

Los complementos de la legítima

JUAN VALLET DE GOYTISOLO

SUMARIO: I. LA ACCIÓN DE SUPLEMENTO DE LA LEGÍTIMA. A) *Derecho romano y común*. 1. Su génesis, hasta las leyes *Omnimodo* y *Scimus* y la Novela CXV, cap. V. 2. Contenido del suplemento y modo de hacerlo efectivo. 3. Personas contra quienes podía dirigirse. 4. Naturaleza de la *actio ad supplementum*. 5. Transmisión del derecho al suplemento y plazo de su prescripción. B) *Código civil*. 6. Prolegómenos y antecedentes legislativos del art. 815, C. c. 7. Sujeto activo del complemento. 8. Sujeto pasivo de la reclamación. 9. Objeto de la acción. 10. Determinación de la cuantía de la reclamación. 11. Medios jurídicos para su obtención. 12. Naturaleza de la acción. 13. Su transmisibilidad y prescripción. C) *Derecho civil de Aragón*. 14. Particularidades derivadas del carácter colectivo de la legítima aragonesa. D) *Baleares*. 15. Particularidades de Mallorca, Ibiza y Formentera. E) *Cataluña*. 16. Peculiaridades anteriores a la Compilación. 17. Regulación en ésta. 18. Naturaleza de la acción de suplemento.

II. INEFICACIA DE LOS GRAVÁMENES "AD TEMPUS" E "IN QUALITATAE". A) *Derecho romano y común*. 19. La ley *Quoniam in prioribus* y el § *Cum autem* de la ley *Scimus*. 20. Asignación de contenido inadecuado. 21. Asignación en nuda propiedad. 22. Asignación en usufructo. 23. Imposición de condiciones. 24. El problema de las cautelas de opción compensatoria. 25. Imposición de una prohibición de disponer o partir, o de un modo de utilización o explotación de los bienes. 26. Aplazamiento de su goce o atribución mediante un fideicomiso. 27. Gravamen de fideicomiso, vínculo o mayorazgo. B) *Código civil*. 28. El art. 813, § 2, y sus precedentes. 29. Asignación de contenido inadecuado. 30. Gravamen con un usufructo o renta vitalicia. 31. Problemas que plantea la interpretación del art. 820, n. 3, C. c. 32. Imposición de una condición. 33. Posibilidad de las cautelas de opción compensatoria. 34. Las condiciones *facillima* y *si voluerit*. 35. Prohibiciones de disponer o partir. 36. Imposición de una forma de explotación personal o social. 37. Aplazamiento de su goce o atribución por medio de una sustitución fideicomisaria. 38. Gravamen con sustituciones vulgar, pupilar o ejemplar. 39. Gravamen con sustitución fideicomisaria. C) *En Aragón*. 40. Regulación de la Compilación. D) *En Baleares*. 41. Particularidades. E) *En Cataluña*. 42. Asignación de contenido inadecuado. 43. Imposición de condiciones, términos, modos, fideicomisos, usufructos u otras cargas o limitaciones. F) *En el Infanzado de Vizcaya*. 44. Gravámenes admitidos y no permitidos. 45. Posibilidad de cautelas compensatorias de bienes troncales por no raíces.

III. REDUCCIÓN DE LEGADOS INOFICIOSOS. A) *Derecho romano y común*. 46. Los cauces de la *actio ad supplementum* y de la *Lex Falcidia*. 47. Naturaleza de la reducción. B) *Derecho de Castilla*. 48. ¿Subsistieron la falcidia y la trebelliánica? 49. La ley 19 de Toro y su interpretación. 50. Naturaleza de la reducción en relación con la de la *actio legis Falcidiae*. C) *Código civil*. 51. Modificaciones introducidas y su génesis. 52. Los arts. 817, 887 y 881, su posible concordancia. 53. Concurrencia en la reducción de legados dispuestos a favor de legitimarios y de extraños. 54. Modo de efectuar la reducción (arts. 820 y 821 C. c.). 55. Naturaleza de la acción. 56. Los efectos respecto del legatario y de terceros adquirentes. D) *Aragón*. 57. Régimen aplicable. E) *Cataluña*. 58. Los capítulos *Raynutius* y *Raynaldus* del *Sexto* de las *Decretales* y su incidencia en el Derecho romano. 59. Trebelliánica y legítima. 60. Falcidia y legítima. 61. Reglas de la Compilación para la reducción de legados inoficiosos. 62. La acción de reducción. F) *Baleares*. 63. Disposiciones de la Compilación. G) *Infanzonado de Vizcaya*. 64. Normas de la Compilación.

IV. COMPLEMENTO DE LA LEGÍTIMA LESIONADA EN LA PARTICIÓN. A) *Derecho romano y común*. 65. La rescisión de particiones en perjuicio de legítimas en Derecho común. 66. Lesión de la partición *parentem inter liberos*. 67. Evicción en perjuicio de la legítima. 68. Reparación de la lesión. B) *Código civil*. 69. Obligación de evicción y saneamiento. 70. Rescisión por lesión. 71. ¿Es rescindible la partición hecha por el testador por lesión en menos de la cuarta parte si afecta a la legítima? 72. Modo de reparar la lesión. 73. Lesión por omisión de objetos o valores. 74. Preterición particional.

V. COMPLEMENTO DE LAS LEGÍTIMAS RENUNCIADAS O TRANSIGIDAS EN VIDA DEL CAUSANTE. A) *Derechos romano y canónico*. 75. Soluciones en uno y otro. B) *Código civil*. 76. El art. 816. C) *Legislaciones forales*. 77. Soluciones del Derecho balear y catalán: supuesto de lesión *ultra dimidium*.

VI. REDUCCIÓN DE LAS DONACIONES INOFICIOSAS. A) *Derecho romano y común*. 78. Las *querellae inoficiosae donationis vel dotis*. B) *Derecho Real de Castilla*. 79. La ley 29 de Toro. 80. Criterio de los autores castellanos. C) *Planteamiento en los prolegómenos del Código civil*. 81. Dudas en torno a la reivindicación contra tercero y la restitución de frutos. 82. Criterio del Proyecto de 1851. 83. Orden de reducción. D) *Código civil*. 84. Determinación del orden para la reducción. 85. Problema en caso de insolvencia de un donatario. 86. Cuándo y quién puede pedir la reducción. 87. Otras cuestiones acerca de la legitimación activa. 88. Modo de efectuarse la reducción. 89. Posición de los terceros adquirentes. 90. Extinción de la acción. E) *Aragón*. 91. Normas de la Compilación. F) *Cataluña*. 92. Derecho anterior a la Compilación. 93. Preceptos de ésta. Naturaleza de la acción. 94. Problemas que suscita la legitimación pasiva. 95. Cuestiones de legitimación activa. G) *Infanzonado de Vizcaya*. 96. Peculiaridad del Derecho foral vizcaíno.

VII. PROTECCIÓN DE LOS LEGITIMARIOS CONTRA LAS DISPOSICIONES A TÍTULO ONEROSO DEL CAUSANTE, EFECTUADAS CON PRODIGALIDAD, FRAUDE O SIMULADAS. A) *Derecho común*. 97. Planteamiento. 98. Dilapidación de bie-

nes por el causante. 99. Enajenaciones onerosas a precio vil y en fraude de la legítima. 100. Actos simuladamente onerosos. B) *Código civil*. 101. Actos de prodigalidad del causante. 102. Ventas por precio notoriamente de favor. 103. Ventas reales con ánimo de dilapidar el precio y complicidad en el fraude del comprador. 104. Compraventas simuladas. 105. Requisitos formales para la validez de las donaciones disimuladas: alcance de la aplicación del art. 633 C.c. 106. La forma de la donación, ¿es forma del contrato o forma de la transmisión? 107. Panorama de las distintas posiciones del Tribunal Supremo. 108. Posición admensiva. 109. Postura negativa. 110. Posición que niega la legitimación a los herederos voluntarios para impugnar la simulación relativa. 111. Apreciación crítica de ésta. 112. Causas de impugnación de la donación disimulada. 113. Enajenaciones en fraude de la legítima. 114. Alcance posible, en esta materia, del fraude de ley. 115. Legitimación del legitimario para impugnar las donaciones disimuladas. 116. Consideraciones acerca del alcance de su acción.

VIII. SITUACIÓN DE LOS LEGITIMARIOS RESPECTO DE LAS ENAJENACIONES A TÍTULO ONEROSO VERIFICADAS POR EL CAUSANTE DE BIENES A ELLOS PERTE-
NECIENTES, O A ELLOS DESTINADOS POR OTRO TÍTULO. A) *Planteamiento por los autores castellanos siguiendo a los de Derecho común*. 117. Impugnación por el hijo no heredero del padre enajenante. 118. Por el hijo heredero o legatario de éste: diversas situaciones. 119. La cuestión en el período precursor del Código civil. B) *Régimen después de éste*. 120. Posición de la jurisprudencia. 121. Autores que estiman revisada la doctrina clásica. 122. Posición que la estima vigente. 123. Solución según los diversos supuestos. C) *Compilación catalana*. 124. Normas específicas relacionadas con esta materia.

Hemos visto, en trabajos anteriores, que la legítima puede obtenerse íntegramente contra tabulas, previo obtener la invalidación total o en cuanto perjudique la legítima del impugnante, de la institución de herederos.

Pero la legítima puede resultar lesionada sólo en parte y, para ello, las normas que la protegen articulan una serie de medidas protectoras para obtener su complemento.

El contenido de este estudio es precisamente el de los complementos de la legítima. Se trata de examinar su presupuesto y de conocer los remedios disponibles.

La legítima puede resultar parcialmente lesionada por múltiples causas.

Puede serlo, en primer término, por resultar cuantitativamente insuficiente para cubrirla la atribución o atribuciones que el causante haya efectuado a un legitimario. Es el supuesto clásico de la actio ad supplementum.

Cabe también que la insuficiencia no sea cuantitativa sino cualitativa, por asignación pro legítima de bienes no idóneos para cubrirla o de derechos que, por su naturaleza o por las modalidades impuestas, no son adecuadas para satisfacerla. Ahí tenemos la hipótesis de una insuficiencia cualitativa, que debe ser subsanada.

Por otra parte, la legítima puede resultar no suficientemente satisfecha a pesar de que la atribución haya sido suficiente, debido a la imposición

de legados, mandas, fideicomisos o cargas modales que la graven, y que será preciso reducir hasta dejarla cubierta.

Pero la satisfacción incompleta puede no dimanar de las disposiciones testamentarias, sino obedecer a una previa renuncia o transacción o bien a una asignación particional lesiva.

Y, como la legítima se refiere a la suma de lo relicto líquido más lo donado, puede resultar lesionada, incluso totalmente, debido a donaciones inoficiosas otorgadas por el causante, ya sean descubiertas o bien encubiertas, es decir, disimuladas en un acto oneroso simulado. E, incluso, por actos onerosos reales, pero efectuados villore pretio o en fraude de todas o alguna de las legítimas.

En fin, indirectamente, puede dimanar una lesión si, instituido el legítimo heredero del causante, éste hubiese enajenado bienes del peculio del propio legítimo o a él destinados por sustitución fideicomisaria o por reserva legal. En estos supuestos se trata de examinar si aquél podrá obtener la reivindicación del bien indebidamente enajenado por su de cuius, o al menos el resarcimiento, y obtener, además, su íntegra legítima.

Todo esto es lo que, bajo el título enunciado, intentaremos esclarecer en este trabajo.

I. LA ACCION DE SUPLEMENTO DE LA LEGITIMA

A) DERECHO ROMANO Y COMÚN.

1. Es sabido que la querella *inofficiosi testamenti* implicaba inevitablemente una lesión en el honor de quien resultaba vencido en el juicio. Los herederos instituidos incluso podían ser tachados de infamia. Dada esa gravedad, la querella sólo se admitía subsidiariamente cuando se carecía de otro remedio y, para reducir su ámbito, se establecían restricciones a su ejercicio (1).

Inicialmente, en el caso de que un descendiente, con posibilidad de ejercitar la querella, fuera llamado a la sucesión de un ascendiente en una parte menor de la que hubiese obtenido de fallecer este abintestato, quedaba a la apreciación de los centunviro la determinación de si había o no lugar a considerar que el testador hubiera infringido el *officium pietatis* (2). Más tarde, fue fijada en la cuarta parte de la porción abintestato la cuota mínima con la que se estimaba cumplido dicho deber. Así lo refleja ya un pasaje de Plinio (3): "¿Tendrías tú derecho a quejarte si tu madre te hubiese instituido en el todo, encargándote de tantos legados que no te hubiese quedado más que una cuarta parte? Pues has de estar contento si desheredado

(1) Cfr. PAUL FRÉDÉRIC GIRARD, "Manuel Élémentaire de Droit Romain", 8.ª ed. París 1924, Lib. III-V, tít. I, cap. III, sec. II-I, 3, pp. 917 y s.

(2) FRITZ SCHULZ, "Derecho Romano Clásico", § 480, cfr. vers. al castellano de JOSÉ SANTA CRUZ TEIJEIRO, Barcelona 1960, p. 264.

(3) PLINIO, *Epístolas*, V, 1; cita de MAYNZ, "Curso de Derecho Romano", § 390, cfr. trad. de POU Y ORDINAS, Barcelona 1888, vol. III, p. 407.

por tu madre, consigues de los herederos instituidos una cuarta parte.”

Sin embargo, el testador podía calcular erróneamente su caudal. También cabía que su fortuna aumentase después de otorgado el testamento, de modo que la porción por él dejada a un legitimario no llegase a cubrirle su cuarta. Para evitar que en estos casos se invalidara el testamento con la querella, se introdujo en la práctica que el testador proveyera, en una cláusula, esa posibilidad y ordenara, para ese caso, que se complementara *boni viri arbitrato* la atribución por él efectuada al legitimario. Una Constitución de Constancio y Juliano (4) confirmó la eficacia de esta práctica, excluyente del ejercicio de la querella, al permitir únicamente que el legitimario, en ese supuesto, exigiera el complemento de su porción.

Y Justiniano, en otra Constitución del año 528 (5), conocida por ley “*Omnimodo*” y recogida en el Codex III-XXVIII, 30, pr., “velando siempre por la voluntad de los testadores” decidió “quitar la fácil y frecuente ocasión de destruir las disposiciones de los mismos”, para lo cual dio por implícita la cláusula ordenadora del suplemento, de modo tal que “ora diga el testamento que se complete la porción legítima, ora no, sea ciertamente firme el testamento, pero sea lícito a las personas que podían querellarse contra el testamento como inoficioso; o para destruirlo de otro modo, exigir lo que se les deje de menos en su porción legítima (*quod minus portione legitima sibi relicta est*) para completarla sin ningún gravamen ni demora (*ad implendam eam sine nullo gravamine vel mora exigere*)” (6).

Notemos que, según el inciso final del proemio de esta Constitución de Justiniano, se excluía la querella y sólo había lugar al ejercicio de la *actio impletoria*, tratándose de personas “*quarum mentionem testantes facerint, et aliquam eis quantitatem in hereditate vel legato vel fideicommisso licet minorem legitima portionem relinquere*”. Otra constitución del mismo año 528 (Cod. h.t. 31) aplicó igual disposición a los testamentos no escritos; en 530 la conocida por ley *Si quando* en su § *Et generaliter* (Cod. h.t. 35 § 2) extendió el remedio del suplemento a aquellos legitimarios a quienes el causante les hubiere donado *inter vivos* o *mortis causa* a cuenta de su legítima, y en 531 la conocida por ley *Scimus* (Cod. h.t. 36), a quienes les resul-

(4) Recopilado en el Código Teodosiano, 2, 19 De inoff. test. 4.

(5) De la lectura del frag. 25, Dig. V-II, podría deducirse que en tiempo de ULPIANO ya se aplicaba el régimen de la *actio ad supplementum*. Pero no es así, pues el texto de este juriconsulto recogido en aquel fragmento de su *Disputationum*, 1, 2, fue interpolado por los compiladores a fin de adaptarlo a las innovaciones establecidas por JUSTINIANO. GIRARD (op. cit., lib. III-V, tít. I, cap. III-II, nota 2, cfr. ed. cit., p. 919) estimó evidente esta interpolación, porque la citada Constitución de CONSTANCIO y JULIANO, recogida en el Código Teodosiano, muestra que en tiempos del emperador Juliano, para que al legitimario no le cupiera ejercitar la querella, era precisa una cláusula testamentaria expresa que le facultase para reclamar el suplemento de su legítima.

(6) Recogió este mismo criterio la Instituta II-XVIII, § 3, ap. 2.º: “*Si vero quantacunque pars hereditatis vel res iis fuerit relicta, de inofficiosa querella quiescente, id, quod iis deest, usque ad quartam legitimaie partis repletur, licet non fuerit adiectum, boni viri arbitrato debere eam compleri.*”

taren incompletas sus legítimas, sea por evicción de la cosa donada *inter vivos* o *mortis causa* o dejada en testamento, o bien a quienes por causa de la ley Falcidia, les hubiesen quedado disminuidos por debajo de su cuarta los legados, fideicomisos o donaciones *mortis causa* que su causante les hubiera atribuido.

Pero en la Novela CXV, cap. III, fue reducido este criterio, hasta entonces en ampliación creciente, al decretarse la procedencia de la impugnación de la institución de herederos, cuando el reclamante no hubiese sido instituido heredero, aunque "*si per quamlibet donationem vel legatum, vel fideicommissum, vel alium quamquamque modum eis dederint legibus debitam portionem*".

Así bajo este régimen novísimo la querella sólo era excluida, sin otro derecho que el de ejercitar la *actio ad supplementum*, en caso de institución de heredero en cuota menor que la legítima o en bienes que no cubriesen su valor, según el cap. V, inc. 2.º de esa misma Novela. No obstante lo cual, si el hijo aceptara el legado, la querella debía serle rechazada por aplicación del criterio resultante de los textos de Marcelo, Modestino y Paulo recogidos en el Digesto V-II, 10, § 1, 12, 31 y 32, el primero de los cuales concreta: "*Illud notissimum est, eum, qui legatum perceperit, non recte de inofficioso testamento-dictorum, nisi id totum illi administravit*". Y, entonces, lo mismo que en el supuesto en que reconveía el testamento o la institución de heredero (7) por haberlos aprobado el hijo preterido o injustamente desheredado, éste conservaba la *actio ad supplementum* si no la hubiese renunciado expresamente, conforme el § *Et generaliter* de la ley *Si quando* (Cod. III-XXVIII, 35, § 2.º) (8).

Así se señalaron dos supuestos en los que cabía ejercitar la *actio ad supplementum*: 1.º) En caso de institución en menor porción que la debida, y 2.º) En el supuesto de haberse recibido menor porción sin haber sido instituido heredero el legitimario pero ha-

(7) Así resulta de los textos Dig. XXIII-III, 12, § 1.º, XXVIII-II, 23 y XXVIII-III, 17, como al glosar el § *Et generaliter* de la ley *Si quando* (Cod. III-XXVIII, 35, § 2.º) anotó ACCURSIO ("Codicis Iustiniani...", Lib. III, tít. XXVIII, ley XXXV, gl. a la palabra *iudicium*; cfr. ed. Venecia 1575, vol. III, col. 577, c) y explicó PAULO DE CASTRO ("Commentarium in Codicem Iustinianum Pars Prima", Tít. De inoff. testamen., l. *Si quando*, § *Et generaliter*, n. 4; cfr. ed. Lugduni 1531, fol. 150 vto.). Este criterio fue recogido en la ley 5, tít. VIII de la Sexta Partida.

(8) Precisarón que la aceptación de un legado impide el ejercicio de la querella pero no el de la acción de suplemento: RAFAEL FULGOSIO ("Consilia utriusque Raphaelis [FULGOSIO Y CUMANO], Cons. LXXXIII, n. 2, ed. Lugduni 1548, fol. 120); ALEXANDRO DE IMOLA ("Liber Tertium Consiliorum", Consil. 8, n. 21; cfr. ed. Lugduni 1549, fol. 10), ANTONIO FABRO ("Codex Fabrianus", lib. I, tít. XIX, Def. X, cfr. ed. Nápoles 1765, t. I, p. 182).

Explicaron que la aceptación general del testamento supone la renuncia a reclamar su nulidad y a ejercitar la querella, pero no la renuncia al suplemento: BARTOLOMÉ DE SALYCETO ("In secunda super III et IV Codicis partem", lib. III, tít. *De inoff. testam.*, l. *Si quando*, § *Et generaliter*, n. 6; cfr. edo. 1541, fol. 42) y JASON DE MAINO ("Primam super Codicem...", III-XXVIII, l. *Si quando*, § *Et generaliter*, n. 4 (ed. Lugduni 1553, fol. 151).

biendo renunciado éste, expresa o tácitamente, al ejercicio de la querrela (9).

Otra modificación fue introducida el año 542 por el mismo Justiniano en el Cap. V de la Novela CXV, que confirmó el derecho a reclamarlo aun contra la expresa voluntad del testador, sin otra consideración que la insuficiencia de la atribución, pues lo confirió "etiam si certis rebus iussi fuerint esse contenti". Con ello el derecho a reclamar suplemento con exclusión del *ius discendi nullum* y de la *querella* dejó de apoyarse en la presuposición de que había existido un error de cálculo en el testador; es decir, escapó de la órbita de su voluntad presunta para depender sólo de la norma.

2. La obtención del suplemento y la acción para reclamarlo fueron muy estudiados por los autores de Derecho común y originaron innumerables discusiones.

a) Acerca de si el suplemento se recibía como sucesión universal, Bartolo (10) dio respuesta negativa: "hodie cum agitur ad supplementum non sit locus simili successioni universali, et sic cessat ius accrescendi". Lo que razonó así: "tunc eum pro quota transirent onera debitorum et creditorum, alias non videtur esse successio"; "sed ista legitima datur aere alieno deducto": "ergo habetur ut particularis successio".

De esto dedujo el mismo Bartolo (11) que el legitimario no adquiriría automáticamente la posesión del suplemento ni podía tomarla por propia autoridad. El argumento contrario, de que: "ubi licet haeredi universali totum occupare propria autoritate nemine possidente": "ergo eadem ratione ei cui competit pars bonorum", replicó: "Illud est verum, quando alicui est debita certa portio rei simpliciter et indeterminate, secus si non simpliciter et determinate, ut hic"... "Ad idem quod dicitur de legatario, qui non potest licere occupare legatum imminente Falcidia": "Ex his puto quod illius pro sua legitima non soluta non possit possessionem sua autoritate occupare, quia non debentur sibi simpliciter, et indeterminate in qualibet re, cum debeatur sibi aere alieno deducto, et nescitur quan-

(9) Cfr. FERNANDO VÁZQUEZ (PINCIANO) DE MENCHACA, "De successionem creatione, progressu et resolutione tractatus", pars. I, lib. I, § X, nn 536 y ss. (cfr. ed. Venetiis 1573, pp. 238 y ss.), que extendió esta solución al supuesto de que el renunciante a la querrela no hubiese recibido nada en virtud de disposición testamentaria pero sí por donación, entendiéndolo, conforme a la letra de la ley *Scimus* (Cod. III-XXVIII, 36), que ésta amplió la regla de la *lex Omnimodo* (C.h.t.30). En cambio, estimó que la renuncia a la querrela por quien nada hubiese recibido del causante le privaba de todo derecho (cfr. *ibid* § X, n. 552, p. 239 y lib. III, § XX, n. 109, p. 665).

(10) BARTOLO DE SAXOFERRATO, "Commentarium in prima Digesta veteris partem", tít. "De inofficioso testamento", *lex Pater filium*, nn. 15 y 16; cfr. ed. Lugduni 1547, fol. 180.

(11) BARTOLO, "Im primam Codicis partem", "Ad tertium lib...", tít. "De inofficioso testamento", *lex "Omnimodo"*, n. 5 (cfr. ed. Venetiis 1585, fol. 105), en rel. con "In tres Codicis libros nunc recens", "Ad decimum lib...", tít. "Quando et quibus quarta pars debetur", *lex "Menimus"*, nn. 3 y 4 (cfr. ed. Venetiis 1885, fol. 20).

tum sit, ideo dico ingrediatur nullis partis possessio ei quaeritur, quia sua legitima incerta est ratione loci, quia pro indiviso”.

Vázquez de Menchaca (12), en cambio, opinó que en los supuestos en que el legitimario hubiese sido instituido heredero *ex asse*, éste “ipse sua propria auctoritate potest possessionem supplementi apprehendere”.

b) Si el complemento se producía *ipso iure*, o bien si era necesario reclamarlo, fue cuestión que dio lugar a dos enfoques desde polos contrarios. Siguiendo a la glosa de Accursio (13), enunció Bartolo (14): “Repletio legitimae sit ipso iure, si petatur”. Es decir, condicionó el complemento a su petición, aunque referido en su cuantía al momento de la muerte del testador y sin que le afectase la ulterior disminución del caudal. Contrariamente, Salyceto (15) entendió que el suplemento se producía *ipso iure*, sin necesidad de que se pidiera, fundándose en que de ser requisito su petición resultaría condicionado a ella, y esa condición significaría un gravamen de la legítima en contra de lo dispuesto en la ley *Quoniam in prioribus* 32 (Cod. III-XXVIII).

El argumento de Salyceto lo vemos recogido, entre los autores castellanos, por Rodrigo Suárez (16): Si la adquisición del suplemento estuviera supeditada a su reclamación: “induceretur in legitima tacita condicio, scilicet si volet et petat legitimam. Sed si non valet talis condicio expresse apposita, immo habetur pro non adiecta, a fortiori tacita”. Pero, esa afirmación de que “ipso iure fit repletio”, no alcanzaba para R. Suárez efecto real, según matizó a continuación: “tamen quod realem effectum acquisitionis est impossibile quod adquiratur, nisi petatur”. Es decir: se adquiriría *ipso iure* el derecho al suplemento, pero no el contenido con el cual se debía realizar.

Gregorio López (17) se inclinó por la opinión de la glosa, que destacó como común opinión, seguida por Bartolo, Baldo, Alberico, Jasón, Paulo de Castro y Antonio Gómez (18), y reconoció, como R. Suárez: “quia respectu realis, et actualis effectus acquisitionis non potest quaeri sine partis petitione”.

Vázquez de Menchaca (19) aplicó también aquí su distinción de atender a si el legitimario a quien competiere el suplemento hubiese

(12) VÁZQUEZ DE MENCHACA, op. y pars cit., lib. I, § X, n. 519, p. 233.

(13) “Accursii Glosa in Codicem”, lib. III, tit. “De inofficioso testamento”, lex *Scimus*, gl. a las palabras “*ipso iure*”, cfr. la reimpresión “Corpus Glossatorum Juris Civilis”, vol. X, Augustae-Taurinorum 1968, fol. 78, gl. p.

(14) BARTOLO, “Im primam Cod...”, “Ad tertium...”, lex *Scimus*, n. 1, cfr. ed. cit., fol. 105 vto.

(15) BARTOLOMÉ SALYCETO, “In tertium et quartum Codicis libros”, l. *Scimus*, § *Repletio*; cfr. ed. Francofurti 1616, col. 202.

(16) RODRIGO SUÁREZ, “Repetitio legis *Quoniam in prioribus*”, Declaratio legis Regni, Limitat. 3, n. 2, cfr. Opera Omnia, ed. Duaci 1614, pág. 498.

(17) GREGORIO LÓPEZ, gl. a las palabras “que gelo cumpliesen” de la ley 5. tit. VIII, 6 Partida, cfr. ed. traducida al castellano por MARTÍ DE EXILÁ, SANPONS Y BARBA y J. FERRER Y SUBIRANA, Barcelona 1843, vol. III, gl. 32 al tit. VIII, pp. 667 y s.

(18) ANTONIO GÓMEZ, “Variae Resolutiones...”, lib. I, cap. XI, n. 23, cfr. ed. Lugduni 1701, p. 146.

(19) VÁZQUEZ DE MENCHACA, op., pars y § cits., nn. 519 a 523, pp. 233 y s.

...sido instituido heredero *ex asse*, o bien hubiera sido instituido en cosa cierta o llamado como legatario. A su juicio, en aquel supuesto el complemento se adquiriría *ipso iure* de modo real, a pesar de que la ley *Scimus* admitiera la previsión de que se efectuara *boni viri arbitratu*, que equivalía a efectuarse *ex officio iudicis*, pues éste, en caso de haber sido instituido el legitimario *heres ex asse*, resultaba análogo al *officium iudicis assumpti in iudicio familiae eriscundae* o *communi dividundo* (20).

