condición jurídica*, en *R. C. D. I.*, XXI, julio-agosto 1945, p. 485.

para quien: "En realidad de verdad el llamado heredero forzoso no es más que un acreedor de la herencia líquida, que tiene un derecho intangible por ministerio de la ley a una porción de los bienes que la integran".

Para Roca Sastre, la legítima "en el Código civil tiene la naturaleza de los derechos o titularidades sobre el valor dinerario de las cosas, si bien con referencia al valor global del patrimonio relicto". titularidad, combinada "con aquel deber (o *facere*) que la ley impone al causante de destinar un determinado valor económico a los legitimarios", que "debe ser atribuido en general a los legitimarios en *sustancia*", salvo en los supuestos del artículo 1.056, § 2.º, y del 840, en los que puede serlo en dinero.

Y para Guillermo G. Valdecasas la *cuota de legítima*—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*, que cubre el exceso sobre la *cuota de reserva*, y que debe ser calculada en conformidad a lo indicado por el artículo 818, sumando lo relicto líquido y lo donado.

La cuota de legítima—dice—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 inalterable que no se resiente de las fluctuaciones de valor experimentados por los bienes hereditarios".

En esto coincide con Roca Sastre (183) cuando éste afirma que "la legítima tiene un valor económico *fijo, tasado, inmutable*, no susceptible de aumento o disminución a consecuencia de las variaciones de valor que, con posterioridad al fallecimiento del causante, se produzca en los elementos hereditarios. El aumento o depreciación de estos elementos lo recibe y soporta exclusivamente el heredero o herederos, pero no los legitimarios".

De esta última cuestión nos hemos ocupado antes (n. 11), mostrando cuál consideramos la interpretación correcta del artículo 818 del Código civil, y la correlatividad que, en nuestra opinión, existe entre la cuota de legítima y el haber relicto indiviso en las fluctuaciones de valor extrínsecas o nominales de éste.

Si la tesis de Roca Sastre no es aplicable a la legítima en términos generales y la distinción de G. G. Valdecasas no es admisible, como hemos visto al comienzo de este estudio (n. 3), no será posible la aplicación que él hace a la que denomina cuota de legítima. Pero, además, como hicimos notar en otra ocasión (184), aparte de que la interpretación del artículo 818 no permite esa distinción, tenemos un

(183) ROCA SASTRE, loc. últ. cit., pp. 199 y s.

(184) Cfr. nuestra crítica a la tesis de G. G. VALDECASAS, *Notas críticas*

argumento *ad absurdum* que nos parece contundente. 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 en el valor de los bienes relictos posteriores a la fecha del fallecimiento del causante, pero anterior a la partición, pueda no jugar a favor de los legitimarios? Y si, en el momento de fijar la legítima, ésta agota 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 —decíamos— 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 aplicarán a satisfacer la legítima, por consiguiente, los cuatro quintos de lo relicto” (en los que quedó fijada, al equivaler lo donado a un sexto de la suma de lo relicto y lo donado).

La tesis de Roca Sastre y G. G. Valdecasas que examinamos consideran la legítima como *pars valoris bonorum*, fijada *die mortis* y a satisfacer, generalmente, *in substantia bonorum*.

Rechazado que su fijación *die mortis* sea en valor dinerario, ello bastaría para excluir su carácter de *pars valoris bonorum* si fuese requisito de este tipo de legítimas su inmutable fijación en dinero. Pero, como antes hemos dicho, la naturaleza de la *pars valoris* no requiere que sea necesariamente así. Por eso necesitamos, además, recurrir a otra piedra de toque para juzgar de la inacceptabilidad de la teoría que examinamos.

Esta nos la proporciona el hecho, que no ofrece duda en el régimen del Código civil, por regla general al menos, de que el legitimario dispone en la práctica de la acción *familiae eriscundae* para pedir la división de la herencia y la determinación de su cuota, y no una mera acción personal para reclamarla como acreedor. Tampoco ofrece duda, en la práctica, que el heredero no puede satisfacer en bienes hereditarios su derecho a un legitimario sin contar con la aquiescencia de los demás legitimarios.

Estos dos datos nos confirman que la relación heredero-legitimarios es de comunidad y no un haz de relaciones crediticias —aunque sean generalmente de prestación en especie— entre el heredero y cada uno de los legitimarios. La descripción que el artículo 806 hace de la legítima, como “porción de bienes”, coincide, pues, con la tradición histórica del Derecho de Castilla y con la realidad práctica y vivida, que son incompatibles con la tesis de la legítima *pars valoris bonorum*.

B) *¿Puede admitirse, como regla general, que el testador, aun siendo la legítima “pars bonorum”, pueda ordenar su conmutación en metálico a uno o varios de los legitimarios, con tal de que los*

bienes que la integren queden, en su conjunto, en manos de los demás legitimarios del mismo grupo preferente?

14. Nos hallamos ante la tesis expuesta por Mario Armero Delgado (185) y desarrollada por Manuel de la Cámara Alvarez (186), al que trataremos de seguir para exponer fielmente resumidos sus razonamientos.

Rechaza Cámara la opinión dominante que venía manteniendo que aquellos preceptos del Código civil que autorizan el pago de la legítima en metálico son excepciones concretas de una regla general contraria (187).

Cree que del artículo 806, en cuanto a esta cuestión se refiere, “sólo es lícito inducir que, *en la duda*, tendrá derecho [el legitimario] a la legítima “in natura”...”, “es decir, cuando no haya normas que expresa o tácitamente, directa o indirectamente, permiten al testador disponer el pago en metálico. El artículo 806 no formula una regla general prohibitiva de esa posibilidad y, por consiguiente, no obliga a tratar como excepciones sujetas a rigurosa interpretación restrictiva los preceptos que recogen aplicaciones concretas de dicha posibilidad”.

En su opinión, los artículos 829 y 1.056, § 2.º, “evidentemente”, “carecerían de sentido si el derecho del legitimario en el Código civil fuera simplemente y en todo caso el de exigir en dinero el valor de su legítima. Pero no se oponen, ni resultan inexplicables, aunque se

(185) MARIO ARMERO DELGADO, *Testamento y particiones*, núm. 371, p. 459. A su juicio, la interpretación *sensu contrario* del art. 1.056, § 2.º, para deducir de ella que en los demás casos no puede el padre ordenar el pago de las legítimas en metálico si éste no existe en la herencia, es “errónea”, “porque el precepto citado no tiene el carácter de norma imperativa, sino simplemente facultativa”, puesto que el artículo “dice que el testador tiene esta facultad en ciertos casos, pero no dice que esté prohibido en los demás, si su ejercicio no contradice otros preceptos imperativos”, que, en su opinión, no los hay y el art. 815 así lo demuestra. “En resumen —concluye— el legitimario a quien el testador impone el pago en metálico en cantidad suficiente, tendrá que aceptarlo, carece de acción para impugnarlo, siempre que no se determine que la cantidad atribuida no es bastante.”

(186) MANUEL DE LA CÁMARA ALVAREZ, loc. últ. cit., pp. 903 y ss.

(187) Cfr. CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español, común y foral*, I-II, tema LX, p. 270; JULIÁN DÁVILA GARCÍA, *Herederos y legitimarios*, en *R.C.D.I.*, XIX, 1943, p. 666; ROCA SASTRE, loc. últ. cit., pp. 207 *in fine* y s.; ANGEL SANZ FERNÁNDEZ *Comentarios a la nueva Ley Hipotecaria*, Madrid, 1945, art. 15, 3.º, 1, p. 143; JOSÉ GONZÁLEZ PALOMINO, loc. últ. cit., 546 y s., nota; FLORENCIO PORPETA, loc. cit., pp. 201 y s.; AMADEO DE FUENMAYOR, *Intangibilidad de la legítima*, III, 2, en *A. D. C.*, I-I, pp. 64 y s.; MIGUEL ROYO MARTÍNEZ, *Derecho de Sucesiones*, cap. XVII, § 5, p. 188; J. L. LACRUZ BERDEJO, *Notas al Binder*, § 32, III, p. 300; MANUEL GONZÁLEZ ENRÍQUEZ, *Naturaleza y eficacia de la partición practicada por el testador*, en *R. D. P.*, XXXVIII, junio 1954, página 517; FRANCISCO ESPINAR LAFUENTE, *La herencia legal y el testamento*, Madrid, 1956, núm. 163, p. 359; JOSÉ PUIG BRUTAU, *Fundamentos...*, vol. V-III, cap. I, 4, B, p. 41; ALFREDO GARCÍA BERNARDO LANDETA, op. cit., pp. 114 y ss.; FRANCISCO BONET RAMÓN, *Compendio...* vol. cit., núm. 96, pp. 548 *in fine* y 549; EDUARDO MENÉNDEZ VALDÉS GOLPE, *Varitaciones...*, loc. cit., p. 184. También opinamos así en nuestros *Apuntes...*, I, *Resultados...*, A, b, p. 113 y II, § 5, p. 281, y *A. D. C.*, IV-II, p. 529 y V-III, p. 889.

reconozca que el testador tiene la facultad de disponer el pago en metálico”.

Cámara halla en el artículo 829 la clave para alcanzar la regla general contraria, es decir, la que acepta que el testador pueda ordenar que a un legitimario su originaria *pars bonorum* le sea satisfecha en dinero por otro de su mismo grupo de legitimarios a quien se le adjudique, además de la suya correspondiente, la porción de bienes que es conmutada a aquél en dinero.

Para ello trata de precisar su *ratio iuris*. A su juicio, “la reducción “ad valorem” que prevé el artículo 829 se establece exclusivamente para respetar, o cumplir mejor, la voluntad del testador. La compensación en metálico no está supeditada a la concurrencia de ninguna circunstancia especial en la cosa objeto de la disposición, ni requiere que con la mejora se persiga una finalidad concreta”. Por eso cree que esta norma “pone en entredicho tanto el carácter excepcional que se le atribuye como la necesidad de acometer su interpretación con un criterio severamente restrictivo”. Criterio, éste, que estima incompatible con el hecho, para él evidente, de que el artículo 829 se apoya “exclusivamente en el respeto a la voluntad del testador”, que cree es la única justificación posible de ese precepto. “Porque —dice literalmente— la finalidad primigenia del artículo 829 en este punto no es tanto reconocer al testador la potestad de establecer el pago en metálico de la legítima individual de sus hijos cuando mejore en cosa cierta, potestad que el artículo prácticamente da por supuesta, como presumir que, en ese caso concreto, el testador lo ha querido así, o lo hubiera establecido de haber tenido en cuenta que la mejora tenía que ser reducida.” El artículo 829, “lejos de confirmar, por vía de excepción, una supuesta regla general contraria, más bien constituye un serio indicio para dudar de su existencia”.

Según Cámara, “parece lógico entender que el mismo trato respetuoso debe merecer la voluntad testamentaria cuando se esté ante supuestos diferentes, siempre que no concurren razones que justifiquen una solución diversa”, que —insiste— “no puede encontrarse sin más en el artículo 806”.

Esta afirmación la apoya Cámara en su consideración de que: “Desde el punto de vista *objetivo*, la aplicación del artículo 829 no tropieza con ninguna limitación” (188).

Tal es, sin duda, la clave de su tesis y el punto que creemos débil de la misma. Pero veamos cómo lo razona:

—“No se exige que la cosa objeto de la mejora guarde cierta relación de homogeneidad con el resto de los bienes hereditarios”; pues, según había argumentado antes (189), como “se admite implícitamente que la cosa objeto de la mejora absorba toda la herencia o una parte tan grande ella que haga necesario el abono en metálico a los demás interesados, con eso cancela el Código prácticamente la discusión sobre

(188) CÁMARA, pp. 923 y ss.

(189) *Ibid.*, p. 780.

si la cosa puede o no ser de cualidad superior a la de los restantes bienes de la herencia”.

—“Ni se requiere que en la cosa concurren determinadas circunstancias o características”, “el sistema de la reducción en metálico preconizado por el artículo no está subordinado a que la cosa sea indivisible o a que padezca o pueda perjudicarse con la división, supuestos en que la doctrina anterior al Código admitía, por excepción, la posible compensación dineraria. El contraste entre el silencio del precepto sobre este extremo con lo que disponen los artículos 820-1 y el 832 (que remite al 1.062) corroboran que, para la mejora en cosa cierta, admite la ley la reducción “ad valorem”, abstracción hecha de la divisibilidad o indivisibilidad de su objeto”.

—“La mejora puede tener por objeto una cosa o varias. El artículo 829 comprende las dos hipótesis. Aunque la Ley utiliza el singular, es evidente que éste no ha sido empleado de intento, pues semejante restricción carecería de sentido. Jamás se ha puesto en duda, ni antes ni después del Código, que la mejora de cosa cierta podía referirse a una pluralidad de bienes”. Mejora en cosa cierta significa “mejora en bienes determinados, y es la contrafigura de mejora de cuota”, “puede consistir en un conjunto de cosas, *inclusive en todas las integrantes del patrimonio del testador*”, según había dicho López Jacoiste (190).

—“La mejora puede referirse o no a una universalidad, constituya o no una unidad orgánica...”, “debe ser suficiente que los bienes en cuestión estén determinados (“señalados” como decía la ley de 20 de Toro) con suficiente claridad, para que no haya dudas en su identificación”.

—“El testador puede mejorar en bienes determinados a un solo hijo o descendientes o a varios. Por consiguiente, también a todos menos a uno.”

El autor resume: “Sin salir, pues, de la aplicación literal del artículo 829, es posible que el testador instituya a uno o más hijos en el único bien de la herencia, o en una pluralidad de objetos que agoten prácticamente su patrimonio, y disponga que a los demás se les satisfaga con dinero la legítima estricta.”

Y aún da un paso más: sería inadmisibles que este resultado sólo se pudiera conseguir por medio del legado o de la institución “ex re certa” y no a través de una institución hereditaria normal “ex asse”. No tiene sentido exigir a quien desee dejar su patrimonio a un hijo y a los demás la legítima estricta en dinero (o a la inversa), que atribuya “uti singuli” todos y cada uno de los elementos que componen aquél. Estaríamos en presencia de un requisito inútil y perfectamente arbitrario”.

Por eso pregunta: “¿Será necesario que el testador mejore para que se pueda aplicar analógicamente el artículo 829? ¿O será admi-

(190) JOSÉ JAVIER LÓPEZ JACOISTE, *La mejora en cosa determinada*, Madrid, 1961, cap. IV, II, 1, p. 93.

sible que el testador deje todo su patrimonio a uno o más hijos (bien a través de asignaciones de bienes concretos, bien mediante institución regular), y disponga para los otros compensaciones pecuniarias que rebasen el monto de la legítima estricta de modo que equipare cuantitativamente a todos?"

"Para mí —responde— es clara la solución afirmativa. En el fondo del artículo 829, late el principio de que la legítima individual de los hijos o descendientes puede pagarse con metálico extrahereditario siempre que los bienes herenciales pasen "in natura" a otro hijo o descendiente legítimo. Ninguna razón abona que el derecho a la legítima "in natura" pueda ser eliminado si hay mejora y que, en cambio, sea intangible cuando el testador no quiera añadir a la desigualdad cualitativa otra desigualdad, más grave, de naturaleza cuantitativa."

Su conclusión principal es que el artículo 829, "rectamente interpretado, permite sostener", "que el testador está facultado para establecer, directa e indirectamente, el pago en metálico extrahereditario de la legítima individual de sus hijos y descendientes legítimos, a condición de que deje todos los bienes herenciales o una parte de ellos igual cuando menos a la total legítima colectiva, a otro hijo o descendiente legítimo. Es más, el precepto sólo se explica satisfactoriamente si se admite que constituye aplicación específica de la más amplia posibilidad que queda enunciada".

"El artículo 829 sólo facilita la distribución de la legítima colectiva entre sus destinatarios", por lo cual, "la atribución de todos los bienes hereditarios a un extraño, o a un legitimario de distinto rango con obligación de pagar en metálico, la legítima es un supuesto que difiere esencialmente del previsto por el artículo 829".

Pero Cámara (191) se da perfecta cuenta de una objeción que puede oponerle la doctrina dominante según la cual el artículo 1.056-2 tiene por verdadera función autorizar una excepción a la regla de que la legítima debe pagarse con bienes hereditarios. A su juicio, extraer esa "solución negativa del artículo 1.056-2 para evitar la presunta esterilidad del precepto y a través de una, en cierto modo, interpretación "a contrario" del mismo equivale a enfrentarlo insoslayablemente con el artículo 829", en el cual, según entiende Cámara, aun cuando admitiéramos que es también excepcional, esa excepción sería "mucho más amplia que la prevista por el artículo 1.056-2". Tanto que, a su juicio, "o se reconoce que el artículo 1.056-2 no tiene la función y el significado que se le asigna, o de lo contrario no hay más remedio que concluir que el artículo 829 y el 1.056-2 son dos preceptos manifiestamente antagónicos, puesto que del primero resulta [según la interpretación que como hemos visto tiene en opinión del propio Cámara] una potestad general de pago de la legítima individual en metálico, y del segundo vendría a deducirse regla general contraria".

(191) CÁMARA, loc. últ. cit., pp. 943 y ss.

De su estudio deduce que el artículo 1.056-2 "es una de estas tres cosas:

"a) Una norma que está en contradicción con el artículo 829 y que debe ceder ante éste..." Razones: El artículo 829 viene a representar "la culminación o punto final de una evolución que se inicia cuando las leyes 217 del Estiló y 19 de Toro abren brecha en la doctrina romanista que hacía recaer la legítima "in qualibet re hereditaria" (192), mientras el artículo 1.056-2 "carece, por el contrario, de precedentes y constituye un precepto nuevo en el Derecho español". "Los precedentes legislativos, tampoco arrojan ninguna luz sobre el segundo párrafo del artículo 1.056; en cambio "son muy expresivos por lo que respecta al 829", ya que confirman el valor *in natura* de la mejora inoficiosa, arbitrando una compensación en metálico, que el Anteproyecto 1882-1888 había propuesto también admitir en valores. "Los principios generales de nuestro sistema son favorables al artículo 829", pues si es cierto que el testador "goza de omnimoda libertad distributiva, por lo cual si puede dejar al legitimario cualquier bien hereditario elegido a su arbitrio siempre que su valor iguale al mínimo legal exigible, no parece razonable prohibirle que pueda ordenar el pago de ese valor en metálico, aunque no lo haya en la herencia, o no lo haya en valor suficiente, al menos siempre que se trate de la legítima individual de un legitimario."

"b) La simple aplicación a un caso particular de las soluciones y principios que resultan del 829."

"c) Un precepto que tiene por fin limitar excepcionalmente la potestad que tiene el padre de señalar a su arbitrio los bienes hereditarios destinados a pagar la legítima individual de sus hijos." Es decir, que excluye la compensación en otros bienes de la herencia y sólo la permite en metálico, ya sea hereditario o procedente de la venta de bienes de la herencia, o bien extrahereditario.

15. El examen crítico de esta interesante tesis, requiere que ante todo intentemos revisar, desde sus antecedentes históricos, su interpretación de la facultad de abonar el exceso en metálico que regula el artículo 829 C. c.

Comenzaremos por las leyes 19 y 20 de Toro.

Sabemos que la ley 19 de Toro permitió al padre, a la madre y abuelos "*señalar en cosa cierta, o parte de su hacienda el tercio e quinto de mejoría*", "*con tanto no exceda el dicho tercio de lo que montare o valiere la tercia parte de todos sus bienes al tiempo de su muerte*".

Dos puntos interesan a nuestro objeto, para interpretar este texto:

a) La facultad de señalar la mejora "*en cosa cierta, o parte de su hacienda*".

(192) Cfr. *supra*, n. 3, que es inexacta esta afirmación de nuestro querido compañero, puesto que precisamente esas dos leyes confirman la doctrina romanista que permitía pagar la legítima en cualquier cosa que no fuere *deteriori* o *sumptuaria*.

La cosa cierta había sido ya definida en la precedente ley 213 del Stilo cuando autorizó para mejorar “*en una cosa apartadamente de las suyas, mayormente si son casas o torres, o otra cosa que no se pudiese partir sin menoscabo de la cosa*”.

Cifuentes (193) dio por admitida la posibilidad de mejorar en varias cosas ciertas, puesto que alternativamente al comentar la ley habla de la asignación de la mejora “*in certa re vel rebus*”.

Pero, además, la ley XIX de Toro se refiere a la mejora “*en parte de su hacienda*”. Diego Castillo (194) la expresó como equivalente de “*vel in certa parte sive substantiae*”, y Tello (195) y Matienzo (196) de “*vel parte bonorum*”. Ya modernamente Llamas y Molina (197) pone como ejemplo de mejora comprendida en este supuesto de la ley 19, la hecha, v. gr., en todas las tierras de regadío.

b) La limitación de que no exceda de lo que “*valiere la tercia parte de los bienes al tiempo de su muerte*”.

Esta limitación es referida en la letra de la ley al caso de que la mejora fuese de tercio, pero había que referirla a la quinta parte caso de serlo de quinto, o a la tercera más la quinta si fuese mejora de tercio y quinto.

El interés se centra aquí, para nosotros, en el examen del supuesto de que la cosa o cosas asignadas excedieren del valor de dichos tercio o quinto, o tercio y quinto, en sus respectivos casos.

Los autores, que se plantearon esta cuestión, respondieron que sólo en el exceso quedaba revocada (198). Notemos, sin embargo, que en ese exceso, que no cabía en tercio y quinto de mejora, podía sostenerse imputándola a la legítima estricta del mejorado (si no era nieto hijo de hijo vivo y no desheredado justamente) conforme al criterio de imputación de la ley 29 de Toro (199).

(193) MIGUEL DE CIFUENTES, *Glosa...* cit., lex XIX Tauri, n. 3, ed. cit., fol. XXII vto.

(194) DIEGO CASTILLO, *Utilis et aurea glossa...*, lex XIX, pr. ed. cit., fol. 102 vto.

(195) TELLO FERNÁNDEZ, *Constitutionum Tauri...*, lex XIX, pr. cfr. ed. cit., fol. 163 vto.

(196) MATIENZO, *Commentaria...*, lib. 5, tit. 6, 23, gl. I, a, ed. cit., fol. 146 vto.

(197) SANCHE LLAMAS Y MOLINA, op. cit., ley 19, n. 7, ed. cit., vol. I, p. 350.

(198) Cfr. DIEGO CASTILLO, op. y loc. cit., i, fol. 102 vto. *in fine* y s.: “*alias revocatur donatio quatenus excedat tertiam et quintam partem bonorum testatoris*”; CIFUENTES, op. y lex cit., n. 1, fol. XXI vto.: “*quia quod excedunt revocabitur*”; COVARRUVIAS, *Variarum Resolutionum*, lib. I, cap. XIX, pp. 1 y 2, cfr. *Opera omnia*, ed. Lugduni 1586, vol. II, p. 248; MATIENZO, op. y lex cit., gl. III, núms. 1 y 2, fol. 147 vto.: “*Donatio excedens tertium et quintum revocatum quatenus dictam quantitatem tertii et quinti excedit, non in totum*”... “*ideo quia utile potest separari ab inutili, atque ideo per inutile non viciatur*”; ANDRÉS ANGULO, *Commentaria...* cit., lex 3, gl. 6, núm. 2, fol. 115 y vto.: “*Si autem res donata vel assignata pro melioratione excedat valorem tertii et quinti: revocanda erit in excessu*”... “*Quod autem solus excessus revocatur; probat etiam noster lex in istis verbis “con tanto no exceda”*”.

(199) Cfr. COVARRUVIAS, loc. últ. cit.: “*sequidem pater potest quamlibet ex filiis Quinta et Tertia bonorum partibus praeteris meliorare qua ratione si*

La ley 20 de Toro y, en especial, algunos de los comentarios a la misma nos ayudarán a proseguir este examen.