3. c) En cuanto a las personas contra quienes se podía dirigir la reclamación del suplemento, se precisó por Bartolo (21) que el suplemento podía reclamarse no sólo al heredero, sino a prorrata a los legatarios que poseyeren cosas hereditarias, pues en la ley *Scimus* § *Repletionem* del Codex (III-XXVIII, 36, pr.) se disponía que el complemento “hoc debere fieri ex ipsis rebus ex substantia defuncti et sic videtur quod sit onus reale” (22), y que, si bien la Novela CXV, cap. V, versículo “*Coeterum*” impone la satisfacción del suplemento “*ab haeredibus*”, añade “*secundum nostras alias leges*”, por las que los legatarios debían soportarlo también a prorrata, como a su juicio, respecto de la legítima del patrono, determinaba la ley 20, § 2, Dig. XXXVIII-III, *De bonis libertorum*.

Gregorio López (23) explicó que, aun cuando la ley 5 del tít. VIII de la 6.ª Partida, sólo habla de que, reclamado el suplemento, “*e los otros que son escritos por herederos en el testamento, son tenudos de lo fazer*”, podía decirse, “con Saliceto y otros, que siendo la legítima una especie de deuda, según la ley 8, § 9 Dig. *de inoff. test.* (V-II), se deducirá de la misma suerte que las demás del cuerpo hereditario, pagándose del residuo los legados, detraída la falcidia por el heredero” y, “de esta suerte, pesará en cierta manera el gravamen del suplemento sobre los herederos y legatarios: ahora, si la porción que debiere 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”. El carácter subsidiario de la responsabilidad de los legatarios por el suplemento de legítima lo vemos expresamente subrayado

(20) En los demás supuestos, VÁZQUEZ DE MENCHACA siguió la opinión de RODRIGO SUÁREZ (cfr. nn. 404 y 522, pp. 213 y 234); y con él se mostró de acuerdo JERÓNIMO DE CEVALLOS, “*Practicarum et variarum quaestionum communium contra communes...*”, Quaest 240, cfr. ed. Toleti 1599, p. 335.

(21) BARTOLO, “*Im primam Cod...*”, “*Ad tertium Lib...*”, lex “*Omni-modo*”, n. 4 (fol. 105) en relación con “*In secundam Infortiati Partem*”, Ad lib. XXXV, Dig. “*Ad legem Falcidiam*”, lex “*In quartam*” LXXXIX, nn. 13 y 14 (cfr. ed. Venetiis, fol. 131) donde desarrolla esa cuestión. Cfr. también sus “*Comm. in Prima Digesta veteris*” tit. “*De inoffic. testam...*” lex Papinianus, § *Quarta* (Dig. V-II, 8, § 9), n. 2 (ed. y vol. cit., fol. 178).

(22) Sigue este criterio ANTONIO GÓMEZ, op. y cap. cit., n. 23 (p. 146), quien afirma “*quod tale supplementum legitimae potest fieri contra heredem et legatarios pro rata*”, precisamente por disponerse por la ley *Scimus* § *Repletionem* que debía satisfacerse “*in bonis et substantia defuncti*”.

(23) GREGORIO LÓPEZ, gl. a las palabras “que son escritos como herederos” de la ley 5, tít. VIII de la 6.ª Partida, o gl. 33 de dicho tít., cfr. ed. y vol. cit., p. 568

por Luis de Molina S. I. (24): “legatarios solum teneri contribuere ad complementum, quando alioquin heredibus non remanent integrae legitimae portione”.

Distinto enfoque, y criterio contradictorio al de la común opinión de los autores, fue el de Vázquez de Menchaca (25), quien proclamó que regularmente sólo los herederos y no los legatarios debían satisfacer el suplemento. De los cinco argumentos que aduce en defensa de esta opinión, subrayamos los dos primeros y el último. Las leyes que trataban de la realización del complemento lo referían literalmente tan sólo a los herederos, como en Castilla la ley 5, tit. VIII, 6.^a Partida, al decir en su último inciso, “e los otros, que son escritos por herederos en el testamento, son tenudos de lo fazer” (26). Si el suplemento se reclamaba por *condictione ex lege*, según entendía la común opinión, y siendo ésta una acción personal, como tal, no podía darse contra los sucesores singulares, como son los legatarios, sino únicamente contra los sucesores universales, como son los herederos (27). Estimado el complemento como un derecho de acrecer y atendiendo a que ese derecho sólo se da entre quienes suceden por el mismo derecho, dedujo que el hijo instituido en la legítima incompleta debía dirigirse a los demás herederos y no a los legatarios, sin perjuicio de que los herederos a quienes, al sufrir la reclamación no les quedare íntegra la falcidia pudiesen, a su vez, dirigirse contra los legatarios (28). Inversamente, opinó que si hubiera sido con institución *in re certa* o con legado como se le cubriese sólo en parte al legitimario la porción debida, éste podía obtener el complemento no sólo de los herederos, sino también de los bienes o cuerpos hereditarios legados, pero no de los legados genéricos o de cantidad que no son *substantia defuncti* (29).

(24) LUIS DE MOLINA, S. I., “De Iustitia et Iure”, Tract. II, Disput. CLXXVII, n. 5 (cfr. ed. novissima Colloniae Allobrogum 1783, vol. I, p. 403). En igual sentido, DIEGO AYLLÓN LAINEZ, *Additiones* a las cit. “Variae Resolutiones...” de ANTONIO GÓMEZ, lib. I, cap. XI, n. 23, cfr. ed. Venetiis 1747, p. 70, aclaró que “hoc ius ad supplementum etiam contra legatarios, competere, intelligendum est, quando heres ex hereditate supplere non potest”, e invocó a BARBOSA, MERLINO y CANCER.

(25) VÁZQUEZ DE MENCHACA, op. y pars cit., lib. I, § X, nn. 390 a 392 (cfr. ed. y vol. cit., pp. 210 y s.) y lib. III, § XX, n. 99 (p. 664).

(26) Notamos que, no obstante, GREGOGIO LÓPEZ, en su glosa a este texto, como acabamos de ver, extendió en la forma explicada la refacción a los legatarios.

(27) Observamos que, como luego veremos, VÁZQUEZ DE MENCHACA afirmó que sólo a falta de otro remedio se daba una *condictione ex lege* y que el suplemento normalmente se debía obtener por la *petitio hereditatis* o por la *actio ex testamento*. Y, por otra parte, también veremos que la mayor parte de los autores que aplicaron como remedio una *condictio ex lege* “*Omnimodo*”, estimaron que respecto de los legatarios ésta se hallaba *in rem scriptam*, como *onus reale, in bonis et substantia defuncti*.

(28) MARCO ANTONIO PEREGRINO, “De Fideicommissis praesertim universalibus”, art. XXVI, n. 152; cfr. ed. Lugduni 1670, p. 526, observó que el heredero podía liberarse de la reclamación del suplemento cediendo al reclamante su *actio petitio hereditatis* contra los legatarios beneficiados inoficiosamente.

(29) También GREGORIO LÓPEZ, versículo final de la glosa a las palabras:

En cambio, Cancer (30) planteó y sostuvo el problema conforme la *communis opinio*. Para reclamar el suplemento, los legitimarios disponían de una *condictio ex lege*, que estaba “in rem scripta, cum debeat de substantia testatoris : et ideo decitur onus reale, et sequitur res hereditarias”. Si bien era cierto asimismo que el suplemento se pedía al heredero universal y que la legítima no podía detraerse de los bienes legados mientras pudiera cubrirse con los bienes del testador que recayeran en el heredero. Pero, de no ser esto posible, el legitimario podía dirigirse contra los legatarios poseedores de bienes hereditarios, sin perjuicio de su acción contra el patrimonio personal del heredero que se hubiese inmiscuido en la herencia sin haber confeccionado su inventario.

En esta polémica se nos pone de manifiesto que, en realidad, el complemento daba lugar a dos diversas acciones que hoy aparecen sustancialmente separadas: la propiamente dicha *actio ad supplemendam legitimam*, dirigida contra los herederos o coherederos, y la acción de reducción de legados, que puede ser ejercitada por el legitimario, sea heredero o legatario, para reducir precisamente aquellos legados que lesionen su legítima.

4. d) Las cuestiones que acabamos de examinar se hallaban íntimamente relacionadas con la que pretendía determinar la naturaleza de la *actio ad supplementum*.

Se pensó en asimilarla: a la querella *inofficiosi testamenti*, a la *actio petitio hereditatis*, y a la *actio ex testamento*, y en calificarla como una *condictio ex lege*.

α) La primera opinión se fundó en que el *ius agendi ad supplementum* se concedía en lugar de la querella: “ergo sapit eius naturae”. Pero el mismo Bartolo —que, como veremos, dedujo alguna consecuencia de esa subrogación— replicó (31), en el punto que aquí tratamos, “quod tunc actio subrogata sapit naturam eius in cuius locum subrogatur quando subrogatur ad idem: secus si ad adversum”. Precisamente se afirma (32) que la *actio ad supplementum* se había introducido “odio eius (querelae) ed eam submovendam, et merito non sapit eius naturam”.

De este último argumento se trató de obtener consecuencias exclusivas. Así nos explica Vázquez de Menchaca (33) que Paulo de

“deuen aver” de la ley 17, tít. I de la 6.^a Partida (cfr. ed. y vol. cit., p. 417, gl. 92), invocando la opinión de PAULO DE CASTRO (Dig. Ad. legem Falcidia), limitó también a los legatarios que lo fueren en especie, sin alcanzar a quienes lo fuesen en cantidad, el deber de suplir a prorrata con los herederos el complemento por cubrir de la legítima.

(30) CANCER, “Variarum Resolutionum Iuris Cesarei, Pontifici et Municipalis principatus Cathaloniae”, pars. I, cap. III, nn. 31 y 32 cfr. ed. Lugduni 1712, vol. I, p. 69.

(31) BAROLO, “Commentarium in prima Digesta veteris partem”, lex “Pater filium”, cit., n. 19; ed. cit., p. 180.

(32) A. GÓMEZ, “Variae...”, loc. cit., n. 23, *Secundo*, ed. cit., p. 146.

(33) VÁZQUEZ DE MENCHACA, op. y pars. cit., lib. III, § XXX, nn. 74 y 75, cfr. ed. cit., p. 662.

Castro, Aretino y Jasón del Mayno estimaron que: “supplementum legitimae non tamen favore liberorum, quam ipsorum testatorum, testamentorum que gratia inductum fuit, et sic principaliter favore testatorum, secundaria vero favorem earum quibus legitima debetur”. Argumento que rechazó el jurista palentino, esgrimiendo que si el testador no podía prohibir que se reclamara el suplemento: “tale supplementum eius favore inductum non videatur saltem principaliter”.

β) Algunos autores, como Gregorio López (34), afirmaron que para la consecución del complemento se concedía la *actio petitio hereditatis*. Azevedo (35), al tratar de la prescripción de la *actio ad supplementum*, arguyó que debía aplicarse a la petición de una parte la misma regla que a la del todo, es decir, de la legítima, reclamable por la *petitio hereditatis*.

γ) Más general fue la opinión de calificarla como una *condictio ex lege*, que vemos ya en la glosa de Accursio (36). Este criterio fue seguido por Rodrigo Suárez (37), quien aseguró que el “ius agendi ad supplementum petatur condictioe ex lege”, que “sit personalis”, y que ésta era la *communis opinio* defendida, entre otros muchos, por Salyceto, Angelo y Baldo. A estos nombres, Vázquez Menchaca (38) añadió los de Odofredo, Petrus de Bellapartica, Paulo de Castro, Paulus Picus, Jasón del Mayno, Alexandro Ruinus; pero expresó su discrepancia en los términos que luego trataremos de resumir.

Antonio Gómez (39) y Jacobo Valdés (40) calificaron esa *condictio* como “personalis vel in rem scripta”, justificando este último carácter por la calificación de *onus reale*, que le asignó Bartolo (41) al indicar que afectaba a prorrata a los legatarios en cuanto poseyeran cosas de la sustancia hereditaria con la que debía realizarse el complemento, conforme el § *Repletionem* de la ley *Scimus*.

δ) Aretino (42) dedujo de la ley *Scimus* (Cod. h.t. 36) que el

(34) GREGORIO LÓPEZ, gl. a las palabras “gelo compliessen”, ley y loc. cits.

(35) ALPHONSO DE AZEVEDO, “Commentarii in Hispaniae Regias Constitutiones”, lib. IV, tít. XV, n. 49; cfr. ed. Lugduni 1737, vol. II, p. 370.

(36) ACCURSIO, “Glossa in Codicem”, lib y tít. cit., lex *Omnimodo*, gl. a la palabra “exigere”, r., ed. y vol. cit., fol. 77.

(37) RODRIGO SUÁREZ, “Repet. Leg. *Quoniam in prioribus*”, Ampl. 10, n. 7 (ed. cit., p. 413) y *Declaratio Legis Regni, Limitatio* 3, n. 2. (p. 498).

(38) VÁZQUEZ DE MENCHACA, op. y pars cits., lib. I, § X, n. 517 (ed. cit., p. 233) y lib. III, § XXX, n. 95 (pág. 664).

(39) ANTONIO GÓMEZ, loc. últ. cit., n. 23, p. 123.

(40) JACOBO VALDÉS, *Additio C*, al n. 7 de la *Ampliatio* undécima, de las *Repetitiones*, cit. de RODRIGO SUÁREZ (ed. cit., p. 436): “Sed quamvis esset condictio ex lege et personalis actio, cum sit actio in rem scripta”..., “quia de re agitur et de bonis, a quibus petit supplementum, non a persona possidentis”. En igual sentido los autores que citaremos luego en las notas 43 y 44.

(41) BARTOLO. “In secundam Infortiati Partem”, Ad lib. XXXV Dig. Lex In quartam LXXXIX, tít. Ad legem Falcidiam, n. 13 (cfr. ed. Venetiis 1585, fol. 131).

(42) ANGELUS DE ARETINO, “In utroque Iure praeclarissimus super quator libris Institutionum”, Tit. “De inofficioso testamento (II-XVIII), § *Tam autem*”, en rel. § *Igitur quartam*, cfr. ed. Venetiis 1521, fol. CXII.

hijo beneficiado en cantidad inferior a su legítima, se fingía, o bien se entendía *ex legis interpretatione*, llamado en la legítima íntegra lo mismo que si totalmente el testador la hubiese dispuesto a su favor, en virtud de lo cual podría reclamarla: por la *petitio hereditatis*, de haber sido instituido en cuota menor a su legítima, o bien por la *actio ex testamento*, en los casos en que la menor atribución le hubiese sido asignada por los demás títulos incluidos en las citadas leyes *Omnimodo* y *Scimus*, entre los que se comprenden también las donaciones *inter vivos* o *mortis causa*.

e) No faltaron, tampoco, autores que distinguieron, de una parte, los supuestos en los que el testador hubiese dispuesto en su testamento un montante inferior al de la legítima de un legitimario pero sin exigirle que no reclamare más ni prohibirle la reclamación del suplemento, y, de otra parte, aquellos otros casos en los cuales el testador expresamente hubiese manifestado su voluntad de que el legitimario nada más pidiera: para reconocer al legitimario, en este último caso, la *condictio ex lege* o, en el primero, la *actio ex testamento* (43).

La causa de esta distinción se señaló en que, por la presunción formulada en la citada ley *Omnimodo*, se entendía que el testador que dispuso algo en satisfacción de la legítima, pretendió dejarla íntegra; pero que esta ficción que no podía mantenerse en los supuestos en que el testador ordenó expresamente lo contrario. Aunque se objetó que, en este último supuesto, conforme la ley *Quoniam in prioribus* (Cod. III-XXVIII, 32) la expresada prohibición debía tenerse por no puesta (44).

Pero, por otra parte, se observó que la *actio ex testamento*, por ser personal, sólo podía dirigirse contra el heredero, mientras que la reclamación del suplemento de legítima por medio de la *condictio ex lege* (45) cabía que afectase a prorrata los bienes legados, cuando con el activo recibido por los herederos no pudiera cubrirse.

Por esas razones, en general se identificaron ambos supuestos, y se aplicó a los dos el remedio de la *condictio ex lege* (46).

Es de notar que con la *condictio*, el reclamante sólo disponía de acción personal contra el heredero y únicamente *in rem scripta* frente

La opinión de ARETINO fue comentada por VÁZQUEZ DE MENCHACA, op. y pars cit., lib. I, § X, n. 516, pp. 232 y s.

(43) Hallamos expuesta esta distinción por MARCO ANTONIO PEREGRINO, op. cit., art. XXXVI, n. 151, cfr. ed. crit., pp. 525 y s.; por CANCER, op. cit., pars I, cap. III, nn. 16 y ss.; cfr. ed. cit., vol. I, pp. 66 y ss.; por FONTANELLA, "De pactis nuptialibus", I, V, gl. VIII, pas IV, nn. 26 y 27, cfr. ed. LUGDUNI 1667, vol. II, p. 112.

(44) ANTONIO FABRO, "Codex Fabrianus", lib. III, tít. XIX, Definitio X; cfr. ed. Nápoles 1654, vol. I, p. 182.

(45) Cfr. PEREGRINO, loc. cit., nn. 152 y 153, p. 526. Nota este autor que el heredero que no hubiese recibido más de su legítima, podía liberarse de la reclamación del suplemento por otro legitimario no heredero, cediéndole la acción *petitio hereditatis*, contra los legatarios beneficiados en exceso, o la *familiae erciscundae*.

(46) Cfr. PEREGRINO, nn. 151 y ss.; CANCER, loc. cit., nn. 18 y s., pp. 66; FONTANELLA, loc. cit., nn. 28 y ss., pp. 112 y s.

a los legatarios a prorrata cuando hubieran de reducirse los legados (47). Mientras que, en el caso de presumirse legado el complemento como legado de género o cantidad, el legitimario podía gozar como tal legatario de acción hipotecaria que, conforme al Codex VI-XLVIII, I y la Instituta II-XX, § 2.º, garantizaba la efectividad de esos legados. Esta difería del efecto *in rem scripta* de la *condictio*, porque éste recaía a prorrata sobre los bienes legados, en tanto que el legatario podía ejercitar totalmente su hipoteca legal sobre cualquier bien que el heredero hubiese recibido del causante (48).

ζ) Vázquez de Menchaca (49) enunció, como regla general, que “*supplementum vel augmentum est eiusdem formae et naturae, cuius est suum principale*”, lo cual le llevó a distinguir los casos en que el suplemento podía reclamarse por la *actio petitio hereditatis* o por la *actio ex testamento*, supuestos en los cuales quedaba excluida la *condictionem ex lege*, dado su carácter subsidiario, pues sólo en aquellos casos en que no cupiese otro remedio, debía aplicarse dicha *condictionem*. Y, así, fue indicando:

1.º En cualquier supuesto en que al legitimario se le hubiera instituido heredero, en cantidad que cubriese su legítima, pero gravándole con legados que afectaran a su *quantum*, estimó que el suplemento podía reclamarse por la *actio petitio hereditatis*, ya que los legados quedaban *ipso iure* reducidos por la *lex Falcidia* y ese contenido, en que los legados eran reducidos, lo rescataban los instituidos mediante la *petitio hereditatis*.

2.º En el supuesto de que a un legitimario le fuese atribuida a título de herencia menor porción que su legítima, consideró que la obtención del complemento que le correspondiese contra sus coherederos, también tenía su cauce adecuado en la *petitio hereditatis*.

A su juicio, la *petitio hereditatis* era acción “*realem vel in rem scriptam*”, ya que “*inter coheredes nulla personalis obligatio competit*”, y por ello, “*ipse sua propria autoritate potest possessionem*

(47) Cfr. MARCO ANTONIO PEREGRINO, op. cit., art. XXXVI, nn. 152 y ss., p. 526. Justiniano en su Constitución dada en Calcedonia el 15 de las calendas de octubre del año 529, en la que unificó tanto las cuatro clases de legados como los fideicomisos en una sola naturaleza, concediendo “*et non solum personalem actionem praestare, sed etiam in rem, quo tenus eis liceat easdem res, vel per quodcumque genus legati vel per fideicommissum fuerint derelictae vindicare in rem actione instituenda, et in super utilem servianam, id est hypothecariam, super his quae fuerint derelicta, in res mortui praestare*”. Explicando que admitida la posibilidad de que el testador pudiera dar por testamento hipoteca de sus bienes a quien quisiera, y admitidas también las hipotecas tácitas, no resultaba anómalo que en el caso referido se concediese la acción hipotecaria. El final del texto precisó que la hipoteca no abarcaba todo el patrimonio del heredero, o de la persona obligada a satisfacer el legado o gravada con fideicomiso, “*sed tantummodo eorum quae testatore ad eum pervenerint*”. La Instituta II, XX, § 2, resumió que, según la expresada Constitución, “*ut omnibus legatis una natura sit, liceat legatariis id persequi, non solum per actiones personales, sed etiam per in rem et per hypothecariam*”.

(48) Cfr. PEREGRINO, op. y art. cit., n. 154, p. 526 y CANCER, op. cit., I, cap. III, n. 19, p. 66.

(49) VÁZQUEZ DE MENCHACA, § X, nn. 516 y ss., ed. cit., pp. 233 y s.

eius hereditariae portionis, quae sibi primordially relicta fuerat”.

3.º En caso de instituirsele heredero *in re certa* de menor valor que su legítima o de legársele algo que no alcanzara ese montante (en este último supuesto si renunciaba a ejercitar la querella), estimó que la acción pertinente era la *actio ex testamento*, de carácter personal.

4.º En cualquier otro supuesto (concretamente en el previsto en la *lex Scimus* —Cod III-XXVIII, 36, pr.— de haberse donado al hijo menor porción que la legítima), si éste optare por no ejercitar el *ius discendi nullum* ni la *querella*, a falta de otro remedio, parece que debía competir la *condictio ex lege*.

5. Consecuencias prácticas de los anteriores criterios debían serlo las soluciones que se aplicaran a la transmisión del derecho a reclamar el suplemento y el plazo de su prescripción.

e) Los autores de Derecho común discutieron si el derecho al suplemento no reclamado se transmitía a los extraños herederos del legitimario. Y se propusieron no sólo las soluciones contrapuestas, negativa (que aplicaba la norma de la querella) y afirmativa, sino también una tercera posición que distinguía según el testador hubiese o no prohibido reclamar el suplemento, entendiéndose que en el primer caso sólo se transmitía el derecho a exigirlo si el legitimario lo hubiera reclamado, requisito que no se estimaba necesario en el segundo supuesto (50). La más común opinión de los autores fue favorable en todos los casos a la respuesta afirmativa (51).

f) También el plazo de prescripción de la *actio ad supplementum* debía depender de su naturaleza. Según Bartolo (52) prescribía como la *querella* a los cinco años. La común opinión (53) aplicó el

(50) Cfr. este planteamiento en CANCER, op. cit., pars III, cap. II, n. 195; cfr. ed. Lugduni 1683, vol. III, p. 41, y FONTANELLA, op. y loc. cit., n. 23 y ss., pp. 112 y s.

(51) Cfr. RODRIGO SUÁREZ, op. cit., Decl. legis Regni, L. Limitat 3, n. 2, p. 498; GREGORIO LÓPEZ, gl. a las palabras “gelo cumpliessen” de la ley 5, tít. VIII, Partida 6.º; ANTONIO GÓMEZ, “Variae...”, lib. I, cap. XI, n. 23, p. 146; VÁZQUEZ DE MENCHACA, “De successione creatione...”, lib. I, § 10, n. 523, p. 234 y lib. III, § XXX, n. 108, p. 665; LUIS DE MOLINA S. I., op. y tract. cit., Disp. CLXXVII, n. 6, p. 403; CANCER, op. cit., pars I, cap. III, n. 16, p. 66 y n. 31, p. 69 y pars III, cap. II, n. 193, p. 41; FONTANELLA, loc. últ. cit.; AZEVEDO, op. cit., lib. V, tít. VIII, lex I, n. 19, cfr. ed. cit., vol. III, p. 234; VALDÉS, Ad cit. al n. 7 de la Ampliat. XI de R. SUÁREZ, letra C, p. 432; JUAN AYLLÓN LAINEZ, Additiones a las “Variae...” de A. GÓMEZ, lib. I, cap. XI, n. 23, vers. “*Pulchrum tamen dubbium est*”, ed. cit., p. 70.

(52) BARTOLO, “Im primam Codicis...” “Ad tertium Lib.” les *Siquis filium*, XXIV, nn. 2 y 3 (vol. cit., fol. 105).

(53) Cfr. RODRIGO SUÁREZ, op. cit., Ampliat. X, n. 7 (p. 413), Declarat Legis Regni, Limitat 3, nn. 1 y 2 (pp. 497 y s.) —que invoca las opiniones de BALDO, SALYCETO y ANGELO PERUSINO—; GREGORIO LÓPEZ, gl. cit.; ANTONIO GÓMEZ, loc. últ. cit.; VÁZQUEZ DE MENCHACA, op. y pars cit., lib. I, § X, n. 521 (p. 234) y § XXX, n. 95 (p. 664) —que a la lista de autores que aplican el plazo por asimilación a una *conditio ex lege*, añade a ODOFREDO, PEDRO DE BELLAPARTICA, PAULO DE CASTRO, JASON—; ANTONIO AYERVE DE AYORA, “Tractatus de Partitionibus bonorum”, III, pars. Quaest. XXI, n. 62;

plazo de treinta años de las acciones personales, entre las que se incluían la *condictio ex lege*, así como la *petitio hereditatis* y la *actio ex testamento*. La aplicación en Castilla de la determinación de la ley 63 de Toro, que señaló un plazo de prescripción de diez años para las acciones personales, se soslayó al aplicar el plazo trentenal de la *petitio hereditatis* (54) o bien el de veinte años de las acciones reales y mixtas al considerar esa *condictione* entre estas últimas por ser de naturaleza *in rem scripta* (55).

g) El complemento debía satisfacerse en bienes de la herencia, conforme el texto del versículo *Repletionem* de la ley *Scimus* (Cod. III-XXVIII, 36, pr. versíc. final) que ordenó que "*autem ex rebus-substantiae patris fieri*". Es decir, debía satisfacerse en bienes hereditarios según las reglas generales aplicadas al pago de la legítima en general (56).

Entre éstas conocemos la relativa a la posibilidad de su pago con metálico, si lo había en la herencia, y a la opción, reconocida en caso de no haberlo, entre aceptar dinero extra hereditario o bien exigir la satisfacción en bienes de la herencia, elección que se extendía también a la posibilidad de impugnar la institución en el caso de que se hubiese asignado el metálico a título de legado (57). En estos supuestos, se discutió si el complemento debía satisfacerse en bienes hereditarios o en dinero. Terció en esa cuestión Pedro Antonio de Petra (58), quien decidió que el suplemento debía pagarse en metálico cuando el legitimario hubiera aceptado el legado de dinero que se le otorgó, y, contrariamente, de no aceptarlo, podía exigir que también el complemento se le satisficiera en bienes de la herencia.

B) EN EL CÓDIGO CIVIL.

6. La riqueza de matices y problemática que en el estudio del suplemento de legítima hemos observado entre los autores de Derecho común, incluidos los juristas castellanos del siglo XVI, notamos que se va diluyendo en los posteriores. De tal modo, a medida que

cfr. ed. Granada 1586, fol. 143; LUIS DE MOLINA S. I., op. y disput. cit., n. 6, p. 403; PARLADORIO, "Rerum Quotidianorum", lib. I, § XV, n. 1 (p. 141), "Quotidianorum Differentiarum..." Dif. CXLIX, n. 31, p. 391; AZEVEDO, op. cit., lib. IV, tít. XV, lex 6, n. 48; cfr. ed. cit., vol. II, p. 370; VALDÉS. Ad. últ. cit., p. 432; AYLLÓN LAINEZ, loc. últ. cit.

(54) GREGORIO LÓPEZ, gl. últ. cit., VÁZQUEZ DE MENCHACA, § X, n. 521; AZEVEDO, ley y pág. últ. cit., n. 49.

(55) JACOBO VALDÉS, Add. últ. cit.

(56) Cfr. "Contenido cualitativo de la legítima de los descendientes en el Código civil", II, 4 y 5, cfr. A.D.C. XXIII-I, enero-marzo 1970, pp. 26 y ss.

(57) Cfr. "Cautelas de opción compensatoria de la legítima", I, A, b., en rel. a, en Estudios Jurídicos varios en conmemoración del Centenario de la ley del Notariado, vol. I, Madrid 1964, pp. 435 a 445.

(58) PETRUS ANTONIUS DE PETRA, "Tractatus de Fideicommissis", Quaest. XV, n. 94 (cfr. ed. Francofurti 1669, p. 574).

nos aproximamos al período codificador, más escuetas son las referencias que hallamos del derecho a reclamarlo.

Señalaremos los textos menos telegráficos que hemos hallado:

— En el compendio de las *Varias* de Antonio Gómez, debido a Joseph Marcos Gutiérrez (59), éste recoge de aquél que el suplemento de legítima “puede pedirse contra el heredero o legatario a prorrata con la condición *ex lege Omnimodo C. de inoffic. testam.* que dura treinta años a causa de ser personal o *in rem scripta*, y se transmite a los herederos con su naturaleza o cualidad...”.

— Y en los romanistas Sala (60), Domingo de Morató (61) y Gómez de la Serna (62), quienes repitieron las mismas tres diferencias, señaladas por los autores anteriores, entre la *actio ad supplementum* y la *querella*, la que aquélla se distinguía: 1.º, por su duración como *condictio ex lege* de treinta años, término ordinario de las acciones personales; 2.º, por su transmisión a los herederos del legitimario aunque no hubiera sido preparada, y 3.º, porque no se entendía renunciada por la aceptación de lo dejado en el testamento ni por la aprobación de éste, si además no se renunciara expresamente a reclamar el suplemento.

El proyecto de 1851, en su art. 645, decía: “El heredero forzoso a quien el testador dejase por cualquier título menos de la legítima, sólo podrá pedir el complemento de ésta”. Texto al cual Florencio García Goyena (63) dedicó esta glosa:

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

“En el caso de preterición puede presumirse la ignorancia o falta de memoria en el testador: en el de este artículo, no; deben, pues, ser diversos los efectos y de mayor trascendencia en el primero que en el segundo caso”.

Es decir, según la glosa del Presidente de la Comisión redactora del Proyecto, no se pretendía modificar el derecho a pedir el

(59) JOSEPH MARCOS GUTIÉRREZ, “Compendio de las Varias Resoluciones de Antonio Gómez”, I parte, cap. XI, n. 18, Madrid 1789, pp. 81 y s.

(60) JUAN SALA, “Institutiones Romano-Hispaniae ad usum Fororum Hispanorum ordinatae”, lib. II, tít. XVIII, 3, coment. 6 (*Repletur*); cfr. 4.ª ed. Matriti 1823, vol. I, p. 506.

(61) DOMINGO RAMÓN DOMINGO DE MORATÓ, “El Derecho Civil Español con las correspondencias del Romano tomadas en los Códigos de Justiniano y de las doctrinas de los intérpretes, en especial de las Instituciones y del Digesto Romano Hispano de Juan Sala”, n. 1273, cfr. ed. Valladolid 1868, vol. II, p. 153.

(62) PEDRO GÓMEZ DE LA SERNA, “Curso Histórico-Exegético del Derecho Romano comparado con el Español”, lib. I, tít. XVIII, 3, vers. *Repletur*; cfr. 4.ª ed. Madrid 1869, vol. I, p. 476.

(63) FLORENCIO GARCÍA GOYENA, “Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil Español”, art. 645, Madrid 1852, vol. II, p. 96.

complemento de legítima excepto en cuanto a ensanchar los supuestos en los que se excluía la posibilidad de ejercitar la querrela de inoficiosidad y en los que sólo cabía pedir el suplemento, que pasaban a cubrir cualquier caso en el cual “*el testador dejase por cualquier título menos de la legítima*”.

El Código civil recoge este criterio (64) en el art. 815: “*El heredero forzoso a quien el testador haya dejado por cualquier título menos de la legítima que le corresponda, podrá pedir el complemento de la misma*” (65).

Debemos observar, también, que en el Código civil aparecen bien diferenciadas la acción de suplemento de la legítima y la reducción de legados (arts. 817 y 819 a 822), o mejoras en cosa cierta (art. 829), que prácticamente también se dirige, como asimismo la de reducción de donaciones (arts. 636, 654, 655 y 656), a complementar la legítima en su *quantum* debido.

7. El análisis del derecho al complemento de legítima debemos comenzar con la determinación de los sujetos activo y pasivo de la satisfacción de este complemento.

Sujeto activo es el legitimario a quien no le ha sido totalmente satisfecha su legítima, pero sí en parte.

Esta determinación, genérica y unitaria, sin embargo se diversifica y nos ofrece muy distintos matices cuando contemplamos las varias situaciones jurídicas en las que puede encontrarse el legitimario, según el título en virtud del cual haya recibido sólo parte de la legítima que le corresponda, o según cuál sea la causa por la que le resulte menguada.

En esa perspectiva, podemos observar al legitimario:

— como heredero instituido en porción menor que su legítima, no complementada por otra atribución;

— como heredero instituido en porción mayor o igual a su legítima, pero que por legados impuestos a ella queda menguada a cuantía menor;

(64) Cfr. nuestros estudios “Notas críticas acerca de la pretendida distinción entre cuota de reserva y cuota de legítima”, n. 22, en A.D.C. XVII-I, enero-marzo 1965, pp. 90 y ss. con las citas contenidas en las notas 242 a 251, inclusive; y “El deber formal de instituir herederos a los legitimarios y el actual régimen de la preterición en los derechos civiles españoles”, 3, en A.D.C., XIX-I, enero-marzo 1967, pp. 11 y s., con las citas contenidas en la nota 38.

(65) El art. 800 del Anteproyecto 1882-1888, ofreció, respecto de la redacción del art. 645 del Proyecto de 1851, las siguientes diferencias: “*haya dejado*”, en lugar de “*dejase*”; y “*de la misma*”, en vez “*de ésta*”.

El art. 815 del Código civil, ofrece como única diferencia respecto de la redacción del art. 800 del Anteproyecto la supresión del adverbio “*sólo*”, que no aparece en el art. 815.

No creemos que a esta supresión pueda dársele trascendencia jurídica, de cuya posibilidad ni siquiera se apercibe MANRESA (“Comentarios al Código Civil Español”, vol. VI, art. 815, *Precedentes*; cfr. 6.ª ed., Madrid 1932, p. 356, pues comenta: “El art. 645 del Proyecto de 1851 innovó esta doctrina que, como dice GARCÍA GOYENA, atendía más al honor del título que a la realidad de la cosa, y copia de ese artículo es el 815 que nos ocupa”.

— como heredero instituido en cuota hereditaria mayor o igual a la cuota de su legítima, pero hallándose el caudal relicto menguado por donaciones otorgadas a otras personas, que den lugar a que su legítima, computada como determina el art. 818 C. c., no quede cubierta;

— como heredero instituido en cuota suficiente, pero a quien la asignación hecha en la partición efectuada por el mismo testador no le cubra la cuantía de su legítima, o a quien por una evicción sufrida le resulte insuficiente;

— como legatario de parte alícuota, mayor o igual a la cuota de su legítima, pero que sea menguada con legados impuestos a ella que reduzcan su atribución a cuantía menor;

— como legatario de parte alícuota mayor o igual a la cuota de su legítima, pero que, por hallarse el caudal relicto menguado por donaciones, no cubra la cuantía debida;

— como legatario de una parte alícuota mayor o igual a la cuota de su legítima, pero concretada en la partición efectuada por el mismo testador a una asignación que no la cubra o que después quedare reducida por evicción;

— como heredero en cosa cierta o como legatario de cosa específica, si la cosa no cubre el importe de la legítima;

— como heredero en cosa cierta o legatario de cosa específica suficientes para cubrir la legítima, pero menguadas por legados impuestos al mismo beneficiario que reduzcan la cuantía obtenida a un valor menor al de aquélla, o si por evicción sufrida se disminuyese también su valor hasta lesionarla;

— como legatario de cantidad, en los supuestos en que sea posible satisfacer la legítima en dinero, pero que no cubra totalmente la cuantía de ésta;

— como heredero y legatario, como heredero y donatario, o como heredero, legatario y donatario, cuando la suma de lo recibido por todos los títulos no cubra el importe de la legítima;

— como donatario o dotada, si la donación o la dote no cubriese la legítima ni haya preterición, por haberse referido el causante en su testamento a dicha donación o dote, o si el legitimario hubiese renunciado a impugnar la institución o aprobado el testamento sin haber renunciado expresamente a reclamar el complemento de su legítima;

— como donatario de un valor menor que el de la legítima, habiendo sido desheredado sin causa justa o no probada si tal legitimario renunciase a impugnar la institución de heredero en lo que perjudicase a su legítima sin renunciar a pedir el complemento de ésta.

Este panorama, en el cual seguramente podrían captarse aún algunas otras modalidades, nos recuerda el que antes hemos contemplado en el *Codex justiniano*:

— en la ley *Omnimodo* (III-XXVIII, 30), al legitimario a quien en testamento "*minus portione legitima sibi relictum est*", "*in hereditate vel legato vel fideicommissis*";

— en la ley *Quoniam in prioribus* (h.t., 32), al legitimario a quien se le menoscabaran sus derechos por condición, plazo o disposición que cause demora o cualquier gravamen;

— en la ley *Si quando*, § *Et generaliter* (h.t. 35, § 2), al legitimario a quien se le hubiese donado *inter vivos* o *mortis causa* a cuenta de su legítima;

— en el proemio de la ley *Scimus* (h.t. 36, pr.), al legitimario a quien por evicción de la cosa donada, *inter vivos* o *mortis causa*, o dejada en testamento, o por causa de la ley Falcidia, se disminuyeran los legados, fideicomisos o donaciones por causa de muerte, resumiendo: “*ut, sive ad initio minus fuerit derelictum, sive extrinsecus qualiscunque causa interveniens aliquod gravamen imponat vel in quantitate vel in tempore, hoc modis omnibus repleti, et nostrum iuvamen purum filius inferi*”.

Estos textos permitían distinguir:

1.º Los supuestos en los cuales *ad initium minus quam legitima fuerit derelictum*.

2.º Aquéllos en los cuales lo dejado se redujere *extrinsecus qualiscunque causa interveniens*.

3.º Cuando se hubiera impuesto a la legítima algún gravamen *in quantitate*.

4.º O si el gravamen impuesto fuese *in tempore* o si, por otra razón, afectare *in qualitate* a la legítima.

Como luego vamos a ver:

a) los gravámenes *in tempore* y en general todos los que lesionaran *in qualitate* la legítima, fueron tratados con el remedio específico derivado de la ley *Quoniam in prioribus*, que no requería el ejercicio de acción alguna por parte del legitimario;

b) el legitimario instituido heredero y gravado con legados que no le dejaran líquida la cuarta parte de su cuota hereditaria disponía del remedio de la ley *Falcidia*; que así le podía servir para salvaguardar su legítima, y,

c) finalmente, tuvo también un cauce específico la acción de reducción de las donaciones inoficiosas, regulada en el título de este nombre, III-XXIX, del *Codex*.

8. Pero, aun concluidos estos casos, quedaba un abanico de supuestos, en los cuales se discutió por los autores, como antes hemos comprobado, si el legitimario disponía de la *petitio hereditatis*, de la *actio ex testamento*, o de una *condictio ex lege Omnimodo* para reclamar el complemento de su legítima, siendo de subrayar que, conforme la opinión de Vázquez de Menchaca, según cual fuese el supuesto de que se tratase, el complemento podía obtenerse por una u otra vía.

Para ver cómo hoy se concreta esta perspectiva es preciso que, sin perderla de vista, nos fijemos en posibles sujetos pasivos de esta reclamación.

El *sujeto pasivo* del complemento de legítima queda en parte ilu-

minado por el cambiante panorama que acabamos de contemplar de las múltiples situaciones en las cuales puede encontrarse el reclamante, es decir, su sujeto activo, y aclararlo en profundidad volviendo a traer aquí la perspectiva histórica de la debatida cuestión acerca de *contra quién*, podía dirigirse la acción expletoria. A este respecto, con la última glosa a la ley 5, tít. VIII de la 6.^a Partida, vimos que alcanzaba subsidiariamente y a prorrata a los legatarios de cosa específica de la herencia. Pero, hoy posiblemente sea más correcto desgajar esta afección subsidiaria de los legados de cosa cierta para el complemento de la legítima, excluyendo a sus legatarios como sujetos pasivos de la acción expletoria, para trasladar la reclamación contra éstos al tema de la reducción de los legados, que así comprenderá:

a) De modo inmediato, aquellos legados impuestos como carga al legitimario;

b) En forma subsidiaria, los legados que sin gravar de modo personal y directo a ningún legitimario *in concreto*, deben ser reducidos para que puedan complementar su legítima aquellos legitimarios, a quienes se les haya dejado menos de lo que en dicho concepto les correspondiese, tanto si su cuota de institución o de legado parciario fuese menor que la de su legítima, como si, siendo alícuotamente aquélla igual o mayor que ésta, el haber repartible entre los llamados a una cuota se hallare reducido por legados o por donaciones y legados que dieran lugar a que los *quanta* legitimarios no pudieran ser cubiertos sin reducir legados.

Trasladados estos supuestos de complemento de legítima a la acción de reducción de legados y separados también los supuestos de complemento exigible por causa de evicción (art. 1.070, n. 1, inc. final, C. c.) o por lesión en la partición efectuada por el testador (art. 1.075, excepción primera C. c.), que tienen cauces específicos, ya podemos concretar que el sujeto o sujetos pasivos de la *acción para complemento de legítima*, en sentido restringido, siempre es o son uno o varios herederos, ya sean:

— uno o varios coherederos del legitimario reclamante; o bien,

— uno o varios herederos contra quien o quienes pueda dirigir su acción el legitimario que reclame el complemento de lo que haya recibido en concepto de legado o como dote o donación, o en conjunto por varios de estos títulos.

Notemos que los herederos que, a su vez, sean legitimarios, cuando otro legitimario ejercite la acción expletoria, no deben sufrir en el ámbito de su propia legítima los efectos de dicha acción, al no ser incompatibles las condiciones de heredero y de legitimario y por tener derecho quien reúna ambas cualidades a recibir íntegra y sin gravamen su cuota legal (arts. 813, § 2, 817 y 863, § 2) (66).

Esas dos diversas hipótesis nos iluminan dos situaciones muy distintas en la reclamación del complemento.

(66) Cfr. nuestros "Apuntes de Derecho Sucesorio", I, § 9, A, b, 2.º, p. 83.

9. *Objeto de la actio ad supplendam legitimam*, es el complemento de ésta.

Esta definición, que parece una perogrullada, está cargada de las mismas cuestiones que hemos visto debatidas al tratar del contenido cualitativo de las legítimas (67). Así podemos hallar posiciones equivalentes a las que allí clasificamos, que respectivamente nos definirán el complemento de la legítima, como:

a) *La parte restante de la pars hereditatis, o cuota hereditaria forzosa, que la ley atribuya directamente al legitimario a quien el testador haya dejado menos de lo que por legítima le corresponda. En este sentido, el suplemento de legítima no sería, en realidad, el complemento de una disposición del causante, sino la parte de la herencia atribuida directamente por la ley al heredero forzoso y que el testador no hubiese individualizado por haber asignado para su pago bienes determinados insuficientes* (68).

b) *Una pars hereditatis, con la cual la ley completa la atribución o atribuciones que el causante haya hecho en uso de la facultad que el Código civil le concede con amplitud "romana (pretoriana) para modelar el título adquisitivo como herencia o como legado", tanto si la atribución insuficiente efectuada por el testador éste la hubiese otorgado en concepto de herencia, de legado o donación. Este complemento, se dice por quien ha defendido esta opinión que "es siempre una participación de herencia: no una prestación abonable por el supuesto heredero extraño o por los demás legitimarios instituidos. Estos no tienen que indemnizar al titular de la acción ni satisfacerle crédito alguno, sino que están obligados a*

(67) Cfr. "Contenido cualitativo de la legítima de los descendientes en el Código civil", en *A.D.C.*, XXIII-I, enero-marzo 1970, pp. 14 y ss.

(68) Así: GREGORIO ORTEGA PARDO, "Heredero testamentario y heredero forzoso", en *A.D.C.*, III-II, abril-junio 1950, pp. 344 y ss.; AMADEO DE FUENMAYOR, que había seguido (en "La mejora en el sistema sucesorio español", Coimbra 1946, pp. 33 y ss.) las ideas ya defendidas por FRANCESCO FERRARA, "El sistema de la legítima y la mejora en el Derecho civil español" (cfr. resumido y criticado por JERÓNIMO GONZÁLEZ, en *R.C.D.I.*, V, pp. 63 y ss.), considerando la mejora como una orden de imputación y adjudicación de lo asignado por la ley a título hereditario, parece que debe ser entendido adecuadamente a este criterio cuando indica ("Acumulación en favor del cónyuge viudo de un legado y de su cuota legitimaria", V, en *R.G.L. y J.*, 91, 1^{er} sem. 1946, p. 71) que el art. 815 disciplina la acción de suplemento y contiene una norma de imputación de los legados, y al precisar que partición es atribución, ocupándose de qué modos puede el causante cumplir su deber con los legitimarios de conformidad al art. 815: ("Intangibilidad de la legítima", III, 2, en *A.D.C.*, I-I, enero-marzo 1948, pp. 63 y s.); FRANCISCO ESPINAR LAFUENTE, "La herencia legal y el testamento", Barcelona 1956, n. 174, pp. 390 y ss., para quien "la acción de complemento del art. 815 no es sino un caso particular de la petición de cuota", que "ha de ir unida a la *reducción* de actos inoficiosos", salvo en el caso de que "el déficit de legítima tenga su origen en haber dejado cuotas no dispuesta"; si bien entiende que "tiene una significación específica, por lo que debería recibir una denominación especial, que pudiera ser la *petición de cuota*".

recibirlo en comunidad hereditaria con derechos exactamente iguales a los suyos" (69).

c) La porción de la cuota-parte del valor de los bienes de la herencia en que consiste la legítima —cuota que no es *pars hereditatis*, pero en la cual por ministerio de la ley, a título singular, el legitimario es *cotitular de la comunidad hereditaria*— que no ha sido cubierta con liberalidades hechas por el testador, y que sigue siendo una *porción o cuota de comunidad que tiene como contenido concreto bienes de la herencia*, con los cuales debe satisfacerse, en acto partitional, sin convertirse en crédito (70).

d) Aquella parte de la cuota de bienes (*pars bonorum*), reservada por el art. 806 C. c., que el legitimario subsidiariamente puede reclamar de lo que la ley le atribuye abintestato, a fin de complementar las disposiciones con que el causante le hubiese beneficiado insuficientemente, hasta cubrir aquélla (71).

e) La *porción de bienes* (a título de legado) o la *porción de herencia* (a título de heredero) que sea *reducida por inoficiosa* (72). Esta última, en el segundo caso, según una opinión (73), implicaría

(69) Esta es la tesis de FLORENCIO PORPETA CLÉRIGO, "Naturaleza jurídica de la legítima", IX, en *Estudios de Derecho Sucesorio*, conferencias del curso 1945 del Colegio Notarial de Barcelona, Barcelona 1946, pp. 797 y ss., quien insiste (p. 199) en que la *actio ad supplementum* "tendrá que ir indefectiblemente orientada hacia la *pars hereditatis*: primero, porque nadie más que el difunto testador puede decidir, sobre la creación de nuevos legados, ya que el único origen posible de éstos está en las cláusulas testamentarias; y segundo, porque la fuerza atractiva del concepto de *pars hereditatis*..., tendría que actuar plasmando la estructura de aquélla (...), con arreglo a la suya propia".

(70) JOSÉ GONZÁLEZ PALOMINO, "El acrecimiento en la mejora", en *Estudios de arte menor sobre Derecho sucesorio*, en An. Ac. Matr. del Not., vol. II, pp. 540 y s. en la nota, letra e, y pp. 546 y ss. en la nota.

(71) Creemos que esa es la posición defendida por MANUEL DE LA CÁMARA ALVAREZ, en "Estudio sobre el pago en metálico...", loc. cit., pp. 748 y s. y 806 y ss., en especial en la nota 132, pp. 808 y s.

(72) MARIO ARMERO DELGADO, "Testamentos y particiones", vol. I, Madrid 1951, n. 364, p. 441, caracteriza la acción de suplemento de legítima por no ser acción de nulidad de disposiciones del testador sino de reducción en lo necesario para que la cuota legitimaria se complete, cuando resulten insuficientes las disposiciones hechas a favor del legitimario, "ya de una manera directa o en forma indirecta" por limitaciones o gravámenes. Este parece ser el criterio de LACRUZ BERDEJO, "Derecho de Sucesiones. Parte General", Barcelona 1961, n. 167 d, p. 182 y es el de ALFREDO GARCÍA BERNARDO LANDETA, "La legítima en el Código civil", Oviedo 1964, pp. 142 y s., quien afirma que la acción de suplemento no es una acción autónoma, y que, mediante la reducción de las donaciones inoficiosas, se obtiene por sucesión testada o intestada o mediante una *mortis causa capio* o adquisición *ex lege*. También es, al parecer, el de DIEGO ESPÍN, "Manual de Derecho Civil", vol. V, 3.^a ed. Madrid 1970, sec. IV, cap. III, IV, p. 484.

(73) LACRUZ BERDEJO, loc. cit., quien aplica esta solución al supuesto de institución de un extraño en una cuota hereditaria superior al tercio de libre disposición, que estima debe reducirse en la cuota excesiva, y que ésta será heredada por el legitimario "llamado por la ley, contra el testamento", supuesto en el cual lo que se ha alterado, "no es la asignación de unos bienes a una o a otra persona, como en los legados, sino precisamente la porción en que los bienes deben asignarse".

una vocación legitimaria, subsidiaria o secundaria, “diversa de la abintestato por el patrimonio que sirve de base para computar las cuotas (ampliado en aquella ficticia y, en su caso, efectivamente, con las donaciones realizadas en vida del causante) y por la imperatividad de las normas que la regulan”. O bien, según otra opinión (74), amparada en la prohibición de disponer que implica la legítima, tomada de la parte precisa de la sucesión intestada, y a título de heredero, aunque con aplicación de las reglas de partición e imputación, para recibir el reclamante únicamente lo preciso para completar su legítima.

f) Un *derecho de crédito* para reclamar el suplemento (75), aunque protegido por un *onus reale* o *tacitam hypothecam* y dirigida a obtenerlo “en bienes hereditarios *in natura* según las reglas indicadas en la división de herencia (76), o, específicamente, “de naturaleza indemnizatoria”, que significa un *resarcimiento* al legitimario por el incumplimiento, por parte del *de cuius*, del deber de atribuirle íntegra su legítima, que debe serle satisfecho en bienes hereditarios, conforme el carácter de *pars bonorum* que tiene el contenido de la legítima, salvo los casos en que está autorizado su pago en metálico, y que asegurado con una acción *in rem scriptam*, que le concede efectos reales (77).

g) Partiendo de su distinción, importada de Italia, entre cuota de reserva y cuota de legítima, Guillermo G. Valdecasas (78) distingue dos supuestos que corresponden respectivamente a la violación cuantitativa de una u otra cuota. A su juicio:

— La *cuota* de reserva es deferida al legitimario a título de herencia (*pars hereditatis*) por llamamiento forzoso o una cuota del caudal relicto, dispuesto por la ley, que prohíbe instituir en ella a otra persona, por lo cual el llamamiento testamentario de ésta que viole aquélla será nulo en la medida en que la lesione (*acción de nulidad parcial*). Es decir, “sólo en parte si el testador le dejó algo” al legitimario, supuesto en el cual, “la institución testamentaria es nula sólo en la medida necesaria para dejar a salvo la cuota hereditaria

(74) En este sentido GARCIA BERNARDO, loc. últ. cit.

(75) FELIPE CLEMENTE DE DIEGO, “Instituciones de Derecho Civil”, vol. III, Madrid 1932, Lec. 90, p. 226. Dentro de esta configuración deben integrarse los sostenedores de las tesis que configuran la legítima como derecho contra el heredero a obtener una *pars bonorum*, o en casos excepcionales su equivalente en metálico (JULIÁN DÁVILA GARCÍA, “Herederos y legitimarios”, en *R.C.D.I.*, XVI, 1943, pp. 666 y 670) o bien al legitimario como “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” (FRANCISCO VIRGILI SORRIBES, “Hereder forzoso y heredero voluntario”, en *R.C.D.I.*, XVIII, 1945, p. 485).

(76) RAMÓN MARÍA ROCA SASTRE, “Naturaleza jurídica de la legítima”, *R.C.D.I.*, XVII, 1944, pp. 202 y ss. y, concretamente, p. 206.

(77) Así la describimos en nuestras “Notas críticas a la pretendida distinción entre cuota de reserva y cuota de legítima”, 17, b, en *A.D.C.*, XVIII-I, enero-marzo 1965, pp. 67 *in fine* y s.

(78) GUILLERMO G. VALDECASAS, “La legítima como cuota hereditaria y como cuota de valor”, en *R.D.P.*, XLVII, 1963, pp. 957 y ss. Véase nuestra crítica de esta tesis en “Notas críticas...” últ. cit., en especial II, pp. 57 y ss.

que la ley reserva al heredero forzoso, y que, en este supuesto es deferida por la misma ley contra la voluntad del testador" (79).

— Y la *cuota* de legítima es una cuota del valor de la suma del líquido relicto y lo donado, fijada en el momento del fallecimiento del causante (80), y, para su defensa, dice (81): "No existe en el Código civil una acción de complemento autónomo y perfectamente diferenciada de la acción de reducción", "que recuerda más a la de complemento cuando es dirigida contra el heredero testamentario para reducir su adquisición de bienes hereditarios (no la cuota en que fue instituido)"; pero que (82) "se puede dirigir contra los herederos, legatarios y donatarios", "presupone la validez de las liberalidades otorgadas por el causante y persigue, mediante la reducción de dichas liberalidades, la obtención de los bienes necesarios para completar la legítima".

De todas estas formulaciones que hemos expuesto debemos rechazar de plano aquéllas que consideran que, siempre o en algún caso, el complemento es una *pars hereditatis* o cuota de herencia. Si, como hemos visto, no lo es la legítima íntegra (83), tampoco podrá serlo su complemento. Ya que se trata de cubrir el déficit de un activo neto calculado en la suma de lo relicto líquido y lo donado, consiguientemente el suplemento no puede consistir en una cuota de herencia, ni siquiera en una cuota genérica de bienes de la herencia, sino en uno o varios bienes concretos de ésta o en su equivalente en dinero, en su caso, que deben determinarse y especificarse para su satisfacción.

Si separamos, de un lado, el derecho a reclamar el suplemento al heredero o a los coherederos y, del otro, el del derecho a pedir la reducción de los legados y donaciones inoficiosos y centramos la cuestión en un ámbito más estricto, tampoco para pagar el complemento necesitaremos reducir la cuota de institución de ningún instituido. No olvidemos que toda la herencia puede ser de libre disposición si las legítimas han sido ya cubiertas, y que un extraño puede ser heredero universal si con legados se satisfacen las legítimas. El complemento se concreta a cubrir un déficit que —como antes hemos visto— el versículo *Repletionem* del proemio de la ley *Scimus* disponía que debía "*ex rebus substantia patris fieri*", es decir, debía satisfacerse en bienes de la herencia. Regla general (84) que —aparte del supuesto examinado de legado de metálico aceptado por el legiti-

(79) G. G. VALDECASAS, loc. cit., n. 2, p. 958 y ss.

(80) *Ibid.*, I, 3, a, b y c, p. 961 y III, 1, p. 973.

(81) *Ibid.*, II, 3, p. 969.

(82) *Ibid.*, III, 3, p. 975.

(83) Cfr. "Contenido cualitativo de la legítima...", II, en *A.D.C.*, XXIII-I, pp. 26 y ss.

(84) Cfr. ROCA SASTRE, "Naturaleza jurídica de la legítima", en *R.D.P.*, XXVIII (marzo 1944, pp. 202 y ss., en especial p. 206; JOSÉ GONZÁLEZ PALOMINO, "El acrecimiento en la mejora", en *Estudios de Arte Menor sobre Derecho Sucesorio*, en *Anales Ac. Matr. del Notariado*, vol. II, pp. 546 y ss. y nuestros "Apuntes de Derecho Sucesorio", I, § 9, A, b, 1.º, pp. 82 *in fine* y s.

mario, que en este caso también en metálico podría reclamar el suplemento debido—, dada la naturaleza indivisible de los bienes hereditarios, podría dar lugar a la opción de quien tuviere la mayor parte, de pagar en metálico a quien tuviese la menor parte, que normalmente sería el reclamante del suplemento (85).