Esta ley 20, después de excluir la opción de los hijos y nietos del testador a pagar en dinero el valor del tercio y del quinto, señaló que: “*sino en las cosas que el testador ouiere señalado la dicha mejora del tercio y quinto, o quando no la señaló, en la parte de la hazienda que el testador dexare, sean obligados los herederos a ge lo dar, salvo si la hazienda del testador fuere de tal calidad que no se pueda convenientemente dividir, que en este caso mandamos que puedan dar los herederos del testador al dicho mejorado o mejorados el valor de dicho tercio y quinto en dinero*”.

Los comentarios a este texto, de Gómez Arias (200), Tello Fernández (201), Matienzo (202) y Andrés Angulo (203) nos parece sumamente interesantes para la interpretación del artículo 829 C. c. Distinguen, al efecto, dos supuestos:

a) *Si el testador señaló las cosas singulares en que debía satisfacerse la mejora de tercio y quinto.*

En este caso, afirmaron que no podía tener lugar la facultad del heredero de pagar la estimación en metálico, ni aun cuando las cosas no tuvieran cómoda división (al menos, según Tello, si la tradición real o ficticia de la cosa hubiese tenido lugar y, por lo tanto, el dominio pasado al mejorado). La solución la lograban adaptando al Derecho regio la doctrina de Bartolo y Baldo al comentar la ley *Sancimus*, § *Ne autem*, *Cod. De donationibus* (Cod. VIII-LIV, 34, § 1.º) y la ley *Scimus*, § *Repletionem*, *Cod. De inoffi. testamen.* (Cod. III-XXVIII, 36, § 1.º) y, así, resolvían que, si la cosa donada excediese del valor del tercio y del quinto, como el resto era legítima, si cómodamente no pudiese dividirse, debía acudir a su licitación, pero dando preferencia en ella a quien correspondiese la mayor parte (que normalmente sería el mejorado), para ofrecer la estimación a los dueños de las menores partes, según explican Gómez Arias, Matienzo y Angulo, si bien añaden éstos que a falta de acuerdo permanecerían en comunidad en tanto ésta no se disolviera judicialmente. “*Optio deferatur habenti maiorem partem et si non acceptat transit optio ad habentem minorem partem*”, precisó Gómez Arias (núm. 9).

donatio facta fuerit a patre filio, quae eius legitimam portionem excesserit, ipse filius censetur ea ex parte donationis quae praeter legitimam subsidiae Quintae et Tertiae bonorum partibus equivalet, omnino meliorat”. Por lo cual, la revocación se reducía a la legítima debida a los demás hijos una vez deducidos quinto y tercio.

(200) FERNANDO GÓMEZ ARIAS DE TALAVERA, *Subtilissima nec non valde utilis glossa ad famosissimas subtiles necessarias ac quotidianas leges Tauri*, ley XVIII, [XX], glos. a las palabras “Saluo si la hazienda”, núms. 6, 7, 8 y 9. Cfr. ed. Complutensis 1542, fol. CXXXII.

(201) TELLO FERNÁNDEZ, op. cit., lex XX, núm. 14, vers. *Unde elicitur*, fol. 172 vto.

(202) MATIENZO, op., lib. y tít. cit., lex IV, gloss. IV, 2 y 3, fol. 150 vto.

(203) ANGULO, op. cit., lex 4, gl. 4, núm. 1, fol. 121 vto.

b) Si el testador no señaló las cosas con que debía satisfacerse la mejora de cuota.

En este caso si la herencia resultase indivisible, como sea que el hijo mejorado era también heredero en su legítima, resultaba —según subrayaron Gómez Arias, Tello y Matienzo— que debía aplicarse el criterio particional de dar preferencia al titular de la mayor parte para pagar a los demás en dinero lo que les correspondiese conforme la estimación de la cosa y con licitación ante el juez a falta de acuerdo. Matienzo invoca al efecto la ley final, tit. 15 de la 6.^a Partida, en la que en sus apartados segundo, tercero y cuarto al hablar de los poderes del juez, se lee: “*E porende quando el viesse que alguna casa o viña que deuia ser partida entre ellos, se menoscabaría mucho por fazer muchas partes de ella, bien pudiese mandar que la haya toda el uno, o los dos. E puede fazer obligar, a aquel o aquellos que la ouïren, que den por su parte a cada uno de los otros tantos maravedís quanto el estimare que podrían valer las sus partes, que auia en aquella casa, o en aquella viña, si partida fuesse. Esso mismo deve fazer en las cosas que son atales, que non se pueden partir segund natura quisadamente, assi como cavallo, o otra bestia: ea deuelo apreciar, quanto vale, e darlo al uno e mandarle, que segund aquel apreciamiento, que de su parte a cada uno de los otros en dineros; e los herederos son tenudos a fazer lo que les el Juez mandare en esta razón.*”

Ayerve de Ayora (204), al comentar este texto, señala como soluciones por las que el Juez puede decidir: el sorteo, la licitación, la adjudicación al que tuviese la mayor parte, siempre a calidad de abonar el adjudicatario a los demás herederos su parte en dinero.

El artículo 661 del Proyecto de 1851 al regular la mejora en cosa cierta señaló este límite: “con tal que el valor de ésta [la cosa] no exceda de la medida legal de aquélla” [la mejora] (205). Más explícito fue el artículo 814 del Anteproyecto 1882-1888, que dice: “El que hace la mejora podrá señalarla en cosa cierta, con tal que el valor de ésta no exceda del tercio destinado a la mejora, de la cuota disponible y de la legítima correspondiente al mejorado, debiendo éste abonar a sus hermanos la diferencia, si la hubiere, en metálico o en valores.”

Podemos decir, pues, que el artículo 814 del Proyecto recogió el criterio de la ley 19 de Toro con respecto a la mejora en cosa cierta ordenada por el causante, complementada con la solución propuesta por Gómez-Arias, Matienzo y Angulo, en caso de que la cosa cierta excediera de la mejora y legítima del mejorado y no tuviere cómoda división, con las siguientes particularidades: a) no alude a que la cosa no tuviere cómoda división; y, b) prevé la compensación no sólo en metálico sino también en valores.

(204) AYERVE DE AYORA, op. cit., I parte, cap. I, núms. 12 y ss., fol. 3 y vto.

(205) Nada dice acerca de la cuestión que citamos la glosa de GARCÍA GONENA, op. y vol. cit., art. 665, pp. 108 y s.

El artículo 829 C. c. dispone que: “*La mejora podrá señalarse en cosa determinada. Si el valor de ésta excediere del tercio destinado a mejora y de la parte de legítima correspondiente al mejorado, deberá éste abonar la diferencia en metálico a los demás interesados.*”

Con respecto a su precedente inmediato, artículo 814 del Anteproyecto, se observan las siguientes modificaciones: a) no habla de la imputación de la mejora a la cuota disponible; b) no alude a la posibilidad de compensar en valores, y c), en lugar de referir la compensación “a sus hermanos”, la refiere “a los demás interesados”, expresión que puede comprender no sólo a los descendientes de hermanos premuertos y al viudo o viuda, sino también, en su caso, a los destinatarios del tercio de libre disposición.

A la primera y la tercera modificación no se les puede dar más trascendencia que la de prever que la mejora de cosa cierta, por presuponerse que esta fue la voluntad del testador, no se impute al tercio libre salvo si otra cosa no resultare de aquella interpretando el testamento conforme previene el artículo 675 C. c. (206) y, consiguientemente, la de admitir que pueden haber destinatarios de ese tercer tercio a quienes haya que compensar. La no aceptación de la propuesta admisión de la compensación en valores, no parece sino indicar que prevaleció el criterio de que, en este punto, el Proyecto iba demasiado lejos.

16. Tres puntos del artículo 829 nos interesa examinar: a) Si realmente no es requisito para la compensación en metálico que la cosa determinada no admita cómoda división; b) Si entre las cosas determinadas cabe incluir explotaciones agrícolas o industriales u otras universalidades o cosas complejas. c) Y cómo debe procederse —a la reducción o a la compensación— cuando la mejora comprenda varias cosas determinadas.

a) El requisito de la *cómoda división*, como hemos visto, no estaba expresado en la ley 19 de Toro, que tampoco preveía la compen-

(206) Cfr. nuestro trabajo *La mejora tácita...*, VII, 1, c, en *An. Ac. Matr. del Not.*, VIII, pp. 73 y ss., donde indicamos que, frente a los autores con postura literalista que excluyen la aplicación al tercio de libre disposición de la mejora de cosa determinada, como SCAEVOLA, SÁNCHEZ ROMÁN, LACOSTE, DE DIEGO, CASTÁN, ROMERO VIEITEZ, FERRARA, FUENMAYOR y, a regañadientes, URIARTE, BERASÁTEGUI, que califica el artículo de monstruoso, no habían faltado autores que, más o menos tímidamente, como MANRESA, MORELL y VALVERVE VALVERDE, aceptaron la aplicación a la parte libre de la mejora de cosa cierta en cuanto aquélla no estuviese cubierta por disposiciones que expresamente se le imputaran. Defendimos esta opinión con argumentos principalmente históricos. A ella, después de nuestra conferencia dada en enero de 1950, se han sumado entre otros: ROCA SASTRE. *Notas al Derecho de Sucesiones* de Kipp, Madrid, 1951, vol. 2, cap. VII, Apéndice, IV, p. 362; J. J. LÓPEZ JACOISTE, *La mejora en cosa determinada*, Madrid, 1961, cap. V, III, 1, pp. 164 y ss.; CÁMARA ALVAREZ, loc. últ. cit., pp. 914 y ss.; PUIG BRUTAU, *Estudios...*, V, III, cap. I, 5, VIII, p. 70 y ss.; FRANCISCO BONET RAMÓN, *Código civil comentado*, Madrid, 1964, art. 829, p. 654. En el mismo sentido cabe invocar la muy anterior S. de 5 de noviembre 1925.

sación en metálico por el mejorado, y sin embargo, una y otra, aparecen contempladas en sus comentarios a la ley 20 por Gómez-Arias, Tello-Fernández, Matienzo y Angulo. Es decir, que la innovación del artículo 814 del Anteproyecto y del 829 C. c., por lo que se refiere a la indemnización en metálico, sólo lo es en cuanto al texto literal de la ley, pero no con respecto al Derecho anterior totalmente considerado. La inexpressión, en ese caso, del requisito de que la cosa no tenga cómoda división, ciertamente pudiera significar una innovación siempre y cuando de la completa interpretación y si fuese preciso integración de la norma, resultare efectivamente que aquél no es hoy requisito. Pero, por el contrario, también podría resultar que continuara siéndolo o, finalmente, que su inexpressión significara la presuposición de que en toda mejora en cosa determinada ésta no admite cómoda división. Ahí está la cuestión que ante todo debemos dilucidar.

Notemos, primero, que es lógicamente presumible la voluntad del testador de que el mejorado reciba íntegra la cosa determinada, y, segundo, que esa voluntad no puede tener obstáculos en el tercio de mejora y en la parte de libre disposición, aunque haya otros destinatarios de estas cuotas sin asignación de cosa determinada. Lo que el testador pudo no haber conferido, tanto más puede no atribuirlo en bienes sino en su equivalente en metálico, sin límite de personas tratándose de la parte de libre disposición, y con tal de que su sustancia y dinero no salgan del orden de los descendientes legítimos tratándose del tercio de mejora (a salvo, es claro, la legítima viudal) (207).

El problema se circunscribe tan solo en lo que afecta a la legítima estricta de los demás descendientes, que es donde rozamos los límites de la libertad de disponer del causante.

Si la legítima es porción de bienes y la cosa determinada en que consiste la mejora es susceptible de cómoda división, ¿cabe al causante imponer la indemnización en dinero?, ¿es esto lo que presupone y acepta el artículo 829?

Tenemos una cosa en comunidad entre varios legitimarios de los cuales uno es el mejorado. El Código civil previene, en varios artículos, varias fórmulas para resolver esas comunidades causadas por la sucesión.

1.º) El precepto más general es el artículo 1.062, que con referencia a la partición y cuando no exista ningún dato específico que conduzca a otra solución, admite indiscriminadamente que una cosa *indivisible* o que *desmerzca mucho* por su división, se adjudique “a uno, a calidad de abonar a los otros el exceso en dinero”; aunque en su § 2.º añade: “Pero bastará que uno solo de los herederos pida su venta en pública subasta, y con admisión de licitadores extraños, para que así se haga.”

2.º) En segundo lugar tenemos los artículos 821 y 822, que contemplan “el legado sujeto a reducción” que “consista en una

(207) Cfr. CÁMARA, loc. últ. cit., p. 931.

finca que no admita cómoda división”, y aceptan como criterio el de que ésta quede para el legatario si su porción resultante de la reducción es mayor que la de los herederos forzosos, o para éstos en caso contrario, pero previniendo que “aquel y éstos deberán abonarse su respectivo haber en dinero” (art. 821, § 1), o, en ambos casos, a la inversa si ese derecho no quisiere usarlo aquel a quien se le concede en primer lugar; y, finalmente, acude al recurso de la venta en pública subasta, a instancia de cualquier interesado, si tampoco hubiese querido usar del derecho aquel a quien le correspondió en segundo grado (art. 822).

El artículo 821, en su § 2.º, contiene una regla especial: “*El legatario que tenga derecho a la legítima podrá retener toda la finca, con tal de que su valor no supere el importe de la porción disponible y de la cuota que le corresponda por legítima.*” Párrafo que debe interpretarse en relación con el anterior, pues de lo contrario llevaría literalmente al absurdo de que el legatario que fuese además legitimario sólo podría quedarse la finca si ésta no superase su legítima y la porción disponible, mientras el legatario extraño puede optar por quedársela con tal de que su participación cubra más de la mitad. Su significado, pues, no puede ser otro que determinar: 1.º) Que el exceso del legado respecto la parte que resulte disponible, se imputará a la legítima del legatario. 2.º) Que, si aún excediere el legado del valor de la parte disponible y de la legítima del legatario, éste para quedarse con la cosa legada deberá abonar en dinero a los demás legitimarios el valor que, en virtud de la debida reducción, les corresponda. Queda flotando la duda —como veremos— de si la prelación, para quedarse con la finca, se halla condicionada, como en el § 1.º, a que después de la reducción le corresponda al legatario la mayor parte de aquélla.

Lo que resulta con toda evidencia de los artículos 821 y 822 es que tan solo se da como último recurso el derecho a pedir, con admisión de licitadores extraños, la venta en pública subasta de la cosa que sea indivisible o desmerezca mucho con la división. Este derecho que, conforme la regla general del artículo 1.062, corresponde a todo heredero, en cambio, cuando se trata de un legado sujeto a reducción que desmerezca mucho con su división, sólo se puede ejercitar a instancia de cualquiera de los interesados, en un tercer grado, es decir, cuando ni el legatario ni los legitimarios hayan usado su derecho a quedarse con la cosa y compensar en dinero, con preferencia de uno u otros en primero o segundo grado según sea partícipe de la mayor parte aquél o éstos.

Aunque García Goyena (208) no señaló antecedentes españoles al artículo 650 del Proyecto de 1.851, precedente del § 1, artículo 821 C. c., sino tan sólo el extranjero de los artículos 735 y 736 sardos, es lo cierto que aquél recogía los comentarios de Gómez

Arias, Tello Fernández, Matienzo y Angulo a la ley 20 de Toro, que antes hemos visto referidos al legado de quinto.

Y también es de notar que el adicionado § 2.º recoge plenamente el criterio de estos autores en el supuesto de que la mejora fuese de cosa determinada, a pesar del que en la nota puesta al artículo 806 del Anteproyecto 1882-1888, que introdujo este párrafo, sólo es invocado como precedente suyo el artículo 826 del Código italiano de 1868 (209).

Es de observar que el testador puede variar estas reglas. Así:

— Puede excluir la aplicación del artículo 1.062, § 1, asignando a un solo heredero la cosa, a calidad de que éste compense a los demás herederos con otros bienes aunque éstos sean de distinta naturaleza, calidad y especie (como resulta del artículo 1.056, § 1.º).

— Puede ordenar que la cosa indivisible se adjudique al mayor partícipe y que éste abone a los demás su porción en metálico, suspendiendo la regla del 1.062, § 1, solución que halla fundamento analógico en el artículo 821, § 1.º

— Puede invertir el orden de prelación de los artículos 821 y 822, por lo menos para dar preferencia a los legitimarios si éstos son los menores partícipes, o para ordenar que, sin previas opciones, se acuda a la pública subasta para resolver el indiviso.

— Más que dudoso, parece, en cambio, inadmisibles que también pueda ordenar la preferente adjudicación al legatario extraño, a calidad de abonar el exceso a los legitimarios, en el caso de que éstos resulten los mayores partícipes de la cosa.

Notemos que, si bien la ley 20 de Toro, para el supuesto de mejora del tercio o quinto de parte de su hacienda —no de cosa determinada— y de no resultar esta parte cómodamente divisible, concedió opción al heredero o herederos para satisfacer la mejora en dinero o en parte de los bienes, ello no obstó para que se entendiera, como hizo Angulo (210): “nisi aliud constat de voluntate meliorantis, quia etiam si bona commoda dividi possunt, poterit adhuc solvi estimatio, si constat hoc voluisset. Et per contrarium, quando hereditas commode dividi non potest; adhuc erit solutio in corporibus faciendam si constet hoc voluisset poterit, quando se retulit ad corpora hereditaria: iubendo dare pro indiviso, ex doctrina Baldi...”

3.º) En tercer lugar tenemos el supuesto del artículo 829 que, comparado con el del artículo 821, ofrece las siguientes diferencias, por lo menos en su expresión literal:

a) El artículo 821 trata del *legado*, el 829 de la *mejora* y, en consecuencia, mientras el 821 § 2.º imputa la cosa a la porción disponible y a la cuota que al legatario le corresponda en la legítima, en cambio el 829 la imputa al tercio destinado a la mejora y a la parte de legítima correspondiente al mejorado. Regresando a la ley 19 de Toro podemos decir que el artículo 829 se refiere inicialmente a la

(209) Cfr. la edición del Anteproyecto cuidada por MANUEL PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, p. 249.

(210) Cfr. ANDREA ANGULO, op. cit., lex 4, gl. 5, núm. 1, ed. cit., fol. 122.

mejora de tercio, y el 821, § 2.º, a la de quinto (hoy legado del tercio de libre disposición), pero que ello ha de entenderse sin perjuicio de que ambas disposiciones puedan extenderse a la otra cuota como hemos visto antes respecto del artículo 829 (211) y como, en otra ocasión, hemos afirmado del artículo 821, § 2.º, relacionándolo con el artículo 828 C. c. (212).

β) El artículo 821 subordina que la adjudicación al legatario, con la consiguiente compensación por éste en dinero, a que se trate de “una finca que no admita cómoda división”, mientras que el artículo 829 sólo habla de “mejora en cosa determinada” sin otra precisión.

Esto suscita una duda: ¿han de completarse, a este respecto, ambos preceptos? ¿Debe extenderse el criterio del artículo 821 a todo legado de cosa —aunque no sea inmueble— que no admita cómoda división, y debe restringirse el artículo 829 a la mejora de cosa que no admita cómoda división? O bien, ¿ambos preceptos no sólo se diferencian por referirse uno a los legados y el otro a las mejoras, sino también en sus requisitos, menos exigentes en el 829, en cuanto no sea necesario para su aplicación que la cosa determinada objeto de la mejora no admita cómoda división?

γ) El artículo 829 resuelve que la cosa queda para el mejorado y que éste compense el exceso; y el 821, completado con el 822, prevé, además, subsidiariamente el supuesto de que el legatario no opte por quedarse íntegramente la cosa legada y abonar en dinero la compensación que corresponda.

δ) El artículo 821 da preferencia al legatario para que se quede con la finca legada si la reducción de su legado no absorbe más de la mitad del valor de aquélla, mientras que el artículo 829 atribuye en todo caso la cosa al mejorado. Cierto es, sin embargo, que del § 2.º del artículo 821 quizá pueda deducirse que si el legatario es a la vez legitimario, la prioridad en la opción será siempre suya, o tal vez ésta se presuponga porque normalmente la mayor parte de la finca le corresponderá ya que sumará los conceptos de legatario y legitimario.

17. ¿Existe una *ratio* diferente, derivada de la primera diferencia expresada, que justifique que en la regulación del supuesto del artículo 821, § 1.º, se den con respecto a la solución de la hipótesis del artículo 829 las otras tres diferencias expuestas que parecen resultar de sus letras respectivas.

Creemos que la tercera diferencia es puramente textual y que, por lo tanto, la regulación de los artículos 821 y 822, al ser más completa,

(211) Cfr. *supra*, nota 206.

(212) Cfr. *La mejora tácita*... IX, 4, loc. cit., pp. 132 y ss. En igual sentido: ROCA SASTRE, *Notas* al Kipp, vol. cit., cap. VII, Apéndice *La mejora*, IV, p. 362; LACRUZ BERDEJO, *Notas* al *Derecho de Sucesiones*, de JULIUS BINDER, Barcelona, 1953, § 33, p. 308; LÓPEZ JACOÏSTE, op. cit., cap. VI, II, 6, p. 151, y CÁMARA ALVAREZ, loc. últ. cit., p. 938.

debe servir para complementar la del artículo 829 siempre que se de el caso de que el mejorado no quiera o no pueda abonar el exceso en metálico a los demás interesados.

Por lo que se refiere a la duda acerca de la realidad o mera apariencia de la segunda de las diferencias literales, veamos cómo la plantea y resuelve Manuel de la Cámara (213), al contestar a su propia pregunta de si, el texto del artículo 821, § 2.º, significa “¿...que todo legado inoficioso hecho a un legitimario debe ser reducido “in natura”, salvo que se trate de legado de finca que no admita cómoda división si la reducción no absorbe más de la mitad del valor de la finca? La respuesta negativa es indudable al menos para el caso de que el legado inoficioso tenga carácter de mejora, pues entonces entrará en juego el artículo 829, que permite al legatario mejorado imponer la reducción en metálico. Ello nos prueba, sin más, hasta qué punto sería improcedente aplicar de modo absoluto y sin las debidas discriminaciones la regla general que implícitamente apunta el artículo 821”. Y añade aún: “Cuando el legatario sea un hijo o descendiente legítimo con derecho a legítima, y el legado tenga carácter de mejora, el legatario podrá retener toda la finca, aunque ésta sea cómodamente divisible y su valor rebase el de la porción disponible y el de su legítima. El legatario sólo estará obligado de acuerdo con el artículo 829, a satisfacer a los demás herederos forzosos el exceso en metálico.” Con ello estima demostrado “que el artículo 821-2 es perfectamente compatible con la reducción en metálico, aunque no se esté en la hipótesis específica de legado de finca que no admita cómoda división”.

“En cambio —añade—, si parece que el artículo 821-2 impide extender más allá de los límites estrictos la potestad que el artículo 829 atribuye al mejorado de pagar con metálico el exceso o diferencia, aunque el testador no lo haya establecido así”, pues cree que esta potestad “sólo puede fundamentarse en la voluntad presunta del testador. Pero esta presunción no puede jugar más que en la mejora de bienes determinados”, “porque del artículo 821 resulta que la regla general en materia de reducción es la reducción “in natura”. Regla que, a su juicio, tiene “un valor imperativo o un valor dispositivo” según “quién sea el destinatario de la liberalidad inoficiosa”, esto es, según sea o no sea el destinatario hijo o descendiente del causante.