En síntesis, creemos que del contenido cualitativo del complemento puede decirse lo mismo que de la propia legítima. Por lo cual entendemos que aquél podrá ser satisfecho en metálico en los mismos supuestos en los cuales ésta incluso podría serlo totalmente (86).

Cámara Alvarez (87) ha expuesto que, aun cuando el art. 815 no dice cómo debe pagarse el suplemento, él cree que el legitimario tiene derecho a exigir que se le abone *in substantia*, basándose tanto en sus precedentes históricos —“muy claros sobre el particular”— como en la definición de la legítima, como “*porción de bienes*”, del art. 806 C. c.; pero observa que si el testador ha hecho la división de sus bienes, al amparo del artículo 1.056, la lesión de la legítima se corrige a través de la rescisión de la partición (cfr. art. 1.075) y el heredero o herederos demandados podrán optar (art. 1.077) entre indemnizar en numerario o consentir que se proceda a nueva partición”. El mismo Cámara pregunta si cabría generalizar esa solución y “aplicarla a todos los casos en que la asignación testamentaria sea insuficiente”. Su respuesta es negativa: “Se trata primordialmente (en el art. 1.077) de evitar en lo posible que una partición se deshaga y de respetar las adjudicaciones hechas por el testador. Si no hay partición testamentaria no juega indudablemente la primera razón, y es mucho más aventurado presumir cuál hubiera sido la voluntad del testador de haber sabido que los bienes legados al legitimario no bastaban para cubrir su legítima”.

Entendemos que no todos los supuestos de poderse satisfacer el suplemento de la legítima en dinero quedan subsumidos en el artículo 1.056, §§ 1 y 2, sino que rebasándolos se extienden a todo supuesto de asignación de bienes concretos, aunque por no constituir una partición completa no encajen en dicho artículo, si resulta que por analogía a lo previsto en el art. 821 tales asignaciones no deben contribuir al complemento en más de la mitad de su valor, o bien, pueden considerarse como mejoras incluidas en el artículo 829 C. c.

(85) Cfr. las citas de FERNANDO GÓMEZ-ARIAS DE TALAVERA, TELLO FERNÁNDEZ, JUAN MATIENZO, ANDREA ANGULO y ANTONIO AYERVE DE AYORA, apoyados en la doctrina de BARTOLO Y BALDO *al comentar la ley Sancimus*, § *Ne autem, Cod. De donationibus* (Cod. VII-LIV, 34, § 1.º) y la ley *Scimus*, vers. *Repletionem, Cod. De inoffi. testamen.* (Cod. III-XVIII, 36, pr.) y en la última del tít XVI, 6.ª Partida, que expusimos en “Contenido cualitativo de la legítima de los descendientes...”, n. 15, a y b, en *A.D.C.*, XXIII-I, pp. 70 y s.

(86) Cfr. “Contenido cualitativo de la legítima”, en *A.D.C.*, XXIII-I, nn. 16 y 20, pp. 73 y ss. y 87 y ss.

(87) MANUEL DE LA CÁMARA ALVAREZ, “Estudio sobre el pago con metálico de la legítima en el Código civil”, en *Estudios Jurídicos Varios*, con ocasión del Centenario de la ley del Notariado, vol. I, pp. 749 y s.

Por otra parte, el art. 1.077 es aplicable, después de la partición aunque ésta no hubiese sido efectuada por el testador, sino por contador partidador.

10. La cuantía del suplemento de legítima viene determinada por la propia denominación. Es, en cada caso, el importe del complemento preciso para que el legitimario, a quien el testador haya dejado por cualquier título menos de lo que le corresponda por legítima, obtenga el haber líquido a que, conforme el art. 818 C. c., tenga derecho.

El problema surge con respecto a la legítima de los hijos y descendientes legítimos, al existir una legítima larga y una legítima estricta o corta. Esta de un tercio y aquélla de dos tercios, o en concreto del resto de dos tercios después de reducir de ellos las mejoras expresas.

La solución, en principio, parece fácil habida cuenta de que, conforme unánimemente habían subrayado los autores castellanos (88), el tercio de mejora es legítima frente a los extraños pero no lo es entre los hijos ni respecto a éstos con relación a los nietos y demás descendientes. Criterio que corresponde a la solución que el Tribunal Supremo ha dado para determinar la legítima del hijo injustamente desheredado (89) y, asimismo, al que expusimos hace años (90), partiendo de que la acción de suplemento se dirige a asegurar su mínimo legal a cada legitimario, de lo que dedujimos: que de ser ejercitada esa acción contra un heredero no forzoso por único legitimario, o por todos ellos en conjunto, debe referirse a los dos tercios; pero que ejercitada sólo por alguno de éstos, cuando lo atribuido en total a todos alcance los dos tercios, la acción se ha de limitar a la reclamación de lo correspondiente por legítima estricta al reclamante, o reclamantes.

Pero el problema se complicó en el régimen del Código civil por la pretendida prohibición de las mejoras tácitas.

Por ello, algunos autores (91) fijaron el límite del complemento de legítima en una parte viril de los dos tercios (legítima larga) salvo si el causante hubiere dispuesto mejoras; supuesto en el cual la parte viril se calculaba sobre "el resto que quede de estas dos terceras partes, después de deducido el importe de la mejora".

Como, para nosotros, la pretendida prohibición de las mejoras tácitas no consiste en exigir el uso sacramental del sustantivo "mejora" ni del verbo "mejorar", y la prohibición se concreta a la exclu-

(88) Cfr. las notas 695 y 696 de nuestro estudio "Cautelas de opción compensatoria de la legítima", vol. cit., p. 629.

(89) S. 23 enero 1959. Cfr. nuestro trabajo "El apartamiento y la desheredación", 43, en *A.D.C.*, XXI-I, enero-marzo 1968, pp. 92 y ss.

(90) "Imputación de legados otorgados a favor de legitimarios", en *R.D.P.*, XXVII, abril 1948, p. 331.

(91) Cfr. MANRESA, op. cit., vol. VI, art. 815 y SÁNCHEZ ROMÁN, "*Estudios...*", vol. VI-II- cap. XV, n. 111, pp. 937 y s.; VALVERDE VALVERDE, "*Tratado...*", vol. V, cap. XII, § III, p. 269; ESPINAR LAFUENTE, op. cit., n. 174, p. 392.

sión de las mejoras presuntas (92), el problema se concreta a una correcta interpretación de la voluntad del testador según el tenor del propio testamento.

Por eso, salvo en los supuestos en que la atribución, efectuada o reconocida al reclamante, tenga carácter de pura asignación a cuenta de una atribución más amplia de la legítima, o carácter meramente particional, hemos apoyado nuestra opinión de circunscribir al límite de la legítima estricta (93), la reclamación del complemento, dirigida contra otro u otros descendientes legítimos, en el siguiente silogismo (94).

— La voluntad del testador es ley en la sucesión (art. 675). La palabra heredero significa un llamamiento general y absorbente a toda la herencia, o bien a coparticipar de ella con los demás instituidos (S. 16 abril 1947); mientras que el llamamiento concreto a una cosa determinada es siempre un legado (art. 678 C. c.). Por lo cual, el testador que designa un heredero y ordena un legado, expresa claramente su voluntad de que aquél reciba todo el haber, excepto la cosa o porción expresamente legada.

— El límite legal de esa voluntad, habiendo varios descendientes legitimarios, lo constituye para cada uno de ellos respecto de los demás su respectiva legítima (art. 808 C. c.), como antes hemos señalado que unánimemente habían subrayado los autores castellanos.

Luego: si es voluntad del testador dejar a un legitimario tan sólo la cosa que le ha legado, y al no tener esa voluntad otro límite cuantitativo que el de la legítima estricta del propio legatario, éste no podrá exigir sino el complemento de ésta, es decir, el del mínimo legal que le corresponde, o sea, de su parte viril de la legítima corta.

Igualmente, podemos concluir que el complemento se refiere a la legítima estricta si un descendiente legitimario hubiese sido instituido en una cuota menor de la correspondiente como legítima corta, si con las cuotas de institución de los demás legitimarios quedaran cubiertos los dos tercios del haber.

11. La determinación del medio o los medios jurídicos de que dispone el legitimario para reclamar el complemento de su legítima, hemos visto que no fue cuestión unánimemente resuelta por los autores de Derecho común ni por los comentaristas de las leyes de Castilla. Las vacilaciones se han incrementado en la doctrina posterior al Código civil, como puede deducirse de lo que hemos expuesto al tratar del contenido cualitativo del complemento exigible.

Hemos distinguido, de una parte, la reclamación al heredero o herederos, o a los coherederos, del suplemento propiamente dicho

(92) Cfr. nuestro estudio "La mejora tácita. Hacia la fijación de un concepto y concreción de una prohibición", II, 2 y 3, en *Anales de la Ac. Matr. del Not.* VIII, pp. 16 y ss.

(93) Recoge nuestro criterio PUIG BRUTAU, "Fundamentos de Derecho Civil", V-III, Barcelona 1964, cap. II, 2, III, A, p. 202.

(94) Cfr. "Apuntes...", I, § 9, B, pp. 86 y s. y "La mejora tácita...", V, 5, y VI, 1, vol. cit., pp. 48 y ss.

y, de otra, las acciones de reducción de legados y de donaciones, la de rescisión de la partición efectuada por el testador o el comisario por lesión de la legítima y la de saneamiento por evicción que perjudique la legítima, que examinaremos especialmente por separado. Con ello, tenemos algo más centrado y simplificado el problema aquí contemplado, que así se circunscribe a decidir si el complemento de la legítima debe reclamarse:

— por una *petitio hereditatis* ya sea consecuencia de la pretendida delación forzosa (95), ya del llamamiento abintestato o testamentario (96);

— con una acción de *reclamación de cuota*, ya sea fruto directo de un llamamiento legal autónomo (97) bien consecuencia de la existencia de la reserva del art. 806 C. c. (98);

(95) Para los autores que estiman que el legitimario es un heredero forzoso por delación legal, es lógico que sea la *petitio hereditatis* el vehículo de la reclamación del suplemento. Así es para los autores citados en la nota 661. Así es igualmente para G. G. VALDECASAS respecto de la que denomina cuota de reserva (cfr. *supra* n. 9, g).

También lo es para quienes, como PORPETA (cfr. *supra*, n. 9, b, nota 69), estiman que existe ese llamamiento legal a título de heredero, aunque acepte que la facultad modeladora concedida al testador le permite atribuir la por medio de legados, pues esta configuración no puede extenderse a la parte no dispuesta.

Finalmente lo estima así LACRUZ BERDEJO (cfr. *supra*, nota 73) para el específico supuesto de haber sido instituido un legitimario en cuota menor de la asignada legalmente a su legítima y de haber sido instituido un extraño en mayor cuota que la parte de libre disposición.

(96) Así lo ha entendido GARCÍA BERNARDO, op. cit., pp. 142 y ss.: “La adquisición del suplemento por el legitimario no se verifica en virtud de una acción de suplemento y, por tanto, en virtud de la Ley, sino previa reducción de la disposición o disposiciones inoficiosas”... “como si la disposición inoficiosa no se hubiese hecho en todo o en parte y es necesario en unos casos abrir la sucesión intestada para conferir un título sucesorio a fin de distribuir este remanente, y uno de los herederos abintestato o mejor de los sucesores abintestato es legitimario que ha recibido menos de su legítima; pero en otros casos, no hay necesidad de abrir la sucesión intestada, por haber sido instituido el legitimario sin más límite que el derivado del concurso con otros herederos; en cuyo supuesto, el importe de lo reducido, como tiene título para adquirirlo, se le asignará en la partición y se imputará a la cuota legítima necesariamente”. Asimila este autor la apertura de la sucesión intestada en caso de suplemento de legítima a la abierta en el supuesto de desheredación injusta.

(97) Esta corresponde a la tesis de GONZÁLEZ PALOMINO (cfr. *supra* 9, c nota 70), aunque este autor parece orientar más bien hacia el ámbito paritacional la reclamación del suplemento.

(98) CÁMARA ALVAREZ (loc. últ. cit., pp. 806 y ss.) propone construir la acción de suplemento “a base del artículo 806, como una aplicación o proyección especial del derecho del legitimario a reclamar la cuota reservada, que en este caso concreto se orienta a integrar o completar aquella cuota” (p. 806). “La acción que compete al legitimario para reclamar su cuota reservada no es una acción dirigida a obtener la nulidad propiamente dicha de las disposiciones testamentarias, sino que persigue sólo la declaración de que al legitimario le corresponde una cuarta parte del patrimonio hereditario líquido. Conseguido este reconocimiento, el legitimario podrá impugnar los actos dispositivos otorgados sin su concurso (aunque sean anteriores) y las disposiciones testamentarias y liberalidades “inter vivos” que resulten inoficiosas” (p. 808). “La acción contemplada tiene quizá cierto

— a través de la actio *familiae erciscundae*, es decir, parcialmente (99);

— mediante una acción personal contra el heredero, como la anterior *condictio ex lege "Omnimodo"*, aunque igual que ésta afectante a modo de *obligatio in rem scripta* u *onus reale* a los bienes hereditarios (100).

Una visión panorámica retrospectiva de esta cuestión en el Derecho anterior al Código civil, nos muestra en este tema:

— que la común opinión estimaba que el suplemento se obtenía por la *conditionem ex lege "Omnimodo"*, si bien para bastantes autores este remedio era sólo supletorio para los supuestos en que se careciese de otro; pues, según Vázquez de Menchaca entendió, el suplemento tenía la misma forma y naturaleza que la disposición a la que complementaba;

parecido con la *petitio hereditatis*"... "no presupone la existencia de un llamamiento general y autónomo a la cuota reservada. Si este llamamiento existiera el legitimario podría en todo caso, rechazar la disposición testamentaria y reclamar la legítima"... "Por otra parte la acción de reclamación de cuota difiere de la acción de nulidad en sentido estricto, y concretamente, de la que ostenta el legitimario en los supuestos de preterición o de desheredación injusta"... "La acción de reclamación de cuota deberá ejercitarse en el juicio declarativo que corresponda. Reconocido el derecho a la cuota, el legitimario podrá plantear el juicio de testamentaria. Tampoco veo inconveniente en que la acción se plantee dentro de dicho juicio si la cuestión se suscita al oponerse el legitimario (por no haber quedado la legítima, o haberlo sido insuficientemente) a la partición realizada por los contadores judiciales" (nota 152, pp. 808 y s.).

(99) Además de la última frase de CÁMARA, que hemos transcrito en la nota anterior, referente a la reclamación del suplemento en el juicio de testamentaria, podemos indicar que GONZÁLEZ PALOMINO (loc. últ. cit., p. 546, nota) subraya que: "Determinado el valor de la legítima, es en la partición donde y como se establece su contenido concreto, y precisamente con bienes de la herencia que es lo que se parte y reparte", y, refiriéndose en concreto al art. 815 (p. 547, nota cit.), señala que "la mayor garantía de los legitimarios es que el heredero no puede actuar casi, ni moverse, sin contar con ellos, durante la partición". También ESPINAR LAFUENTE (op. cit., n. 174, p. 391) ha escrito que "la acción de petición de cuota"— de la cual "la acción de complemento del 815 no es sino un caso particular"— "puede ir también embebida, o anexa, con otra"... "de *familiae erciscundae* (si no se avinieran a liquidar el caudal relicto)". La realización de la partición, extrajudicial o judicial, y conjuntamente con la satisfacción del complemento, la contemplamos en nuestros "Apuntes...", I, § 8, A, c, p. 79) indicando la garantía resultante de la indisponibilidad por parte de los herederos que no representen la totalidad del caudal en el cual el peticionario del suplemento tiene reservada su parte.

Notemos que, como antes vimos, VÁZQUEZ DE MENCHACA (op. y pars cits., lib. I, § X, n. 523, vers *Itaque*, p. 234), al señalar que el *officium iudicis* cumpla el *boni viri arbitratu repleri* de la ley *Scimus*, comentó: "Nec puto, quod officium iudicis hoc casu quicquam differeat ab officio, ut arbitrio iudicis assumpti in iudicio familiae erciscundae vel communi dividundo..."

(100) Hemos visto que este criterio fue el comúnmente aceptado desde la Glosa, luego por BARTOLO y más tarde por RODRIGO SUÁREZ y ANTONIO GÓMEZ. Por él nos inclinamos en nuestros "Apuntes...", I, § 8, pp. 74 y s. y nos reafirmamos, más tarde, en nuestras "notas críticas a la pretendida distinción...", 17, b, pp. 65 *in fine* y ss. Admitiendo que tenga eficacia real, sin duda por su carácter de *onus reale*. También sigue el criterio clásico ROCA SASTRE (loc. últ. cit.).

— que en el supuesto de haberse instituido heredero en cuota menor de la debida un legitimario, algunos autores entendieron que se obtenía por la *petitio hereditatis* o por la *familiae erciscundae* frente a los coherederos;

— que en caso de institución *ex re certa*, o de legado si no se accionase la querella ni el *ius discendi nullum*, se podía pedir por la *actio ex testamento* por presuponerse incluido en el legado también el complemento, e, incluso, para algunos, aún en el caso de que el testador hubiese prohibido reclamarlo, por estimarse que, en virtud de la ley *Quoniam in prioribus*, esta prohibición debía estimarse por no puesta.

A pesar de nuestra declaración de que nos inclinábamos por estimar que el vehículo para reclamar el suplemento es una acción personal, derivada de la vieja *condictio ex lege* se ha dicho que nuestra posición en los “Apuntes de Derecho Sucesorio”, distaba de ser clara (101). Tal vez esta apreciación fue hecha debido a las referencias que allí hicimos a la protección de que se beneficiaba el peticionario. Y es posible que al efectuarlas intuimos algo que ahora, con la lectura de Vázquez de Menchaca y de Cancer, nos ha quedado aclarado. Hoy pensamos que:

— en caso de ser instituido heredero un legitimario, a quien en la partición efectuada por el testador, conforme al art. 1.056, o por el comisario, a tenor del art. 1.057, se le asignasen bienes por valor menor que la legítima: este legitimario podrá reclamar el complemento por la *actio petitio hereditatis* y por la acción rescisoria de la partición;

— en supuesto de institución en cuota menor: la reclamación del suplemento irá unida al ejercicio de la acción *familiae erciscundae*;

— en el supuesto de institución en cosa cierta o de legado de cosa determinada, efectuados a cuenta de la legítima, debe presuponerse que en el llamamiento está incluido el complemento pertinente que, consiguientemente, podrá reclamarse por la *actio ex testamento*;

— en los demás casos, es decir, haber sido otorgado al legitimario un legado sin expresarse su finalidad, o prohibiéndole que reclamare el suplemento, o de haber sido favorecido con una donación, invocada en el testamento: creemos que el vehículo de la reclamación, contra el heredero, continúa siendo el mismo aplicado en el Derecho anterior que el Código debió recoger; es decir, una acción personal pero *in rem scripta*, derivada de la antigua *condictio ex lege “Omnimodo”*.

Lo que seguimos considerando evidente es que no cabe utilizar una acción de petición de cuota fundada en una sucesión forzosa, puesto que ésta no existe, ni tampoco en una sucesión intestada, a la que faltaría todo supuesto previo para que pudiera tener lugar y a la cual sería innecesario recurrir en este caso. Puesto que puede

(101) Así lo hizo notar CÁMARA, op. cit., nota 152, p. 808.

reclamarse sin más el complemento, no es necesario, pues, y ni siquiera lo estimamos conveniente, dar el rodeo de pedir la parte no cubierta de la cuota de reserva derivada del art. 806. El suplemento nunca es propiamente una cuota, ni aún en los supuestos en que la posibilidad de pedirlo dimana de haber sido instituido el legitimario en una cuota menor a la de su legítima, o de habersele legado ésta como *legatum partitionis*, pues el complemento se refiere a bienes líquidos, o en su caso a su equivalente en dinero, por un valor igual a la diferencia entre lo dejado al peticionario y su legítima, calculada como dispone el art. 818 con relación a la suma de *relictum líquido* y *donatum*. Es decir que, como ya había notado Bartolo, el derecho al suplemento nunca se refiere a una cuota hereditaria, sino a los bienes precisos para cubrir la porción no satisfecha de la legítima.

La *reserva* de una porción de bienes que el art. 806 hace, y que se determina aplicando, de una parte, los arts. 807 y 808 y demás pertinentes, para fijar la participación legal, y, de otra, el art. 818, para fijar la base, se realiza por los medios concretos que el Código establece, arts. 814, 851, 782, 813, § 2, 815, 819, § 3, 820, 863, § 2, 636, 654, 652. De todos éstos, el art. 815 —como la vieja ley *Omnimodo*— confiere contra el heredero una acción personal —llámesele reclamado crédito legal a una obligación de complementar o indemnizar, o bien legado o *mortis causa capio* (102)— pero asegura con *onus reale*, como *actio in rem scripta*, en virtud de la *reserva* del art. 806.

12. Es preciso, sin embargo, matizar más la naturaleza de esta acción.

La mayor parte de los autores posteriores al Código civil ha afirmado que se trata de una acción real (103).

Sin embargo, hemos visto antes que tanto la *actio ex testamento* como la *condictio ex lege* "*Omnimodo*" fueron consideradas acciones personales, si bien la primera estaba protegida por una hipoteca.

(102) GARCÍA BERNARDO en su primer estudio "Designación «mortis causa»; vocación hereditaria; y adquisición automática", VI, C, e, c', 8, en *R.D.N.*, XXIV, abril-junio 1969, p. 112, entre las *mortis causa capiones*, conferidos a título singular por la ley e impropriamente llamados legados legales, incluso: "Los suplementos de legítima referidos en el artículo 815". Posteriormente, en "La legítima en el Código civil", p. 143, ha dicho: "El suplemento se adquiere conforme al artículo 658 por sucesión testada o intestada, no forzosa, o mediante una *mortis causa capio* o adquisición *ex lege*". Antes (nota 73) hemos visto cuando estima que lo adquiere abintestato y cuando por testamento, pero no nos explica cuándo lo obtienen por *mortis causa capio*.

(103) Cfr. MANRESA, op. y vol. últ. cits., p. 361; VALVERDE, op. y vol. cits., p. 268, nota 1; CASTÁN, "Derecho civil Español Común y Foral", I-2.º tema XCII, III, 2.ª ed., Madrid 1944, p. 881; ROCA SASTRE, "Naturaleza jurídica de la legítima", loc. cit., p. 206; J. SANTAMARÍA, "Comentarios al Código civil", vol. I, Madrid 1958, art. 815, pp. 808 y s., y FEDERICO PUIG PEÑA, op. y vol. cits., p. 387, repiten que según la doctrina tiene carácter real. También la califican de carácter real PORPETA, loc. cit., p. 198; CÁMARA ALVAREZ, nota 152, p. 808.

general tácita sobre el patrimonio hereditario y la segunda se estimó *in rem scripta*, es decir, como *onus reale*, en cuanto debía satisfacerse con *substantia testatoris*, que subsidiariamente afectaba a prorrata todos los bienes legados cuando los herederos no pudieran satisfacerla sin mengua de su propia legítima (104).

La *actio ex testamento* y la *actio ad supplendam legitimam*, como la *querella inofficiosi testamenti*, eran acciones personales en el sentido de que se dirigían contra el heredero. Pero el éxito de la acción daba lugar a la invalidación de lo realizado por éste, en cuanto su actuación resultare afectada, respectivamente, por la rescisión del testamento, por el deber de entregar el legado o por el *onus reale* sobre la *substantia testatoris*, en la que se hallaba *in rem scripta*, que en cada caso abría paso sea a la reclamación real de la herencia (*petitio hereditatis*) o bien a la exigencia de la cosa legada o de la *substantia* afectada a la satisfacción del suplemento.

Algo semejante (a diferencia de la reducción de legados) creemos que ocurre hoy con la acción de suplemento propiamente dicha. Va dirigida contra los herederos, y en este sentido es personal; pero está protegida por la *reserva* del art. 806 C. c., que coloca en *potencial* posición de condómino al legitimario no satisfecho, con lo cual,

(104) No tuvo en cuenta nuestras matizaciones y las que a continuación explicamos en el texto, nuestro compañero CÁMARA (nota 148, cit., p. 808) al observar que, en nuestros "Apuntes...", habíamos afirmado que no creemos que la *actio ad supplementum* tuviese la misma naturaleza que la *petitio hereditatis* y comentarlo con estas palabras: "pero entonces parece que hay que atribuir dicha acción carácter simplemente personal, y resulta sumamente discutible en cuanto no se conciba como acción de reclamación de cuota, su posible eficacia frente a terceros. Así las cosas, no podría esgrimirse contra la posibilidad de dejar la legítima en metálico, la consideración de que con ello se debilitan las garantías del legitimario, toda vez que estas garantías vendrían a estar (en cuanto a su eficacia real o personal) en manos del testador quien, prácticamente, podría a través de un legado de valor ínfimo, convertir al legitimario en simple titular de un derecho de crédito".

Aunque nuestra opinión, de acuerdo con lo que explicamos en el texto, no la formulamos tan claramente como más tarde en nuestras "Notas críticas..." (17, b, pp. 67 *in fine* y s.), creemos que en nuestros Apuntes, quedaba indicado: a) Que, atendidos sus antecedentes históricos, la *actio ad supplementum*, a diferencia de la *petitio hereditatis*, "no suponía una delación legal complementaria para el instituido *in minus quam legitiman*, sino la atribución a éste *ipso iure* de una acción personal —o *in rem scripta* según GÓMEZ— para reclamarlo (pp. 75 *in fine* y s.): b) Que la reserva del art. 808 imponía la intervención del legitimario en la partición, aunque sólo recibiera la legítima a título de legado, pues al deber concretarse aquella en una *pars bonorum*: "No es un simple crédito ni es potestativamente transformable por el heredero y el testador en un mero crédito con o sin garantía *ex re*" (p. 80); ya que: "El testador no puede disponer de aquella porción de su herencia [reservada por el art. 816] fuera del destino que a la legítima tiene señalado la ley"... "El testador puede disponer de la legítima, pero ha de hacerlo respetando su destino" (p. 39). Pero, precisamente por eso, no hay una delación legal forzosa sino sólo una reserva, que en el supuesto del suplemento de legítima asegura con un *onus reale* la acción personal que reclama su satisfacción.

mientras éste no quede totalmente satisfecho queda limitada la libre disponibilidad de los herederos instituidos (105).

Esta *reserva* —que vamos a ver cómo juega en funciones de garantía— debe naturalmente resultar eficaz contra los terceros adquirentes no protegidos por las normas hipotecarias o del tráfico mobiliario (106) ya que la acción personal contra el heredero dará lugar a la ineficacia relativa de las disposiciones que éste, en violación de la reserva legal hubiese efectuado. En ese sentido, la acción se halla *in rem scripta*, de tal modo que el resultado favorable de su ejercicio permite la reclamación *in re* del complemento. Sin perjuicio de que ambas reclamaciones puedan acumularse, la de ésta dependerá siempre del éxito de aquélla.

La “*reserva*” del 806 C. c. está dotada de un haz de normas protectoras, que constituyen el aspecto normativo de las legítimas; pero, a su vez, aquella “*reserva*” significa “una afección de los bienes a la satisfacción de las legítimas” que “se mantendrá, aunque aquéllos hubiesen pasado a manos de terceras personas” (107): “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 insatisfacción del complemento, como el impago del metálico asignado en el supuesto del art. 1.056 § 2.º, vivifica en cierto modo la potencial cotitularidad reservada al legitimario en los bienes de la herencia (108), que, en el caso de la *actio ad supple-*

(105) ESPINAR LAFUENTE, op. cit., n. 174, pp. 391 y ss., entendió que el derecho adquisitivo del legitimario es real pero su acción *in personam*: “Lo que ocurre es que el carácter real del *ius ad acquisitionem* queda protegido frente a terceros no con la acción de petición de cuota (*ni, por tanto, con la de complemento de legítima*) sino con las propias acciones (de reivindicación, de reducción, etc.) que el propio particular heredero puede ejercitar utilizando su titularidad de representante gestor de la esfera del heredero”.