Por lo tanto, Cámara distingue en el artículo 821 un supuesto en el cual la cosa para dar lugar a la reducción *ad valorem* no ha de ser susceptible de cómoda división, cuando el legatario no es hijo ni descendiente legítimo, y otro supuesto, si el legatario reúne esa circunstancia, en el cual el § 2.º se completa con el artículo 829, y, por ello, no es preciso que la cosa no admita cómoda división para que no haya reducción *in natura* sino *ad valorem*.

Claro es que nuestro querido compañero parte de que esta úl-

(213) CÁMARA ALVAREZ, loc. últ. cit., pp. 936 y ss.

tima es la regla del artículo 829, basado en que su texto no exige que la cosa determinada no sea susceptible de cómoda división para excluir la reducción *in natura* y dar lugar a la compensación en metálico. Con ello presupone que el texto del artículo 829, en este punto, es completo y no requiere integración.

Sin embargo, esta afirmación nos parece discutible.

Así, SÁNCHEZ ROMÁN (214) trató de conjugar el artículo 829 con el 1.062, con lo que presupuso implícitamente que aquél se refería a la mejora de cosa indivisible o que desmereciera mucho con la división. destacó el hecho de que el artículo 1.061 habla de *coherederos* y el 1.062 atribuye a uno solo cualquiera de los *herederos* la posibilidad de exigir la venta de la cosa indivisible en pública subasta, mientras que el artículo 829 habla en otros términos de indemnizar a los *demás* interesados, entre los que caben los destinatarios de la parte disponible, de lo cual indujo que el artículo 829, sin interferirse en el derecho de uno cualquiera de los *herederos* a pedir la venta en pública subasta que previene el artículo 1.062, sólo se aplica respecto de los “demás interesados” en su “especial supuesto de mejora con señalamiento de bienes en cosa determinada”.

También Morell y Terry (215) se preguntó si, en el supuesto de reducción del artículo 829, no será posible que cualquier coheredero pueda pedir la venta en pública subasta de la cosa indivisible, aunque contestara negativamente: “Parece que no; la ley le da desde luego el carácter de indivisible, aunque no lo sea, puesto que aun excediendo su valor de lo que el mejorado puede recibir, quiere que se entregue toda ella, abonándose en metálico la diferencia, y no hay razón para privarle de ese derecho. Solamente en el caso de que no pueda abonar esa diferencia en metálico podrán convenir los interesados, ya en que se abone en otra clase de bienes, ya en que se proceda a su venta o se divida si es posible, ya en que se adjudique a otro u otros, abonando éste o éstos a los demás lo que pueda resultar de exceso o diferencia”.

Subrayemos la afirmación de Morell de que en la mejora en cosa determinada “la ley le da el carácter de indivisible, aunque no lo sea”. En cuanto al resto de sus afirmaciones hagamos la salvedad de que el artículo 822 relega, para el supuesto del artículo 821, a tercero y último remedio la venta en pública subasta, que es precedida por la atribución de la cosa a los legitimarios a calidad de compensar en dinero al legatario. Lo cual nos parece analógicamente aplicable al supuesto del artículo 829.

No hay, pues, colisión con el artículo 1.062 sino una excepción a la regla de éste en tanto el asignatario o, de no hacerlo él, los demás interesados paguen la compensación en dinero.

Pero vayamos al primer punto concreto que aquí nos interesa es-

(214) SÁNCHEZ ROMÁN, *Estudios...*, VI-II, cap. XVII, núm. 35, p. 1206.

(215) JOSÉ MORELL Y TERRY, *Mejoras*, en *Estudios sobre el Código civil*, Madrid, 1894, pp. 56 *in fine* y s. y R. G. de L. J., pp. 578 y s.

pecialmente, relativo a si la indivisibilidad de la cosa o su incómoda división es, o no es, requisito para que pueda imponerse, a los legitimarios que no puedan exigir la reducción *in natura* de la mejora, sino la compensación *ad valorem* que el artículo 829 previene.

Manresa (216) destacó: “Obsérvese que no se exige que se trate de cosa indivisible o de difícil división. Sea como sea, el testador quiso que la recibiese el mejorado, y la ley, respetando esa voluntad, se la asigna íntegra, si bien, exige que se abone *en metálico* la diferencia a los demás interesados”. No obstante, una página después, añade que: “El objeto de este artículo es principalmente evitar la indivisión y la división de fincas, almacenes, talleres, fábricas, etcétera, manteniendo a ser posible su unidad con arreglo a voluntad del causante”.

Según López Jacoiste (217), en el artículo 829 C. c. la “*conservatio rei*” no está fundada “en una supuesta indivisibilidad ni en otra cualidad objetiva de la cosa, sino en la tipicidad misma de la figura, no es sino una prueba del favor con que cuenta la mejora en nuestro sistema sucesorio”... “En su virtud, la mejora en cosa cierta se presenta con una elasticidad, fundada en la mera naturaleza de su título o calificación, que difícilmente se encuentra en otras instituciones sucesorias.”

Con estos datos y argumentos a la vista no podemos menos que preguntar si nuestros queridos amigos y compañeros López Jacoiste y Cámara Alvarez extraen de la letra del artículo 829 un contenido que excede de cuanto una interpretación histórica, finalista y sistemática del precepto puede confirmar.

Es cierto que el artículo 829 C. c. no exige literalmente que la cosa determinada objeto de mejora sea indivisible, o que desmerezca mucho con ella, ni que, al menos, no sea cómodamente divisible, para que se exima al mejorado de sufrir su reducción en sustancia, en caso de resultar inoficiosa la mejora dispuesta. Pero, ¿por qué es así?, ¿porque sólo contempla el caso general de que sea la cosa indivisible o de incómoda división?, ¿porque estima que el precepto ya tiene su complemento en el artículo 821?, ¿porque confía al buen juicio del testador la apreciación en cada caso de si se da la característica de no ser cómodamente divisible la cosa o de desmerecer mucho con su división, juicio que en este caso sólo sería revisable por los Tribunales cuando patente y evidentemente no correspondiese a la realidad?; o bien, ¿porque realmente en el mismo se ha querido establecer una regla especial distinta para la mejora, que alterara de modo general entre los colegitimarios el sistema castellano de las legítimas y dejara al arbitrio del testador determinar que, mediante la compensación en dinero extrahereditario a los demás legitimarios, la porción de bienes re-

(216) MANRESA, *op. cit.*, vol. VI, art. 829, ed. cit., pp. 439 y s.

(217) LÓPEZ JACOISTE, *op. últ. cit.*, cap. VII, II, 1, pp. 186 y s.

servada a todos ellos quede en manos sólo de uno o de varios de ellos?

Nos parece un poco fuerte aceptar en principio esta última posibilidad. Estimamos atrevido sostener que la admisión de la compensación en dinero entre colegitimarios, por voluntad del testador, resulte ser regla general de un modo indirecto, precisamente inducida a través de un artículo específico y en virtud de su interpretación rigurosamente literal, primero, y, luego, a su elevación a regla general mediante una analogía muy extensiva.

Un examen histórico (218) nos muestra que las leyes 19 y 20 de Toro y sus comentaristas, partieron siempre de distinguir si las cosas o la parte de hacienda admitían o no cómoda división. Una interpretación finalista nos lleva a preguntar: ¿por qué el título de mejora ha de dar a la voluntad del testador una fuerza desconectada de toda circunstancia de hecho que la justifique? Y una visión panorámica, y sistemática del Código civil nos muestra que ningún otro precepto concede esta facultad en materia de legítimas de hijos y descendientes legítimos si no hay una razón objetiva que lo aconseje, como la hay en el artículo 1.056, § 2. Por eso, no creemos posible llegar con tanta seguridad a ese resultado, que no es acorde totalmente con la norma general de que la legítima es, en principio —por lo menos tratándose de los descendientes y ascendientes legítimos—, porción de bienes reservada a cada legitimario.

El mismo Cámara (219), aun con su criterio restrictivo del artículo 806, reconoce que de éste, “es lícito inducir, que en la duda, el legitimario tendrá derecho a su legítima *in natura*”. Es esto lo menos que puede concederse a un precepto que recoge la regla de que la legítima es *porción de bienes*. “En la duda —explica Cámara—, es decir, cuando no haya normas que expresa o tácitamente, directa o indirectamente, permitan al testador disponer el pago en metálico”. ¿Es el artículo 829 una de estas normas o, incluso, la norma clave que lo permita? Así lo es para este autor (220), según el cual: “Sería absurdo sostener que el testador no está facultado para ordenar, directa y expresamente lo que el Código le permite conseguir indirectamente”. Sin embargo, este razonamiento puede invertirse y puede preguntarse si dado que la legítima es inicialmente *pars bonorum* e inicialmente los legitimarios tienen derecho a recibirla *in natura*, cabe entender o no que en la duda sea correcto entender un precepto en el sentido de que dé lugar a que se autorice el pago en dinero de modo general. Y, a la vista de que no hay norma alguna que directamente y como regla general permita al testador ordenar el pago en metálico, parece lógico entender que no es correcta una interpretación que indirectamente, a través de generalizar

(218) Cfr. en este sentido GARCÍA BERNARDO, op. cit., pp. 118 y s.

(219) CÁMARA, loc. últ. cit., p. 905.

(220) CÁMARA, p. 928.

una norma particular, haga posible lo que directamente no se halla autorizado en ningún precepto.

Notemos que en los demás supuestos en los cuales, sea por pura razón objetiva —art. 1.062—, sea por derivación indirecta de la voluntad del testador —art. 821— o bien dimanando directamente de ésta —art. 1.056, 2—, es compensable en dinero la legítima de descendientes legítimos, este resultado se funda en la indivisibilidad de la cosa, o en el deterioro que en ésta produciría su división, o en lo incómoda que ésta resultaría. Siendo así, ¿por qué no suplir en ese mismo sentido el silencio del artículo 829? (221). El propio Manresa, como hemos visto, ve la *ratio* del 829 en evitar la proindivisión o la división de fincas, almacenes, talleres, fábricas, etc. El hecho que literalmente no lo exija el artículo no creemos que pueda significar otra cosa sino, a lo más, que éste parte de la presunción de que la cosa determinada es indivisible, por lo que el criterio del testador sólo es revisable por los Tribunales cuando evidente y ostensiblemente la cosa sea cómodamente divisible sin deterioro alguno ni desvalorización importante de la misma.

18. b) La segunda cuestión, es la relativa a si entre las cosas determinadas, a que el artículo 829 se refiere, cabe incluir las explotaciones agrícolas o industriales o de otra clase, o universalidades y cosas complejas.

No vemos obstáculo en admitirlo. Ciertamente es que, en ese caso los artículos 929 y 1.056, § 2, podrían coincidir objetivamente, pero siempre entre ellos habría la diferencia importante de que el testador actúa en el primero por vía de mejora, sin excluir normalmente como herederos a los legitimarios no mejorados, mientras que, en la *ratio* del artículo 1.056, la fórmula de atribución de la explotación admite, incluso, la institución en ella de uno solo de los hijos con asignación a los demás de su legítima estricta en dinero e, inversamente, la institución de todos por partes iguales con asignación a uno solo de la cosa, siempre a calidad de abonar su parte en dinero a los demás. El 829 regula un procedimiento de mejora expresa, mientras que en el 1.056, § 2, la mejora —si la hay— resulta generalmente de modo tácito. Por eso, el artículo 829 es complementado con el artículo 1.056, § 2, sin contraponerse ni resultar ninguno inútil.

c) El último problema a examinar, esto es, si la mejora a que

(221) En ese sentido dice GARCÍA BERNARDO (loc. últ. cit., p. 119) que: “Esta cuestión de la indivisibilidad o de la incómoda división preside como principio el Código civil (arts. 401, 404, 654-2, 821, 1.062), si bien está silenciada en el art. 829, lo que no quiere decir que no esté presupuesta o que no constituya una laguna que debe colmar este principio”. Igualmente, si bien en términos más duros, opina MENÉNDEZ-VALDÉS GOLPE (loc. cit., I, c, p. dg. 178) que la finalidad del art. 829 “es evitar la división de la “cosa” que se ha dado como mejora; si se pretende utilizar su contexto literal para obtener un resultado contrario a la Ley que excede de la finalidad perseguida por el texto utilizado, nos hallaremos ante un caso de fraude de la Ley que no puede prosperar”.

se refiere el artículo 829 puede comprender varias cosas determinadas, nos parece que puede resolverse afirmativamente; pero propiamente la cuestión no radica en esto, sino en precisar la forma en que deberá efectuarse, en ese caso, la reducción de la mejora si ésta resultare inoficiosa.

Fuenmayor (222) ha escrito que el artículo 829 puede solucionar casos en los cuales “no pueda correctamente calificarse de explotación agrícola al conjunto de bienes de la herencia”, y añade que bastará entonces “incluir concretamente en la mejora cada uno de los bienes que quieran hacerse llegar a manos del petruccio”. Para López Jacoiste (223) la mejora en cosa determinada también “puede consistir en un conjunto de cosas, inclusive todas las integrantes del patrimonio del testador”. Y, según Cámara (224), es totalmente eficaz su aplicación tanto si el patrimonio hereditario lo constituye un solo objeto como varios dejados todos como mejora de cosa determinada, y que, en uno y otro caso, “su atribución al mejorado se mantiene firme, aunque ello le imponga la obligación de satisfacer en dinero una diferencia”.

Ante todo se observa que hay una *contradictio in terminis*, hecha notar por García Bernardo (225), en que pueda imputarse todo el patrimonio al tercio de mejora, fuera del supuesto de deberse compensar la existencia de una cosa —simple o compleja— única. Pero, además, hay que examinar de qué modo puede conjugarse tal posibilidad, ya de por sí paradójica, con una reducción que resulte correcta, aun con la ayuda del texto literal del artículo 829.

Conviene que recordemos, una vez más, nuestros antecedentes históricos, concretamente la interpretación de la ley 20 de Toro en lo relativo a su previsión de que, si la mejora en parte de la hacienda no admitiera cómoda división, pudiera el heredero, o herederos satisfacerla en dinero. Angulo (226), al interpretar esa norma, señaló que su aplicación requería que toda la hacienda, en su unidad o en su conjunto, fuese indivisible, pues si estaba formada por varias cosas, aunque cada una de éstas fuera indivisible, la mejora debía satisfacerse con una o varias cosas de la herencia, según cupiere, tanto si éstas “*possint commode dividi vel non*”.

De igual modo creemos que debe explicarse el supuesto del artículo 829. Si la mejora comprende varias cosas determinadas dispuestas en favor de un mismo mejorado, la imputación de éstas al tercio de mejora, al de libre disposición, en cuanto cupiere, y a la

(222) AMADEO DE FUENMAYOR CHAMPIN, *La mejora de labrar y poseer*, IX, en *A. D. C.*, I-III, julio-setiembre 1948, p. 901. En contra cfr. MENÉNDEZ-VALDÉS GOLPE, loc. y p. últ. cits.

(223) LÓPEZ JACOISTE, op. últ. cit., cap. IV, I, 1, p. 93.

(224) CÁMARA, op. últ. cit., p. 924.

(225) GARCÍA BERNARDO, op. cit., p. 120: “La mejora en toda la herencia, en todo el patrimonio o en todas y cada una de las cosas que lo comprenden no tiene justificación.”

(226) ANDREA ANGULO, op. cit., lex 4, gl. 5, núm. 2, fol. 132 y vto.

legítima estricta del mejorado, no debe hacerse de todas a la vez, sino una a una, y las cosas que no cupieren no hay por qué compensarlas en metálico, puesto que respecto de ellas no cabe hablar de mejora, por su inoficiosidad total.

En conclusión, después de lo expuesto no creemos que pueda considerarse al artículo 829 como portador de una regla general favorable al pago en metálico de la legítima de uno o varios colegitimarios cuando ésta resulte ser la voluntad del testador y con tal de que la sustancia hereditaria quede en otro u otros de los colegitimarios. Por el contrario, creemos que en el artículo 829 no hay sino otra norma excepcional para otro caso singular, no totalmente coincidente con el del artículo 821, § 2, ni con el del artículo 1.056, § 2. Tres excepciones que no excluyen la regla general del pago *in natura*, aunque reduzcan notablemente su aplicación.

19. Nos queda, sin embargo, por examinar lo que en torno a esta cuestión ha dicho la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

Hay dos sentencias de especial interés al respecto.

Una es la S. 19 mayo 1951. En ella pudo resolverse la posibilidad, esbozada por Fuenmayor, de que un conjunto de fincas que no cupiese considerar como una explotación agrícola contemplada en el artículo 1.056, § 2, en cambio, al amparo del artículo 829, fueren retenidas en su totalidad por el mejorado, como mejora de cosa determinada, a calidad de compensar en metálico a sus hermanos su legítima estricta. A tal efecto, en el segundo motivo del recurso se alegó falta de aplicación de los artículos 828 y 829, en relación con el 675 Código civil.

Pero, aunque la Sentencia de la Audiencia de La Coruña fue casada por el Tribunal Supremo, éste se basó fundamentalmente en el artículo 1.056, § 2.º, al que —dice— se acogió el testador, “hasta el punto que toma de él las palabras más importantes que encierran la esencia y requisitos integrantes de aquel precepto, que son la existencia material de una explotación agrícola y que el padre quiera conservarla indivisa”. Y consideró que la existencia de ésta, afirmada por el testador, no requiere prueba, ni tiene más fundamento que su voluntad la disposición, siendo quienes impugnen la existencia de la unidad de explotación los que han de probar los hechos en que basen su impugnación.

Así, el artículo 829 quedó en la penumbra, aunque el último considerando dijera “que la Sentencia recurrida ha infringido los artículos citados en el recurso”, y el penúltimo considerase que esa disposición a favor del recurrente de la repetida cláusula tercera, constituye la mejora a que se refiere la reconvención, no sólo porque en la cláusula primera del testamento se llama a este heredero hijo mejorado, sino, además, porque encaja completamente en el artículo 828 del Código civil, pues está suficientemente concretada al mencionar todos los bienes raíces y por no caber en el tercio libre, según la tasación pericial que obra en autos, aunque no la recoge la Sentencia, el objeto de ese legado tiene que ser imputado, no en su totalidad, pero sí en

lo que excede de ese tercio libre, en el de mejora, y viene a constituir una de las mejoras tácitas que por excepcional admite el Código, según la Sentencia de 27 de diciembre de 1935, si no bastara para ello la manifestación de la cláusula primera antes dicha”.

La otra Sentencia es la de 28 mayo 1958, que resolvió un recurso que fundamentalmente giró en torno a una cláusula testamentaria en la cual la testadora —que en la segunda cláusula había instituido herederos por estirpes a sus cinco hijos vivos y a dos nietos, hijos de otra hija premuerta—, decía: “En uso del derecho que le concede el artículo 1.056 del Código civil dispone la testadora que la totalidad de sus acciones de la sociedad Herederos de Antonio Beristain, Sociedad Anónima se adjudique por su justo valor y en proporción a sus respectivos haberes hereditarios a aquéllos de sus herederos que al tiempo del fallecimiento de la testadora sean titulares en plena propiedad de acciones de dicha compañía, asimismo la participación que a la testadora corresponde en la compañía Pesquera Artilya, Sociedad Limitada, se adjudicará también en proporción a sus haberes hereditarios respectivos, a aquéllos de sus herederos que al tiempo del fallecimiento de la testadora sean socios de dicha Sociedad. En su caso, los adjudicatarios de dichas acciones y participación social abonarán en metálico a sus coherederos el exceso que les resulte en la adjudicación.” La partición se realizó por los contadores partidores designados por la testadora; quienes, cumplimentando lo ordenado por ésta en la transcrita cláusula, adjudicaron a unos herederos bienes concretos y la participación real y efectiva de la testadora en las dos referidas sociedades, mientras que al hijo y nieto demandantes sólo les adjudicaron por la porción que les correspondía —calculada por bajo de su valor, puesto que los bienes inventariados fueron tasados por debajo de su valor real —simples créditos personales contra sus coherederos.

La petición de la demanda comprendía la nulidad de la cláusula referida, la de las operaciones particionales hechas con arreglo a ella y, subsidiariamente, la rescisión de éstas por lesión de los demandantes en más de una cuarta parte.

El Juzgado de primera instancia de Marquina rechazó la demanda, la Audiencia territorial de Burgos revocó la sentencia dando lugar a aquélla. El recurso de casación fue planteado ante el Tribunal Supremo que, en su citada Sentencia, desestimó el primer motivo en el que se alegaba errónea interpretación del artículo 1.056, § 2.º, porque según el 2.º considerando: “en el caso en litigio no se trataba de subvenir al legítimo deseo de conservar una explotación individual”, sino de “una expresión de voluntad referida exclusivamente al designio de impedir que de las sociedades constituidas pudieran ser accionistas personas extrañas a la familia y, para ello, y sin excluir al tiempo de expresar su voluntad a ninguno de los herederos, dispuso que se adjudicaran por su justo valor y en proporción a sus respectivos haberes a aquéllos de sus herederos que, *al tiempo del falle-*

cimiento, fueran titulares en plena propiedad de...”, “disposición la enunciada que por el pronto no implica una operación particional, sino una terminante disposición testamentaria, que como las demás del testamento, señalaba a los contadores las bases sobre las que había de actuar, y en la que, por añadidura, no se contemplaba un supuesto de perjudicial división, puesto que la unidad se mantenía, sino, lo que es muy distinto, una limitación en cuanto al modo de las operaciones divisorias”.

El segundo motivo, que denunció violación de los artículos 1.056, § 1.º, 808, 819, 829 y 1.045 C. c., es abordado por la Sentencia bajo el doble aspecto de problema doctrinal, y de “decidir si en el caso los hechos que han de enjuiciarse, justifican la posición de la Sala al pronunciar la nulidad de la cláusula testamentaria, y con ella la de la partición que la tuvo en cuenta”.

En el aspecto doctrinal del 4.º Considerando razonó que los criterios de los artículos 829, 838, 840 y 1.062, que proveen a situaciones “que no por numerosas dejan de ser excepcionales, para casos singulares y predeterminados”, “vigoriza la interpretación del artículo 806 en el sentido de afirmar que, por regla general y fuera de las hipótesis contempladas, el derecho de los legitimarios, así ha de tener en cuenta el volumen cuantitativo de las cuotas como los bienes de la herencia que han de adjudicarse para su pago, *pars bonorum*”.

Respecto de la segunda cuestión, el 5.º y último considerando estimó “que aun reputando correcta semejante interpretación y en ello acierta la Sentencia de instancia, no es cierto en cambio que en el caso concurren las circunstancias indispensables para aplicarla, porque la mera lectura de la cláusula en discusión pone de relieve que mediante ella no se trata de hacer a priori una arbitraria distribución de bienes hereditarios entre determinados herederos compensando a los demás en metálico, que es lo que hubiera justificado la aplicación del artículo 806, y la subsiguiente nulidad de la cláusula que lo estableciera, sino que por el contrario, cuando en el testamento, a todos los legitimarios sin excepción alguna se les colocó en situación parigual, no sólo en relación con las acciones, sino también con los créditos que aparte de ellas figuraban en el haber, y todos se distribuyeron atendiendo a la situación de hecho existente, cuando la partición se practicó, siquiera fuera de acuerdo con la situación creada por los legitimarios que habían dispuesto de sus acciones (los demandantes) y cumpliendo en ese punto lo dispuesto por la testadora, que sólo para el supuesto de hecho dejó prevista compensación a metálico que puntualmente se hiciera para cumplir su voluntad, que por eso no infringió ni pudo infringir la ley en el testamento; por lo cual es digna de casación la Sentencia dictada por el Tribunal “a quo”, que, prescindiendo de la realidad de los hechos, por él y por todos aceptados, aplicó, infringiéndolas, normas que no se hallan establecidas para ese supuesto, declarando nula una cláusula que patentemente no lo era, y partiendo de ese pronunciamiento para decretar la nulidad...”.