(106) CÁMARA ALVAREZ (nota 148, p. 806, op. cit.) después de decir, tal vez con razón, que nuestra opinión en este punto que, a él, “no nos parece demasiado clara”, añade que nosotros mantenemos una posición un tanto agnóstica y hacemos “*depender la efectividad de la acción frente a terceros más de la actuación del sistema hipotecario que de la naturaleza real o personal de la acción de suplemento*”. Sin embargo, lo que examinamos en las pp. 77 de nuestros “*Apuntes...*”, no es la eficacia que nuestro sistema hipotecario concede al legitimario que reclame el complemento, sino al contrario, la eficacia de ese derecho al suplemento a pesar de las normas hipotecarias, protectoras de los terceros adquirentes, impeditivas de su actuación, o determinantes de su ineficacia, ante estos terceros, precisamente por la actuación de los arts. 464 C. c., 85 y 545 C. de c., 34 L.H., en este caso en cuanto la legítima no resulte protegida por la mención prevista en el art. 15 LH.

(107) Así lo expusimos, en nuestros “*Apuntes...*”, II, § 3, E, c, pp. 220 y ss. y en “*Contenido cualitativo de la legítima...*”, 26, en *A.D.C.*, XXIII-I, pp. 107 y s., con referencia a la garantía de los legitimarios al percibo de la compensación en metálico de sus legítimas en el supuesto del art. 1.056, § 2, extensible a los previstos en los arts. 821 y 829 C. c. Pero la misma función puede ser aplicable en los supuestos de atribución de bienes insuficiente para asegurar la satisfacción del suplemento *in natura* o en dinero, según compete.

(108) ENRIQUE FOSAR BENLLOCH, (“*La explotación agrícola y el párrafo 2.º del artículo 1.056*”, VII, 2, en *A.D.C.*, XVI-II, abril-junio 1963,

mentum, impide la eficacia de la partición practicada por los herederos sin el concurso del legitimario afectado, y permite a éste rescindir la realizada por el propio testador o por los contadores

pp. 415 y ss.), siguiendo el criterio anteriormente formulado por RAMÓN M.^a ROCA SASTRE ("Naturaleza jurídica de la legítima", loc. cit., p. 203), consideró que la garantía resultante del art. 1.052, § 2.º consiste en una hipoteca solidaria, que al ser ejercitada "llevará a enajenar en pública subasta la explotación agrícola o incluso adjudicarla al legitimario en pago de su crédito sin fragmentarla materialmente en el supuesto de división". Aparte de otras dificultades, que expusimos "(Contenido cualitativo...", n. 25, página 106), habíamos observado acerca de esta opinión, siguiendo a CÁMARA (loc. ult. cit., p. 876), 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".

A nuestro juicio, en los casos de los arts. 1.056, § 2, 829 y 821 C. c., la insatisfacción de la compensación en metálico dejaría despejada la posibilidad de un especial ejercicio de la *actio communi dividundo*, o en su caso de la *familiae erciscundae*, y también dotaría de eficacia real al *modus* "testamentario, expreso o implícitamente presupuesto por la ley", implicado en la asignación de la explotación prevista en el art. 1.056, § 2.º, que invalidaría la asignación e incluso la mejora en su aspecto cuantitativo si su finalidad fue la de mantener sin dividir la explotación en la familia ("Contenido cuantitativo...", n. 26, en A.D.C., XXIII-I, p. 110).

FOSAR, en un posterior artículo, "Más sobre el artículo 1.056, 2, del Código civil y la explotación agrícola. El principio general de derecho de la atribución sucesoria unitaria de la explotación familiar" (en R.C.D.I., XLVII, marzo-abril 1971, pp. 225 y ss.) nos ha replicado, insistiendo en su tesis, y ha argumentado en contra de la nuestra y de la de JOSÉ JAVIER LÓPEZ JACOISTE ("La mejora en cosa determinada", Madrid 1961, pp. 219 y ss.) que había considerado como una *obligatio in rem scripta* la de satisfacer la compensación en dinero prevista en el art. 829, C. c.

Trataremos de sintetizar las razones de FOSAR y, muy brevemente, de analizarlas:

a) Respecto de la consideración como *obligatio propter rem* de la tendente a compensar las legítimas en dinero en el supuesto del art. 829 C. c., afirma: "creemos que es incompatible con tal solución la tesis que configura el derecho del legitimario, en tanto no haya sido pagado, como una reserva latente, que repercute en la titularidad del atributario de la explotación. Tal reserva, procedente según el artículo 806, afecta a los bienes al pago de las legítimas, aunque aquéllos hayan pasado a terceros. Pero, en tal caso, el funcionamiento de la reserva como una *actio familiae erciscundae* veda pensar en que el tercer adquirente de la mejora o de la explotación es deudor personal de la legítima; debe soportar simplemente el efecto real de la acción de que hablamos, sin ser deudor personal, ni puede hablarse de débito personal con responsabilidad limitada a la cosa objeto de la mejora o a la explotación".

Esta afirmación la apoya en un concepto doctrinal de las obligaciones *propter rem* que elabora "sobre la marcha". No vamos a discutirlo. Pero sí diremos que la calificación de LÓPEZ JACOISTE coincide con las asignadas al derecho al suplemento de legítima por RODRIGO SUÁREZ, ANTONIO GÓMEZ, CANCER y otros, y que los conceptos jurídicos deben recoger, en su definición, la totalidad de los supuestos que la realidad ofrece, pues de lo contrario su concepto podrá ser más puro, pero no expresará aquello que no recoja, sin que por esto pueda expulsarlo de la calificación más amplia que la palabra definida suponía.

Por otra parte, la historia de los censos nos muestra obligaciones *propter rem* cuyo incumplimiento puede dar lugar al comiso, y creemos que no hay razón seria para poner límites a la riqueza de posibles consecuencias de su incumplimiento. Frente a todas ellas, el tercero titular de la

partidores. El aspecto normativo de las legítimas, de limitación o freno, es decir, negativo, actúa como garantía del efecto positivo del derecho al suplemento. Si bien es verdad que, en estos dos úl-

cosa afectada por la obligación *propter rem*, tiene en su mano poder evitar las consecuencias de su cumplimiento, satisfaciendo la prestación de que se trate. ¿Por qué, pues, ha de ser incompatible esta calificación de obligación *propter rem*, referida a la prestación de la compensación en dinero de una legítima, o a la satisfacción de su complemento, con la existencia de la *reserva* del art. 806? Y, ¿por qué el incumplimiento de ella no ha de poder abrir el paso a una *actio familiae erciscundae* o *communi dividundo*. Esta podrá o no dar lugar a la venta en pública subasta, según sea o no indivisible la cosa o desmerezca o no con su división, para que el legitimario, a quien no se le haya satisfecha voluntariamente su legítima, la reciba con el ejercicio de su acción en bienes o dinero, según el caso, o reciba la parte que le falte para complementarla?

b) Respecto de la consideración como disposición modal de la atribución de explotación, prevista en el art. 1.056, § 2, señala como dificultad el hecho de que muchos aspectos de la aplicación de las disposiciones modales están siendo discutidos por parte de la doctrina y de que son dispares las soluciones que el Derecho comparado ofrece. Argumentos que no podemos aceptar: el primero porque nada puede significar para un jurista, que tiene el deber de investigar lo que es objetivamente verdadero, sin dejarse impresionar por la diversidad de opiniones no decisivamente razonadas; y, el segundo, porque no es el Derecho extranjero sino el Derecho que el Código civil debió recoger, en el que debemos fijarnos si pretendemos entender el sentido de los artículos de éste.

La posibilidad de que el modo imponga un legado, a su obligado, es algo que repugna a FOSAR. Pero, como hemos visto en otro lugar (*Comentario a las Ss. de 4 junio y 18 diciembre 1965, en R.C.D.I., XLIII, 1967, pp. 166 y ss.*), el modo y el legado son figuras "con campos de diversa amplitud, enfocadas desde puntos de vista diferentes", que "pueden coincidir en algunas parcelas que queden situadas en el espacio en el cual se entrecruzan tangencialmente ambas figuras": "el legado es visto como una atribución testamentaria a título singular, y, el modo, inversamente, como una carga impuesta a un heredero o a un legatario". El contenido de éste puede ser muy diverso, "abarcando toda prestación que modalice sin condicionar una atribución principal, y que puede consistir en hacer algo en beneficio, sea: del propio heredero o legatario al que se le impone, del causante o de su alma, o de terceras personas indeterminadas o determinadas, y, en este último caso, supondrá un legado". Así nos lo muestra el repaso de los supuestos prácticos estudiados por los autores de Derecho común. Incluso la calificación como legado de esa segunda atribución a favor de otra persona determinada es explícita en algún autor, como ANTONIO GÓMEZ (*Variae Resolutiones Iuris Civile Communi et Regii, lib. I, cap. XII, n. 71*) al explicar que al "secundo legatario, in quam modus debet impleri", le compete acción contra "primum gravatum"; es decir, está claro que denomina, en aquel caso, "secundo legatario" al beneficiado con el *modus*.

FOSAR cree que esta tesis nuestra significa la admisión de un "modus" legal. Pero esta calificación no la creemos adecuada. El "modus" que implica la asignación de la explotación hecha con la imposición al asignatario de la carga de compensar en dinero a los demás interesados, es un "modus" *testamentario*, y solamente puede ser calificada de origen legal la *presuposición* de que dicha carga implica un "modus" cuando la disposición del testador ha sido hecha expresando que la verifica para que la explotación no salga de la familia, mejorando para ello al asignatario e imponiéndole que compense en dinero a los demás legitimarios.

Por otra parte, al tratar de la cuestión de si el incumplimiento de la obligación de indemnizar que se impone al asignatario conforme al art. 1.056, § 2.º, permite o no la revocación de la mejora cuantitativamente dispuesta

timos supuestos, de no anotar preventivamente su demanda, puede escapársele al legitimario la efectividad de su acción, ante terceros hipotecarios, por el hecho de que la incompleta satisfacción de la legítima

—cosa que creemos depende, sin duda, de la voluntad del testador que, en principio, debe presuponerse cuando éste haya expresado que dispone la atribución para poder conservar, sin desintegrarla, la explotación en la familia— afirma que el art. 743 se opone a ella. Pero este precepto se ocupa de la revocación de las disposiciones testamentarias, no de su posible resolución, en caso de ser condicionales, en el supuesto de incumplimiento del evento condicionante o de su rescisión, si fuesen modales, cuando no se satisfaga la carga modalizada.

Además, al poner en relación ese efecto rescisorio de la mejora y el ejercicio de la *actio familiae erciscundae* por parte del legitimario, a quien no se le satisfaga en dinero la compensación de su legítima, parece que considera ambas acciones inseparables y como presupuesto una de la otra y, además, sólo ejercitables sucesivamente en pleitos distintos, por lo cual afirma que tal solución atenta contra la economía procesal. Pero se olvida: 1.º Que puede ejercitarse la acción de división, o la declarativa para rescindir, sin pedir la rescisión de la mejora cuantitativa, es decir, conformándose con ella. En este caso, la economía o la no economía no son procesales, sino una cuestión a estimar por el legitimario, que será quien deberá y podrá juzgarlo, si instar la rescisión de la mejora cuantitativa le resulta o no económicamente interesante. 2.º Que muchas veces la acción que podrá ejercitar no será costosa *familiae erciscundae*, sino la *communi dividundo* que puede resultar más adecuada a los supuestos de los arts. 821, 829 y 1.056, § 2. 3.º Que las acciones pueden acumularse en un solo pleito.

c) Respecto al juego de la "reserva" del art. 806 para abrir paso a una acción *familiae erciscundae* o *communi dividundo* (a la que FOSAR no alude), en el caso de no satisfacer el asignatario la compensación en dinero a los demás legitimarios, afirma que "implícitamente la Ley Hipotecaria, en su artículo 15, rechaza el sistema de la *actio familiae erciscundae*, al regular una mención especial que se consigna en el Registro de la Propiedad al inscribir los bienes a nombre del atributivo de la explotación". Y añade: "Mientras no surge un tercero protegido por la Ley Hipotecaria, el Registro de la Propiedad se declara incompetente, y remite el problema a la legislación civil. Frente a terceros protegidos por dicha Ley, el artículo 15 de la misma, limita, ¡aún más!, los derechos del legitimario. Se prevé un procedimiento especial de consignación forzosa del importe de la legítima y de sus intereses legales, sin necesidad de intervención del legitimario transcurridos que hayan sido cinco años, con la consiguiente cancelación de la mención legitimaria".

Pero, no creemos que el art. 15 L.H. signifique otra cosa que la expresión registral de las preexistentes garantías civiles que aseguran la percepción de aquellas legítimas cuando los herederos instituidos se hallen facultados para satisfacerlas en dinero, o en bienes no inmuebles. Expresión registral que justifica su oponibilidad a los terceros hipotecarios. No se menciona, pues, ni una acción divisoria, ni una acción hipotecaria, sino que únicamente se asegura, aun en el ámbito hipotecario, la eficacia de las normas civiles sean las que fueren que garantizan la satisfacción de la legítima.

El procedimiento de consignación forzosa previsto en el apartado b) núm. 1.º del art. 15 L.H. para el doble supuesto de que hayan transcurrido cinco años y de que el importe de las legítimas hubiese sido fijado por el testador, o por el comisario, contador partidor o albacea con facultad de partir, etc., designados por el testador, nada significa en contra de lo que sostenemos. Como el pago, la consignación de lo debido evita los efectos del incumplimiento. La particularidad del precepto radica en que, ante la inercia del legitimario, se da firmeza con respecto a los terceros registrales, una vez transcurridos cinco años, a esa determinación cuantitativa de las legítimas efectuada por aquellas personas. Pero la determinación cuantitati-

tima no resulta de modo expreso en la inscripción de la partición en el Registro de la Propiedad. Riesgo que es tanto mayor en cuanto esa inscripción no requiere en estos dos últimos casos el concurso del legitimario (109).

13. Al tratar de la atribución del contenido de las legítimas (110), hemos distinguido el derecho a la legítima y el derecho sobre el contenido material de ésta. Aquél es atribuido *ope legis* al fallecimiento del causante, y el legitimario lo obtiene *ipso iure*. En cambio, el contenido material de la legítima no es objeto de *delación legal* específica. Paralelamente, la acción de suplemento no supone una delación complementaria, sino la atribución *ipso iure* de una acción para reclamarlo cuando se da el supuesto de hecho correspondiente. Este criterio lo hemos visto confirmado al estudiar aquí los antecedentes históricos de la acción que examinamos. Se obtiene *ipso iure*, el derecho *al suplemento*; pero no un derecho *en o sobre* su contenido material, que no es objeto de delación legal ni de adquisición automática (111), sino que es preciso reclamarlo y ejercitar con éxito la acción correspondiente si no se satisface voluntariamente.

El derecho al suplemento y, por consiguiente, la acción para reclamarlo debe estimarse transmisible a los herederos del legitimario sin necesidad de que éste haya iniciado su ejercicio (112), conforme al criterio que prevaleció en el Derecho anterior y al carácter transmisible de los derechos que no tengan carácter personalísimo.

La prescripción de la acción para reclamar el suplemento según los autores que la califican (113), entre las acciones reales tiene indudablemente el término de éstas, esto es, el de treinta años. Si bien, como hemos visto antes al examinar los antecedentes históricos, predominó su conceptualización como acción personal, es lo cierto que, aun después de que la ley 63 de Toro redujese la prescripción de estas acciones a un plazo de diez años, en lugar del trentenal anterior, algunos autores (Gregorio López, Vázquez de Menchaca, Azevedo) siguieron aplicándole la de treinta años por identificarla con la

va de un derecho no tiene que ver con su contenido cualitativo ni con la naturaleza de sus garantías.

(109) Cfr. nuestros "Apuntes...", I, § 8, A y B, pp. 76 y ss.

(110) "Atribución y concreción del contenido y extinción de las legítimas" nn. 1 y ss., en A.D.C., XXV-I, enero-marzo 1972, pp. 5 y s., y, en concreto para el suplemento, nn. 7, pp. 34 y ss.

(111) Contrariamente GARCÍA-BERNARDO, "Designación «mortis causa», vocación hereditaria y adquisición automática", VI, C, e, c', 8, en R.D.N., XXIV, p. 712, coloca los suplementos de legítima "referidos en el artículo 815", entre las *mortis causa capiones*, impropriamente denominadas legados legales que se adquieren automáticamente sin ser precisa la aceptación para adquirirlos.

(112) En este sentido PUIG PEÑA, "Tratado...", vol. V-II, cap. XIV, 3, B, 1, p. 386.

(113) Así, MANRESA, op. cit., vol. VI, art. 815, p. 361, VALVERDE, op. y vol. cits., p. 268, nota 1, CASTÁN, loc. últ. cit., p. 881, PUIG PEÑA, op. y vol. cits., cap. XIV, 3, C, p. 387 y CÁMARA ALVAREZ, loc. últ. cit., nota 152, p. 809.

petitio hereditatis, y otros (como (Jacobo Valdés) la de veinte años, que en el régimen de dicha ley de Toro, correspondían a las reales y mixtas, aplicable por calificarse la *condicione ex lege Omnimodo* de naturaleza *in rem scripta*. Nos inclinamos por estimar que en nuestro Derecho vigente, a la acción de suplemento debe aplicársele la prescripción de treinta años, por considerar esta acción como mixta, dadas las razones antes expuestas al tratar de su naturaleza.

C) DERECHO CIVIL DE ARAGÓN.

14. El carácter colectivo o electivo de la legítima aragonesa repercute naturalmente en la determinación del sujeto activo de la reclamación del suplemento.

El art. 124 de la Compilación, bajo el epígrafe "*Lesión de la legítima colectiva*", en el indicado contexto, dice:

"No alcanzando los beneficios percibidos por el conjunto de los legitimarios a la cuantía de la legítima colectiva, cualquiera de ellos designado heredero, donatario universal o, en otro caso cualquiera descendiente sin mediación de persona capaz de heredar, podrá pedir, en cuanto le perjudiquen, la reducción de las liberalidades hechas en favor de no descendientes."

Aun cuando el art. 124 se refiere concretamente a las acciones de reducción de liberalidades, su criterio respecto al sujeto activo debe entenderse aplicable al supuesto en el cual haya lugar a la obtención del complemento frente a un heredero o coheredero extraño.

Explica Lacruz Berdejo (114) que "si el causante instituye heredero a un solo legitimario, a éste corresponden los dos tercios del caudal, con la sola deducción de los bienes concretos (o legados de (parte alcuota, no frecuente en la práctica) asignados *inter vivos* o *mortis causa* a los restantes descendientes". Lo cual no quiere decir que al instituido heredero se le hayan de asignar las dos terceras partes del caudal relicto, "sino que, en cuanto legitimario, tiene derecho él sólo a hacer valer la pretensión legítima, cuya cuantía alcanzará las dos terceras partes del caudal computable. Los demás legitimarios, no herederos, habrán de contentarse con lo que tienen, y ello aunque haya infracción del deber de legítima colectiva".

"Si los legitimarios instituidos herederos por el causante —prosigue Lacruz— son varios, parece que la pretensión de legítima se ha de dividir entre ellos, considerando que a cada uno corresponde una fracción de esos dos tercios del caudal computable proporcional a la cuota en que ha sido instituido heredero. Obsérvese que las pretensiones legitimarias *pro parte*, o la del heredero único nunca podrán hacerse efectivas contra los otros descendientes, sirviendo únicamente para recuperar los bienes atribuidos a terceros extraños por encima de la porción disponible."

Queda claro que en la Compilación aragonesa, así como no hay

(114) JOSÉ LUIS LACRUZ BERDEJO, "Las legítimas en la Compilación", VIII, en *R.C.D.I.*, XLV, 1968, pp. 519 y s.

legítima individual, tampoco hay ni puede haber reclamación de suplemento de ella. La cuestión no había sido siempre resuelta uniformemente en este sentido. Según nos dice Lacruz (115), la jurisprudencia al aplicar los fueros y observancias decidió en ciertas sentencias que el hijo podía obtener suplemento de legítima cuando los bienes que se le habían dejado eran manifiestamente insuficientes, y, “con relación al Apéndice, alguno mantuvo que la facultad de distribuirlos entre los hijos «discrecionalmente», del artículo 30, incluía ciertas dosis de discreción en el reparto, siendo indiscreto, en circunstancias, dejar a los hijos no herederos una parte simbólica del patrimonio. Mas la opinión mayoritaria, tanto en doctrina como en jurisprudencia, se inclinó por la libertad absoluta”, sin perjuicio del derecho a pedir alimentos.

Este último criterio es el que resulta claramente de la Compilación vigente.

D) EN EL DERECHO CIVIL ESPECIAL DE BALEARES.

15. Rechazada, por la vigente Compilación balear, para Mallorca y Menorca la posibilidad, por la que antes se inclinaban los juristas baleares, de satisfacer la legítima en dinero no hereditario, al disponer, para Mallorca, el art. 46, § 1.º, incis. 2.º, que “*debe ser pagada en bienes de la misma herencia, siendo ineficaz toda disposición en contrario del testador*”, texto aplicable a Menorca (art. 65), no parece que quepa abonar en dinero el suplemento de legítima fuera de los supuestos en que así sea posible conforme al Código civil (arts. 821, § 2, y 1.056).

Contrariamente, en Ibiza y Formentera, sin duda alguna, debe entenderse posible satisfacer el complemento de la legítima también en dinero no herencial cuando se den los supuestos en los cuales, conforme al artículo 81 Comp., la legítima puede no ser satisfecha en bienes de la herencia, específicamente cuando el testador o el donante hayan legado al legitimario, en satisfacción de su legítima, una cantidad insuficiente de dinero.

E) EN EL DERECHO CIVIL DE CATALUÑA.

16. Los autores catalanes habían seguido la pauta de los del Derecho común, terciando en sus discusiones. Así lo hemos visto antes en Cancr y Fontanella, con la particularidad de ser normal en Cataluña el pago en metálico del suplemento, a partir de que la Constitución de las Cortes de Monzón de 1585 autorizó que se pagara la legítima “ab diners”.

Finestres (116) explicó que “*iure novo praeter conditionem eadem actione peti posse supplementum, qua petit posse legitima institutionis*

(115) LACRUZ, *ibid*, II, pág. 508.

(116) JOSEPH FINESTRES ET DE MONSALVO, “*Prælectiones cerverienses, sive Commentarii academici ad titulos Pandectorum De inofficioso testamento ac De vulgari et pupulari substitutione*”, ed. Cervera 1752, cap. XII, n. 8, p. 152.

titulo competens, eum non minus intelligatur institutus in supplementi ac in legitima quae per illud completur”.

El punto más estudiado por ellos fue el relativo a si el suplemento podía o no reclamarse por la acción hipotecaria con la que se entendía protegida la legítima dejada como legado de género o de cantidad. Antes (116 bis) hemos repasado esa discusión, referida a los distintos supuestos en los cuales pudiera presumirse que el testador, aun cuando le hubiese legado menos de la legítima, quiso dejársela entera o de que, inversamente, no lo hubiese querido así por haber prohibido expresamente que nada más se le diese al legatario legatario. Cancer (117) expuso la opinión del Cardenal Mantica, de que en el primer caso el suplemento estaba asegurado con *tacita hypotheca*, mientras que, en el segundo, sólo disponía de acción personal *in rem scripta* por una *condictione ex l. “Scimus”*. Pero esta opinión no le convenció: “Et dicit [Mantica] esset diversitatem inter dictos duos casos, quod in priori casu interpretatio deducatur ex mente eiusdem legis; in hoc casu non, sed hoc non satisfacit. Nam difficultas consistit in habendo vel in non per filium supplementum ex voluntate patris. Et quare magis debeat habere in illo caso, quod ego non video.” Según un fallo de la Audiencia de Cataluña del 5 diciembre 1609, en causa de los hermanos Carreras de Perpiñán contra Miguel Ballester (118), así como en opinión de Fontanella (119), no competía acción hipotecaria, sino sólo acción personal, para reclamar el suplemento ni siquiera en los casos en que el testador no hubiera prohibido su reclamación. Criterio que fue mantenido, en el siglo pasado, por Cadafalch y Baguñá (120) y por Falguera (121) y, en el presente, por Borrell i Soler (122).

También se afirmó que la acción se dirigía contra el heredero, y que éste respondería ilimitadamente si no hubiese confeccionado el inventario, mientras que frente a los legatarios poseedores de bienes hereditarios a quienes inoficiosamente les hubiesen sido legados sólo se podrá dirigirla subsidiariamente y a prorrata (123).

Se discutió su transmisibilidad a los herederos, en especial en el caso de que fuesen extraños, del legatario, y aunque éste no hubiese iniciado su ejercicio. La respuesta afirmativa fue considerada indudable cuando el testador no hubiera prohibido su reclamación; estimándose más dudosa en el caso de haber éste ordenado que nada más

(116 bis) Cfr. *supra*, n. 4, d, E. Cfr. más ampliamente tratado en nuestro estudio “La actio ad supplendam legitimam (del Derecho romano a la compilación catalana)”, en *La Notaría*, febrero 1973, pp. 9 y ss.

(117) CANCER, op. cit., Pars I, cap. III, n. 16 y ss., ed. cit., vol. I, p. 66.

(118) Cfr. CANCER, loc. cit., n. 17 *in fine*.

(119) FONTANELLA, op. y vol. últ. cit., Cl. V, gloss VIII, pars II, nn. 51 y 52; p. 97.

(120) JOAQUÍN CADAVALCH Y BAGUÑÁ, “Pontuario de las acciones”, Barcelona 1856, pp. 156 y ss.

(121) FÉLIX MARÍA DE FALGUERA, “Conferencias de Derecho Catalán”, conf. I, cfr. ed. Barcelona 1889, pp. 16 y s.

(122) ANTONI MARÍA BORRELL I SOLER, “Decret civil vigent a Catalunya”, vol. V-II, § 507, b; cfr. 1.ª ed. Barcelona 1923, p. 431.

(123) CANCER, op. cit., Pars I, cap. III, nn. 31 y 32, vol. I, p. 69.

se le diese al legitimario (124). Sin contradicción se entendió que la acción prescribiría a los treinta años (125).

G. M. Brocá y J. Amell (126) y Borrell i Soler (127), sin hacer distinción alguna, afirmaron su transmisibilidad a los herederos, incluso extraños, y le aplicaron la prescripción de treinta años del *usatje* "Omnes causa".

17. La vigente Compilación ha ordenado que:

"La legítima o su suplemento podrán pagarse en dinero o en bienes de la herencia, a elección del heredero que haya de satisfacer una u otro, siempre que a los legitimarios no les haya correspondido recibirlos por vía de institución, de legado, señalamiento o asignación de cosa específica o donación. Comenzado el pago en dinero o en bienes el legitimario podrá exigir el resto en la misma forma inicial" (art. 137, § 1).

"La legítima devengará el interés legal...; también lo devengará su suplemento desde que sea reclamado judicialmente" (art. 139, § 1, inciso 2.º).

"El suplemento de legítima sólo confiere al legitimario acción personal para exigirlo" (art. 140, § 2.º).

"Si con el valor activo hereditario líquido no quedaren al heredero bienes relictos suficientes para el pago de legítimas, de legados en concepto de tales o imputables a aquélla, de suplementos y para retener su propia legítima sin detrimento, los legados a favor de extraños y aun de los propios legitimarios en la parte que exceda de su legítima podrán ser reducidos por inoficiosos o, en su caso, suprimidos, para dejar a salvo ésta" (art. 142, § 1.º).

"La acción para exigir la legítima y su suplemento prescribirá a los treinta años a partir de la muerte del causante" (art. 146, § 1.º).

Al estudio del suplemento de legítima, a tenor de la Compilación catalana, ha dedicado un reciente estudio Pérez Torrente (128), quien deduce de la norma del § 2.º, art. 140 que, en Cataluña, "coexisten en la Compilación dos legítimas distintas: la protegida mediante acción real, y el suplemento de legítima, que atribuye sólo acción personal para exigirlo". Así, la teoría de la *pars valoris bonorum* no es aplicable al suplemento, que es mera *pars valoris*, y el legitimario "en cuanto reclama el suplemento, es pura y simplemente un acreedor de herencia".

(124) CANCER, op. cit., Pars I, cap. III, n. 42, vol. I, p. 70.

(125) Cfr. Sentencia 5 diciembre 1609; CANCER, op. cit., Pars I, Cap. III, n. 16, p. 66; FONTANELLA, op. y vol. últ. cit., gl. VIII, Pars II, n. 51, p. 97.

(126) GUILLERMO M. DE BROCÁ Y MONTAGUT Y JUAN AMELL Y LLOPIS, "Instituciones del Derecho Civil Catalán vigente", § 747, 2.ª ed. Barcelona 1886, vol. II, p. 437.

(127) BORRELL I SOLER, op. y loc. cit., p. 432.

(128) JOSÉ ANTONIO PÉREZ TORRENTE, "El suplemento de legítima en la Compilación y en la Ley Hipotecaria, en *R. J. de Cat.*, LXXI, enero-marzo 1972, pp. 52 y ss.

Como presupuestos precisos, a fin de que pueda ejercitarse la acción de suplemento, señala los siguientes: 1.º Que el causante haya atribuido al legitimario algún valor patrimonial por cualquiera de los títulos enumerados en los arts. 136, 132, 217 Comp. 2.º Que este valor haya sido efectivamente *recibido por el legitimario*; pues si nada ha recibido conserva la acción real para reclamar la totalidad de la legítima. 3.º Que no se haya dado por pagado de su legítima ni renunciado expresamente al suplemento después de deferida la legítima.

Pregunta, Pérez Torrente, si el derecho al suplemento de legítimas se convierte en real al inscribirse en el Registro. Y responde negativamente, porque la Ley hipotecaria “no añade nada en lo sustantivo, a la naturaleza del derecho del legitimario”; por lo cual, si en la Compilación el legitimario no dispone de acción real para reclamar el suplemento, “tampoco dispondrá de ella aunque se inscriba su derecho”. La única garantía registral que tiene el legitimario para asegurar el suplemento —concluye— no está en el artículo 15 de la Ley Hipotecaria, sino en el artículo 140 de la Compilación: la anotación preventiva de la demanda que lo reclame.”

18. Creemos que en estos dos supuestos no se trata de dos tipos de *legítima distintos*, sino tan sólo de *dos situaciones distintas dentro de la dinámica de una misma legítima*, que corresponden a *momentos diversos de la pendencia* de su satisfacción.

Es de notar que la situación del legitimario era en el Derecho Catalán anterior a la Compilación, y parece que debe continuar siéndolo, diferente según reclamase a la vez todos sus derechos legitimarios o bien pidiera el suplemento una vez recibida la atribución dispuesta a su favor por el causante. A esta última hipótesis se referían a la Sentencia de la Audiencia de Cataluña y el dictamen de Fontanella, antes indicados, y sólo a ella misma, que por otra parte constituye el supuesto propiamente dicho de reclamación del suplemento, creemos que se refiere al párrafo segundo del artículo 140 de la Compilación.

Es decir, entendemos que el resto de la *pars valoris bonorum* de un *legitimarius* solamente se reduce a ser mera *pars valoris*, cuando la atribución que el testador le haya hecho de un valor patrimonial insuficiente sea efectivamente percibida por el legitimario.

Así, resulta que es un *hecho propio* del legitimario lo que determina que éste pierda la garantía de la afectión real de todos sus bienes de la herencia y que no pueda ejercitar acción real para reclamar lo que le falte para cubrir su legítima. Esta aceptación, voluntaria del legitimario, que podría confundir a los terceros adquirentes de otros bienes de la herencia, justifica teleológicamente esa desaparición de la garantía *erga omnes*. *No depende, pues, pura y exclusivamente de la voluntad del causante, ni de la forma en que éste haya ordenado la satisfacción de la legítima, la disyuntiva de que el legitimario disponga de acción real o sólo de acción personal para obtener completa su legítima.*

Consiguientemente, el legitimario instituido heredero en una cuota menor o llamado como legatario por un valor inferior de su legítima, puede reclamar —conforme previene el art. 140 § 1.º— su íntegra *pars valoris bonorum*, incluyendo en ella lo atribuido por el testador y aún no recibido por el reclamante y descontando las donaciones imputables a la legítima, pues, de no haberse recibido éstas expresamente como pago o anticipo de ella, parece que la donación sólo *a posteriori* resulta imputada a la legítima, la cual se reclama entera aunque aceptando que de ella se descuenta lo que a ella deba imputarse por determinación legal.

Creemos que el art. 136 Comp. confirma esta interpretación, puesto que dispone:

“La institución de heredero, el legado, la donación y el señalamiento o asignación en concepto de legítima o imputable a ella no privarán de su cualidad de legitimario a los favorecidos.”...

“Si lo recibido por dichos conceptos fuese inferior a la legítima correspondiente, podrá el legitimario exigir el suplemento, excepto si después de deferida aquélla, se hubiese dado por completamente pagado de su legítima o hubiese renunciado expresamente a su derecho al suplemento.”

Notemos que la expresión “*Si lo recibido*” es condicionante y, en su virtud, mientras no se haya recibido lo atribuido por el causante para satisfacerla, sigue viva la acción para reclamar la legítima íntegra aunque concretada a exigirla precisamente mediante lo atribuido más lo que faltare hasta completar toda la *pars valoris bonorum* debida.

Por consiguiente, no vemos antinomia real alguna entre el artículo 140 § 2.º Comp. y el art. 15 L. H. El § 2.º del apartado *a* de éste, prevé que la mención legitimaria *quedaré sin efecto* si el legitimario “hubiese aceptado bienes determinados o cantidad cierta en pago de su legítima”, y que producirán los efectos de los números 2.º y 3.º de la letra *b* si él mismo sin recibirla hubiera aceptado la determinación o fijación de la cantidad cierta a que monte, o “concretado su garantía en uno o más bienes inmuebles de la herencia”. Es decir, la ineficacia o la concreción de la mención en el Registro dependen también de un acto propio del legitimario: la primera de la percepción de lo atribuido, y la segunda, de la aceptación por él de la fijación o concreción establecidas.

Recibida una insuficiente atribución, la escritura que acredite la entrega bastará, pues, para cancelar la mención del art. 15 L. H.; y, entonces, el legitimario para garantizarse la obtención del suplemento sólo dispondrá, conforme al § 3.º del art. 140 Comp., de la posibilidad de anotar preventivamente la demanda que lo reclame.

Creemos, también, que resulta claro que el derecho a reclamar el suplemento se adquiere *ipso iure*, según se deduce del art. 258 § 3.º Comp. Cat.; pero que su contenido es preciso reclamarlo y obtenerlo en las formas previstas por sus arts. 137, 142 y 143

II. LA INEFICACIA DE LOS GRAVAMENES "AD TEMPUS" E. "IN QUALITATE"

A) DERECHO ROMANO Y COMÚN.

19. Si las leyes *Omnimodo* y *Scimus* del Codex (III-XXVIII, 30., y 36) han constituido, fundamentalmente, la base de la ulterior regulación del complemento de la legítima disminuida *in quantitate* por el causante, la ley del mismo título *Quoniam in prioribus*, 32, ha sido la base de la regla que considera como no puestos los gravámenes *ad tempus* e *in qualitate* de la legítima.

Esta ley, que recoge una Constitución dada por el Emperador Justiniano en Constantinopla el 1 de las Calendas de Abril del año 529, después de referir cómo en leyes anteriores se había dispuesto que no hubiera lugar a la *querella inofficiosi testamenti*, sino al complemento de la legítima, para que "ne occasione minoris quantitatis testamentum rescindatur", declara que "hoc in praesenti addendum esse censemus, ut, si conditionibus quibusdam vel dilationibus aut aliqua dispositione, moram vel modum vel aliquid gravamen introducente, eorum iura, qui ad memoratam actionem vocabuntur, inminuta esse videantur, ipsa conditio vel dilatio vel alia dispositio, moram vel quodcumque onus introducens, tollatur, et ita res procedat, quasi nihil eorum testamento additum esset". Es decir, ordenó la supresión ("tollatur") de la condición, plazo o disposición que cause demora o cualquier gravamen sobre la legítima, y que se procediera como si nada de ello se hubiese añadido al testamento ("quasi nihil eorum testamento additum esset").

Rodrigo Suárez (129) señaló la diferencia que mediaba entre la remoción de los gravámenes *in quantitate* y de los *in qualitate*. Para remediar un gravamen en el *quantum*, pese a las palabras de la ley *Scimus*, era necesaria la reclamación del legitimario pues: "in effectu impossibile est supplementum nisi petatur". En cambio, para remover los gravámenes en el *quale*, conforme la ley *Quoniam in prioribus*, no era necesaria reclamación alguna por parte del legitimario, pues toda condición, dilación o prohibición de enajenar "ex se removetur", por lo cual "ad illud tollendum non est necesse facere aliquam actum facti" y "non habet necesse filius aliquid petere", "et filius absque aliquo actu consequitur effectum remotionis". La diferencia, con respecto al caso de no haber recibido el legitimario el *quantum* debido, ofrecida para el supuesto de habersele impuesto algún gravamen en el *quale*, radica en el hecho de que: "ipse sit possessor, cui contrarium est in petitione supplementi".

Sin embargo, pese a esta regla general, los autores de Derecho común discutieron abundantemente los numerosos supuestos.

(129) RODRIGO SUÁREZ, "Repetit", cit., *Ampliat.* X, n. 8, ed. cit., p. 413.

concretos relacionados con esta disposición así como con el § *Cum autem* de la ley *Scimus* (Cod. h.t., 36, § 1).

De ello nos hemos ocupado detenidamente en otro lugar (130). Aquí nos limitaremos a ofrecer una breve síntesis, para la cual distinguiremos los principales supuestos.

1.º *Asignación de un contenido inadecuado para satisfacción de la legítima.*

20. Este contenido no podía consistir (131): en una *res deteriori*, en metálico no hereditario, en una cosa ajena, en una nuda propiedad, en un usufructo u otro derecho desgajado de alguna cosa, de varias o de todas las integrantes del caudal relicto.

La regla, en estos casos, consistió en tener por no puesta la asignación inadecuada; por lo cual, el legitimario podía reclamar su legítima en bienes adecuados de la herencia, sin perjuicio de poder contentarse con la atribución testamentaria. Es decir, se le reconoció una opción entre una u otra posibilidad. Sin embargo, con respecto a la asignación de un usufructo también fue propuesta otra solución, tomada de lo dispuesto en el § *Cum autem*, de la ley *Scimus*, para los supuestos de gravarse la legítima con una sustitución fideicomisaria y, viceversa, de atribuirse un fideicomiso en satisfacción de legítima.

Lo cierto es que el criterio de permitir al legitimario optar entre entender por no puesta la determinación del objeto inhábil para satisfacer la legítima, conforme al criterio de la ley *Quoniam in prioribus*, o bien por aceptar la atribución dispuesta por el testador, la vemos sostenida por importantes sectores de los autores, en los siguientes supuestos:

a) *Disposición ordenando el pago en metálico de la legítima.*

En este caso, el criterio expresado tenía, además, el refuerzo del texto de Papiniano, recogido en el Digesto y conocido por ley *Si libertus* del título *De bonis libertorum* (XXXVIII-II, 41), que concedía opción al patrono legitimario para elegir entre recibir el legado en dinero y manumitir al esclavo o bien no aceptar aquél ni manumitir a éste y exigir la legítima. Para la legítima de los hijos la opción enunciada fue sostenida por Guilielmus y seguida por Baldo, Bartolo, Paulo de Castro, Jasón, etc. (132) y, entre los autores castellanos, por Rodrigo Suárez (133), que consideró común esta opinión,

(130) "Cautelas de opción compensatoria de la legítima", I, vol. cit., pp. 434 y ss., o en la versión más abreviada "Perspectiva histórica de las cautelas testamentarias de opción compensatoria de la legítima", V, en *A.D.C.*, XVI-II, abril-junio 1963, pp. 295 y ss.

(131) Cfr. nuestro trabajo, "Contenido cualitativo de las legítimas...", II, 4, en *A.D.C.*, XIII-I, pp. 26 y ss.

(132) Cfr. nuestro estudio "Cautelas de opción...", I, A, b, vol. cit., pp. 444 y s.

(133) RODRIGO SUÁREZ, op. cit., ampl. XI, nn. 1 a 4, pp. 441 y ss.

y Pedro de Peralta (134) quien dictaminó: “quod filius cui pater in testamento relinquit quantitatem pecuniae pro sua legitima, potest eam spernere, et petere ubi assignari legitimam in rebus hereditariis in hereditate patris repertis”.

b) *Disposición de cosa ajena en pago de su legítima.*

Baldo (135) aplicó a este caso la misma solución de conceder una opción al legitimario, consecuente con el anterior criterio que entre los castellanos siguió también Rodrigo Suárez (136).

c) *Disposición ordenando el pago de la legítima en nuda propiedad, es decir, con el gravamen de un usufructo.*

21. Este supuesto fue de los más debatidos por los autores de Derecho común. Discutióse si la ley *Uxori meae* (Dig. XXXIII-II, 37), aplicada con el criterio de la ley *Omnium* del título *De usufructu* (Dig. VII-I, 29 [36]), de estimar el usufructo capitalizándolo, había sido o no derogada por la ley *Quoniam in prioribus*, por la Constitución de Justiniano del año 536, *De triente et semisse*, cap. *Prohibemus* (Nov. XVIII, cap. III), y su extracto de la *Authentica novissima*. Frente a la opinión de Dyno, de Angelo degli Ubaldi, con su *cautela Angeli*, y de Caepolla, predominó el criterio derogatorio sostenido por Accursio, Alberico, Bartolo, Baldo, Paulo de Castro, Jasón, Decio, Voet, Merlino, Richeri, en virtud de la cual el usufructo debía ser reducido para que la legítima se recibiera en plena propiedad (137). Pero, en el siglo XVI se inició una posición intermedia, que ha predominado en los Códigos modernos, que fue defendida por Marcus Antonius Cuccus (138) y por Charles Dumoulin (139), de conferir opción al heredero entre soportar el usufructo o entregar al usufructuario la plena propiedad de la parte de libre disposición.

Entre los autores castellanos:

— La inmensa mayoría (Díez de Montalvo, Segura, Peralta, Cifuentes, Rodrigo Suárez, Antonio Gómez, Quesada, Spino, Azevedo,

(134) PETRUS DE PERALTA, “Praellectiones...”, 1. 3, *Qui fideicommissum, ff. de heredibus instituendis*, n. 60, en “Relaciones Praecellentis”, en *Opera Iuridica*, vol. II, ed. Salmanticae 1563, fol. 193, col. 2.^o.

(135) BALDO DE UBALDIS, “Commentaria in Sextum Codicis Libris”, Tit. *De legatis*, lex *Cum rem alienam* (VI-XXXVII, 10), cfr. ed. Lugduni 1535, f. 138 vto.

(136) RODRIGO SUÁREZ, op. cit., Ampl. XI, n. 6, p. 443.

(137) Cfr. nuestros estudios “Cautelas de opción...”, I, D, b, loc. cit., pp. 485 y ss.; “La opción legal del legitimario cuando el testador ha dispuesto un usufructo o una renta vitalicia que sobrepase la porción disponible”, en *A.D.C.*, XV-III, julio-septiembre, 1962, pp. 589 y ss., y “¿Cabe aplazar el goce de la legítima? ¿Qué eficacia tiene tal disposición?”, en *Rev. Notarial*, nn. 755-756, Buenos Aires, julio-octubre 1964, pp. 944 y ss.

(138) MARCUS ANTONIUS CUCCUS, “Commentarius seu repetitio in Auth. Novissima, C. De Inoffic. Testament. seu Tractatus De Legitima”, cap. “Legitima pleno iure relinquenda”, n. 2; ed. Papiiae 1574, fol. 103.

(139) CAROLUS MELINOEUUS, “Coutumes de la Prévoté et Vicompté de París” de 1510, art. 92.

Valdés) siguieron la común opinión que redujo el gravamen del usufructo a afectar la parte libre.

— Palacios Ruvios (140) y Fernando Gómez Arias (141) siguieron la opinión de no estimar inoficioso el usufructo, ni por tanto reducirlo, sino en el caso de que capitalizado de acuerdo con la ley *Hereditarium* excediese del valor del quinto.

— Jerónimo de Cevallos (142), aplicó el criterio de capitalizar el usufructo y de entregar su equivalente en pleno dominio en cuanto éste cupiera en el quinto.

— Ayerve de Ayora (143), en el supuesto de que el usufructo, capitalizado conforme las leyes *Cum Titio* o *Hereditarium* del tít. *Ad legem Falcidiam* del Digesto, no excediese del valor del quinto disponible, estimó que los legitimarios podían optar entre aceptar el gravamen del usufructo o bien liquidarlo y abonar el usufructuario su estimación en bienes o en dinero. Sin embargo, esta solución fue rechazada por otros autores (144) salvo si hubiese sido expresamente propuesta por el testador.

d) *Disposición de un usufructo en satisfacción de la legítima.*

22. Creemos que la aplicación de la ley *Quoniam in prioribus* podía enfocarse desde dos puntos de perspectiva.

Uno, estimar que el usufructo constituía una determinación inadecuada y conceder, por consiguiente, al legitimario una opción entre aceptar el usufructo en satisfacción de su derecho, sin perjuicio de reclamar en plena propiedad el complemento de lo que capitalizado faltare a aquél para cubrir la legítima, o bien reclamar toda su legítima en bienes de la herencia en pleno dominio. Este criterio es el que sigue el art. 810 del vigente *Codice civile* italiano.

Otro, considerar que la atribución en usufructo de cuya nuda propiedad se priva al legitimario, es una *pars domini* que debe ser

(140) JUAN LÓPEZ DE VIVERO o de PALACIOS RUVIOS, "Repetitio rubricae et capituli *Per vestras* de donationibus inter virum et dixorem", Rubr. § 25, n. 4 (cfr. ed. Lyon 1537, fol. 22 vto.).

(141) FERNANDO GÓMEZ-ARIAS DE TALAVERA, "Subtilissima nec non valde utilis glosa ad famosissimas, subtiles, necessarias ac quotidianas leges: Tauri", ley XLVIII-17, ed. Complutensis 1542, fol. 234.

(142) JERÓNIMO DE CEVALLOS, "Speculum practicarum et variarum quaestionum communium contra communes", Quaest. 68, n. 2, ed. Toledo 1599, p. 146.

(143) AYERVE DE AYORA, "Tractatus de Partitionibus bonorum communium inter maritum et uxorem et filium ac heredes eorum", Pers II, Quaest. XXI, nn. 60 y ss.; cfr. ed. Granada 1586, fol. 96 vto.

(144) Cfr. JUAN GUTIÉRREZ, "Practicarum Quaestionum Civilium", lib. V, Quaest. XVIII, nn. 1 y ss., cfr. ed. novissima Lugduni 1730, vol. II, pp. 46 y ss.; JUAN AYLLÓN LAINEZ, "Add... ad Varios resolutiones Antonii Gomecii", ad lib. I, cap. XI, n. 26, vers *Sed his non obstantibus*, ed. Venecia 1747, p. 71; PEDRO SANZ MORQUECHO, "Tractatus de bonorum divisione", lib. IV, cap. 11, n. 56, ed. Madrid 1601, p. 437; JUAN DEL CASTILLO SOTOMAYOR, "Quotidianarum controversiarum Iuris", lib. I, *De usufructu*, cap. XLV, n. 11, ed. Lugduni 1667, vol. I, p. 176; GASPARD RODRÍGUEZ, "Tractatus de annuis et menstribus", lib. I, Quaest. V, n. 23, ed. Medina del Campo 1604, fol. 23 vto.

complementada con su nuda propiedad hasta el montante de la legítima, sin perjuicio de que el mismo legitimario conserve el usufructo que recaiga sobre la parte de libre disposición. Este fue el criterio de Petrus de Ancharano (145): “quod ususfructus debet intelligi coniunctus eum dominium et proprietate rerum in quibus reparitur relictus usque ad legitimam”, por lo cual “usque ad legitimam dictum onus... reiicitur a iure”, mientras “ultra legitimam lex non supplet et modificavit voluntatem patris sicut facit intra ad legitimam”.

Combinando ambos puntos de vista, Jasón (146) propuso, como solución, que el legitimario podía optar entre aceptar el usufructo, sin perjuicio de reclamar su complemento en propiedad si su capitalización no alcanzaba el valor de la legítima, o bien reclamar su legítima en plena propiedad sin perjuicio de recibir el resto en usufructo si el testador se lo hubiese extendido a la parte disponible.

2.º Imposición de una condición afectante a la legítima.

23. La cuestión básica discutida por los autores de Derecho común se concretó en determinar si el *ius vetus* (147), que permitía instituir bajo *condición potestativa* al hijo en potestad, o *suus heres*, y, en cambio, decretaba la nulidad del testamento en que se le instituyese bajo *condición causal o mixta*, había sido o no derogado por la ley *Quoniam in prioribus*, que ordenó que la condición se tuviese por no puesta: “*inminuta esse videantur, ipsa conditio*”..., “*et ita res procedat, quasi nihil eorum testamento additum esset*”.

De ella dimanaban las cuestiones concretas que vamos a bosquejar.

a) Para la *condición causal mixta*, siguiendo la opinión de Accursio, de la que discreparon Cyno de Pistoia y Baldo entre otros autores, impuso Bartolo la opinión derogatoria del *ius vetus* por la ley *Quoniam in prioribus*, que pasó a ser opinión común (148).

La ley 11, tit. IV de la 6.ª Partida, en su disposición final, dijo que “...mas ninguna de las otras condiciones [las que no son «en poder del fijo de la cumplir»] assi como las que acaescieren por aventura, o las que son mezcladas según diximos en las leyes ante

(145) PETRUS DE ANCHARANO, “Consilia sive responsa”, Consil. CXXVIII, nn. 2 y 3, cfr. ed. 1532, fol. 48.

(146) JASON DEL MAYNO, Mediolanensis, “In primam Codicis Partem Commentaria”, Tit. *De inoffic. testam.*, *Authent. Novissima*, n. 45, cfr. ed. Augustae Taurinorum 1576, fol. 140.

(147) Ese *ius vetus* en la materia que examinamos, la concretaban fundamentalmente los autores en los siguientes textos: 1. *Suis quoque*, ff. *De hereditibus instituendis* (Dig. XXIII-I, 4), 1. final ff. *De conditionibus instit.* (Dig. XXVIII-VII, 28); 1. *filius a patre*, al principio (ff. *De libre et posthu* (Dig. XXVIII-II, 28, pr.), 1. *Lucius Tititus*, ff. *De conditionibus, et demonstr.* (Dig. XXXV-I, 83 [81]); 1. *Libertinus*, ff. *De bonis libertorum* (Dig. XXXVIII-II, 20, § 4) y 1. *Si pater*, C. *De instit. vel. substit. seu restit. sub condit.* (Cod. VI-XXV, 4).

(148) Cfr. nuestro estudio “Cautelas de opción...”, I, B, a, loc. cit., pp. 458 y ss.

desta, non las puede poner. E si las pone, non empecen al fijo heredero, maguer non cumplan".

Notemos que las Partidas fueron anteriores a Bartolo, y que la solución transcrita, duramente criticada por Rodrigo Suárez (149), que la calificó de *terribilis*, y defendida por Gregorio López (150) y Vázquez de Menchaca (151), fue intermedia entre las dos posiciones extremas de los autores de Derecho común, como indicaron el Doctor Molina Morales (152) y Castillo Sotomayor (153).

El Derecho antiguo anulaba la institución; el nuevo (I. *Quoniam*) tenía por no puesta la condición sólo en cuanto a la legítima; y la ley de Partidas, la tenía por no puesta en toda la institución, pues "*Nom enim potest institutio scindi*".

Sin embargo, al permitir la ley 27 de Toro que se impusieran gravámenes a la mejora siempre que fuesen dispuestos a favor de descendientes legítimos, pudo lograrse que la condición causal y mixta afectare a la mejora y a la parte de libre disposición, atribuyéndolos como prelegados separadamente de la legítima, e imponiendo la condición separadamente sobre aquéllos (154).

b) La *condición potestativa*, válida en el *ius vetus* para el *suus heres*, se entendió también por no puesta conforme la ley *Quoniam in prioribus*. Pero se suscitó el problema de si ocurría así con la potestativa *facilis*, "*quae nimis non gravat*", y con la *si voluerit* o *facillima*.

La ley 11, tít. IV y de la 6.^a Partida, al principio de su segundo apartado, decía: "*Pero si el padre quisiere establecer su fijo por heredero en más de una parte legítima, en aquello que le dexa de mas, bien puede el padre poner aquella condición que es en poder del fijo de la cumplir*".

Gregorio López (155), basándose en las últimas palabras de este inciso, entendió: "Por ahí se ve que se desecha toda condición potestativa que grava la legítima, aunque dicha condición sea de fácil cumplimiento; al paso que subsiste respecto de la parte en que la disposición excede de la legítima. Es consiguiente que también se desecha la condición *si quisiere*, cuando pesare sobre dicha parte".

Esta había sido la común opinión de los autores, encabezados por

(149) RODRIGO SUÁREZ, op. cit., Ampl. prima, Additio, p. 382.

(150) GREGORIO LÓPEZ, gl. 65 al tít. IV, 6.^a P., a las palabras *valdría el testamento* de la ley 11 de dicho título.

(151) VÁZQUEZ DE MENCHACA, "De successione creatione...", § X, nn. 245 y 347, fol. 212 y fol. 226.

(152) DOCTOR LUIS DE MOLINA MORALES, "De primogeniorum Hispanorum origine ac natura", lib. II, cap. I, n. 35; cfr. novae editio Lugduni 1769, pp. 232 y ss.

(153) JUAN DEL CASTILLO SOTOMAYOR, "De conjecturis...", cap. LXIV, en "Quotidianorum Controversiarum Iuris", lib. V; cfr. ed. novae, Calloniae Allobrogum 1752, pp. 44 y ss.

(154) Cfr. GREGORIO LÓPEZ, gl. últ. cit. y los autores que citamos en las notas 138 a 147, de nuestro estudio últ. cit., pp. 464 y s.

(155) GREGORIO LÓPEZ, gl. 64 h. t. a las palabras "que es en su poder" de la ley 11, tít. IV, 6.^a Partida.

Baldo y por Juan de Imola (156), aunque no faltaron las excepciones como lo fueron, en Castilla, Vázquez de Menchaca (157) que admitió la validez incluso en cuanto a la legítima de las condiciones potestativas *facilis* y *facillima* o *si voluerit*, y Antonio Gómez (158), que rechazó la primera y admitió la segunda. De esta última José Vela (159) distinguió la *si non abstinerit* que no consideró condicional y, por tanto, estimó válida la sustitución vulgar para el caso de que el legitimario “heres esse noluerit”.

24. Efectivamente, la sustitución “si heres esse noluerit” no condicionaba la institución, sino la sustitución, haciéndola pender del hecho de que el instituido se abstuviera por la razón que fuera, v. gr., por preferir una atribución distinta en cuanto al título, la calidad o la cantidad, ofrecida “si noluerit” la legítima pura y simple. He ahí el juego lógico de las cautelas de opción compensatoria de la legítima (160).

(156) Cfr. nuestro cit. “Cautelas de opción...”, I, B, b, pp. 462 y s.

(157) VÁZQUEZ DE MENCHACA, op. y pars. cit., lib. I, § X, n. 227 (fol. 207), 243 (fol. 212) y lib. III, § XXX, nn. 119 y 122 (p. 214).

(158) ANTONIO GÓMEZ, “*Variae...*”, lib. I, cap. XII, n. 29 y n. 31, pp. 149 y s.

(159) JOSEPH VELA, “*Dessertationes Iuris Controversi in Hispalensi “Senatu”, Dissert. XI, nn. 41 y 42, cfr. ed. Granada 1638, fol. 93 vto.*”

(160) Al estudio de estas cautelas hemos dedicado nuestros citados trabajos “Cautelas de opción compensatoria de la legítima” y “Perspectiva histórica...” de dichas cautelas. En la introducción del primero (loc. cit., pp. 405 y ss.) y en los epígrafes II y III del segundo (A.D.C. XVI-II, pp. 285 y ss.) hemos expuesto las diversas fórmulas que, desde el siglo XIV, la historia del Derecho nos ofrece con las denominaciones, más o menos ajustadas, de cautela *Socini*, cautela *Angeli*, cautela *Durantis* o *Gualdensis*, cautela *Cumani*, *casus Decii*. Como resumen esquemático podemos indicar que:

En el siglo XIV: *Angelo degli Ubaldis* al comentar la ley *Quotiens* del tít. *De fideicommissis*, del *Codex* (VII-XLII, 11) relató que en Perusa era costumbre, practicada por los padres acaudalados de hijos disolutos, disponer que si éstos incumplieren su prohibición de enajenar bienes inmuebles antes de cumplir determinada edad, éstos se adjudicarían a iglesias u hospitales dichos bienes. En cambio, la llamada *cautela Angeli*, referida en sus comentarios al § *Prohibemus* de la *Authentica de Triente et Semisse*, era algo muy distinto, pues trataba de compensar, sin opción para el legitimario, ni darle alternativa alguna, sino imponiéndole la compensación, el mayor *quantum* de la nuda propiedad de la parte de libre disposición con el menor *quale* de la legítima gravada con el usufructo universal, generalmente del viudo. De su hermano Baldo también conocemos dos textos que admiten sendas cautelas del tipo que examinamos: Al comentar la ley única Cod. VI-XLI admitió la validez de la disposición dirigida al heredero: “non molestare uxorem in quodam legato, et si molestaverit privavit eum hereditate”, que referida a un heredero forzoso (cuestión que allí no plantea) sólo podría referirse a la parte de libre disposición. Y al comentar la ley I, Cod. X-I, admite la revocación del legado prevista para el supuesto de que el legitimario rechazare una condición o restitución respecto de su legítima.