Estamos de acuerdo con nuestro compañero Cámara (227) en que la consecuencia lógica de lo argumentado por el Tribunal Supremo en los considerandos 2.º y 4.º sería la nulidad o ineficacia de la cláusula discutida, y que entonces es “cuando el Tribunal Supremo vacila y retrocede, y, en trance de condenar o salvar una disposición testamentaria perfectamente lógica, razonable y justa (al margen el problema de si las valoraciones particionales fueron o no correctas), se decide plausiblemente por lo segundo”, razonándolo en su último considerando.

También estamos de acuerdo con su apreciación de que las razones consignadas en el último considerando para salvar la nulidad de la cláusula, “no resisten la más ligera crítica, dicho sea con todos los respetos que merece el Alto Tribunal”, pues a partir de su afirmación de que los legitimarios tienen su derecho a la legítima *in natura* y de que el supuesto contemplado no encajaba en ninguno de los del Código civil que autorizan la compensación en metálico, llega a unas consecuencias contradictorias con esta premisa.

“Es verdad —dice Cámara— que la testadora no dispuso incondicionalmente que a ciertos herederos se les pagase la legítima en metálico, pero no es menos evidente que así lo ordenó en determinada coyuntura”, que se juzgó no era “ninguna de las previstas por los llamados artículos excepcionales”.

“Es también cierto que la testadora colocó a todos sus hijos en una posición *teóricamente* parigual”, añade, pero “de la misma forma que semejante condicionamiento hubiera acarreado la nulidad de la cláusula si de él se hubiese hecho depender la existencia o inexistencia del derecho de legítima, igual tratamiento debe merecer la condición impuesta a una facultad que, según el Supremo, forma parte integrante de aquel derecho, es nota esencial del mismo y está sustraída, por regla general, a la influencia de la voluntad del testador”, como es la de percibirla *in natura*.

A su juicio, la testadora evidentemente no realizó una arbitraria distribución de sus bienes. “Pero —pregunta— la arbitrariedad ¿queda eliminada simplemente porque la testadora no excluyó “a priori” de ciertos bienes a ninguno de sus hijos? Imaginémosnos que la testadora hubiera dejado directamente las acciones y participaciones sociales a los tres hijos que en definitiva las recibieron y excluido al hijo y al nieto, fundada en la constante dedicación de los primeros a la explotación de los negocios sociales y en la ineptitud o falta de seriedad de los otros dos? ¿Nos encontraríamos ante una disposición arbitraria? ¿Qué habría hecho en ese caso el Supremo?”

Hacemos también nuestra la conclusión de que: “Felizmente, nuestro más Alto Tribunal ha preferido, una vez más, hacer justicia. Aunque en este caso haya padecido un poço la dialéctica.”

En cambio, sin vacilación estamos en desacuerdo con Cámara en cuanto al camino adecuado que, para llegar a ese resultado justo, se

habría podido seguir. Para Cámara hubiese sido el que acabamos de discutirle, la posibilidad, en la que él cree, de que el testador, respetando que la legítima en su conjunto quedara *in natura* entre los hijos, ordenase que uno o varios de los legitimarios compensaran en metálico a aquellos de sus colegitimarios que no recibieran *in natura* su legítima para que la percibieran *ad valorem*. Nosotros, en cambio, creemos que el supuesto examinado cabía en el artículo 1.056, § 2.º, pues las explotaciones industriales constituidas en forma societaria pueden conservar o perder su unidad, dentro de la familia, según se mantenga o no en poder de ésta un número de acciones o participaciones que sea suficiente para conservar la potestad de mando sobre ella. La empresa familiar revestida de forma social, si los miembros de la familia pierden esa potestad de mando, se desintegra en una empresa realmente societaria, pero fuera del ámbito familiar. El artículo 1.056, § 2.º, no tanto tiende a conservar la unidad de la explotación —que no se perdería tampoco de ser vendida en pública subasta conforme prevé el artículo 1.062— cuanto a conservarla dentro de la familia. La cortina jurídica de la forma social no debe hacernos perder de vista la realidad que recubre (228).

IV. LA LEGÍTIMA, ¿SE TRANSFORMA EN “PARS VALORIS” O “PARS VALORIS BONORUM, CUÁNDO SE AUTORIZA, TOTAL O PARCIALMENTE, SU PAGO EN DINERO?”

20. Aparte de la legítima de los hijos naturales en concurrencia con hijos legítimos y de la introducida por el Código civil a favor del cónyuge viudo, de la primera de las cuales luego nos ocuparemos especialmente, tenemos algunos supuestos en los cuales la legítima de los descendientes legítimos puede ser satisfecha en dinero.

Son los previstos en los artículos 1.056, § 2.º, 829 y 821 C. c.

a) De éstos, el primero pende directamente de la voluntad expresa del padre “que en interés de su familia quiera conservar indivisa una explotación agrícola industrial o fabril”.

Este sujeto activo —el padre— comprende también, sin que nadie lo haya discutido, a la madre (229) y, asimismo, al abuelo que utilice esa facultad a favor de un nieto hijo de hijo premuerto (230). Aunque

(228) RALF SERICK, *Apariencia y realidad en las sociedades mercantiles*, con los *Comentarios de Derecho español*, de JOSÉ PUIG BRUTAU, a esta obra, Barcelona, 1958, y nuestro comentario de ambos estudios en *A. D. C.*, XI-IV, octubre-diciembre 1958, pp. 1173 y ss.

(229) Cfr. OYUELOS, *Digesto*, vol. cit., art. 1.056, núm. 6, p. 376, que anota: “Al decir el padre, se comprende la madre, por la extensión que admite la ley a favor de la misma, en defecto de aquél.” En igual sentido, CÁMARA ALVAREZ. *loc. últ. cit.*, p. 950.

(230) En contra SÁNCHEZ ROMÁN (*Estudios...*, vol. VI-III, cap. XXVIII, núm. 53, a. pp. 1994 y s.), mantiene la postura más restrictiva. Dice que “sólo al padre y no al ascendiente ni al descendiente, ni a otro testador cualquiera, es a quien se concede el derecho de hacer por sí la partición, en el citado párrafo del art. 1056”. Pero, como expusimos en otra ocasión (*Apuntes...*, II Parte, § 3.º,

es ya más discutible, creemos que también es extensiva al ascendiente que la ejercite a favor de un descendiente de ulterior grado aun cuando viva, sea capaz y no esté desheredado el hijo del testador de quien aquél descienda (231). E incluso al descendiente sin descendencia que quiera ejecutarla a favor de uno solo de sus ascendientes (232), o al testador sin descendientes ni ascendientes legítimos que aplique el precepto en beneficio de uno de sus hijos naturales (233).

Tampoco hallamos inconveniente en que el testador no sólo señale uno, sino varios asignatarios (234).

El cumplimiento de los requisitos de que: a) la asignación se haga en interés de la familia; b) su objeto sea una explotación agrícola, industrial y fabril (235), y c) se ejercite con la finalidad de conser-

E, nota 270, p. 212, y A. D. C., IV-IV, p. 1143), nos parece indudable la solución permisiva cuando el descendiente mediato sea legitimario por premoriorancia del descendiente o descendientes intermedios entre el testador y el destinatario de la explotación. En este caso el nieto, o descendiente de ulterior grado ocupa el lugar de su padre o ascendientes premuertos y se subroga en la situación del hijo premuerto del testador, conforme resulta de la interpretación del artículo 807, núm. 1. (cfr. *Distribución del Derecho a la legítima individual de los descendientes en el Código civil*, en R. D. P., LI, septiembre 1967, pp. 731 y siguientes.

(231) Cfr. COVIÁN, *Partición de herencia*, en *Enciclopedia jurídica española*. Seix. Tomo XXIV, Barcelona, s. f., p. 360; BONET RAMÓN, en la 6.ª ed. del vol. VII de los *Comentarios...*, de MANRESA, pp. 639 y s.; nuestros *Apuntes*, nota últ. cit.; y, posteriormente: LACRUZ BERDEJO, *Derecho de Sucesiones* cit., núm. 389, pp. 947 *in fine* y s., quien estima "que debe resolverse esta cuestión en la base no del carácter de legitimario del descendiente, sino en *interés de la familia*; si ésta subsiste, me parece indudable, en todo caso, la solución afirmativa"; FOSAR BENLLOCH, loc. cit., p. 383; CÁMARA ALVAREZ, loc. últ. cit., p. 950, para quien "constituiría una manifiesta arbitrariedad excluir a la madre y a los abuelos del círculo de testadores que puedan hacer uso de la facultad conferida por el 1.056-2", si lo que la ley pretende es "que la explotación permanezca dentro de la familia y que se evite la división"; PUIG PEÑA, *Tratado...* V-III, cap. XXVIII, 2, B, c, p. 215; PUIG BRUTAU, op. y vol. últ. cit., cap. V, 4, III, pp. 525 y s.

(232) Cfr. FOSAR BENLLOCH, loc. cit., p. 381, y CÁMARA, loc. cit., notas 346 y 348, pp. 956 y 958.

(233) Cfr. FOSAR, loc. cit., pp. 382 y s., quien cree que tanto a los hijos naturales como los adoptivos, si no concurren con descendientes legítimos, puede hacerseles la adjudicación de la explotación que prevé el art. 1.056, § 2. También CÁMARA, nota 348 cit.

(234) El art. 1.056, § 2, dice que, a los fines que prevé, "el testador podrá hacer uso de esa facultad", pero no dice que deba hacerlo a favor de un sólo hijo. Puede ocurrir que sean varios los hijos que le lleven la empresa, y, además, el hecho de que se adjudique a más de uno puede facilitar la finalidad perseguida haciendo más asequible el pago de la compensación en metálico.

(235) Acerca de su utilización en una explotación industrial o fabril cfr. PUIG BRUTAU, *El testamento del empresario*, IX, en R. D. P., XLV, 1960, pp. 852 y ss., y en una explotación agraria cfr. FOSAR BENLLOCH, loc. cit., en especial núm. V, pp. 385 y ss. DE DIEGO, (*Instituciones...* vol. III, lec. 97) dice que "las denominaciones del 1.056, § 2.º, son *ad exemplum* y podrían ser también de otra índole". Creemos con CÁMARA (nota 336, p. 951) que igualmente deben entenderse comprendidas en el precepto las explotaciones comerciales en sentido estricto. PUIG PEÑA (loc. y pág. últ. cit.) lo cree aplicable también no sólo a los *establecimientos*, por considerar la enumeración del

varla indivisa: debe presumirse por el solo hecho de la disposición del padre, mientras no sea impugnada y se pruebe de modo evidente. la falta de alguno de estos tres requisitos (236).

b) El segundo supuesto, es decir, el del artículo 829, que acabamos de examinar en el epígrafe anterior, pende también de la voluntad del testador, aunque en él ésta resulte implícitamente por el hecho de mejorar a alguno de sus hijos o descendientes (237). Lo cual le es posible ordenarlo aunque viva el descendiente intermedio entre mejorante y mejorado (238).

c) En el tercer supuesto, el del artículo 821, parece que se trata de una facultad atribuida por la ley al legatario frente a los legítimos, cuando se dé la hipótesis prevista en el mismo precepto (239) de que "el legado sujeto a reducción consista en una finca, que no admita cómoda división", supuesto en el cual: "quedará ésta para el legatario si la reducción no absorbe la mitad de su valor". Sin embargo, implícitamente puede también depender de la voluntad del testador, puesto que lo más probable es que éste precisamente ordene el legado preveyendo ese resultado; aunque, a veces, resulte de meras circunstancias de hecho derivadas, v. gr., de una disminución de la fortuna del testador acaecida con posterioridad a la fecha de su disposición.

Esta norma del artículo 821 es aplicable a cualquier legítima y a cualquier legatario, puesto que su presupuesto, puramente objetivo, consiste en que se den las circunstancias de que el inmueble no admita cómoda división y de que la reducción del legado no absorba la mitad del valor de aquél. Parece, por otra parte, que la norma, aunque referida literalmente a inmuebles, analógicamente puede hacerse extensiva, en igualdad de *ratio*, a otros bienes indivisibles o

1.056, § 2, como demostrativa, y estima que comprende, v. gr., un museo particular.

(236) Estos requisitos los estudia detenidamente FOSAR, loc. cit., IV y V, pp. 384 y ss. Según la S. 19 noviembre 1951, el testador no tiene que probarlos, sino que quienes los impugnan son los que han de probar los hechos que los obsten, por el cauce adecuado, que, según la S. de 17 de octubre de 1960, es el juicio declarativo correspondiente y no el de testamentaria. CÁMARA (nota 355, pp. 964 y ss.) cree que "la abstracta alusión al interés de la familia no parece base suficiente en el artículo 1.056-2 para impugnar una disposición testamentaria que no condicione la adjudicación de la explotación en el sentido expuesto", ni "la simple invocación del interés de la familia podrá dar base a que se discuta el mayor o menor acierto del padre al elegir al adjudicatario. Tesis, que de prosperar, convertiría el precepto en un semillero de pleitos".

(237) Cfr. CÁMARA, pp. 921 a 923.

(238) La interpretación del art. 829, en este punto, debe ser correlativa a la del art. 823, en relación con el 824 C. c., en el sentido en que lo ha verificado la jurisprudencia (S. 19 diciembre 1903).

(239) CÁMARA (pp. 965 y ss.) sitúa el supuesto del art. 821 entre aquéllos en que el pago en metálico es dispuesto por la ley al margen o con independencia de la voluntad del testador. Aparte de lo que aquí decimos en el texto, creemos, como antes expusimos (vid. *supra* núm. 16-2.º) que el testador puede, por otra parte, excluir la aplicación del art. 821 en el orden y forma previstos.

que no admitan cómoda división (240). También es aplicable a la reducción de donaciones, conforme lo dispuesto en el artículo 654, § 2.º, Código civil (241).

Cualquiera de estas tres normas puede dar lugar a que sean abonadas totalmente en dinero todas, o todas menos una, las legítimas estrictas (242). Pero lo más frecuente es que sólo den lugar a que únicamente sea preciso el abono de algunos complementos en metálico. Incluso puede ser así en el supuesto —que parece más amplio (243)— del artículo 1.056, § 2.º. Aunque se ha intentado sostener una interpretación restrictiva de este último (244), nosotros partimos aquí de

en el mismo —invirtiendo la prioridad en la opción— e incluso remitirse simplemente al art. 1.062 C. c.

(240) Cfr. MANRESA, op. cit., vol. VI, arts. 820 a 822, p. 387; SÁNCHEZ ROMÁN, op. cit., VI-II, cap. XV, 116, p. 966, y SANTAMARÍA. *Comentarios*, vol. I, art. 821, p. 811; CÁMARA, loc. últ. cit., pp. 968 y s.

(241) El art. 654, § 2.º, C. c. dice que: “Para la reducción de las donaciones se estará a lo que dispone este capítulo y en los artículos 820 y 825 C. c.”. Es de especial interés la S. de 17 de noviembre de 1925 que resolvió un recurso de casación interpuesto contra una sentencia de la Audiencia de Oviedo, que había condenado a la nieta donataria a entregar a los herederos del donante la parte proporcional de los bienes objeto de la donación de dos tercios de todo su haber hereditario que éste había hecho a aquélla. En el cuarto motivo del recurso se había alegado que “en cuanto la Audiencia de Oviedo acuerda la entrega de una parte de los mismos bienes, motivo de la donación y mejora, antes que la partición se lleve a efecto, infringe lo terminantemente dispuesto en los arts. 1.056, párr. 2.º, 1.062, 821 y 828 del Código civil y en las diversas disposiciones testamentarias del causante, puesto que en todas aquéllas determina que se abonará en metálico a los demás herederos el exceso que, eventualmente, pudieran tener de valor los bienes objeto de la mejora, sobre los dos tercios de libre disposición y mejora.” El Tribunal Supremo consideró infringidas las disposiciones legales alegadas y casó la sentencia recurrida.

(242) Deberán ser abonadas en metálico todas las legítimas estrictas si agotase todo el caudal la finca que hubiese sido legada a un nieto no legitimario (art. 821, § 2, en rel. art. 828) o la mejora hecha al mismo (art. 829) o la explotación que se le hubiese asignado (art. 1.056, 2.º). Tendrían que serlo todas menos una si el legatario, mejorado o asignatario de la explotación, fuese un hijo, o descendiente legitimario como el nieto hijo de un hijo premuerto.

(243) Caben perfectamente en su hipótesis los casos en que el causante, además de la explotación, tenga otros bienes y que el metálico sólo sea preciso para complementar la adjudicación de éstos a los otros legitimarios. Cfr. CÁMARA, loc. últ. cit., pp. 960 y ss.

(244) Así, MUCIUS SCAEVOLA (op. cit., vol. XVIII, arts. 1.056 y 1.057, páginas 281 y s.) entendió que, dada la “amplitud” de atribuciones que a favor del testador revela la primera parte de nuestro artículo 1.056, estaba de más el segundo párrafo. Le parece redundante éste, porque, ya en el § 1.º, “a dicho testador no se le ponen más trabas, en el uso de esas atribuciones, que las que el propio precepto tácita o expresamente comprende, entre las que no se halla ninguna que haga referencia a la clase de bienes que haya de adjudicar a cada heredero”; y añade que el art. 1.056, § 2.º “se encuentra virtualmente en armonía con el art. 1.062, pues en éste se prevé que cuando una cosa sea indivisible o *desmerezca mucho por su división*, podrá adjudicarse a uno, en calidad de abonar a los otros el exceso en dinero”. “sin otra particularidad que la de no aplicarse el inciso final de este art. 1.062, por ser contrario a la finalidad perseguida en el art. 1.056, § 2.º”, es decir, eliminando la posibilidad de que cualquiera de los herederos pueda exigir que se proceda a la venta en subasta de la cosa con admisión de licitadores extraños.

la más generalmente aceptada de que el artículo 1.056, § 2.º, en el caso de no haber bienes en la herencia para satisfacer la legítima a

Más posteriormente, ORTEGA PARDO (*Naturaleza jurídica del llamado legado en lugar de la legítima*, nota III, § 4.º, p. 145 y *Hereditario y heredero forzoso*, en *A. D. C.*, III-II, abril-junio 1950, p. 336) insistió en tachar de innecesaria y sorprendente redundancia la disposición del § 2.º, art. 1.056, que calificó de "absurda", por estimar que "la facultad que en ese párrafo se otorga al padre queda ya comprendida en la primera parte del artículo".

Observamos hace años en nuestros *Apuntes* (II parte, § 3, E, a, pp. 213 y s., y *A. D. C.*, IV-IV, pp. 1144 y s.) que si realmente, como se pretende, la facultad concedida en el art. 1.056, § 2, se reduce al supuesto de que haya metálico en la herencia, el precepto sería superfluo por redundante con el primero. Pero, añadimos que no es lícito dar a un precepto una interpretación tal que lo inutilice y que, además, lo haga inadecuado para los fines en él perseguidos y enunciados expresamente en su texto. Si se quiere interpretar el art. 1.056, § 2.º, en relación con su § 1.º, expresando que sólo se separa del art. 1.062 en cuanto aquél excluye la facultad, que éste concede a cualquier heredero, de pedir la venta en pública subasta de la cosa que no admita cómoda división —como afirmó SCAEVOLA— el precepto ya no es inútil —pues, excluida esa facultad de los herederos de pedir la venta en subasta pública, la adjudicación de la cosa en su totalidad a uno solo de los corparticipes excede del ámbito meramente particional— pero implica el abono de las diferencias en metálico aunque no lo haga en la herencia.

MANRESA (op. cit., vol. VII, arts. 1.056 a 1.060, 1.º, p. 640) distinguió tres hipótesis en la aplicación del 1.056, § 2.º: a) que haya metálico en la herencia; b) que no lo haya, pero sí otros objetos de los que obtenerlo, y c) que tampoco quepa este recurso. Su solución fue: "Si hay en la herencia metálico para ello, desde luego con él se realizará el pago, pero si no lo hay, como será lo más frecuente, el precepto también ha de respetarse. ¿Cómo? Vendiendo, caso necesario, otros objetos para este fin, o imponiendo en último término, si no hubiere otro recurso, al mismo hijo favorecido esta obligación."

CÁMARA ALVAREZ (loc. últ. cit., pp. 960 y ss.), en su intento de restar importancia al art. 1.056, § 2.º, como supuesto fundamental que excepcionalmente permita el pago de la legítima en metálico, frente a su interpretación del artículo 829, que haría de esta posibilidad regla general, indica —profundizando en el segundo supuesto examinado por MANRESA— que el 1.056, § 2.º, puede ser un precepto "que tiene por fin limitar excepcionalmente la potestad que tiene el padre de señalar a su arbitrio los bienes hereditarios destinados a pagar la legítima individual de sus hijos". A su juicio, la letra del precepto cuadra mejor con esa interpretación; y, en ese caso, "la obligación de compensar metálico se referiría a toda la legítima y nada más que a la legítima", que es la que sólo podrá ser compensada en metálico y no en bienes de otra naturaleza, aunque sean hereditarios en el supuesto previsto en el art. 1.056, § 2.º. En ese sentido dice: "Nada más que la legítima (se entiende la estricta), porque sólo respecto del mínimo legal que el testador debe respetar a cada hijo, puede resultar lícito limitar su libertad distributiva en el aspecto cualitativo. No sería lógico que el exceso sobre la legítima estricta que los hijos no adjudicatarios reciben por pura liberalidad del padre tuviera que ser satisfecho obligadamente con metálico, pues, si aquél puede limitar sus derechos a la legítima estricta, con mayor razón podrá disponer que en pago del exceso se adjudiquen bienes hereditarios de cualquier naturaleza o condición."

En ese caso, el § 2.º, excepcionaría para su supuesto la plena facultad distributiva que el § 1.º le concede. ¿Por qué? Nos parece difícil de explicar que, a continuación de establecida la regla permisiva en el § 1.º, la exceptúe en el § 2.º, el mismo art. 1.056, en un precepto que más bien parece ampliar sus facultades y que, desde luego, las amplía si en la herencia no hay otros bienes para poder compensar con ellos —o con su precio, según la interpretación que

los demás hijos, permite al asignatario de la explotación que la satisfaga con metálico extrahereditario (245).

Lo que nos interesa ahora de estos tres preceptos es examinar si modifican, en sus respectivos supuestos, la naturaleza de la legítima al autorizar para satisfacerla en dinero. Para esto deberemos analizar con qué carácter lo autorizan y cómo legitiman la asignación de bienes en exceso que la motiva. Para llegar a conclusiones de conjunto es conveniente hacer primero un previo análisis de las cuestiones concretas que suscitan, pues, la solución de éstas puede darnos luz:

21. a) *Consecuencias del impago de la compensación en dinero.*

Ante todo cabe discutir si es posible formular una doctrina general acerca del pago en metálico de la legítima, o de parte de ella, induciéndola de los artículos 1.056, § 2.º, 829 y 821.

Ya hemos dicho antes que, contra la opinión de quienes creen que en los artículos 1.056, § 2.º y 829 el pago en dinero deriva de la voluntad del testador, mientras que en el artículo 821 es la ley la que concede directamente al legatario esa facultad si se da el supuesto previsto en el mismo, creemos que en los tres, explícita o implícitamente, ésta deriva de la voluntad del causante, que asigna la explotación, mejora u ordena el legado que exceden de la porción de la cual puede disponer a favor del asignatario, mejorado o legatario. Tanto si ese exceso fuese previsible al ordenar la disposición de que se trate, como si aquél de hecho resulta luego por una disminución ulterior del patrimonio del testador, ya que en este caso, indirectamente,

comentamos— a los legitimarios. Nos parecería un contrasentido la restricción en ese supuesto de la facultad distributiva del padre, que, al menos para los demás casos, declara libérrima el mismo artículo.