En el siglo XV, CUMANO y PAULO DE CASTRO aceptaron una cautela igual a la Perusiana referida por ANGELO, y además hallamos las cautelas de *Cumani* y de *Ruini*.

RAPHAEL DE RAYMUNDIS, conocido por CUMANUS o COMENSEN, en sus *Consilia* XXV, LII y en su comentario al § *Cum filio* de la ley *Coheredi* (Dig. XXVIII-VI, 1), a través de la cláusula *omni meliori modo*, presupuso que al

Sin embargo, estas opciones han sido objeto de diversas objeciones, algunas muchas veces repetidas con olvido de su anterior refutación. Los principales argumentos aducidos en contra de su admisión (161) pueden sintetizarse en los siguientes:

hijo instituido heredero universal con prohibición de detraer legítima y trelbiánica, se le ponía en la alternativa, en virtud de aquella cláusula, de aceptar esa disposición o devolver al fideicomisario no sólo la parte libremente disponible, sino los frutos percibidos por éste hasta un importe igual al de su legítima.

CAROLUS RUINOS, que rechazó la validez de esta cautela Cumani, aceptó en cambio que pudiera condicionarse una atribución futura a la aceptación de un gravamen.

El siglo XVI es el siglo en el cual hallamos más fórmulas del tipo que examinamos admitidas por los autores. Sistematizando, podemos clasificar así las fórmulas:

Cautelas que imponían la *privación de la parte de libre disposición* en caso de incumplimiento de una prohibición de disponer referida a la legítima —como en la vieja cautela Perusina— que vemos aceptada por OPIZON, ALCIATO, CEPHALUS, SOCINO IUNIOR, SURDUS, etc.

Cautela *Durantis* o *Gualdensis*, de *institución en mayor porción* con gravamen fideicomisario, que es la XXXI del *Arte testandi* de Jo Guilielmus Durantes el Gualdense, que brindaba la alternativa entre la institución de toda la herencia con gravamen de fideicomiso universal o sólo la institución de la legítima estricta pero pura y sin gravamen.

La fórmula de *legado en lugar de la legítima*, que vemos puesta en el testamento del noble florentino Nicolaus Antenoreus, quien legó a su hijo Juan Bautista varios bienes largamente superiores a su legítima, pero gravándole con fideicomiso "*si sine liberis masculis decederit*" a favor de sus hermanos supérstites, añadiendo que, en cualquier caso, si su hijo Juan Bautista no estuviere conforme con esta disposición se entendería privado de dicho legado e instituido tan sólo en su rata porción legítima. Fórmula respecto de la cual dictaminaron favorablemente Felipe Decio, Mariano Socino el joven (de ahí el nombre de cautela *Socini*), Francischinus Curtius iunior y Petrus Paulus Parisius iunior.

La fórmula del *prelegado* para caso de aceptar el gravamen puesto a la institución de la legítima, aceptada por MENOCHIO, MANTICA, PEREGRINO, FUSARIO, BARBOSA y otros.

La opción propuesta al heredero, conforme la solución de CHARLES DUMOULIN o CAROLUS MOLINEUS, entre soportar el gravamen de usufructo en sus *propres* o entregar la parte disponible al beneficiario del gravamen.

La opción impuesta al hijo instituido heredero universal o mejorado con tercio y quinto, entre admitir el mayorazgo impuesto por el testador o contentarse con la atribución de la legítima estricta pero pura y sin gravamen ni limitación alguna, aceptada como válida por los juristas castellanos RODRIGO SUÁREZ —que expuso esta opinión antes de publicarse en Italia el dictamen de SOCINO—, COVARRUVIAS, GASPAS BAEZA, los dos LUISES DE MOLINA, el doctor y el jesuita, PELÁEZ DE MIERES, JUAN GUTIÉRREZ, DEL CASTILLO SOTOMAYOR.

La fórmula testamentaria expresa de ofrecer la elección entre la institución universal gravada con usufructo universal o sólo la legítima en pleno dominio la vemos admitida implícitamente por PEDRO DE PERALTA y explícitamente por VOET, JUAN GUTIERREZ, SANZ MORQUECHO, JUAN DEL CASTILLO DE SOTOMAYOR.

Esta última opción continuaba siendo expresamente admitida en el siglo XVII, por MERLINO, GASPAS RODRÍGUEZ, JEAN MARIE RICARD, RENUSSON y, más modernamente, por LEBRUN, FEBRERO, RICHERI y otros.

(161) Cfr. nuestros estudios "Cautelas de opción...", II, loc. cit., pp. 547 y ss. y "Perspectiva histórica...", VI, loc. cit., pp. 304 y ss.

α) Apoyándose en la *Scimus*, § *Cum autem*, Cod. III-XXVIII, 36, § 1, en el siglo XVI, *Hippolitus Rimynaldus* y, con parecido razonamiento, pocos años después, Simón de Praetis, estimaron que al tenerse por no puesto el gravamen sobre la legítima sólo el exceso podía estimarse válidamente gravado.

Pero, como replicaron, v. gr., Gaspar Baeza y Juan Gutiérrez, dicho § *Cum autem* se refería al supuesto de dejarse al hijo algo *ultra legitimam* sin condicionarlo a la aceptación del gravamen sobre la legítima y no al de exigirse que el legitimario hiciese algo para conseguir la atribución del exceso.

β) La validez de la condición puesta pugnaba con el brocardo “quod non valet per modum dispositionem, non valet etiam per modum condicionem”, que opusieron Ruinus y Rimynaldus a la cautela *Cumani*, pero no a otras que admitieron expresamente.

Pero la réplica no era difícil, pues como, a principios del siglo XVII, razonó Jo. Franciscus Andreolus (162), si el testador podía no instituir al hijo en el residuo, tanto más había de poder instituirle bajo condición, “quia plus est non facere, quam facere cum qualitate”.

γ) También se argüía que el legitimario al aceptar una limitación de sus derechos a la legítima podía llegar a perjudicar a sus descendientes o, en su caso, a sus ascendientes.

Objeción atajada por Palacios Ruvios, en el § 47 de su comentario a la *rúbrica* del capítulo *Per vestras*: “Puede el hijo repudiar y no por eso se dice que disminuya su patrimonio, sino que no quiere adquirir”: “tanto más, pues, ha de poder consentir la carga impuesta a su legítima; ni podrán los hijos suyos conseguir lo que él renuncie o condone, derecho o lucro; *quod sperat futurum*”. Peláez de Mieres precisó como requisitos que la renuncia debía hacerse *cessante fraude* y *quando ius non est iam acquisitum*.

δ) En el texto de Scaevola, recogido en el Digesto XXXV-II, 27, y conocido por ley *Seius et Agerius* o *Augerius*, fue utilizada contra la cautela *Cumani*, también por Ruino y Riminaldo junior, en virtud de cuya ley se estimó por no puesta, al haberse impuesto por causa de fraude, la condición de renunciar a la cuarta Falcidia, contentándose con recibir una suma en dinero, impuesta a la institución de herederos. Así, se dispuso que Seyo y Agerio se entenderían por lo instituido, sin estar sujetos a cumplir condición alguna. A esta alegación opuso Marcus Antonius Cucchus que en el supuesto de esta ley se pretendía imponer al heredero la elección entre recibir menos de lo que en virtud de la Falcidia le correspondería, o bien ser privado totalmente de la herencia, supuesto en el cual “*apparet manifeste fraus*”, mientras que en la cautela de opción contemplada, se ofrecía todo lo debido por legítima o bien una porción mayor pero afecta a un gravamen, por lo cual “*non nocebit hoc filium, nec per obliquum legitima oneri subiecta cencebitur*”. Por eso, observó Cucchus que no puede calificarse de fraude a la legítima lo que no la

(162) JO FRANCISCUS ANDREOLUS, “*Controversiarum Forensium*”, Pars III, contr. CCL, n. 98, cfr. ed. Venecia 1662, p. 102.

lesiona, y que cuanto sobrepase de la legítima puede el padre incluso echarlo al mar o dejarlo a quien quiera.

Al argumento de que no es lícito hacer por modo indirecto lo que no puede hacerse por modo directo, Andreolus le dio la vuelta, diciendo que si es lícito instituir al hijo sólo en su legítima y disponer libremente del residuo, tanto más ha de poder hacerse indirectamente esto mismo que directamente puede ordenarse: “Ni puede decirse impedido —añadió— quien puede remover el impedimento, ni gravado quien puede remover el gravamen, como el hijo que puede elegir su legítima pura e intacta”.

c) Las condiciones *dandi vel faciendi* se consideraron gravámenes *in quantitate* y no *in qualitate* (163). Por ello, algún autor entendió que debían cumplirse sin perjuicio de poderse reclamar el complemento con otros bienes de la herencia, conforme la ley *Omnimodo*, de la cuantía en que aquéllos afectaren a la legítima (164). Pero no faltó quien se inclinara por estimarlas no puestas en cuanto disminuyeren la legítima (165).

d) *La invalidez de las condiciones puestas para favorecer al legítimo a quien afectaban* fue discutida.

La Constitución de Diocleciano y Maximino dada en Antioquía el 4 de las nonas de julio del 301, recogida en el Código de Justiniano, III-XXVIII, 25 y conocida por ley *Filius, matrem*, había reconocido que estaba declarado por el derecho que una madre, que sospecha malas costumbres de su marido, puede mirar por sus hijos de manera que los instituya herederos con la condición de que fueran emancipados por el padre.

Pero los autores plantearon si esta disposición había sido derogada por la ley *Quoniam in prioribus*, que es posterior. La vigencia de aquélla fue sostenida por la glosa ordinaria, Jacobo de Bellvisio, Angelo de Perusa, Baldo, Jacobo Butrigarius, Salyceto, etc.; y su derogación, por Bartolo, Jasón, Paulo de Castro, Fulgoso, Alejandro de Imola, etc. Esta última opinión fue sostenida por algunos de los autores castellanos (166). Pero no faltaron quienes defendieron lo contrario, como Rodrigo Suárez (167), basándose: 1.º En que la

(163) Así, RODRIGO SUÁREZ, op. cit., Ampl. 10, n. 48, p. 428.

(164) VÁZQUEZ DE MENCHACA, op. y pars cits., § XXX, n. 122, p. 214.

(165) Cfr. ANDREA ANGULO, “Commentaria ad leges regias meliorationum”, ley II, glos. 3, n. 4, cfr. ed. Madriti 1585, fol. 214.

(166) Cfr. en este sentido ANTONIO GÓMEZ, “Upus... super legibus Tauri”, lex XLVIII, n. 11, fol. 242, y “Variae...”, lib. I, cap. XI, n. 27, vers “Sed his non obstantibus”, p. 148; MATIENZO, op. cit., lib. V, tít. I, lex 9, gl. 2, n. 14, fol. 39. Con otras razones, JACOBO VALDES, Add. a la Limit. I de RODRIGO SUÁREZ, A, pp. 467 y s.

(167) RODRIGO SUÁREZ, op. cit., *Limitatio* I, n. 1; p. 457. Siguieron esta opinión VÁZQUEZ DE MENCHACA, “De successione creatione”, lib. I, § X, n. 406, p. 215; JUAN DEL CASTILLO SOTOMAYOR, “De coniecturis et interpretatione ultimarum voluntatum”, cap. LXIV, n. 16, en “Quotidianarum Controversiarum Iuris”, lib. V; cfr. ed. Coloniae Allobrogum 1752, vol. V, p. 39; JUAN YAÑEZ PARLADORIO, “Quotidianarum differentiarum Sesqui-centuria”, Diff. CXXIII, nn. 10 y ss., cfr. ed. Coloniae Allobrogum 1761, pp. 359 y s.:

ley *Quoniam* dice que se tienen por no puestas cargas y gravámenes, pero si la condición es puesta a favor y beneficio del hijo no puede estimarse como gravamen. 2.º Y que la ley *Quoniam in prioribus* fue dictada para los supuestos en que se daba la *querella* y ésta no podía ejercitarse en el derecho anterior en el supuesto contemplado por la ley *Filiis matrem*.

e) La posibilidad de imponer la compensación de la condición que afecta a la legítima con la atribución de un mayor *quantum* fue discutida por los autores (168), siendo también común la opinión negativa entre los autores castellanos (169). Tampoco se estimó legalmente impuesta al legitimario una opción para elegir entre la mayor atribución con la condición expectante a la legítima o ésta pura y simple, sino en el caso de haber sido establecida expresamente en el testamento (170).

3.º *Imposición de una prohibición de disponer o de partir o la sumisión a determinado modo de utilización o explotación de los bienes.*

25. La ley *Quoniam in prioribus* ordenó que en cuanto menoscabe los derechos legitimarios se supriman, entre otras limitaciones, "modum vel aliud gravamen". Sin embargo, la cuestión no resultó tan simple contemplada en concreto, especialmente cuando la limitación se hubiese puesto en beneficio del mismo hijo.

Hemos visto especialmente estudiadas las prohibiciones de enajenar, de dividir los bienes y la impuesta por la madre o ascendientes maternos de que el padre administre los bienes dejados por los hijos con cargo a su legítima.

a) La *prohibición* impuesta a un hijo de enajenar los bienes integrantes de su legítima se hizo girar: en torno a si era puesta o no en beneficio o utilidad del hijo, y que según fuera perpetua o limitada hasta cierto tiempo o edad del hijo.

En contra de su eficacia opinó Aretino (171) y también Antonio Gómez (172) quien estimó que, al requerirse autorización judicial

JUAN AYLLON LAINEZ, Add. a las *Variae* de ANTONIO GÓMEZ, lib. I, cap. XI, n. 27, p. 71.

(168) JUAN DE IMOLA al comentar la ley XXVIII-VII, 28 del Digesto estimó que correspondía a las leyes *Cum ex filio*, Dig. XXVIII-VI, 3 y *Si pater puellae*, Cod. III-XXVIII, 12, negando que hubieran sido derogadas por las *Omnimodo* y *Quoniam in prioribus*, lo rechazó, pero si las consideró derogadas por la *Scimus* § *Cum autem*. PAULO DE CASTRO al comentar la misma ley 28 Dig. h. t. estimó derogadas las leyes *Cum ex filio* y *Si pater puellae*, citadas, por la *Quoniam in prioribus*.

(169) Así, RODRIGO SUÁREZ, op. cit., Ampl. VI, nn. 1 y ss., pp. 392 y ss. y VÁZQUEZ DE MENCHACA, op., pars y lib. cit., § X, n. 244, fol. 212.

(170) Cfr. "Cautelas de opción...", III, C, pp. 652 y ss. y "Perspectiva histórica de...", VIII, C, pp. 329 y ss.

(171) FRANCISCO DE ACOLITIS, ARETINUS, "Consilia seu responsa", Consil. XVIII, nn. 4, 5 y 6 (fols. 25 vto. y 26) y Consil. XIX, nn. 3, 6, 7, 8, 9 y 10, fol. 26 vto. y 27.

(172) ANTONIO GÓMEZ, "Variae...", cap. cit., n. 27, vers *Ex quo notabiliter infero contra Doctores Pala. Rub.*, p. 148. También rechazó esta posibi-

para enajenar inmuebles de menores de edad, la prohibición impuesta al padre de éstos excluiría la posibilidad de enajenar ni aun con autorización judicial, por lo cual significaría gravamen y perjuicio para el hijo.

En cambio, Palacios Ruvios (173) y Diego Castillo (174) entendieron válida la prohibición impuesta hasta que el hijo cumpliera la mayor edad o tratándose de un hijo dilapidador o poco apto para regir los bienes. Y, también, Rodrigo Suárez (175), quien señaló que tal prohibición sólo podía admitirse "*in commundum filii*" y que, por consiguiente, si cesare dicha conveniencia y resultase de evidente utilidad la enajenación: cesaría la eficacia de dicha prohibición.

b) La *imposición* a los legitimarios de que *continúen en la comunidad hereditaria*, chocaba con el texto del Codex III-XXXVII, 5. No obstante lo cual, Boerio (176) aceptó su validez en caso de que la impusieran los padres temporalmente, pero no si la hubiesen ordenado a perpetuidad.

c) La *prohibición de que el padre usufructúe* los bienes correspondientes a sus hijos por legítima de la madre o de los abuelos maternos, que fue rechazada por Luis de Molina S. I. (177), es paralela a la discutida condición de igual contenido que antes hemos examinado.

4.º *Aplazamiento del goce de la legítima por su atribución mediante un fideicomiso.*

26. La posibilidad de atribuir la legítima mediante un fideicomiso universal fue especialmente contemplada en una Constitución de Justiniano del año 531, conocida por ley *Scimus*, en su § *Cum autem*, Cod. III-XXVIII, 36, § 1.º, en ella, el Emperador, después de recordar que en su anterior Constitución [1. *Quoniam in prioribus*, 32 h.t.] dispuso que se debía suprimir toda dilación y toda demora en la percepción de la legítima, precisó: "*Así, pues, mandamos que la restitución de la cuarta parte se haga desde luego, sin esperar a la muerte del heredero, ni a intervalo de tiempo y que lo demás que reste después de la porción legítima se restituya cuando el testador dispuso. De esta manera, pues, tendrá el hijo su porción íntegra y tal cual las leyes y nuestra constitución dispusieron, y el heredero gozará con legítima reducción, de los bienes que el testador le dejó*".

lidad LUIS DE MOLINA, S. I., "De Iustitia Tract. II, Disput. CLXXVIII, n. 11, p. 404.

(173) PALACIOS RUVIOS, "Repetitio...", Rep. capituli, § 3, nn. 3, 4 y 5, fol. 136 vto., col. 2 y fol. 137.

(174) DIDACUS CASTILLO, "Utilis et aurea glossa... super legibus Tauri", ley XXVII, n. 9, cfr. ed. Metynnae Campi 1553, fol. 121.

(185) RODRIGO SUÁREZ, op. cit., limitat. I, n. 7, p. 460. También COVARRUVIAS, In tit. *De Testamentis*..., cap. *Raynutius*, n. 3, Cuarta, vol. cit., p. 102, admitió la validez de la prohibición.

(176) NICOLAUS BOERIO, "Descisiones aureae", Pars prima, Quaest. LXXXVII, nn. 2, 5, 6 y 7; ed. Lugduni 1547, vol. I, p. 240.

(177) LUIS DE MOLINA, S. I., loc. últ. cit.

Paralelamente el hijo instituido *post mortem uxoris* debe entenderse puramente instituido en cuanto a su legítima, sin perjuicio de que quede aplazada la percepción del resto de la herencia (178).

5.º *Imposición de un fideicomiso, vínculo o mayorazgo sobre la legítima.*

27. El gravamen de la legítima por un fideicomiso debía entenderse por no puesto conforme la ley *Quoniam in prioribus*. Esta concluía disponiendo que "...*vel alia dispositio moram vel quodquunque onus introducens, tollatur, et ita res procedat, quasi nihil eorum testamentum additum esset*".

Sin embargo, no dejaron de discutirse algunas cuestiones.

a) El *fideicomiso recíproco*, basándose en las leyes del *Codex*: "*Si pater puellae*" III-XXVIII, 12; II-III, 1; II-IV, 11, y Digesto XXVIII-VI, 39 [37], se afirmó que no podía considerarse dañoso para el hijo, por lo cual Azón (179) aceptó su plena eficacia "quia no magis quamlibet filiorum gravavit quam quilibet providit". Pero Acursio (180) afirmó que la ley *Si pater puellae* había sido derogada por la *Quoniam in prioribus* y por la *Authentica Novissima*.

La común opinión de los autores de Derecho común (181), que en Castilla siguió Rodrigo Suárez (182), se inclinó por esta derogación. Pero no faltaron sustentadores de la contraria solución (183), como los castellanos Palacios Ruvios (184), Vázquez de Menchaca (185), Pedro de Peralta (186) y Antonio Pérez (187).

b) En caso de atribución de mayor *quantum* al legitimario gravado totalmente en el *quale* por el fideicomiso, vínculo o mayorazgo, también fue discutida la solución.

Se afirmó que cabía imponer, o incluso si se presuponía impuesta, la compensación de este gravamen por aquella mayor atribución en el supuesto de haberse establecido aquél al constituir la dote de la hija (188).

(178) En este sentido JOAN MARTI MIRALLES, "Principis del Dret-Successori", Barcelona 1925, 4.ª lectura, 2.ª fórmula, p. 176, o versión en castellano del In. N. Estudios Jurídicos, Madrid 196, pág.

(179) AZÓN o AZZO DEL PORCI, "Aurea Summa", In Tertium librum Codicis", *De inoff. test.*, n. 22, cfr. ed. Lugduni 1550, fol. 48.

(180) Accursius, "Codicis Iustiniani...", lib. III, tít. XXVIII, lex XII, *Si pater puellae*, gl. c, ed. cit., col. 557.

(181) Cfr. nuestras citas en "Cautelas de opción...", I, E, b, α, pp. 515 y s.

(182) RODRIGO SUÁREZ, op. cit., ampl. VI, nn. 4 y s., pp. 493 y s.

(183) Como enumeramos en nuestro trabajo últ. cit., pp. 516 y ss.

(184) PALACIOS RUVIOS, "Repetit... *Per vestras*", *Rubricae*, § 50, Limitat secundo, n. 11, vers. *Ad cuius confirmationem*, fol. 46.

(185) VÁZQUEZ DE MENCHACA, op. y pars. cit., lib. I, § X, n. 250, fol. 215.

(186) PETRUS DE PERALTA, "Commentaria in tit. ff. De legatis secundo", L. *Cum patronus*, n. 24; en *Opera Iuridica*, Salamanca 1563, vol. I, p. 310.

(187) ANTONIO PÉREZ, "Prelecciones in duodecum libros Codicis Iustiniani Imp.", lib. III, tít. XVIII, n. 42, ed. Nápoles 1755, t. I, p. 104.

(188) Así, siguiendo la opinión de DYNÓ, lo entendió PAULO DE CASTRO, en el *Consilium* 78 de sus "Consilia et allegaciones", col. 3, cfr. ed. Vene-

Pero, en los demás supuestos la opinión común (189) rechazó tanto la compensación automática por el mayor *quantum* del gravamen en el *quale*, como la opción forzosa *ex lege* entre aceptarla o contentarse sólo con la legítima pura y simple; y, apoyándose en el § *Cum autem* de la ley *Scimus* se entendió que el legitimario podía retener su legítima libre de la afección fideicomisaria y conservar con este gravamen el remanente. Criterio que vemos ya en un dictamen de Bartolo (190). Rechazándose la necesidad de tener que aceptar la legítima y repudiar la herencia (191) para liberarse del gravamen, sin perjuicio de aceptar la validez de la imposición de dicha opción, y la necesidad de usarla, si expresamente hubiera sido impuesta por el testador (192).

B) CÓDIGO CIVIL.

28. La regla general, en el Código civil, se opone a los gravámenes *in tempore* e *in qualitate* de la legítima, la hallamos en el art. 813, § 2:

“Tampoco podrá imponer sobre ella [el testador] gravamen, ni condición, ni sustitución de ninguna especie, salvo lo dispuesto en cuanto al usufructo del viudo.”

La genealogía de este artículo asciende desde el art. 798 del Anteproyecto 1882-88, con el que literalmente coincide y que se remite al art. 643 del Proyecto de 1851, “sustituido” —dice— por el art. 808 del *Codice civile italiano* (193) de 1865. Sin embargo, su redacción resulta en lo esencial mucho más próxima a la de aquél, que a la de éste (194).

cia 1477, y lo sostuvo MENOCHIO, “*Consiliorum sive responsorum*”, lib. I, Consil LXXI, n. 10, cfr. ed. Venecia 1575, fol. 205 vto.

(189) Cfr. “Cautelas de opción...”, I, E, b, β”, pp. 522 *in fine* y ss. y “Perspectiva histórica...”, V, loc. cit., pp. 295 y ss.

(190) BARTOLO, “*Consilia Quaestiones*”, cons. XXXIV, cfr. ed. Augustae Taurinorum 1589, fol. 12 vto.

(191) Así, entre los autores castellanos FERNANDO GÓMEZ ARIAS, op. cit., ley XIX de Toro, nn. 27 y 28, ed. cit., fol. CXXXI; RODRIGO SUÁREZ, op. cit., Ampl. VI, n. 1, p. 392; VÁZQUEZ DE MENCHACA, op., pars y lib. últ. cit., § X, nn. 244 y s., fol. 212; ANTONIO GÓMEZ, “*Variae...*”, lib. I, cap. XI, n. 25, p. 147; COVARRUVIAS, “*In tit. testamenti...*”, cap. *Raynutius* 16, § XI, nn. 5 y 6, p. 94; GASPAR BAEZA, “*Quae de non meliorandis filiabus dotis ratione loquitur*”, cap. 8, n. 10, cfr. ed. Granada 1566, fol. 43 vto.; PETRUS DE PERALTA, op. cit., *Praelec.* I, 3, § *qui fideicommissis*, ff. *de heredib. instit.*, n. 56, op. cit., vol. II, p. 180; Dtr. LUIS DE MOLINA MORALES, op. cit., lib. II, cap. I, n. 29, p. 231; LUIS DE MOLINA, S. I., op. cit., Tract. II, Disposit. CLXXVII, n. 9, vol. I, p. 403; CASTILLO SOTOMAYOR, op. cit., lib. V, cap. LXVI, nn. 46 y ss. y 58 y ss.; pp. 46 y ss., cap. LXXIX, nn. 4 y ss., p. 189 y ss., cap. CVII, nn. 45 y 46, pp. 760 y ss., y n. 76, p. 779.

(192) Cfr. “Cautelas...”, loc. últ. cit., pp. 534 y ss.; II, B, a, 6.^a y 7.^a, pp. 603 y ss. y III, B, pp. 647 y ss. y “Perspectiva Histórica...”, V, loc. cit., pp. 295 y ss.

(193) Cfr. la versión cuidada por MANUEL PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, vol. cit., pp. 245 y s.

(194) Decía así, traducido al castellano, el art. 808 del Código Italiano: “*La porción legítima es cuota de herencia; se debe a los hijos, descendientes*”

Así, el art. 645 del Proyecto de 1851 decía: "La legítima no admite gravamen ni condición ni sustitución de ninguna especie".

García Goyena (195), después de señalar la conformidad de este artículo del Proyecto con los "725 Sardo, 577 de Vaud y 774 Austriaco", indica su procedencia de la ley *Quoniam in prioribus*, Cod. III-XXVIII, 32, y de las leyes 17, tít. I y 11, tít. IV de la 6.^a Partida: "Libre e quita, sin embargo, e sin agravamiento, e sin ninguna condición, e si las pone, non empescen al fijo heredero, maguer non las cumpla". Y glosa: "Esto es consiguiente al concepto de *deuda natural*, que dan las mismas leyes a la legítima; y el deudor no puede dictar leyes al acreedor en el pago".

Hemos visto que en el Derecho anterior estos gravámenes *intempore* o *in qualitate* se entendían *por no puestos*. Lo mismo debe entenderse, en consecuencia, en el régimen vigente. Ahora bien, existen unos supuestos en los cuales se concede una opción al legitimario, con lo cual se remite a ella el resultado, como también ocurría en el Derecho anterior. Y, por otra parte, ello no significa que el legitimario no necesite tomar la iniciativa y demandar cuando no sea poseedor de los bienes hereditarios, pues la actitud pasiva sin detrimento de sus derechos sólo le resultará posible cuando los posea, en cuyo caso podrá considerar por no puestos los gravámenes sin necesidad de entablar procedimiento alguno, ya sean términos, condiciones, modos, prohibiciones, limitaciones o sustituciones, dispuestos por el testador sobre la legítima.

Conviene, sin embargo, que una vez expuestas estas generalidades, analicemos separadamente, como hemos hecho antes respecto del Derecho romano común, los diversos supuestos comprendidos en la regla general, a fin de fijarnos en las variedades que, para su solución, se dan en nuestro Código civil.