(245) Cfr. el mismo MANRESA (loc. últ. cit.), “si no hubiere otro recurso”; LÓPEZ R. GÓMEZ, op. cit., vol. II, cap. X, art. 2, núm. 4, p. 273; SÁNCHEZ ROMÁN, op. cit., VI-III, cap. XXVIII, núm. 53, p. 1994), aunque algo ambiguamente; CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil...* ed. cit., vol. I-II, tema LX, página 270; ROCA SASTRE, *Naturaleza jurídica de la legítima*, R. D. P. XXVIII, página 208 y Notas al *Derecho de Sucesiones*, de KIPP, vol. cit., § 135, p. 337; SANZ FERNÁNDEZ, *Comentarios...*, art. cit., p. 144, nota 12; PORPETA, loc. cit., página 203; GONZÁLEZ PALOMINO, loc. últ. cit., p. 547, nota 1; FUENMAYOR, *Intangibilidad de la legítima*, A. D. C. I-I, p. 64, y *La mejora de labrar y poscer*, A. D. C. I-III, pp. 901 y ss.; ROYO MARTÍNEZ, op. cit., cap. XVII, § 5, p. 185; LACRUZ BERDEJO, Notas al *Derecho de Sucesiones*, de BINDER, § 32, página 300; MANUEL GONZÁLEZ ENRÍQUEZ, *Naturaleza y eficacia de la partición hecha por el testador por acto inter-vivos*, en R. D. P. XXXVI-II, junio 1954, p. 517, nota 91; ESPINAR LAFUENTE, op. cit., núm. 164, pp. 361 y s.; FOSAR BENLLOCH, loc. cit. XI-II, p. 393; el mismo Cámara, por lo menos para el supuesto de que en la herencia no haya más bienes que la explotación (loc. últ. cit., p. 952); GARCÍA BERNARDO, op. cit., p. 120; PUIG BRUTAU, *Estudios V-III*, cap. V, 4, III, 3.º, p. 527; FRANCISCO BONET RAMÓN, *Compendio...*, vol. cit., núm. 160, p. 834, “en último término, si no hubiere otro recurso”; MENÉNDEZ VALDÉS GOLPE, loc. cit. pp. 182 y 214. También hemos defendido esta posición en *Notas para la interpretación del párrafo segundo del artículo 1.056 y del artículo 863 del Código civil*, en *Rev. Gral. de Der.* III, diciembre 1946, pp. 673 y ss, y en *Apuntes...*, II, § 3, E, a, pp. 213 y ss. y A. D. C. IV-IV, pp. 1144 y s.

también dimana de su voluntad formal al no haber modificado la disposición, reduciéndola, en un nuevo testamento (246).

Desde este punto de vista, los tres preceptos pueden completarse recíprocamente, reduciéndose así sus respectivas lagunas.

De ese modo, podría sostenerse que en el caso de que el asignatario de la explotación, o el mejorado, no puedan o no quieran compensar con metálico de su peculio a los demás interesados, tendríamos como solución subsidiaria la del artículo 822, complementario del 821, para trasladar la opción a aquéllos. En último supuesto, se deberá acudir, a instancia de cualquiera de los interesados, a la pública subasta, que el mismo artículo 822 señala como extremo recurso. Pero, aun a través del artículo 1.062, en el caso de que los demás herederos forzosos sean los que ejerciten la opción, se puede conseguir que uno solo de ellos se quede con la explotación, o con la cosa determinada objeto de la mejora, "a calidad de abonar a los otros el exceso en dinero", con preferencia entre ellos del mejor postor, a consecuencia del § 2, de este artículo, aunque sea "con admisión de licitadores extraños".

Es de notar la interpretación del artículo 1.056, § 2.º, propuesta por José González Palomino (247), según la cual, "aunque la herencia se reduzca escuetamente a la explotación monda y lironda, las demás legítimas, por este mecanismo, se pagan con dinero de la herencia, aunque no haya dinero en la herencia; porque el heredero no está autorizado para el pago, sino obligado a hacerlo, que es algo diferente".

La observación parece razonable. No cabe beneficiarse cuantitativamente de la mejora, expresa o tácita, hecha en el supuesto del 1.056, § 2.º (248), y optar para que la explotación se la quede otro u otros interesados, que se hagan cargo de pagar las compensaciones, o para que la explotación se subaste con admisión de licitadores extraños. El asignatario de la explotación, mejorado en ella, que no quiera o no pueda abonar la compensación en metálico no sólo debe perder la mejora cualitativa, expresa o tácita, sino también la cuantitativa. Por eso, creemos que cuando deba hacerse la aplicación supletoria de los artículos 822, 1.061 y 1.062, por dicha

(246) La diferencia que resulta de que en los arts. 1.056, § 2, y 829 basta la asignación o la mejora, mientras en el art. 821 se requiere, además, que la reducción del legado no exceda de la mitad del valor de la cosa, creemos que dimana de la razón objetiva, de que aquellas disposiciones deben favorecer a un descendiente, en tanto que la del art. 821, § 1, se refiere al legado hecho a un extraño. Por eso, creemos que el supuesto del art. 821, § 2.º, de que el legatario sea legitimario, entra en la órbita de aquellos dos preceptos, incluso aunque el legatario sea nieto o descendiente legítimo de ulterior grado ya que es susceptible de ser mejorado, y su atribución, por aplicación del art. 828, constituirá mejora tácita.

(247) JOSÉ GONZÁLEZ PALOMINO, loc. y nota últ. cit., p. 547.

(248) Respecto a la mejora tácita derivada del art. 1.056, cfr. nuestro trabajo *La mejora tácita...*, VI, 3, en *Anales cits.*, pp. 60 y s.; y concretamente con relación a la de ser adjudicatario de la explotación del 1.056, § 2, ver FOSAR BENLLOCH, loc. cit., VII, 2 y 3, pp. 406 y ss.

razón se deberán considerar rescindidas o caducadas las mejoras que entrañara la disposición. Nos parece evidente que, en el supuesto del artículo 1.056, § 2.º, lo más ajustado a su *ratio* es entender que la mejora cuantitativa va unida indisolublemente a la cualitativa en función del deseo de conservar indivisa la explotación en la familia del testador.

22. b) *Momento al que debe atenderse para cifrar en dinero las legítimas a compensar.*

Se trata de un problema que cobra mucho interés cuando el valor de la moneda sufre alteración en el tiempo que media entre las fechas del fallecimiento del causante y del pago a los demás legitimarios, o a los demás interesados aunque no sean legitimarios.

Es de notar, que es distinto el tiempo al que se refieren el artículo 818 para fijar la legítima, y el artículo 1.074 C. c., para determinar si se ha producido o no lesión al practicar la partición. Este atiende "*al valor de las cosas cuando fueron adjudicadas*", y aquél "*al valor de los bienes que quedaren a la muerte del testador*". Los valores, en uno y otro momento, pueden ser distintos y, en especial, puede diferir mucho su expresión dineraria si se ha alterado el valor de la moneda. Sin embargo, no creemos que haya ni la menor contradicción entre uno y otro precepto. Antes (249) hemos visto el sentido y finalidad del artículo 818. La legítima queda fijada en una participación del caudal relicto en la fecha de fallecer el testador; pero su valor dinerario deberá cifrarse en principio, con relación al que aquella participación tenga tasada en la fecha de su satisfacción.

Sin embargo, Roca Sastre (250), a quien en esta cuestión sigue Puig Peña (251), ha opinado que: "La depreciación de la divisa nacional repercute directamente en los casos en que la legítima tenga su expresión concreta en dinero, principalmente cuando, en definitiva, la percepción legitimaria tiene lugar en función de pago en una cantidad de dinero por los herederos. Así ocurre en los supuestos del artículo 1.056, apartado 2.º, y del artículo 840. En esos casos, si la legítima se paga poco después de la apertura de la sucesión no hay normalmente problema, pero si se paga tiempo después en que el dinero se ha desvalorizado sensiblemente, ¿podrá tenerse en cuenta esa depreciación monetaria en la forma que indica el texto? Hay que sostener que no, aunque ello sería lo justo."

"Lo que se ha dicho —añade— es igualmente aplicable a los legados y donaciones legitimarias de créditos dinerarios."

(249) Cfr. *supra*, núm. 11.

(250) ROCA SASTRE, *Notas al Kipp*, § 131, I, vol. cit., pp. 302 y ss.

(251) FEDERICO PUIG PEÑA, *Tratado...*, vol. V-III, cap. XXVIII, 2. B., página 217.

En nuestros *Apuntes de Derecho Sucesorio* (252) opinamos en contra de nuestro querido maestro.

Estamos conformes con su afirmación cuando se trate de un crédito vencido líquido y exigible al fallecer el testador. Si éste concretó en un crédito dinerario de la herencia la sustancia a satisfacer a un legitimario, con esta atribución realizó una individualización de riesgos. El momento de la delación coincide con el de la atribución concreta. Desaparece en este mismo momento, en flor, la comunidad hereditaria, y cada titular habrá de correr con sus respectivos *periculum* y *commodum*.

No estamos conformes con su opinión en los supuestos del 1.056, § 2 y 840, a los que podemos añadir por igual razón los de los artículos 821 y 829 C. c. Disconformidad que nos refuerza en nuestro desacuerdo con la opinión del mismo Roca Sastre (253) respecto de la naturaleza de la legítima en el Código civil. Según expusimos en dichos *Apuntes*: “Una vez esté la legítima deferida, hay que desechar en absoluto en nuestro sistema toda concepción legitimaria obligacional, pues incluso en el trance más fluido para el legitimario, como es el previsto por el artículo 1.056, apartado 2.º, hay que entender que, *mientras a los demás hijos no se les haga efectiva su legítima, mediante el consiguiente pago en dinero correspondiente*”: “*subsistirá sobre el patrimonio relicto el derecho de legítima, el cual confiere a cada legitimario una titularidad respecto de una fracción del valor económico de dicho patrimonio.*”

Siendo así —observamos entonces—, si el valor a satisfacer en metálico a los legitimarios, mientras no se haya pagado —o al menos mientras no se haya liquidado—, representa “una fracción del valor económico de dicho patrimonio”, ¿por qué ha de dejar de ser proporcional al valor de éste cuando sufra alteración su valor? De no ser ya proporcional, por haber quedado fijado su valor en moneda, pese al incremento del importe de los bienes, tampoco podrá ya ser *equivalente* al valor real de los bienes que con su satisfacción debería compensar. Lo mismo da, a este efecto, que ese valor fijado se satisfaga *in natura* con bienes valorados en la fecha del pago o en dinero cuando la ley así lo autorice.

Cosa distinta sería si de común acuerdo legitimarios y herederos concretaran la suma a pagar, traduciéndola en moneda y aplazando su pago por el motivo que fuera, garantizando o no su efectividad. Entonces sí que habría una concreción de bienes que produciría la consiguiente individualización de *periculum* y *commodum* (254).

Nuestro criterio fue aplicado más tarde por López Jacoiste (255) a la compeación prevista en el artículo 829. Fosar Benlloch (256)

(252) *Apuntes...*, II, § 3. E. d, pp. 223 y ss. y A. D. C. IV-IV, pp. 1453: y siguientes.

(253) ROCA SASTRE, loc. últ. cit., § 135, p. 337.

(254) *Apuntes...*, loc. últ. cit., p. 225, y A. D. C. IV-IV, p. 1455.

(255) LÓPEZ JACOISTE, loc. cit., II, III, 1, pp. 189 y s.

(256) FOSAR BENLLOCH, loc. cit., V, 2, D, a, pp. 396 y ss.

y Puig Brutau (257) lo han aceptado para el supuesto del 1.056, § 2. Y Manuel de la Cámara (258) lo ha aplicado a todos los supuestos de pago en dinero resultantes de los artículos 840-2, 839, 829, 821-1 y 1.056-2.

Respecto al artículo 829 y, por extensión, al artículo 821-1, observa Cámara que el metálico “lo recibe el legitimario en pago o sustitución de su cuota reservada en el activo y no como satisfacción o realización de su legítima concebida como puro derecho a un valor”. Igual criterio aplica al artículo 1.056, § 2, con referencia a la parte o el todo a compensar en metálico, si el testador no hubiese practicado la liquidación.

“Si el testador, por el contrario —prosigue Cámara—, ha practicado la liquidación de la herencia y, en consecuencia, ha precisado la cifra en metálico que los hijos deben percibir, no es necesario proceder a nueva liquidación después de fallecer el causante, salvo que los legitimarios impugnen la que hizo el testador. En principio, pues, los hijos tienen derecho a reclamar la suma determinada que el testador les ha asignado, el pago de la cual pueden exigir de inmediato”. Si la nueva liquidación se practica por impugnación de los legitimarios que la consideran insuficiente, si esa impugnación no prosperase, la desvalorización sufrida por la moneda en el tiempo que transcurra “deberá recaer sobre los legitimarios”. Si triunfase, “la indemnización deberá cubrir el valor de la cuota reservada calculada de acuerdo con el patrimonio relicto al tiempo de decretarse la rescisión, toda vez que, de procederse a nueva partición, ésta hubiera tenido que tomar como base el porcentaje que aquélla represente en todos y cada uno de los bienes hereditarios”.

“Si el legitimario —añade— considera suficiente la asignación dispuesta a su favor, puede exigir de inmediato el pago de aquélla. Podrá reclamar la suma asignada y subsidiariamente la cuota reservada” y “cuando el heredero demore indebidamente el pago, el legitimario podrá exigir de modo directo y exclusivo la cuota. De lo contrario, los intereses del legitimario podrían quedar gravemente perjudicados al verse privado sin compensación alguna, y en virtud de un pago tardío de los beneficios que hubiera podido reportarle la cuota reservada”. Salvo —observa en nota (259)— “si el heredero por vía de reconvencción ofrece pagar el valor actual de la cuota más el de los frutos correspondientes a la misma”.

Se ha planteado si el causante puede ordenar el aplazamiento y fraccionamiento del pago en dinero correspondiente a la legítima de los demás hijos. Según Royo Martínez (260), el artículo 1.056, § 2.º, “ni siquiera veda de modo expreso la distribución en plazos del abo-

(257) PUIG BRUTAU, *Fundamentos...*, vol. V-III, cap. V, 4, III, 6.º, p. 529.

(258) CÁMARA ALVAREZ, loc. últ. cit., pp. 894 y ss. y en concreto para los artículos 829, 821-1 y 1.056-2, pp. 897 y ss.

(259) CÁMARA, nota 268, p. 901.

(260) ROYO MARTÍNEZ, op. cit., cap. XXXI, § 1, p. 340.

no en metálico". Pero Fuenmayor (261), siguiendo a Pérez Porto y partiendo de que el artículo 1.056, § 2 es "un precepto de excepción", "una derogación de las reglas generales sobre la división de herencias", cree que "sólo puede aplicarse a los casos textualmente comprendidos en él". Por lo cual entendía que los petrucios gallegos, con las *rentas de saco* —que hoy la Compilación gallega ha recogido—, sólo podían admitirse, entonces, como institución consuetudinaria foral vigente al amparo del artículo 12 C. c.

Como ha dicho Fosar (262) la imposición de cualquier aplazamiento en el pago de la legítima no necesita vedarlo el artículo 1.056, § 2, "basta para ello el artículo 813, 2 del Código civil. El derecho del legitimario a que se le abone en el acto la legítima liquidada no puede quedar enervado" (263).

Excepción a esta regla la constituye el artículo 16 de la Ley de Patrimonios familiares, el cual en su § 1.º dispone que, "en el caso de que no existan bienes independientes del patrimonio familiar o no sean éstos suficientes para el pago de las legítimas, el patrimonio quedará afecto a su pago, total o parcial, hasta el límite máximo equivalente al tercio de su valor, entendiéndose reducidas las porciones legitimarias en la cantidad precisa", y, en el § 5, señala para el pago "el plazo máximo de seis años contados a partir de la apertura de la sucesión, devengando las cantidades aplazadas al interés legal".

A juicio de Fosar (264), cuando el adjudicatario de la explotación y los legitimarios convengan en aplazar el pago de la legítima, ésta constituye una de las que Hernández Gil (265) denomina deudas de valor y no de dinero y, por lo tanto, aunque no se haya pactado cláusula alguna de estabilización, no podrá afectarla la desvalorización monetaria, a no ser que fuese el propio legitimario quien por desidia, simple tolerancia o cualquier otro motivo se abstuviere de reclamar la legítima.

23. c) *El supuesto del artículo 1.056, § 2.º, C. c. y el artículo 15 de la Ley Hipotecaria.*

El artículo 15 de la Ley Hipotecaria, fruto de la reforma de 1944-46, en su § 1.º, se declaró aplicable a "*los derechos del legitimario de parte alícuota que no pueda promover el juicio de testamentaria por hallarse autorizado el heredero para pagar las legítimas en efectivo o en bienes no inmuebles, así como los de los legitimarios sujetos a la legislación especial catalana*".

La introducción de este artículo suscitó una ardorosa protesta por

(261) FUENMAYOR, *La mejora de labrar y poseer*, A. D. C. I-III, p. 902.

(262) FOSAR RENLLOCH, loc. cit., p. 398.

(263) Como dice CÁMARA, loc. últ. cit., p. 1003 y nota 407, "El heredero llamado a recibir los bienes hereditarios tiene que pagar al contado la legítima de los demás herederos forzosos".

(264) FOSAR, *ibid.*, pp. 399 y ss.

(265) ANTONIO HERNÁNDEZ GIL, *Derecho de obligaciones*, vol. I, Madrid, 1960, núms. 70 y s., pp. 201 y ss.

parte de José González Palomino (266) y Angel Sanz Fernández (267), que lo estimaron inaplicable al Derecho común por entender que en éste no existe supuesto alguno en que los legitimarios no puedan ejercitar el juicio de testamentaría. Más moderadamente se inclinaron por esta tesis Roán (268) y Cossío (269). Recientemente, García Bernardo (270) ha estimado acertada la que él mismo califica de "violenta reacción" de aquéllos. En cambio, Dávila García (271), Roca Sastre (272), de la Rica y Arenal (273), Casso (274), Gómez Morán (275), Lacruz Berdejo (276), Fosar Benlloch (277), Cámara Alvarez (278), Puig Brutau (279) y Menéndez-Valdés Golpe (280), han admitido la aplicación del artículo 15 L. H. al supuesto del artículo 1.056, § 2.º, C. c.

Lo cierto es que, como ha apuntado Cámara (281): "De no aplicarse el artículo 15 al caso previsto en el artículo 1.056-2 tendremos que llegar a soluciones inadmisibles. Serían éstas: Negar la inscripción de las explotaciones a nombre del adjudicatario hasta que el pago se efectúe. O admitir dicha inscripción sin constatar en ella el derecho de los legitimarios. La primera solución parece incompatible con la virtualidad propia del acto del padre, e innecesaria además puesto que existe un precepto (el artículo 15) que brinda un cauce para conseguir la inscripción. Permitir la inscripción sin constatar en el asiento los derechos de los legitimarios deja a éstos sin protección frente a terceros adquirentes amparados por la fe pública registral". Y observa que "resulta un tanto paradójico que los defensores a ultranza de la legítima castellana, que otorga, a su juicio, una más

(266) JOSÉ GONZÁLEZ PALOMINO, op. y nota últ. cit., pp. 544 y ss.

(267) ANGEL SANZ FERNÁNDEZ, *Comentarios...*, cit., art. 13, 3, pp. 138 y ss.

(268) JOSÉ ROÁN GONZÁLEZ, *Texto refundido de la Ley Hipotecaria de 8 de febrero de 1946*, en R. D. P. XXX, septiembre 1946, nota 61, p. 646.

(269) ALFONSO DE COSSIO Y CORRAL, *Instituciones de Derecho hipotecario*, Barcelona, 1956, núm. 68, pp. 305 y s.

(270) GARCÍA BERNARDO, op. últ. cit., p. 191. No nos parecen consistentes las razones puramente conceptuales que da este autor, pues nunca hemos creído que las normas jurídicas puedan interpretarse por unas razones conceptuales en las cuales no entró el legislador que se refirió a una situación de hecho independiente del rigor conceptual de sus palabras.

(271) JULIÁN DÁVILA GARCÍA, *Herederos y legitimarios en el Registro de la Propiedad*, R. C. D. I. XVII, 1945, p. 649.

(272) RAMÓN M.ª ROCA SASTRE, *Derecho Hipotecario*, tema XLVII, cfr. 6.ª edición, vol. III, pp. 892 y ss.

(273) RAMÓN DE LA RICA Y ARENAL, *Comentarios a la ley de reforma hipotecaria*, Madrid, 1945.

(274) IGNACIO DE CASSO, *Instituciones de Derecho hipotecario*, Madrid, 1946, p. 409.

(275) LUIS GÓMEZ MORÁN, *Tratado teórico práctico de particiones*, cit., cap. V, p. 385.

(276) LACRUZ BERDEJO, *Notas al Binder*, § 34, I, p. 309.

(277) FOSAR BENLLOCH, loc. cit., VII, 3, pp. 418 y ss.

(278) MANUEL DE LA CÁMARA, loc. últ. cit., pp. 878 y ss.

(279) PUIG BRUTAU, *Fundamentos...*, V-III, cap. V, 3, III, 5.º, pp. 528 y sig.

(280) MENÉNDEZ VALDÉS GOLPE, loc. cit., pp. 203 y sig.

(281) CÁMARA, op. últ. cit., p. 882.

segura protección a los hijos que la legítima catalana, reduzcan a los legitimarios castellanos del 1.056-2 a la simple condición de titulares de un derecho de crédito por empeñarse en rechazar una norma que, según ellos, "catalaniza" el Derecho común."

Sin embargo, el requisito de que el legitimario "no pueda promover el juicio de testamentaria" ha suscitado perplejidad y, en general, se ha estimado que debía prescindirse de ese requisito para salvar la antinomia de reducir una parte del artículo a la nada (282), o por estimar "defectuosa su redacción" (283).

Pero, es lo cierto —como ya ha observado Cámara (284)—, que en los supuestos del artículo 1.056, C. c., el legitimario no puede instar el juicio de testamentaria, por lo menos en tanto no haya impugnado con éxito la disposición particional y ésta resulte invalidada. La Sentencia del Tribunal Supremo de 17 octubre 1960, en un supuesto en que se había interpuesto el juicio de testamentaria contra una partición en la que el testador hizo uso de la facultad conferida en el artículo 1.056, § 1, rechazó el recurso y afirmó, en su primer considerando, que "la doctrina reiterada de este Tribunal (sentencias de 10 abril y 3 diciembre 1931, 16 febrero de 1932 y 21 de noviembre de 1939, entre otras), establece que cuando la partición de bienes consta hecha válidamente con anterioridad, resulta dilatorio e inútil el juicio de testamentaria y el derecho de los herederos forzosos está subordinado al del testador de hacer por sí la partición de sus bienes sin otras limitaciones que las establecidas por la ley, pudiendo en su caso los perjudicados ejercitar sus derechos en el juicio correspondiente", que según el siguiente considerando es "el oportuno juicio declarativo".

Observa Fosar (285) que al adecuar el artículo 15 L. H. al supuesto del 1.056, § 2, C. c., resultan inaplicables los §§ 2.º y 6.º de aquél, respectivamente por referirse a la asignación de bienes concretos a la legítima y presuponer la existencia en la herencia de derechos que no pueden integrar la explotación de que se trate.

A su juicio, la adaptación práctica del artículo 15 al supuesto que examinamos, requiere que al tiempo de inscribirse los inmuebles que integran la explotación, se practique de oficio la mención de las legítimas, por lo menos en su expresión abstracta. Para que puede ser mencionado un señalamiento concreto de cuantía legitimaria éste deberá reunir los requisitos formales del artículo 3.º L. H.

Por nuestra parte tampoco vemos inconveniente en que este precepto se aplique a los supuestos de los artículos 829 y 821, si el mejorado o legatario declarase que ejercitaba su opción.

(282) Cfr. ROCA SASTRE, loc. últ. cit.

(283) Cfr. LACRUZ, loc. últ. cit.

(284) CÁMARA, loc. cit., p. 873, nota 232 y pp. 879 y sig. En el mismo sentido MENÉNDEZ-VALDÉS GOLPE, loc. cit., pp. 204 y s.

(285) FOSAR, loc. últ. cit., pp. 419 y ss.

24. d) *Concepto en que se verifica la atribución de la explotación al legatario, mejorado o asignatario de la misma en cuanto al exceso de ésta que debe compensar en dinero.*

En los supuestos de los artículos 1.056, § 2, 829 y 821, el asignatario de la explotación, el mejorado y el legatario, reciben en bienes hereditarios más de lo que legalmente podrían recibir según el artículo 806. Pero dichos preceptos lo autorizan a cambio de que compense en dinero a los otros legitimarios y, en su caso, a los demás interesados.

Así resuelto, la primera analogía que a un jurista se le ocurre, para buscar la naturaleza de la atribución en exceso nivelada con la compensación en dinero, es la de una compraventa (286), con sus variedades, ejercicio de un derecho de tanteo (287), expropiación (288), adjudicación para pago de las legítimas (289), o, genéricamente, "contraprestación otorgada por vía particional, a la imposición al heredero de las deudas a favor de los legitimarios" (290).

La opinión favorable a la figura de la adjudicación para pago de deudas fue defendida por prestigiosos autores. Angel Sanz (291) distinguió en la adjudicación hecha al asignatario de la explotación, un doble título, uno hereditario, y otro, en cuanto al exceso, "extraño a la herencia". De ese modo, según González Palomino (292), la cláusula que asigna la explotación, aunque no contenga, literalmente más que una sola disposición, "es de contenido y naturaleza particional", y contiene, "nada menos", "dos adjudicaciones: una al beneficiario de la explotación, en pago de sus haberes (legítima, mejora, parte libre); otra, para pago de los haberes de los demás legitimarios" (293).

(286) MANRESA (op. cit., vol. VI, art. 829, p. 439) dice, respecto al supuesto de este artículo, que, "en cuanto al exceso, se realiza una verdadera compra".

(287) SCAEVOLA (op. cit., vol. XIV, art. 929, III, b, pág. 583) opina que "prodúcese por lo relativo al exceso un derecho de tanteo, una compraventa, cuyo precio debe satisfacerse en dinero o signo que lo represente, por la índole jurídica de dicho contrato". MENÉNDEZ-VALDÉS (loc. cit., pp. 171 y ss.) aplica la calificación de compraventa a los supuestos de los arts. 821 y 829, pero no al del art. 1.056, § 2.

(288) ESPINAR LAFUENTE (op. cit., pp. 164, 361 y s.) cree que con el ejercicio de la *facultas solutionis* concedida en los arts. 840, § 2.º, y 1.056, § 2, se realiza una "verdadera expropiación en interés de la familia".

(289) ANGEL SANZ FERNÁNDEZ, *Comentarios...* art. 15, II, 4.º y nota 12, cit., pp. 144 y s.; FLORENCIO PORPETA, *Naturaleza jurídica de la legítima*, IX, loc. p. 203; JOSÉ GONZÁLEZ PALOMINO, nota últ. cit., p. 547.

(290) MANUEL GONZÁLEZ ENRÍQUEZ, *Naturaleza y eficacia de la partición...* R. D. P. XXXVIII, 1964, nota, 91, p. 517.

(291) SANZ FERNÁNDEZ, loc. últ. cit.

(292) J. GONZÁLEZ PALOMINO, loc. últ. cit.

(293) GONZÁLEZ ENRÍQUEZ (nota últ. cit.) observó que para aceptar esta solución: "es necesario admitir la construcción de la adjudicación para pago de deudas hecha por GONZÁLEZ PALOMINO (*La adjudicación para pago de deudas*, A. A. M. N., I, pp. 213 y ss.) ya que el caso en modo alguno encajaría en la más comúnmente aceptada; que considera dicha figura como un caso de titularidad fiduciaria: en efecto, el heredero no es en este caso un titular fiduciario,

Manuel de la Cámara (294) ha impugnado esta construcción: “Es absolutamente artificial —dice— imaginar —como hace González Palomino— dos adjudicaciones: una, en pago del haber del adjudicatario, y otra, para pago de la legítima de los demás hijos. Rara vez coincidirá ésta interpretación con la voluntad real del testador. Este hace la adjudicación no *para que* el hijo favorecido con la explotación pague la legítima, sino *a pesar de que* con esta adjudicación la legítima no quede pagada. En toda adjudicación para pago, la adjudicación se quiere como medio de liberarse de una obligación o para extinguirla (aunque esto no siempre se consiga). Esta es la causa típica del negocio. En el caso del 1.056-2, el testador hace la adjudicación para mantener (en interés de la familia) indivisa la explotación. Esta es la finalidad esencial del acto que destaca el propio precepto. La obligación, impuesta al adjudicatario no es, pues, la causa de la adjudicación. Es sólo una carga, que se impone al adjudicatario para que la adjudicación resulte viable.”

Para Cámara (295) parece que la asignación de la explotación, de la cosa objeto de la mejora o del bien legado, por valor que excede de la parte que es disponible a favor del asignatario, es fruto de que: “El testador goza de *omnimoda libertad distributiva* (296), por lo cual, si puede dejar al legitimario cualquier bien hereditario escogido a su arbitrio, siempre que su valor iguale el mínimo legal exigible, no parece razonable prohibirle que pueda ordenar el pago de ese valor en metálico, aunque no lo haya en la herencia, o que no lo haya en cantidad suficiente, al menos siempre que se trate de la legítima individual de un legitimario”, y de que el conjunto de la cuota *in natura* que constituya la legítima colectiva se atribuya a otros hijos o descendientes legítimos (297). A su juicio, “*la solución ortodoxa, dentro del sistema del Código*”, es que “*el metálico en dicho sistema lo recibe el legitimario en pago o sustitución de la cuota reservada en el activo, y no como satisfacción o realización de su derecho legitimario*” (298). Si se trata de que “el testador ha asignado sus bienes a los demás herederos por vía de partición, de legado o de institución *ex re certa* (por ejemplo, en los supuestos en que entren en juego el artículo 829 o el 1.056-2 del Código civil), la partición sólo puede considerarse consumada mediante el pago de la cantidad que corresponde al legitimario” (299).

Nosotros hemos afirmado, hace años, que no hay bisturí jurídico capaz de separar lo particional de lo dispositivo en la partición efec-

sino pleno, y la adjudicación no tiene por otra parte, una finalidad liquidatoria de la cosa adjudicada que sería incompatible con la finalidad del artículo 1.056, párrafo 2.º”.

(294) CÁMARA, loc. cit., pp. 874 y ss.

(295) CÁMARA, p. 948.

(296) *Subrayamos nosotros.*

(297) CÁMARA, p. 934.

(298) *Ibid.*, p. 897.

(299) *Ibid.*, p. 825.

tuada por el testador (300). Inseparabilidad que se acentúa extraordinariamente, hasta alcanzar matices cualitativos, en la singular facultad del párrafo 2.º del artículo 1.056. Su ejercicio penetra en la sustancia de la disposición (301). El mismo Cámara (302) confiesa que “la línea de separación entre lo particional y lo dispositivo (no demasiado fácil de establecer) se traspasa abiertamente cuando la división se realiza sin atenerse a un criterio de igualdad cualitativa en la formación de los lotes”.

Por eso, hallamos más conforme con la naturaleza de esa asignación la opinión de quienes la estiman, aun en su parte excesiva, como una disposición —propriadamente dicha— del testador a favor del asignatario que queda gravado con el pago en dinero de la legítima (303). Así, López Jacoiste (304), con referencia al supuesto del artículo 829, dice que, según el propio precepto legal, “se da por supuesta la inmediata consumación de la mejora en beneficio del mejorado, imponiéndosele como un *posteriorius* eventual, si bien conexas, el deber de abonar la diferencia en metálico a los demás interesados”.

Según esta opinión “la percepción de la cosa y la obligación de abonar la diferencia en metálico, se integran así en un *estatuto* unitario e impartible”.

Creemos que se trata de una disposición modal. Ya sea una institución —en el supuesto del artículo 1.056, § 2.º— o un legado —normalmente en los casos de los artículos 821 y 829— con el modo o carga de abonar en dinero la legítima a los demás interesados. La vieja definición de Bartolo, encaja perfectamente: “*Modus est moderatio quaedam dispositione adiecta, eum qui honoratur, aggravans in tempus dispositione perfectae*”. Con la sola particularidad de que en ese caso la carga tiene carácter legal y especiales garantías (305).

(300) *Apuntes...*, II § 3.º, C. p. 187. y *A. D. C.*, IV-IV, p. 1418.

(301) *Apuntes...*, II, § 3.º, E. c. p. 218 y *A. D. C.*, IV-IV, p. 1449.

(302) CÁMARA, loc. cit., p. 734. En nota 58, explica: “Teóricamente cabe separar en una partición propiadamente dicha lo dispositivo de lo particional. El testador dispone al señalar quién debe sucederle, y en qué concepto o título, así como al fijar la cuota de cada heredero. O al imponer condiciones, limitaciones o gravámenes a los herederos o legatarios. Y parte al ordenar la distribución y reparto de sus bienes. Pero las adjudicaciones de bienes, concretos, tienen valor dispositivo directo. La partición testamentaria propiadamente dicha se hace no para escindir una previa situación de comunidad, sino para evitar que la comunidad surja. Cada adjudicatario resulta *ab initio* dueño exclusivo de los bienes que le han sido adjudicados.”

(303) Cfr. ROCA SASTRE, *Naturaleza jurídica de la legítima*, en R. D. P. XXVIII, 1944, p. 208; FOSAR BENLLOCH, loc. cit., VI, p. 411, que cree que la atribución al asignatario de la explotación tiene el carácter de “título puro y simple de herencia”. Para este autor, por ello, el adjudicatario “no podrá aceptar la parte disponible y rechazar la indisponible, ni viceversa, pues ello lo veda el artículo 990”. También GARCÍA BERNARDO, op. últ. cit., pp. 114 y s. y MENÉNDEZ-VALDÉS GOLPE, loc. cit., pp. 183 y s., quien dice además que en el supuesto del art. 1.056, § 2.º, “el testador adjudica la explotación agrícola, industrial o fabril con la carga de abonar las legítimas en metálico” (p. 214).

(304) LÓPEZ JACOISTE, op. cit., cap. VII, V, I, pág. 215.

(305) Cfr. respecto al *modus*, nuestro comentario a las SS. 4 junio y 18 diciembre 1965, en R. C. D. I. XLIII, 1967, pp. 166 y ss.

25. e) *Garantía de la efectividad del pago en dinero de la legítima a favor de los legitimarios a quienes compete.*

Varias fórmulas se han propuesto para encajar el derecho de los legitimarios a quienes debe satisfacerse en dinero su legítima, en el marco de alguna garantía que asegure su pago contra las posibles eventualidades. Trataremos de analizar su contenido y viabilidad.

1.º) Mucius Scaevola (306), con referencia al supuesto del artículo 829 (307), estimó que la adjudicación de la cosa al mejorado cuando su valor resultare excesivo, era “condicional o pendiente del abono del suplemento de valor de la cosa, mientras no se cumpla la condición, no viene la efectividad del derecho”. En apoyo de esta tesis adujo, “por cierta analogía, el artículo 1.062, según el cual, cuando una cosa sea indivisible o desmerezca por su división, podrá adjudicarse a uno, a *calidad* de abonar a los otros el exceso en dinero. *A calidad* quiere decir a condición, o sea, mediante pago del exceso”.

López Jacoíste (308) rechaza esta explicación, pues, conforme al texto del precepto, “la obligatoriedad de este abono es, si no en el tiempo, al menos lógicamente posterior y, no un requisito que suspenda la efectividad de la adquisición de la cosa. El Código no dice que el mejorado debe abonar antes de adquirir, sino que, por el contrario, dando por sentada la adquisición, advierte que si el valor de la cosa excede del límite que indica, deberá hacerse el abono de la diferencia”.

Tampoco pueden hallarse trazas en el artículo 1.056, § 2.º de que la adjudicación de la explotación quede sometida a la condición suspensiva del pago en dinero de las demás legítimas. Y la aplicación, comprobada, del artículo 15 L. H. a este supuesto, corrobora que el asignatario la adquiere inmediatamente si bien con la afección correspondiente a aquella satisfacción en dinero.

2.º) La posición más débil para los legitimarios, es paradójicamente la resultante de la postura de quienes más alejada de la legítima catalana quisieran mantener el supuesto del artículo 1.056, § 2.º (309). Así, para Sanz (310) la situación del asignatario de la explotación respecto de los otros legitimarios sería idéntica a la que se produciría, en el caso de partición practicada voluntariamente por los herederos,

(306) MUCIUS SCAEVOLA, *op. cit.*, vol. XIV, art. 829, III, h, pp. 583 y s.

(307) A SCAEVOLA no se le pudo plantear este problema en el supuesto del art. 1.056, § 2.º, puesto que, como vimos anteriormente, entendió que el metálico a abonar debía ser hereditario.

Para los supuestos de los arts. 821 y 1.062 entiende MENÉNDEZ-VALDÉS GOLPE (*loc. cit.*, pp. 213 y s.) que el legitimario “expropiado” podrá retener su “porción de bienes” en tanto no se le abone el precio (art. 1.466).

(308) LÓPEZ JACOÍSTE, *op. y loc. últ. cit.*, p. 216.

(309) ANGEL SANZ FERNÁNDEZ, FLORENCIO PORPETA CLÉRIGO, JOSÉ GONZÁLEZ PALOMINO, *locs. cit.* *supra* nota 370; y, en contra, cfr. la observación de CÁMARA, en el texto correspondiente a su nota 375.

(310) A. SANZ, *loc. cit.*, p. 144, nota 12.

cuando alguno de ellos quedara obligado a indemnizar en metálico a los demás, por diferencias de valor en los bienes adjudicados, si bien se refuerza por la adjudicación para pago de deudas hecha a uno solo de ellos por el testador. Porpeta (311) añade que, siendo esta adjudicación del tipo "para pago de deudas", no podrá provocar por sí sola ninguna afectación real de los bienes respectivos, lo cual estaría en pugna con la doctrina del artículo 45 de la Ley Hipotecaria".

Como ha hecho notar Fosar Benlloch (312), esa garantía del artículo 45, § 2, L. H., no sería suficiente para el legitimario, por ser semejante a la de la anotación preventiva de embargo que, según el artículo 44 L. H., circunscribe sus efectos a los del artículo 1.923 Código civil, pero además, en la mayor parte de los casos sería inaplicable, pues, "a menos que se haya liquidado la cuantía de las legítimas, sea por el testador, por el contador partidor o por acuerdo entre el heredero y los legitimarios, no constará en escritura pública el crédito garantizado con la adjudicación para pago". Así necesitaría sentencia firme para fijar el importe de su legítima, y luego acudir al procedimiento del artículo 172 R. H. Y, "durante la tramitación del proceso de determinación de la cuantía de la legítima, quedaría indefenso el legitimario frente a la posible enajenación que verificare el adjudicatario de la explotación".

Cierto es que nuestro llorado amigo y compañero González Enríquez (313) ha escrito que "no parece adecuado otorgar a los legitimarios una protección superior a la que se concede a los acreedores hereditarios, cuyo interés tiene prioridad legal sobre el de aquéllos (art. 818 C. c.)". Pero no debemos olvidar que, pese a ello, precisamente el artículo 818 Código civil expresa el cómputo de unas legítimas que son "pars bonorum" y que se refieren a un derecho *erga omnes*, como es el de copropiedad, más fuerte que cualquier crédito. Las deudas hereditarias sólo afectan a la legítima en cuanto determinan por sustracción su importe; pero el contenido de ésta es más sólido al menos cuando es porción de bienes, aunque esté afectada por las deudas de la herencia. En este sentido, los acreedores de ésta tendrán prioridad sobre ella; pero, en caso de enajenación de bienes, verán escapar los objetos en qué hacer efectivos sus créditos, a no ser que hayan anotado sobre ellos su derecho. En cambio, a la legítima, por ser porción de bienes, ningún bien puede escapársele mientras no haya sido satisfecha, pues, hallándose el legitimario en cotitularidad con los herederos, sin su concurso no será posible la enajenación de ningún bien de la herencia. Si esto es también así en el supuesto del artículo 1.056, es lo que tratamos de aclarar, pero lo evidente es que el precepto del artículo 818 no puede ser aducido en contra de que los legitimarios que deben ser satisfechos en dinero tengan mayor protección que los acreedores de la herencia, puesto

(311) PORPETA, loc. últ. cit., pp. 203 *in fine* y s.

(312) FOSAR BENLLOCH, loc. últ. cit., pp. 410 y s.

(313) GONZÁLEZ ENRÍQUEZ, loc. y nota últ. cit.

que, como acabamos de ver, el artículo 818 señala una prioridad de cómputo, pero no una mayor fortaleza del derecho de los acreedores.

3.º Una tercera posición, que hoy tiene su más firme apoyo positivo en la aplicación del artículo 15 L. H., pero que tal vez no concuerda con la verdadera naturaleza de la legítima de los hijos en el Código civil, ni siquiera en el supuesto del artículo 1.056, § 2.º, fue la iniciada por Roca Sastre (314). Este autor enlazó su teoría con “la tendencia del Derecho intermedio a considerar la legítima como *obligatio rei* u *onus reale*, protegida por una *actio in rem scripta* o garantizada por una *tacitam hypothecam*”. A su juicio (315), en el supuesto del artículo 1.056, § 2.º “la legítima tiene perfecta y permanente titularidad sobre una fracción del valor pecuniario del patrimonio relicto”, “es semejante a la legítima del régimen vigente en Cataluña”, respecto de la cual, él mismo ha explicado (316) que “funciona al modo de un derecho real de hipoteca, pero en el bien entendido que no debe confundirse con ésta, pues la hipoteca atribuye una titularidad sobre el valor en cambio de determinados bienes, o sea, un derecho de aseguración y realización del valor en *garantía* de la efectividad de un crédito, mientras que esta función de garantía no existe en la legítima, pues por constituir una *debita pars valoris bonorum*, asume dicho carácter de titularidad sobre el valor en cambio o derecho de realización de valor, pero de tipo independiente o autónomo, como si se tratara de una hipoteca con debito vencido”. Y, más recientemente (317), ha insistido en aclarar: “No existe ningún derecho real de garantía asimilable a la hipoteca. Aquella pretendida hipoteca, *es la legítima misma*, sin diferenciación entre lo garantizado y la garantía, o sea, formando un todo único; una titularidad sobre la correspondiente *pars valoris bonorum*”.

Fosar Benlloch (318) se adhirió a la opinión de Roca Sastre de considerar la garantía del legitimario del 1.056, § 2, “como una hipoteca solidaria”, e indicó que su ejercicio “llevará a enajenar en pública subasta la explotación agrícola, o incluso a adjudicarla al legitimario en pago de su crédito sin fragmentarla materialmente en el supuesto de división”.

En refuerzo de esta solución, adujo el artículo 16, número 4 de la Ley de Patrimonios familiares, que dispone: “Para garantizar el pago de la porción legitimaria que afecte al patrimonio familiar, se establece hipoteca legal, cuya constitución podrá ser exigida por el heredero o herederos forzosos a quienes no hubiera correspondido suceder a su causante en la titularidad del patrimonio.”

El propio Fosar analiza las consecuencias de estimar el gravamen

(314) ROCA SASTRE, *Naturaleza*. loc. cit., p. 203.

(315) *Ibid*, p. 208 y nota 76.

(316) ROCA SASTRE, *Derecho Hipotecario*, 5.ª ed. vol. II, tema XXXIII, páginas 661 y s.

(317) ROCA SASTRE, *Derecho Hipotecario*, 6.ª ed. vol. III, tema XLVII, página 898, nota.

(318) FOSAR BENLLOCH, loc. cit., VII, 2, pp. 415 y ss.

legitimario como “afín a la hipoteca solidaria”, y de la consiguiente aplicación del artículo 123 L. H., según el cual “no verificándose esta distribución [de la hipoteca entre las fincas resultantes de la división de la finca hipotecada], podrá repetir el acreedor por la totalidad de la suma asegurada contra cualquiera de las nuevas fincas en que se haya dividido la primera, o contra todas a la vez”. Facultad que estima no limitada, sino de modo insuficiente en el artículo 15 sólo a partir de determinados períodos de tiempo y en beneficio de terceros adquirentes, lo que implica dejar al arbitrio del legitimario la posibilidad de dar lugar a la división de la explotación agrícola instando la ejecución de alguna de las fincas que la integran. Por eso, cree que hubiese sido preferible que la ley hubiese habilitado para este supuesto “una hipoteca que podríamos llamar conjunta —empleando la terminología de Roca Sastre— sobre la totalidad de las fincas que integran la explotación agrícola”, con la cual entraría en aplicación el artículo 248 R. H. Este criterio es el seguido en el artículo 10 de la Ley de Patrimonios familiares.

Por otra parte, la ejecución, conforme al artículo 227 R. H., no producirá la cancelación de los demás gravámenes legitimarios, en cuya afección quedará subrogado el adjudicatario.

Finalmente, señala Fosar el defecto de que si no se hubiese liquidado la legítima en escritura pública, o documento privado reconocido judicialmente por el adjudicatario de la explotación, sólo podrá reclamarse su pago por el procedimiento ejecutivo ordinario de la ley de Enjuiciamiento civil.

Mayores dificultades halla aún para garantizar la afección legítima de los bienes muebles, que cree consiste en “un derecho de realización de valor de carácter mobiliario y de origen legal sin desplazamiento de la posesión”, que se “encuadra en lo que la legislación de prenda sin desplazamiento e hipoteca mobiliaria califican de prenda sin desplazamiento, ya que por su naturaleza no halla acomodo en la hipoteca mobiliaria”. Y, en definitiva, “como dicha legislación no prevé la existencia de tal gravamen legal, y por supuesto tampoco su inscribibilidad en el Registro especial de gravámenes, que crea prácticamente la afección real de los bienes muebles, pierde toda eficacia. Basta al efecto que el heredero enajene a un tercero de buena fe los muebles, para que entre en funciones el régimen legitimador del artículo 464 del Código civil”.

El mayor defecto de esta construcción, como hemos insinuado al comenzar a exponerla y según había observado Cámara (319), radica en que “no existen términos hábiles para construir en el Código civil, ni siquiera en la hipótesis del artículo 1.056-2, u otros similares, el derecho de los legitimarios como derecho de realización del valor”.

4.º Esta razón nos llevó en diversas ocasiones a intentar armo-

nizar el supuesto del artículo 1.056, § 2, con el sistema legitimario del Código civil, como vamos a repasar a continuación.

26. En una primera ocasión (320) defendimos la teoría que más tarde vinimos a llamar de la *superposición o sustitución relativa de llamamientos* (321) —el testamentario y el legal—, anteriormente expuesta por Porpeta (322), que extendimos más allá del pensamiento de éste para aplicarla al supuesto del 1.056, § 2. Partimos de que las facultades que confiere este precepto mezclan en forma inseparable lo particional y lo dispositivo. Y afirmamos que su ejercicio por el testador hace surgir “un derecho legitimario ordenado directamente en metálico, y una asignación testamentaria hecha directamente sobre toda la explotación”. Junto a ella, entendíamos que “la asignación hecha en el artículo 806 queda en la penumbra, y aunque no caduca totalmente, mientras el legitimario no sea pagado, su vida es meramente latente (por el peso de la facultad conferida por la ley al testador)”, pero, en caso de incumplir el pago de las legítimas el asignatario de la explotación, “renace con vida propia el normal derecho del legitimario, armado con la *actio familiae erciscundae*” (323).

En nuestros “Apuntes de Derecho Sucesorio” (324) prácticamente mantuvimos parecida solución, pero con otra explicación técnica, debido a haber desechado la tesis de la *doble designación o superposición relativa del llamamiento testamentario a la vocación forzosa*, por comprender que el Código civil solamente *reserva*, en el sentido de señalar su destino, cierta porción de bienes a favor de determinadas personas, pero sin llamarlas directamente.

Sobre esta base, afirmamos que excepcionalmente el § 2 del artículo 1.056 autoriza al testador para disponer íntegramente de su explotación agrícola, industrial o fabril, que puede constituir toda su herencia, a favor de uno solo de sus descendientes. “A éste, por tanto —decíamos—, le puede atribuir la parte de bienes reservada por la ley a los demás herederos forzosos. Pero dicha autorización excepcional sólo es conferida por la ley supeditándola a que el asignatario satisfaga en metálico a los demás legitimarios el valor de aquella porción, que les estaba reservada y de la que se ha permitido disponer al ascendiente testador, en interés de la familia, para conservar indivisa una explotación agrícola, industrial o fabril. Por tanto, en buena lógica, cabe sostener que, mientras dicho pago no se haya consumado, la reserva seguirá latente repercutiendo así en la titularidad y disponibilidad del heredero. Así, la afección de los bienes al pago de

(320) *Notas para la interpretación del párrafo segundo del art. 1.056 y del art. 863 del Código civil*, § 1.º, en R. G. de D. III, diciembre 1946, pp. 673 y ss.

(321) *Imputación de legados otorgados a favor de legitimarios*, V. C. en R. D. P. XXXII, abril 1948, pp. 326 y ss.

(322) PORPETA, loc. cit., pp. 159 y ss.

(323) A parecida solución pareció llegar ROCA SASTRE en sus *Notas al Kipp*, vol. cit., § 135, pp. 337 y ss.

(324) *Apuntes...* II, § 3, E, c, pp. 220 y ss. y A. D. C. IV-IV, pp. 1.451 y siguientes.

las legítimas se mantendrá, aunque aquéllas hubiesen pasado a manos de terceras personas, en tanto los legitimarios no hayan percibido el metálico correspondiente. Tanto más cuanto que el causante y menos aún el heredero por sí solo, no están facultados para fijar unilateralmente la cuantía de las legítimas a pagar.”

“La explotación —concluíamos— tiene su destino prefijado, pero la plena titularidad del designado, que le permita disponer sin arrastrar como lastre la afección legitimaria, sólo la consolidará, después de determinada la cuantía de aquellos derechos —bien de común acuerdo o por decisión judicial—, cuando los haya satisfecho, o verificado la consignación de su importe en su totalidad y en debida forma.”

Posteriormente, López Jacoíste (331) aplicó parecida solución al supuesto del artículo 829. Partió de que la legítima, “ya se conciba como *pars hereditatis* o como *pars bonorum*, entraña la afección real del patrimonio relicto a su satisfacción y mientras los legitimarios no la perciban en la forma que sea, su expectativa real sobre los bienes se mantiene”, y deduce que la diferencia a abonar por el exceso por mejorado, “es una obligación *propter rem*, de la que sólo se liberará el mejorado renunciando a la percepción de la cosa como entidad señalada exclusivamente a su favor”.

También otros autores han recogido nuestra construcción (326), que, en buena parte, ha tenido especialmente el refuerzo de la opinión de Manuel de la Cámara (327). A juicio de éste: La acción que corresponde al legitimario en el caso del 1.056-2 es la que en base del artículo 806 le corresponde para reclamar la cuota reservada, acción que tiene aquí una manifestación pura y autónoma y no una simple acción de rescisión”, constreñida “a la hipótesis de lesión en sentido estricto”, “que no presenta ninguna analogía con la que aquí se contempla, pues mientras en el caso de lesión la legítima aparentemente ha quedado pagada; en el supuesto del 1.056-2 (y demás asimilables al mismo) es manifiesto que la legítima no ha sido satisfecha en la propia partición, sino que tiene que serlo a través de un acto posterior (el pago por el adjudicatario)”.

“La acción del hijo impagado —dice— tendrá que ser ejercitada en juicio ordinario, ya que la existencia de la partición impide, según la jurisprudencia, el juicio de testamentaria.” Si bien cree que, “cuando el testador se ha limitado a prevenir el pago en metálico de las legítimas sin fijar ni concretar el importe de ésta, resulta cuestionable que el acto sea verdadera partición”. Por lo cual dice que no ve claro que los hijos no puedan exigir la satisfacción de su derecho por medio del juicio de testamentaria.

Unas páginas después (328) indica que la reclamación directa de

(325) LÓPEZ JACOÍSTE, op. cit., cap. VII, v, 2, 3, y 4, pp. 217 y ss.

(326) Cfr. LACRUZ BERDEJO, *Derecho de sucesiones*, § 64, núm. 389. nota 27, p. 497, y PUIG BRUTAU, *Estudios...* V-III, cap. V, 4, III, 5, pp. 528 y s.

(327) CÁMARA ALVAREZ, pp. 875 y ss.

(328) *Ibid*, nota 268, p. 901.

la cuota reservada “exige que el legitimario haya intentado sin éxito, aunque sea extrajudicialmente, el cobro de la cantidad señalada por el testador”; que “si el heredero, por vía de reconversión, ofrece pagar el valor actual de la cuota más el de los frutos correspondientes a la misma, parece justo admitir la reconversión” y que la sentencia, “aunque acoja la reconversión, debe condenar subsidiariamente a la entrega de bienes hereditarios bastantes para satisfacer la cuota mediante una nueva partición”.

En cambio, Fosar Benlloch (329) se inclinó por la garantía de la hipoteca solidaria, precisamente por encontrar inconvenientes prácticos a nuestra tesis. “Si entendemos que el gravamen legitimario tiene el juego de la *actio familiae erciscundae*, es indudable —dice— que atribuye a legitimario el derecho a percibir *in natura* lo que le corresponde, mediante la consiguiente desintegración de la explotación agrícola...” “En la práctica de la división material de la explotación no existirá más límite —añade— que la tímida recomendación del artículo 1.078 de la Ley de Enjuiciamiento civil (procurar evitar la excesiva división de las fincas) y la legislación de unidades mínimas de cultivo, en tanto la de explotaciones familiares no haya entrado en vigor”. Por lo cual cree que nuestra interpretación “frustraría la finalidad de la norma” y que, por eso, tal interpretación, que conduciría a la práctica inoperancia de la norma que comentamos, debe ser rechazada”.

Sin embargo, hemos visto cómo su solución de la hipoteca solidaria —bien que a él no le guste esa solidaridad que cree inevitable— puede llevar precisamente a ese resultado, que, en cambio, puede no producirse con nuestra solución rectamente aplicada. Pero de esto vamos a ocuparnos a continuación.

Hemos calificado antes las atribuciones resultantes de la aplicación de los artículos 1.056, § 2, 829 y 821 Código civil de institución, mejora o legado —según los casos—, con la carga o modo de compensar en dinero las legítimas afectadas. Hay un *modus* testamentario, expreso o implícitamente presupuesto por la ley, que grava al asignatario.

Conviene, pues, recordar el juego clásico del *modus* (330). El modo no suspende la disposición, sino que debe cumplirse después de recibida, e incumplido da lugar a acción para exigir su cumplimiento o la revocación de la disposición según los casos. Lo primero resulta hoy del artículo 797, § 1.º, y lo segundo del artículo 797, § 2.º.

(329) FOSAR BENLLOCH, loc. cit., VII, 2, pp. 414 y s.

(330) Cfr. nuestro Comentario a las SS. de 4 junio y 18 diciembre 1965, en R. C. D. I., XLIII, 1967, pp. 170 y ss.

MENÉNDEZ-VALDÉS GOLPE (loc. cit., p. 214) dice que “en el supuesto del artículo 1.056, párrafo 2.º, el adjudicatario debe prestar en todo caso, por vía del citado art. 15 de la L. H. o por otro cualquiera que estime suficiente, el afianzamiento de que habla el art. 797 del C. c., pues en realidad el testador adjudica la explotación agrícola, industrial o fabril, con la carga de abonar las legítimas en metálico”, y añade: “Fuera de los preceptos citados no encuentro ninguna protección legal para el legitimario que se halla en este caso.

Ahora bien, para los supuestos del artículo 821 y por aplicación analógica, según antes hemos sostenido, del artículo 829; el artículo 822 nos ofrece dos soluciones supletorias sucesivas, que significan un especial ejercicio de la acción *communi dividundo* de cosa indivisible o que presumiblemente desmerecería mucho con su división, que la preservan de ser materialmente dividida.

El supuesto del artículo 1.056, § 2.º, presenta otra especial perspectiva que antes hemos examinado. La asignación de la cosa se hace en interés de la familia para mantener indivisa la explotación. Por eso, hemos sostenido que el incumplimiento pertinaz del asignatario de su obligación de pagar a los demás sus legítimas en dinero, debe dar lugar no sólo a la invalidación de la asignación en su aspecto cualitativo, sino también de la mejora cuantitativa que entraña. Obtenida la resolución de la disposición, pedido en juicio ordinario subsidiariamente el pago de la legítima en dinero, ha de quedar despejada la posibilidad del ejercicio de la *actio familiae circiscundae* en juicio de testamentaria, o en su caso de la *communi dividundo*, pero siempre con aplicación de lo previsto en los artículos 1.062 y 401 si la explotación “desmerece mucho con su división” o “cuando de hacerla resulte inservible para el uso a que se destina”.

La afección real de la reserva del artículo 806 presupone, aún en los casos en que deban abonarse en metálico las demás legítimas, que la eficacia real del *modus*, que grava al asignatario de la explotación o de la cosa objeto de la mejora o el legado, puede mantenerse incluso respecto de terceros adquirentes registrales por el juego de la mención prevista en el artículo 15 L. H.

27. f) *Caracteres de las legítimas que, en los supuestos que examinamos, deben percibirse en metálico.*

Podemos intentar clasificar las diversas posiciones que en cuanto a este tema han sido mantenidas en el siguiente esquema:

— derecho de crédito concedido *ex lege* (331), derecho a percibir

(331) FELIPE CLEMENTE DE DIEGO (*Instituciones...*, vol. III, Lec. 90, p. 226) dice que “lo dispuesto acerca del suplemento de legítima (815)”, “aproximada ésta a un derecho de crédito” y en “la permisión de la indivisión de aquellas cosas que desmerezcan mucho con su división (1.062): parece orientarse la legislación hacia la legítima *pars bonorum* [sic] o simple derecho de crédito”.

Según CASTÁN TOREÑAS (*Derecho civil...* I-II, tema XL, p. 270) “no siempre el derecho a la legítima se traduce en derecho a bienes determinados”, pues: “Se autorizan los suplementos de legítima (art. 815) y se permite la indivisibilidad de aquellas cosas que desmerezcan mucho por su división (art. 1.062) y la transmisión de aquellas explotaciones indivisas a uno de los herederos, que satisfaga en metálico su legítima a los demás (art. 1.056, párrafo 2.º).”

Para DÁVILA GARCÍA (*Herederos y legitimarios*, R. C. D. I., XVI, 1943, página 666) la regla general de la legítima *pars bonorum* tiene sus excepciones en los casos en que deba pagarse en dinero (arts. 821, 829, 1.056 y 654 en rel. 820 y 821).

BONET RAMÓN (*Compendio...* V, núm. 94, pp. 548 y s.) señala que la legítima en algunos supuestos, como en el 1.056, § 2, “es un crédito sobre una *pars valoris bonorum*”.

dinero no hereditario (332), legado de dinero (333), o legado de valor puro, dotado de la garantía específica del artículo 15 L. H. (334);

— derecho de crédito resultante de la adjudicación para su pago: impuesta por el testador al adjudicatario de la explotación (335);

— *pars valoris bonorum*, atribuida como legado en dinero y que constituye una carga real sobre los bienes hereditarios, especie de hipoteca independiente y solidaria (336);

— obligación *in rem scripta* resultante de la reserva de la *pars bonorum* que la cubre y cuyo incumplimiento ha de significar la pérdida del bien en la parte de su valor en que sea inoficiosa la atribución (337);

— contraprestación de carácter crediticio otorgada por vía particional a los legitimarios e impuesta al heredero (338);

— compensación dineraria de carácter particional, pero garantizada por la reserva de la *pars bonorum* (339);

— legado de parte alicuota a satisfacer en dinero, *pars valoris*, garantizado por la reserva de la *pars bonorum* (340).

Varias de las configuraciones expuestas han sido criticadas, desde los ángulos de percepción a partir de los cuales las hemos enfocado:

(332) LACRUZ BERDEJO (Notas al *Binder*, § 32, 111, p. 300) indica que el derecho de los legitimarios se reduce a percibir "dinero no hereditario en algunos casos excepcionales (arts. 821, 829, 1.056, 2.º, y sobre ellos S. 19 mayo 1951)".

Para MENÉNDEZ-VALDÉS GOLPE es un derecho a percibir en dinero el valor de su porción de bienes (p. 184), que el adjudicatario debe compensar, pues en otro caso obtendría un enriquecimiento sin causa; y que este derecho es garantizable por el art. 15 L. H. o en otra forma cualquiera, en virtud de lo previsto en el art. 797 C. c. (p. 214).

(333) ALFREDO GARCÍA-BERNARDO (op. cit., p. 115), cree que la asignación en metálico de la legítima del art. 1.056, no constituye "un acto particional, sino dispositivo" y esos legitimarios: "Reciben su legítima a título de legado de cantidad, de dinero, concretamente y no como legatarios parciarios, ya que están excluidos de la cotitularidad de la herencia; y el hecho que la cantidad se fije con relación a una cuota de la herencia; que es lo que ha introducido la confusión, no altera la naturaleza de este legado en dinero, ni lo convierte en parciario".

(334) FOSAR BENLLOCH, loc. cit., VII, 1, p. 412.

(335) A. SANZ FERNÁNDEZ, FL. PORPETA CLÉRIGO y J. GONZÁLEZ PALOMINO, locs. últ. cits.

(336) ROCA SASTRE, locs. últ. cits., *supra* notas 314, 315, 316 y 317.

(337) LÓPEZ JACOISTE, respecto al supuesto del art. 829, C. c., op. cit., cap. VII, V, núms. 2, 3 y 4, pp. 217 y ss.

(338) GONZÁLEZ ENRÍQUEZ, loc. últ. cit.

(339) CÁMARA ALVAREZ, loc. cit., pp. 876 y ss.: La adjudicación por vía particional de todos los bienes hereditarios a un heredero, si hay legitimarios, constituye, en principio, una disposición inoficiosa contra la cual se puede hablar en reducción. Lo que ocurre es que cuando sea posible el pago con metálico, la reducción "in natura" podrá evitarse mediante el pago en dinero. El hecho de que la cuota a través de la reducción esté reservada por la Ley, justifica la trascendencia real de la acción" que al legitimario "en base al artículo 806 le corresponde para reclamar la cuota reservada".

(340) Esta es la tesis que defendimos en nuestros *Apuntes...* II, § 3, E, b, pp. 216 y ss., y *A. D. C.*, IV-IV, pp. 1447 y ss. También la acepta PUIG BRU-TAU, *Fundamentos...*, V-III, cap. V, 4, III, núms. 4.º y 5.º, pp. 527 y s.

antes. Haberlas rechazado, en aquel examen, nos excusa de que ahora volvamos a repetir los mismos argumentos, aunque vistos desde otro aspecto. Preferimos, por ello, analizar la última explicación, que hace años expusimos, y al hacerlo podremos comprobar los puntos que no aceptamos de otras formulaciones que presentan con la nuestra ciertas analogías, pero también acusadas diferencias.

Las legítimas o parte de legítimas a satisfacer en dinero, en los supuestos que examinamos, se caracterizan:

1.º) Por ser *pars valoris*. O bien un remanente de *pars valoris* que sumado a la *pars bonorum* asignada al mismo legitimario completa su porción reservada.

No es un mero crédito dinerario, que tendría su cuantía congelada desde la fecha del fallecimiento del causante, la improcedencia de cuya tesis hemos visto antes. En todo caso, podrá decirse que es un crédito de valor, pero con la particularidad que su valor se fija en relación al que tenga, en cada momento, el líquido hereditario.

Si el testador ha ordenado un legado de cantidad determinada para compensar a los legitimarios excluidos de la explotación, o de la cosa objeto del legado o de la mejora, este legado cubrirá su legítima en cuanto alcance el importe de la *pars valoris* correspondiente al legitimario.

2.º) Por derivar de un *acto dispositivo*, que excede de lo meramente particional (341).

Es cierto que el artículo 1.056 regula la partición hecha por el testador. Pero, aparte de que en ella —como antes hemos visto— es imposible deslindar la particional y lo dispositivo, es evidente que en el supuesto de su párrafo 2.º, el ejercicio de la facultad que éste concede penetra en la sustancia de la disposición y excede de lo meramente particional, pues atribuye una cosa a uno solo de los hijos y ordena el pago en metálico a los demás, eliminando el requisito de la pública licitación con admisión de extraños que es característico de la partición de cosas indivisibles, según resulta de los artículos 404 y 1.062, C. c.

Por lo demás, no ha llegado a haber comunidad entre el asignatario y los legitimarios a compensar en dinero, pues aquélla quedó excluida previamente por el testador. Si nada hay en común, nada hay que partir. La partición hecha por el testador es en el fondo un acto dispositivo de éste que excluye la verdadera partición en cuanto elimina la previa comunidad a disolver. La única diferencia entre una disposición pura y una disposición particional, hechas por el testador, estriba en que aquélla, al hacerse *extra partem*, excluye las compensaciones excepto las que sean dimanantes de la ley, mientras la segunda, al deberse encajar *intra partem*, puede llevar implícito el deber de compensar si resulta ser ésta la voluntad del testador, que

(341) Cfr. nuestros *Apuntes...*, loc. últ. cit., pp. 217 y s. y *A. D. C.*, IV-IV, pp. 1448 y s.

es precisamente lo que *a priori* excluye el artículo 1.075, "si no resultare que la voluntad del testador fue otra" (342).

Cámara (343) reconoce "que la partición testamentaria propiamente dicha excluye *ab initio* la existencia de comunidad hereditaria respecto de los bienes adjudicados. No se puede sostener, por tanto, que el heredero a quien por disposición del testador hay que adjudicar metálico no herencial es cotitular del activo hereditario hasta el pago". Hay, pues, un acto dispositivo que lo impide.

3.º) Por tener como título el de *legado*. Es decir, el legitimario al que se ordena se le satisfaga en metálico su legítima no es heredero sino legatario (344).

Ello tiene importantes repercusiones prácticas (345). Si al legitimario apartado de la explotación, cuyo derecho debe satisfacerse en metálico, le consideramos como heredero (a quien por acto meramente particional, o si se quiere híbrido entre la partición y la enajenación, se le ha cambiado, por su valor en dinero, la parte de bienes que le correspondía) no dejará de tener responsabilidad solidaria ante los acreedores de la herencia, conforme al artículo 1.084 C. c. Y, aunque se pretenda que ha habido un acto de enajenación, la aplicación del artículo 1.205 al aspecto pasivo de la transmisión no le libraría de aquella responsabilidad solidaria. No podemos creer que ésta haya sido la *mens legis* del precepto.

Por otra parte, si el contenido objetivo de la legítima no es *pars hereditatis*, menos lo será cuando se supla con dinero. El testador que dispone se satisfaga en metálico a un legitimario no le asigna el contenido objetivo de una parte de herencia, por más que emplee la palabra heredero al designarle. Por lo cual, conforme a los artículos 668 y 768, no puede presumirse que, pese a la denominación empleada, ésta corresponda a su voluntad, sino que al contrario deberá entenderse que lo ha llamado a título de legatario (346).

(342) Cfr. *Apuntes...*, II, § 3, C, pp. 187 y ss. y *A. D. C.*, IV-IV, pp. 1418 y siguientes.

(343) CÁMARA, *op. últ. cit.*, p. 731.

(344) Notemos que nuestra anterior afirmación de que el pago de las legítimas en dinero es un *modus* que grava al asignatario de la explotación, mejora o cosa legada, no es incompatible con que respecto al legitimario constituya un legado, ya que legado y modo pueden coincidir y entrecruzarse tangencialmente en algunos supuestos (cfr. nuestro cit. *Comentario* a las SS. 4 junio y 18 diciembre 1965, I, en *R. C. D. I.*, XLIII, 1967, pp. 166 y ss.).

(345) Cfr. *Apuntes*, II, § 3.º, E, b, pp. 216 y s. y *A. D. C.*, IV-IV, página 1447.

(346) CÁMARA (*loc. últ. cit.*, nota 22, p. 731) afirma que, si bien el hecho de "que se deje la legítima en dinero es un dato en muchos casos suficiente para presumir que el testador (...) no ha querido instituir heredero al legitimario", no obstante "no son incompatibles el pago en metálico de la legítima y la condición de heredero", y que tampoco considera injusto "que el legitimario a quien sólo se le deje la legítima en dinero tenga que responder de las deudas".

Creemos que la primera salvedad queda excluida con la negación tanto del carácter puramente particional como de atribución indirecta a través de una doble disposición —hereditaria y de compraventa— de la asignación dineraria, ya

4.º) Por ser, en ese supuesto, el legitimario un *legatario de parte alícuota* caracterizado porque, en parte por lo menos, *debe ser satisfecho en dinero*.

Es sabido que en Derecho romano, el heredero podía optar entre satisfacer al legatario parciario en bienes hereditarios o en su estimación en dinero (347), pero que esta *facultatis solutionis* no puede estimarse vigente en el Código civil (348), ni posiblemente lo estuvo en el Derecho real de Castilla a partir de la ley 20 de Toro (349). Ahora bien, en los supuestos que nos ocupamos, el legado parciario, que constituye la atribución pura y simple del contenido cuantitativo de la legítima liquidada (350) debe satisfacerse, en todo o en parte, en metálico, porque así resulta de los respectivos preceptos en los artículos 821, 829 y 1.056, § 2.º.

El legatario parciario es un acreedor de cuota de activo líquido (351), aunque goce como los acreedores hereditarios de la facultad de instar el juicio de testamentaria. Sólo por ser legitimario con reserva de *pars bonorum* se refuerza su posición y es comunero del activo líquido (352), pero como esa *reserva* queda en segundo plano por la disposición que ordena la compensación en dinero de la legítima, esta comunidad sólo queda latente. Como hemos visto, la reserva permanece en funciones de asegurar que el legitimario sea satisfecho (353), en caso de resolverse la disposición modal por incumplimiento del modo.

5.º) Por estar *garantizado* el pago *por la reserva de la pars bonorum* que, en principio, le estaba destinada en los términos que hemos explicado en el epígrafe anterior.

En resumen, en los supuestos de los artículos 821, 829 y 1.056, § 2, la legítima es *pars valoris*, en cuanto al contenido a que los le-

que la inescindibilidad de la voluntad del testador elimina aquellas diversificaciones conceptuales.

La segunda salvedad tal vez olvida que el legitimario satisfecho en dinero extrahereditario, en cuanto no participa de los bienes de la herencia, de los que es excluido por la atribución en dinero, ordenada previamente, tampoco parece justo que participe de su pasivo. Y si se le abona un importe líquido tampoco parece justo que le afecte un pasivo que corresponde a un activo bruto del que no participa.

Las Sentencias de 4 de julio de 1906, 24 de junio de 1927 y 14 de marzo de 1916, confirman nuestro criterio, como hace notar PUIG BRUTAU (*Fundamentos...*, V-III, cap. I, 3, VI, pp. 24 y ss.) en el comentario que les dedica.

(347) Cfr. *Apuntes...*, II, § 4.º, A, pp. 228 y ss y *A. D. C.*, V-III, páginas 836 y ss.

(348) Cfr. *ibid.*, II, § 4, E, 3.º, p. 272 y *A. D. C.*, V-III, p. 880.

(349) Cfr. *ibid.*, II, § 4, E, b, pp. 243 y ss. y *A. D. C.*, V-III, p. 851.

(350) Cfr. *ibid.*, I, § 10, pp. 90 y ss. y *A. D. C.*, IV-II, p. 506 y ss.

(351) Dudamos y nos inclinamos por la solución contraria en nuestros *Apuntes...*, II, § 4, F, a, p. 279 y *A. D. C.*, V-III, p. 887.

(352) Cfr. *Apuntes*, II, § 4, F, b, pp. 279 y s., *A. D. C.*, V-III, pp. 887 y s.

(353) En no distinguir lo que aquí exponemos, creemos que radica la confusión de FOSAR (loc. cit., VII, 1, p. 412) y de GARCÍA BERNARDO (op. cit., p. 115), en cuanto niegan que los legitimarios, en el supuesto del art. 1.056 C. c., sean legatarios parciarios por no ser cotitulares de la comunidad hereditaria.

gitimarios tienen derecho, pero su satisfacción está garantizada por la "reserva" de la *pars bonorum* que primigeniamente les estaba asignada y de la cual aquélla es traducción dineraria. Tal vez a ese encaje se le pueda llamar *pars valoris bonorum*, pero —como antes hemos visto— la expresión se presta a confusión en cuanto a su significado.

LEGÍTIMA DE LOS HIJOS NATURALES EN CONCURRENCIA
CON DESCENDIENTES LEGÍTIMOS

28. El núm. 3.º del artículo 807 parece indicar que la legítima del viudo o viuda, de los hijos naturales legalmente reconocidos y del padre o madre de éstos, tiene ciertas particularidades, con respecto a las legítimas de los descendientes y los ascendientes legítimos, que las hace más limitadas que éstas, en cuanto ese número termina con la salvedad, que no tienen los dos números anteriores: "*en la forma y medida que establecen los artículos 834 a 842 y 846*".

Sin embargo, por lo que se refiere a la legítima de los hijos naturales reconocidos, aparte de su menor medida y de la aplicación a la misma del tercio de libre disposición, no se halla en el Código ninguna disposición, que de un modo general limite cualitativamente el contenido definido en el artículo 806, ni señale una forma genérica diferente para satisfacerla.

La particularidad en la forma de satisfacerla, y vamos a ver si consecuentemente también en su naturaleza, surge en el caso de concurrir los hijos naturales con descendientes legítimos. Supuesto en el que, análogamente, habrá que incluir la legítima de los adoptados plenamente, en virtud del § 1.º, artículo 179 C. c., cuando éstos concurren, en la sucesión del adoptante, con descendientes legítimos de éste.

Según el artículo 840, § 2.º: "*Los hijos legítimos podrán satisfacer la cuota que corresponda a los naturales, en dinero o en otros bienes de la herencia a justa regulación*".

Esta disposición ha dado lugar a gran variedad de opiniones en la doctrina acerca de cuál es la naturaleza de la legítima de los hijos naturales en concurrencia con descendientes legítimos, y con respecto a la diferencia que existe entre la de éstos y aquéllos.

Entre los autores que, al principio de este trabajo (354) vimos que calificaban la legítima de *pars hereditatis*, unos (355) no hallan excepción en el supuesto del artículo 840, mientras que otros (356) deducen

(354) Cfr. *supra* nota 15.

(355) PEDRO SOLS GARCÍA, loc. cit., p. 571; JOSÉ FERRÁNDIZ VILELLA, op. cit., cap. III, 4, pp. 96 y ss.; FRANCISCO ESPINAR LAFUENTE, op. cit., 182, p. 437 y, dubitativamente BONET RAMÓN, *Compendio...*, 96, p. 551.

(356) CALIXTO VALVERDE, op. y vol. cits., cap. XI, § II, p. 259, según el cual la cuota legitimaria del hijo natural "es una parte alcuota de la herencia, pero puede ser sustituida por la entrega en dinero", DE BUEN, *Notas y vol. cits.*, cap. II, sec. XI, 1, p. 321, donde hace la observación que antes hemos recogido respecto al inciso final del núm. 3 del art. 807 y añade que "los hijos naturales

que en este supuesto la legítima de los hijos naturales tiene un carácter crediticio y un contenido que puede ser dinerario. Igualmente, entre quienes califican en general al legitimario de comunero o cotitular de los bienes hereditarios, es decir, de titular de una *pars bonorum*, entienden unos que en este supuesto los hijos naturales nunca participan de esa cualidad (357), que, sin embargo, en opinión de algún otro, la mantienen en tanto no sean pagados (358). Para quien la legítima es una *pars valoris bonorum* que, por regla general, debe ser satisfecha en sustancia hereditaria, el artículo 840, § 2.º, determina una de las excepciones en virtud de las cuales se puede también abonar, a opción de los hijos legítimos, en dinero (359).

La doctrina antes de nuestra guerra se había ocupado poco de precisar la naturaleza jurídica que la legítima de los hijos naturales tiene en este supuesto. No obstante, podemos hallar en ella intere-

cuando concurren con legítimos, tampoco tienen derecho a bienes determinados, pues éstos podrán satisfacerle su cuota en dinero o en otros bienes de la herencia". FUENMAYOR (*Intangibilidad de la legítima*, A. D. C., I-I, pp. 64 y s.) sitúa entre los casos que contienen excepciones al principio de que la legítima debe satisfacerse en cuerpos hereditarios el del art. 840, § 2.º, que dice "es consecuencia del carácter especial de su legítima". Y ROYO MARTÍNEZ (op. cit., cap. XVII, § 5, pp. 186 y ss.) quien destacó que en el Código civil la denominación "heredero forzoso" comprende una "élite" formada por los tradicionales herederos forzosos, "frente a los *parvenus* de la legítima que son los hijos naturales y el cónyuge viudo"; y señaló las normas de los 1.056, § 2 y 840, § 2, C. c., como "caso rigurosamente excepcional" de la regla de que, "como herederos, cotitulares del activo hereditario", "tienen derecho a transformar su abstracta cotitularidad en adjudicación de bienes hereditarios".

(357) GONZÁLEZ PALOMINO (loc. y nota últ. cit., pp. 547 *in fine* y s.) señala como caso de legítima a la que se puede encontrar analogía con la del Derecho catalán, el del art. 840, § 2.º, conforme al cual puede operarse el desplazamiento de los hijos naturales de la comunidad hereditaria.

GONZÁLEZ ENRÍQUEZ (loc. y nota últ. cit.) cree que en el supuesto del 840, § 2, "parece tratarse más bien de una pura legítima de valor", y que, en él, el legislador atribuye directamente la facultad de pago a los herederos, sin mediación del testador.

Para GARCÍA BERNARDO (op. cit., p. 62), el hijo natural en el supuesto del art. 840, "sólo tiene derecho a una cuota del haber líquido en bienes de la herencia o en dinero que, a elección de los hijos legítimos, debe recibir. Esto nos recuerda el legado parciario en la configuración que le dio Justiniano".

Según PUIG BRUTAU (*Fundamentos...*, V-II, cap. I, 7, A, p. 78), "la ley se limita a reservar a favor del hijo natural una cuota de valor que los hijos legítimos podrán pagar en dinero o en otros bienes de la herencia".

Este último criterio lo sostuvimos en nuestros *Apuntes...*, I parte, § 3.º, a, p. 34 y A. D. C., IV-II, p. 450.

(358) Así, MANUEL DE LA CÁMARA (op. últ. cit., p. 991) dice que el artículo 840, § 2, no significa "que los hijos naturales, en concurrencia con hijos legítimos, sólo tengan derecho como legitimarios, a una fracción del valor de los bienes hereditarios. La definición de la legítima que formula el artículo 806, sin hacer distinciones, ampara también a los hijos naturales". A su juicio, ocurre "que, llegado el momento de repartir y adjudicar la herencia, los hijos legítimos pueden excluirles de los bienes hereditarios mediante el pago en dinero del valor de la legítima".

(359) ROCA SASTRE, *Naturaleza jurídica de la legítima*, R. D. P., XXXVIII, p. 208.

santes aportaciones. Así: Falcón (360) había entendido que es “carga y deuda legal de la parte de libre disposición” y “que la ley permite a los hijos legítimos satisfacer dicha deuda en dinero o en otros bienes de la herencia”. Felipe Clemente de Diego (361) señala el supuesto del 840, § 2.º, entre los que indican que la legítima parece orientarse hacia el “simple derecho de crédito”. Castán Tobeñas, después de señalar entre las excepciones a la que parece regla general de la naturaleza de la legítima las “formas alternativas de pago en metálico”, entre las que enumera la establecida en el artículo 840, § 2.º (362), observa que este precepto “una vez más demuestra el criterio restringido con que está organizada la legítima de los hijos naturales, pues mientras respecto a la del viudo la forma de pago se subordina en definitiva al mutuo acuerdo de los interesados (art. 838), tratándose de esta otra se da a los hijos legítimos libertad completa para elegir la forma de pago, claro es que con la condición de estimar o valorar los bienes justamente (363). Manresa (364), Mucius Scaevola (365) y Sánchez Román (366), aunque no se ocupan de exponer la naturaleza de ese supuesto legitimario, hacen una interpretación del mismo, con la cual, como veremos, queda fuera de toda duda, que los hijos naturales no tienen derecho a que se les deje su legítima en comunidad con los descendientes legítimos del causante. Ciertamente es que el segundo dice que los hijos legítimos “pueden atraer a su dominio la totalidad de los bienes quedados al fallecimiento de su padre, abonando en metálico al hijo natural su cuota legitimaria”, pero creemos que esta frase no desvirtúa lo que se deduce del conjunto de su comentario.

Las razones que dan algunos de los autores que entienden que el precepto del artículo 840, § 2, no excepciona el carácter general de la legítima —*pars hereditatis*, para unos, o *pars bonorum*, según otros—, las apoyan en la tesis de Ortega Pardo que consideró lo dispuesto del artículo 1.056, § 2, como una consecuencia de las facultades particionales que se concedan al testador (367). Así lo explican Bonet Ramón (368) y Ferrándiz Vilella (369). Este afirma que, “esta entrega implica un acto de partición como única forma de llevar a cabo la “justa regulación” que impone el artículo 840, párrafo segundo”, pues de lo contrario “nos encontraríamos con que el carac-

(360) MODESTO FALCÓN, *Exposición doctrinal del Derecho civil español, común y foral*, lib. III, cap. III, sec. II, párr. VIII, 2, cfr. 5 ed. Barcelona 1897, vol. III, p. 274.

(361) FELIPE CLEMENTE DE DIEGO, *Instituciones...*, vol. III, lec. 90, p. 226.

(362) JOSÉ CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil...*, ed. cit., vol. I, II, tema LX, p. 270.

(363) CASTÁN TOBEÑAS, op. y vol. últ. cit., tema LXVII, pp. 364 y s.

(364) MANRESA, *Comentarios...*, vol. VI, arts. 840 a 844, II, p. 536.

(365) SCAEVOLA, *Código civil...*, vol. XIV, arts. 840 a 842, III, B, a, p. 887.

(366) SÁNCHEZ ROMÁN, *Estudios...*, vol. VI-II, cap. XV, 81, p. 912.

(367) Cfr. *supra*, nota 244.

(368) BONET RAMÓN, loc. últ. cit.

(369) FERRÁNDIZ VILELLA, op. y cap. cit., pp. 96 *in fine* y ss.

ter de heredero del hijo natural estaría pendiente de la partición". Aunque reconoce que "la solución queda enteramente al arbitrio de los hijos legítimos", insiste en que, aun cuando las facultades del hijo natural "como coheredero quedan mermadas por virtud de la forma alternativa de pago de su porción que la ley concede exclusivamente al arbitrio de los hijos legítimos", "ya hemos advertido que esta limitación opera sólo en el momento de la partición".

Otros en cambio, lo fundamentan en un derecho de adquisición de los hijos legítimos. Así cree Espinar Lafuente (370) que se trata de una facultad *expropriatoria* (pago en dinero) o *subrogatoria* (en otros bienes), que "se confiere por la ley de modo *unilateral* a favor de los herederos, hijos legítimos", que no les priva "de su titularidad de heredero", ni de su *cuota*. Y Manuel de la Cámara (371) entiende que el artículo 840 concede "una facultad a los hijos legítimos cuyo contenido consiste en la posibilidad de adquirir la cuota de los naturales mediante el pago de su valor en dinero".

Para poder fundamentar la calificación que examinamos parece imprescindible analizar las características específicas que el precepto atribuye al derecho de unos y otros hijos. Por eso trataremos de esclarecer las cuestiones que pueden ayudarnos a conocerlas.

1.º) Ante todo surge un problema de interpretación literal. El artículo habla de satisfacer "en dinero o en otros bienes de la herencia". ¿El genitivo "de la herencia" va referido sólo a los "otros bienes" o también al "dinero"? El texto gramatical, como la finalidad del precepto, abona que la primera solución es la correcta.

Gramaticalmente, la conjunción copulativa "o" no acumula los dos hablativos, pues están independizados cada uno con su respectiva preposición "en". Por eso creemos que el genitivo "de la herencia" se refiere sólo al inmediato hablativo "otros bienes", quedando aislado del otro hablativo, "en dinero", por la repetición ante aquél de la preposición "en".

2.º) La finalidad del precepto, sólo puede hallarse, según Cámara (372), en que el Código "quiere que los hijos legítimos, si lo desean puedan impedir que ningún bien hereditario pase a sus hermanos naturales, o simplemente se propone facilitar la liquidación de la herencia y dotar a los hijos legítimos de un instrumento que corte de raíz toda discusión sobre la forma de repartir "in natura" los bienes hereditarios". La mayor parte de los comentaristas del precepto se inclinan por la segunda explicación de "evitar desavenencias y cuestiones entre los hijos legítimos y los hijos naturales con motivo de la partición de la herencia o de la proindivisión de los bienes" (373). Scae-

(370) ESPINAR LAFUENTE, loc. y pág. últ. cit.

(371) CÁMARA, loc. últ. cit., p. 992.

(372) *Ibid.*, pp. 992 y ss.

(373) MANRESA, loc. y pág., últ. cit. En igual sentido: SÁNCHEZ ROMÁN, loc. últ. cit., quien la señala en la mayor probabilidad de las desarmonías dada la desigual condición filial; CASTÁN, vol. últ. cit., tema LXVII, p. 304; PUG PEÑA, *Tratado...*, vol. V-II, cap. XII, 2.º E, p. 337, y GARCÍA BERNARDO, nota 181, p. 629 y BONET RAMÓN, *Código civil...*, art. 840, p. 66.

vola (374) se inclina a creer que esta disposición favorece “la tendencia de los legítimos a no comunicar con los naturales, ni siquiera por razón de un dominio *pro indiviso*, en algún bien hereditario”. Cámara, como nosotros hace años (375), se inclina por la primera explicación como más razonable, pues dice que la otra haría a los hijos naturales de peor condición que a los extraños, “aunque sea una muestra —como dice Scaevola— del predominio que en lo moral y en lo económico tiene necesariamente que concederse a la filiación legítima sobre la natural”, puesto que la opción precisamente se concede a los hijos legítimos.

De esa finalidad dedujimos que el precepto para ser eficaz debía aplicarse tanto si en la herencia hubiese dinero suficiente para pagar las legítimas de los hijos naturales como si no lo hubiese. Por eso, sin duda, a ningún autor, que sepamos, se le ha ocurrido propugnar la contraria solución, hasta el punto de que a Manresa le parece “clara” la interpretación de la norma; para Scaevola “el precepto es sencillísimo”; tanto que, según Sánchez Román, “basta leer para ser comprendido”.

3.º El padre, sin duda, puede otorgar a los hijos naturales una situación más ventajosa, puesto que la legítima de éstos recae en el tercio de libre disposición. Por tanto, si puede legárselo íntegro *in natura*, no vemos inconveniente en que ordene que les sea abonada la legítima en metálico, o incluso que señale los bienes concretos en que debe serle satisfecha (376). En este caso no se trata, en definitiva, de que cambie de naturaleza la legítima, sino de una atribución mayor que la subsume.

Del mismo modo, parece razonable que el padre pueda ordenar a los hijos legítimos que efectúen el pago en metálico, o que simplemente pueda legar a los hijos naturales directamente una suma de dinero (377).

4.º La opción por hacer el pago en metálico, a falta de disposición del testador, en alguno de los sentidos que acabamos de expresar, sólo corresponde a los hijos legítimos, sin perjuicio de su “justa regulación”, es decir, *estimación* (378). Esto es, que el derecho de los hijos na-

(374) SCAEVOLA, loc. y pág. últ. cit.

(375) *Apuntes...*, loc. últ. cit., nota 102, p. 32 y *A. D. C.*, IV-II, p. 448.

(376) CÁMARA ha opinado así, (pp. 993 y s.) en lo que se refiere a esto último, pero en desacuerdo en cuanto la posibilidad, que rechaza, de prohibir la satisfacción en metálico, por creer que esto frustraría la finalidad del precepto consistente en facilitar la liquidación. GARCÍA BERNARDO (*op. cit.*, nota 181, p. 62) critica esta afirmación de CÁMARA y observa que el hijo natural “no puede tener frente al testador, peor posición que un extraño”. Por lo demás, la finalidad de la norma se basa en un temor del legislador, acerca del cual el padre sin duda se halla, en cada caso, en mejor situación para juzgar.

(377) Cfr. *Apuntes...*, loc. últ. cit., p. 33 y *A. D. C.*, IV-II, p. 449. De acuerdo PUIG BRUTAU, *op. y loc. últ. cit.*, p. 77.

(378) Cfr. MANRESA, SCAEVOLA, SÁNCHEZ ROMÁN, CASTÁN TOBEÑAS (*loc. y págs. últ. cit.*), GONZÁLEZ PALOMINO (*loc. y nota cit.*, p. 548), ESPINAR (*loc. últ. cit.*), CÁMARA (pp. 91 y s.), PUIG BRUTAU (p. 78), PUIG PEÑA (p. 337).

turales en este punto se limita a exigir la justa valoración, y, en caso de discrepancia, a los Tribunales les corresponderá resolverla.

5.º) De optar los hijos legítimos por satisfacer en bienes hereditarios la legítima de los hijos naturales, la elección de los bienes con que pagarla corresponde también a aquéllos (379), sin que a éstos corresponda tampoco otro derecho que el de exigir se haga “a justa regulación”. Los demás hijos naturales no tienen, por consiguiente, derecho alguno a intervenir en el pago que los hijos legítimos hagan en bienes hereditarios a otro hijo natural. Su intervención, en la partición, si aún no han sido satisfechos, ha de limitarse sólo a vigilar la justa regulación (380).

6.º) No parece que el hijo natural, a quien el testador no instituya heredero, imponiendo su entrada en la comunidad hereditaria y excluyendo la opción de los hijos legítimos, deba responder de las deudas hereditarias. Su posición no es congruente con esa responsabilidad. Ello elimina la calificación de compraventa forzosa para los hijos naturales de su cuota hereditaria por el ejercicio por los hijos legítimos de su opción a pagarles en dinero su legítima. La aplicación, en el aspecto activo, del artículo 1.532 y, en el pasivo, del 1.205, sería obligada consecuencia de esta calificación, y daría como resultado, de acuerdo con el artículo 1.084 C. c., a que el hijo natural expropiado de su cuota hereditaria respondería solidariamente con los demás herederos de las deudas del caudal relicto. Por eso afirmamos en otra ocasión (381) que no es posible que la *mens legis* del artículo 840, § 2, sea ésta.

7.º) De tratarse de una cuota de valor del activo líquido pagable en bienes o en dinero, la determinación cuantitativa de éstos habrá de seguir las oscilaciones de aquél debidas a causas extrínsecas o a las variaciones en el valor de la moneda, en que se calculen, desde el fallecimiento del padre a la liquidación de la legítima. Cámara (382) cree llegar a igual resultado, por entender que mientras los herederos no ejerciten la opción que les compete y paguen totalmente lo que les corresponda a los hijos naturales éstos son titulares de su cuota legitimaria, y observa que ese resultado corresponde al del traspaso de riesgos en la compraventa. Nuestra conformidad en cuanto al resultado es independiente de la disparidad de las razones.

8.º) La garantía de los hijos naturales como legitimarios, según los autores que consideran que su legítima es *pars bonorum* aún en el supuesto del artículo 840, § 2, estriba en su condición de cotitulares (383). Para nosotros, en cambio, dimana de la consideración de

(379) MANRESA, CASTÁN TOBEÑAS (págs. últ. cit.), CÁMARA (nota 393, página 991).

(380) SÁNCHEZ ROMÁN, GONZÁLEZ PALOMINO (locs. y págs. últ. cit.) CÁMARA (nota 393, pp. 991 y s.).

(381) *Apuntes*, loc. últ. cit., p. 34 y *A. D. C.*, IV-II, p. 450; y, en igual sentido PUIG BRUTAU, loc. últ. cit., pp. 77 *in fine* y s.

(382) CÁMARA, loc. últ. cit., pp. 894 y s.

(383) CÁMARA, loc. últ. cit., nota 993, p. 991.

carga legal, *in rem scripta*, que tiene la legítima en este caso, como *pars valoris* ínsita en la herencia y protegida por la reserva —sin delación, por eso no están en comunidad actual— que el artículo 806 establece y queda latente en la penumbra, pero sin desvanecerse hasta que la legítima queda satisfecha (384). La aplicación a este caso del artículo 15 L. H. nos parece evidente.

En resumen, creemos que la situación del hijo natural —que no puede exigir más que la entrega y la “justa regulación” del dinero o de los bienes hereditarios que los hijos legítimos elijan darle, y sin derecho a intervenir en la determinación de los bienes que éstos satisfagan a los otros hijos naturales— no puede considerarse que sea ni un solo instante la de quien se halla en comunidad hereditaria. Por ello, ni son herederos, ni titulares de *pars bonorum*, sino acreedores de valor hereditario, sin responsabilidad personal por su pasivo. Valor que ha de serles satisfecho por los hijos legítimos en la forma prevista por la opción que a éstos concede el artículo 840, § 2.º, considerándose como gravamen de la herencia, ínsito en ella, la obligación legal *in rem scripta* de pagarla (385).

(384) Cfr. nuestros *Apuntes...*, loc. últ. cit., p. 34 y *A. D. C.*, IV-II, p. 450 y PUIG BRUTAU, loc. últ. cit., pp. 77 y s.

(385) Como demuestra PUIG BRUTAU, loc. últ. cit., pp. 78 y ss., las sentencias del Tribunal Supremo que algunos autores invocan para apoyar la afirmación de que el hijo natural es heredero forzoso, si se examinan con algún detalle, claramente sirven para mostrar lo contrario (SS. 16 enero 1895, 16 abril 1932).