1.º *Asignación de un contenido inadecuado para satisfacción de la legítima.*

29. El testador puede señalar un contenido inadecuado para satisfacer la legítima, y así ocurre si lo determina:

- en cosa perteneciente al heredero;
- en cosa ajena;
- en derechos por él creador sobre la herencia de bienes de ésta, como *verbi gratia* en el usufructo de una cuota o de bienes determinados;
- en dinero no hereditario, fuera de los supuestos en los cuales el Código civil lo señala como medio de satisfacerla.

En todos estos supuestos, entendemos que la asignación significa un gravamen que el testador no puede imponer sobre la legítima y que debe entenderse por no puesto, a no ser que el propio legitimario lo acepte. Así, de hecho, el legitimario, en estas circunstancias, podrá

o ascendientes en plena propiedad y sin que el testador pueda imponer sobre ella ningún gravamen o condición."

(195) FLORENCIO GARCÍA GOYENA, op. cit., art. 643, vol. II, p. 94.

optar entre aceptar la asignación inadecuada, sin perjuicio de poder reclamar el suplemento de su legítima si cuantitativamente hubiese lugar a él, o bien, por tener la asignación por no puesta y reclamar su legítima pura y simple (196).

La S. 19 abril 1963 resolvió claramente que no era adecuado y, consiguientemente, no computable como pago de la legítima el derecho de usufructo sobre bienes pertenecientes al causante asignado por éste en bienes de su plena propiedad, al considerar que partiendo de la base que la legítima es de orden público, de la que no puede disponer el testador por venir impuesta por la Ley ni hacer recaer sobre ella gravamen ni limitación alguna, esto es, que ha de llegar al heredero legítimo con pleno dominio sobre los bienes y derechos que integran su contenido, "fácil es comprender que el usufructo no reúne esta cualidad o característica de libre disposición, porque aún estimándolo como derecho autónomo e independiente con sustantividad propia, es de naturaleza temporal, puesto que se extingue por la muerte del titular (artículo 513), y por consecuencia no es transmisible por acto *mortis causa* ni tampoco en forma absoluta por actos *inter vivos*, porque conforme al art. 498 del Código civil, el usufructuario que enajenase o diera en arrendamiento derecho de usufructo será responsable del menoscabo que sufran las cosas usufructuadas, restricciones que menguan los derechos del legitimario y consiguientemente atacan al dispositivo del artículo 806 del Código civil" y "el del 813".

Notemos que en el supuesto contemplado en esta sentencia, referente a una partición testamentaria, la sentencia recurrida había concedido un plazo al coheredero demandado para que optase por que se procediera a una nueva partición o por indemnizar en dinero, indicando que en este caso quedaría subsistente la totalidad de la adjudicación en usufructo, o, si se completase la legítima con el pleno dominio de bienes asignados en usufructo, subsistiría éste en el exceso. Contra esta solución versó el tercer motivo del recurso, alegándose que al completarse en pleno dominio la legítima de la demandante sin reducirse el usufructo sobrante, le corresponderían derechos por la doble vocación legal y testamentaria, planteando el tema de la interpretación del testamento. Pero el último considerando de la sentencia del Tribunal Supremo rechazó también este motivo, aceptando la interpretación de la Sala, entendiéndose que ésta valoró la

(196) Respecto al legado de cosa ajena dispuesto en pago de la legítima, cfr. nuestros "Apuntes...", II, § 5, pp. 281 y s., II, § 5, pp. 287 y ss. Notemos que la institución o el legado de ese contenido inadecuado, significa de una parte una institución o un legado, títulos aptos ambos para satisfacer el deber legitimario, y de otra la asignación de un contenido no apto para satisfacerlo. Por eso la ineficacia de esta asignación, no significa preterición del legitimario a quien se le haya atribuido, sino la validez del legado, o la institución sin concreción de contenido, a no ser que el asignatario opte por aceptarlo. Cfr. nuestra nota 4 de nuestro trabajo "Contenido cualitativo de la legítima de los descendientes en el Código civil", en A.D.C. XXIII-I, enero-marzo 1970, pp. 12 *in fine* y s.

disposición fundamental del testamento de instituir herederos por partes iguales a ambos hijos.

2.º *Gravamen de la legítima con un usufructo o una renta vitalicia.*

30. El art. 820, n. 3.º, del Código civil lo previene: “*Si la manda consiste en un usufructo o renta vitalicia cuyo valor se tenga por superior a la parte disponible, los herederos forzosos podrán escoger entre cumplir la disposición testamentaria o entregar al legatario la parte de la herencia de que podía disponer libremente el testador*”.

El art. 805, n. 3.º del Anteproyecto de Código civil 1881-88 y el 649 n. 3, del Proyecto de 1851 son los precedentes del vigente artículo 820, n. 3. El texto del Proyecto de 1851 era una traducción literal del art. 917 del Código de Napoleón. El segundo término de la elección “ou de faire l’abandon de la propriété de la quotité disponible” fue traducido por “o abandonar la porción disponible”, corregido en el art. 805 del Anteproyecto por “o abandonar la parte de herencia de que podía disponer libremente el testador”, y, finalmente, en el texto definitivo del art. 820 C. c. la palabra “abandonar” ha sido sustituida por la expresión “entregar al legatario”.

García Goyena (197) glosó así el texto 649, n. 3 del Proyecto 1851: “Es el artículo 917 francés, 965 holandés, 1.486 de Louisiana”. Y, según los autores franceses (198), el Código de Napoleón se inspiró en una solución de *l’ancien droit*, si bien ésta se refería a supuestos más extensos y no había sido unánimemente aceptada en el *Droit coutumier* que en definitiva presentó un panorama semejante al del Derecho común (199).

Realmente, los precedentes que, al respecto, hallamos en Castilla no difieren tampoco mucho de los del Derecho común. Como antes hemos visto, pueden observarse entre los autores de los siglos xv y xvi los siguientes criterios para el caso de dejarse al cónyuge viudo el usufructo universal quedando hijos del testador:

— que el cónyuge viudo sólo debía recibir el usufructo del quinto. (Diego Segura, Alonso Díaz de Montalvo, Antonio Quesada, Alfonso de Azevedo) sin posibilidad de que el viudo pudiera exigir que se le compensase la reducción con la propiedad del quinto (Pedro de Peralta, Rodrigo Suárez, Antonio Gómez) ni de que los hijos tuviesen que optar por soportar el gravamen o cederle la nuda propiedad del quinto al viudo (Juan Gutiérrez, Ayllón Lainez, Sanz Morquecho, Juan del Castillo Sotomayor, Gaspar Rodríguez), sin perjuicio de que el testador pudiera imponerles expresamente esta opción entre aceptar la disposición o entregar al viudo la propiedad del quinto;

(197) GARCÍA GOYENA, op. cit., vol. III, art. 649, p. 99.

(198) Cfr. DEMOLOMBE, “*Cour de Code de Napoleon*”, vol. XIX, “*Traité des donations vifs et des testaments*”, vol. II, París 1876, n. 432, pp. 427 y ss.; PLANIOL, RIPPERT, TRABOT, LAUSSOUARN, “*Traité Pratique de Droit Civil Français*”, vol. V, 2.ª ed. París 1957, n. 128, p. 168.

(199) Cfr. nuestro estudio “La opción legal del legitimario...”, en A.D.C. XI-III, julio-septiembre 1962, pp. 594 y ss. y 598 y ss.

— que el usufructo que debía recaer en los cuatro quintos había de computarse capitalizándolo con arreglo a la *Ley Hereditarium* y no debía reducirse, sino si su capitalización excediera del valor del quinto de libre disposición (Palacios Ruvios, Fernando Gómez Arias).

— que, en cuanto el usufructo legado rebasase del usufructo del quinto, debía satisfacerse en su equivalencia con la propiedad de éste (Jerónimo de Cevallos);

— que los hijos debían optar, aunque el testador no lo impusiera, entre aceptar el usufructo universal del viudo o compensarle de su valor con bienes o con dinero hasta el importe del quinto (Ayerve de Ayora).

El Código civil recoge, pues, a través del art. 917 del *Code civil* francés, el último de estos criterios propugnados en el Derecho común, seguido también con ciertas variantes por algún otro autor castellano.

31. Este precepto, como sus análogos franceses y 550 del italiano vigente, no deja de presentar algunos problemas que es preciso resolver.

I) Por identidad del *ratio*, el art. 820, n. 3, debe aplicarse también a los supuestos análogos de atribución de derechos de uso y habitación y, por razón de *maioris ad minorem*, a los de rentas temporales y de alimentos (200).

II) En el supuesto de haberse dispuesto varios legados conjuntos o sucesivos de usufructo o renta vitalicia, o sendos de ambas especies o, muy especialmente, de haberse dispuesto otro u otros legados afectantes a la porción disponible además de un usufructo o renta vitalicia, entendemos que el art. 820, n. 3, es igualmente de aplicación sin perjuicio de que entre los legatarios afectados deba tener lugar la reducción que corresponda, según las normas que regulan su concurrencia, si no bastare la parte disponible para satisfacerlos todos (201).

III) Las expresiones referidas al usufructo o a la renta vitalicia, "*dont la valeur excède la quotité disponible*" (917 C. c. fr.) y "*cuyo valor se tenga por superior a la cuota disponible*" (820, n. 3 C. c. Esp.) han dado lugar a problemas, que no existen en el *Código civile italiano* (tanto en su versión de 1865, art. 810, § 1, como en la de 1942, artículo 550) puesto que dice "*el cui reddito eccede quello della porzione disponibile*". La interpretación de aquéllos ha dado lugar a las siguientes posiciones (202):

Primera opinión: Debe hallarse el valor del usufructo o la renta vitalicia fijando su valor venal, y sólo en el caso de que dicho valor exceda de la cuota disponible, podrán los herederos cumplir abandonando la propiedad de la porción disponible que el testador les hubie-

(200) Cfr. ANTONIO GULLÓN BALLESTEROS, "El párrafo 3.º del artículo 820 del Código Civil", en *A.D.C.* XIX-IV, octubre-diciembre 1961, p. 880, nota 11 bis y p. 887 y ss.

(201) En contra de GULLÓN BALLESTEROS (pp. 880 y ss.) defendimos esta tesis en "La opción legal...", pp. 605 y s.

(202) Cfr., más detalladamente, en nuestro estudio últ. cit., pp. 607 y ss.

se atribuido (203). Criterio que correspondería al de la lex "*Uxori meae*" y a las viejas opiniones de Angelo, Caepolla, Palacios Ruvios, Gómez Arias, etc. y se ha pretendido apoyarle en el texto del artículo 813, en su inciso final.

Pero, según la interpretación usual ese inciso final del art. 813, "*salvo lo dispuesto en cuanto al usufructo del viudo*", sólo se refiere al usufructo legal de éste (arts. 834 y ss. C. c.) e, implícitamente, se excluye cualquier otro usufructo. Además la legítima del Código civil es, en principio "porción de bienes" (art. 806), *in natura*, y no desintegración de éstos en derechos creados por el testador al efecto sobre los bienes que se atribuyan en pago de la legítima. Crear sobre ellos un usufructo es aplazar el disfrute de ésta (204).

Segunda opinión: El precepto del 820, n. 3, trata precisamente de evitar que el usufructo o la renta vitalicia tengan que ser valorados, dadas las dificultades de su valoración, y deja a la libre determinación del heredero la elección de lo que estime más conveniente, según su personal y subjetiva apreciación del valor del gravamen impuesto, sea mayor o menor, objetivamente apreciado, que la parte disponible.

Es el criterio que sostuvo García Goyena (205) al razonar el artículo 649 del Proyecto 1851: "Los legatarios del usufructo o de la renta no pueden quejarse, pues que se les da todo aquello de que pudo disponer el testador; los herederos forzosos tampoco pueden quejarse, pues que *son libres* de ejecutar la disposición, *si creen que no es inoficiosa o excesiva*, o en reemplazarla, cediendo la parte disponible *si creen lo contrario*".

Después del Código civil, Manresa (206) y Sánchez Román (207) fueron de esta opinión.

Tercera opinión: Lo que se prevé es la posibilidad de que el usufructo, o la renta vitalicia, afecte a *bienes que excedan de la parte disponible* o a *una cuota parte superior a la de libre disposición*.

Lacruz Berdejo (208) lo ha entendido así: "la palabra *valor* está referida a los bienes gravados y no al valor de la capitalización del gravamen, de otra manera el artículo sería inútil, pues si lo supe-

(203) Han defendido esta tesis en España JOSÉ GONZÁLEZ PALOMINO, "El usufructo universal del viudo y los herederos forzosos (Derecho civil común)", en *R.D.P. XXIII*, mayo 1936, pp. 160 y ss. y "Estudios de arte menor de Derecho sucesorio", en *An. Ac. Matr. del Not.* II, Madrid 1946, II, "El crecimiento en la mejora", pp. 546 y ss., y ALVARO D'ORS y JOSÉ BONET CORREA, "El problema de la división del usufructo (Estudio romano-civilístico)", en *A.D.C. V-I*, p. 117.

(204) En este sentido, ROCA SASTRE, "Naturaleza jurídica de la legítima", *R.D.P. XXVIII*, pp. 203 y ss. y FLORENCIO PORPETA, loc. cit., pp. 194 y ss.

(205) GARCÍA GOYENA, loc. últ. cit., p. 199.

(206) MANRESA, "Comentarios...", vol. VI, arts. 820 a 833, p. 386 de la 6.ª ed.

(207) SÁNCHEZ ROMÁN, "Estudios...", VI-II, cap. XV, n. 114, 3.º, 5.º, p. 967.

(208) JOSÉ LUIS LACRUZ BERDEJO, Notas a la traducción española a la 2.ª ed. alemana del "Derecho de Sucesiones" de JULIUS BINDER, Barcelona 1953, § 32, p. 301.

rior a la parte disponible es el valor de capitalización del usufructo o la renta, resulta claro que tales disposiciones lesionan la legítima y no es preciso dar opción alguna al legitimario”.

Cuarta opinión: La opción o elección se concede al heredero cuando el goce o disfrute del usufructo o las rentas legadas excedan del goce o la renta de la porción disponible.

Este es el criterio del *Codice civile italiano*.

Quinta opinión: Debe distinguirse entre usufructo, para el cual debe atenderse a si el valor de los bienes usufructados excede de la porción disponible, y la renta vitalicia, respecto de la cual deberá atenderse a si la pensión excede de las rentas de la porción disponible.

Sexta opinión: En principio debe atenderse el valor de los bienes gravados con relación al valor computable a efectos de fijar las legítimas, pero: a) si el gravamen no absorbe totalmente las rentas de los bienes especialmente gravados, deberá fijarse proporcionalmente la porción gravada y la libre, de estos bienes, para realizar la comparación sólo con aquella parte; y b) si se trata de una renta deberá capitalizarse este interés legal sin hacer deducción alguna por su carácter temporal o vitalicio y compararse, la capitalización obtenida, con el valor total computable para calcular la legítima; a fin de ver si tal capitalización sobrepasa o no la porción disponible.

Esta solución parece que es la que mejor responde a una más exacta determinación de qué parte resulta gravada con la disposición testamentaria. Si en la herencia hubiesen capitales inactivos pero fácilmente enajenables (lingotes de metal, cuadros de valor, joyas, dinero depositado, solares, etc.) parece que lo más justo es hallar su valor venal para compararlo con el necesario para producir el interés legal de la porción legada (209).

IV) El ejercicio de la opción prevista en el art. 820, n. 3.º, en el supuesto de ser varios los legitimadores afectados por el usufructo da lugar a cuestiones semejantes a las planteadas por los autores franceses respecto del art. 917 del Código francés y por los italianos en torno al art. 810 del *Codice* de 1865, resueltas en el art. 550 del *Código* de 1942 (210).

Pueden ofrecerse las siguientes soluciones respecto la realización de la opción:

a) De no haber unanimidad en cuanto al ejercicio, o no, de la opción, el legado será directamente ejecutivo en los términos dispuestos por el testador” (211). Pero, este criterio parece difícilmente compaginable con la intangibilidad de la legítima determinada por el art. 813 C. c., pues con él se impondría a los legitimarios disconformes el gravamen del usufructo, en contra de su voluntad.

(209) Cfr. GULLÓN, loc. cit., pp. 885 y nuestro estudio “La opción legal...”, pp. 610 y s.

(210) Cfr. “La opción legal...”, loc. cit., pp. 611 y s.

(211) Criterio de JOSÉ GONZÁLEZ PALOMINO, “Estudios de arte menor...”, II, “El acrecimiento en...”, “Anales...”, vol. II cits., p. 554, nota 1.

b) Es precisa la unanimidad, pero para poderse ejercitar la opción en el sentido de aceptar el gravamen del usufructo sobre la legítima; de no haber unanimidad, habrá de cederse al usufructuario la propiedad de la porción disponible (212), a no ser que del testamento resulte la posibilidad del ejercicio individual de la opción legal por cada legitimario.

c) En caso de no obtenerse la unanimidad, deberá resolver la autoridad judicial, análogamente a lo previsto en el art. 839 C. c. para la conmutación de la cuota legal usufructuaria (213). Pero dejando aparte las cuestiones que suscita la interpretación del artículo 839 (214), es lo cierto que en la hipótesis del art. 839 se trata de conmutar una cuota usufructuaria de carácter legitimario, o sea, legal, mientras que en el supuesto del art. 820, n. 3.º, la conmutación se refiere a un usufructo voluntario que grava las legítimas y que sus titulares no tienen por qué soportar, ni cabe que la imponga la autoridad judicial.

d) La opción para aceptar el gravamen sólo puede ser ejercitada individualmente por cada legitimario afectado, en cuanto a su porción respectiva, pues si el legado constituye un gravamen sobre la legítima individual de cada legitimario, su admisión no puede dejarse al arbitrio de nadie más (215); sino al de cada afectado que lo soportará si no quiere perder el beneficio respectivo que tenga asignado en la parte disponible.

3.º *Imposición de una condición afectante a la legítima.*

32. Según el art. 813, § 2.º C. c., no puede imponerse sobre la legítima *condición alguna*.

Pese a su sencillez y claridad, esta respuesta legal, cuando es puesta en contraste con la compleja realidad y a la luz de la finalidad perseguida, no deja de plantear algunos problemas. Creemos de especial interés examinar aquí el de las condiciones impuestas a favor del propio legitimario; muy sucintamente el de la validez y eficacia de las cautelas de opción compensatoria de la legítima, dependiente en buena parte de que erróneamente se consideren como supuestos de condición puesta a la legítima, y el de la condición *facillima* o *si volerit*.

α) Las *condiciones puestas en beneficio del legitimario*, se tratan de formular como un refuerzo de una prohibición de disponer, partir

(212) Solución igual a la aceptada por el art. 550 del *Código civile* de 1942: "se i legittimari sono piu occorre l'accordo de tutti perché la disposizione testamentaria abbia esecuzione".

(213) Cuestión planteada por JOSÉ MANUEL IGLESIAS LÓPEZ DE VIVIGO, "Una cláusula de estilo que proclama el usufructo universal y vitalicia del cónyuge viudo", en *R.G.L. y J.* 188, septiembre 1950, p. 279.

(214) Cfr. nuestro estudio "Contenido cualitativo de la legítima viudal del Código civil", 5, 5.º, e, en *R.D.P.* LIV, febrero 1970, pp. 115 y s.

(215) Cfr. IGLESIAS LÓPEZ DE VIVIGO, loc. cit., y GULLÓN, loc. últ. cit., pp. 886 y s. A este criterio nos adherimos en "La opción legal...", loc. cit., p. 613.

o administrar impuesta ya sea al propio legitimario o bien a sus representantes legales.

Así, es frecuente la preocupación de la madre, o del padre o de los abuelos, por evitar que la administración de cuanto dejan a sus hijos o nietos quede en manos del cónyuge viudo o de su hijo, yerno o nuera, de quien ya desconfían. Razón que les mueve a prevenir otra administración y a encomendarla a personas de su confianza. Estos deseos pueden ser fácilmente satisfechos respecto de la parte de libre disposición, e incluso de la de mejora si su incumplimiento favoreciese a otros descendientes del testador.

Pero el problema no tiene, por el contrario, solución satisfactoria tratándose de la legítima estricta, o incluso de la mejora si el incumplimiento de la condición no pudiese favorecer a otros descendientes, sea por no haberlos o bien por no quererlos favorecer en tal circunstancia.

Parece que una condición que impone la pérdida de lo dejado a un legitimario en el caso de no ser aceptada una limitación o una modalidad impuesta para favorecerle, difícilmente puede estimarse realmente favorables al mismo si su incumplimiento le acarrea una pérdida sin compensación alguna.

Por eso, la posibilidad de alcanzar una solución se reconduce al juego de las cautelas de opción compensatoria del gravamen que, a favor del legitimario, se imponga a su legítima. La mecánica de la opción legítima estricta, pero pura, o una mayor porción con la prohibición de que el padre o madre del legitimario menor de edad la usufructúen y administren. Nótese que esta opción no puede ser ejercitada por ese padre o madre a quien la elección del segundo término de la opción le privaría del usufructo legal y de la administración de los bienes heredados por uno o varios de sus hijos. Pero precisamente esta circunstancia fundamenta una incompatibilidad de intereses entre aquél y éstos, en lo referente al ejercicio de la opción. Por eso parece que debe ser un defensor judicial quien deberá usar de esa facultad de preferir la mayor atribución, con exclusión del usufructo y administración paternos, o la menor de la legítima pura pero estricta.

33. β) Las *cautelas de opción compensatoria de la legítima* han sido consideradas por algunos autores como *condiciones ilícitas* porque ponen al legitimario en el trance de escoger entre su legítima pura pero estricta o la mayor porción a él relicta pero con el gravamen afectante a aquélla. Así se ha dicho (216) que se halla incluida entre las prohibiciones del art. 792 C. c., y se las ha tachado de

(216) En este sentido, ESPINAR LAFUENTE, op. cit., n. 175, p. 300, nota 189.

ilícitas (217) e, incluso, se ha dicho de ellas que castigan a quien ejercita su derecho (218).

Sin embargo, creemos que al oponer estas objeciones se incurre en una confusión inicial. Al testador no le es lícito —ciertamente— gravar a su hijo en la legítima; pero, en cambio, no es en modo alguno ilícito que el hijo acepte, por la razón que sea, cualquier gravamen sobre su legítima.

La licitud de la condición no se refiere a la disposición ordenada por quien la puso, sino al acto que debe realizar en cumplimiento de la condición aquél a quien ésta se impuso. Como se expresó en la ley 3, tít. IV, 6.^a Partida, en su apartado final: “E generalmente son llamadas imposibles segund derecho todas las condiciones que son contra la honestad *de aquel a quien son puestas* [subrayamos nosotros] e contra buenas costumbres e contra obras de piedad”. La ley 3 del tít. VI de la misma Partida señala como ejemplo de condición inmoral: “Establezcote por mi heredero, si non saçares a tu padre de captivo e si non le dieres que coma”, que evidentemente exigen un acto inmoral del instituido. Por el contrario, no es inmoral que el legítimo renuncié a su legítima o acepte el gravamen de la misma.

De ese modo resultaba ya de la Constitución de Justiniano del año 528 recogida en el *Codex VI-XLI, única*; que, según dice Lambert (218), el art. 900 del Código de Napoleón, paralelo al art. 792 del español, no hace sino reproducir. Como este jurista francés explica, dicho artículo 900: “Obstaculiza que el testador y el legatario de común acuerdo, deroguen reglas de orden público, pero no les prohíbe dejar de lado disposiciones del Código que no tiendan sino a proteger los intereses particulares”... “La jurisprudencia reconoce que el artículo 900 no prohíbe más que las condiciones contrarias a las reglas de orden público. El orden público exige que el heredero no pueda ser privado de la reserva, pero ¿está interesado en que el heredero no consienta nada contrario a esta prohibición? Nadie osaría sostenerlo. La condición que impone ese consentimiento al reservatario no puede caer bajo el golpe del artículo 900”.

Por otra parte, recordemos que —como mostró Andreolus (220)—

(217) Así, RAFAEL NÚÑEZ LAGOS en su contestación a nuestro discurso de ingreso en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, pues, a su juicio: “Las leyes tienen una finalidad que cumplir, y la finalidad de los preceptos protectores de la legítima, aún no siendo ésta de orden público, quedan más o menos frustradas con las *cautelae*. En las inteligencias sencillas de los juristas de nuestros días, quizá no quepa que algo que esté prohibido de modo directo, esté permitido de modo indirecto dando un rodeo” (Cfr. en *R.D.N.* XLV-XLVI, julio-diciembre 1964, p. 372).

(218) Tales como JOSÉ GONZÁLEZ PALOMINO, “Estudios de arte menor”, loc. cit., pp. 549 y s.; LUIS HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, “La cuota viudal y su regla fija”, en *R.G.L. y J.* 180, 2.^o sem. 1946, p. 394; IGLESIAS LÓPEZ DE VIVIAGO, loc. cit., p. 284 y JUAN BAUTISTA FUENTES TORRE-IZUNZA, “El usufructo viudal universal (una cláusula de estilo)”, en *R.G.L. y J.* 189, 1er. sem. 1961, p. 706.

(219) EDOUARD LAMBERT, “De l'exhéredation et des legs faits au profit d'héritiers présomptifs”, París 1895, § 897, p. 678, y § 907, p. 689.

(220) Cfr. *supra* nota 162.

no puede decirse en estos casos, que se consigne indirectamente lo que no es posible obtener directamente, pues directamente es posible que el legitimario acepte el gravamen de su legítima, que no se le impone puesto que en su mano está aceptar ésta, pura pero estricta. Razón por lo cual, si así puede aceptarla directamente, con más motivo podrá el testador dejársela indirectamente, con tal de que esté en mano del legitimario optar entre la legítima o bien admitir su gravamen, si prefiere otra atribución que, si bien implique la aceptación de aquél, cuantitativamente sea mayor. Esta es realmente la que lo condiciona a que el asignatario la prefiera a su legítima pura y estricta.

Es cierto que a veces estas cautelas se redactan incorrectamente en forma de sanción o prohibición. Pero no basta que una redacción sea torpe o incorrecta para que pueda tachársela de inmoral e inválida. Hay que penetrar en el fondo de la disposición para juzgarla. Al legitimario con la formulación penal de la cautela no se le priva de nada que hubiera sido suyo antes de heredar al testador, ni de nada que legalmente debiese corresponderle después. En definitiva, se le atribuye y deja reducido ni más ni menos a lo único que tiene derecho. No hay, pues, verdadera pena, y la privación de la parte disponible podría evitarla si la prefiriese a su legítima pura y simple, es decir, al otro término de la alternativa que se le plantea al serle condicionada la mayor atribución.

Aparte de los autores españoles últimamente citados y de algunos otros que se muestran vacilantes o reticentes (221), la mayor parte de la doctrina capitaneada por Roca Sastre (222) y Amadeo de Fuenmayor (223), ha aceptado entre nosotros (224) la validez de estas cautelas.

(221) Así, ENRIQUE GIMÉNEZ ARNAU, "Extensión a la legislación castellana del usufructo viudal aragonés", en *I Semana de Derecho Aragonés*, Jaca 1942, pp. 38 y ss.; L. DONDERIS TATAY, "De la cautela gualdense o de Socini", en *R.G. de D.I.*, n. 4, enero 1945, pp. 13 y ss.; FRANCISCO SALAS MARTÍNEZ, "El usufructo viudal universal en el Derecho civil común español", en *R.C.D.I.* XX, 1947, p. 482.

(222) ROCA SASTRE, "Estudios...", vol. II, cap. V, pp. 275 y ss.

(223) AMADEO DE FUENMAYOR CHAMPIN, "Intangibilidad de la legítima", en *A.D.C.* I-I, p. 67.

(224) Entre quienes así lo han entendidos en el régimen del Código civil podemos citar también a ANTONIO BELLVER CANO, "La viudedad universal en los territorios de Derecho común", en *R.G.L. y J.* 176, 2.º sem. 1944, pp. 476 y ss.; FRANCISCO VIRGILI SORRIBES, "Herederos forzosos y herederos voluntarios...", en *R.C.D.I.* XVIII, 1945, p. 493; GREGORIO ORTEGA PARDO, "Naturaleza jurídica del llamado legado en lugar de la legítima", II, 2, pp. 85 y ss. y III, II, § 3.º, b, pp. 160 y ss.; MANUEL GITRAMA, "La administración de la herencia en el Derecho español", cap. III, n. 14, nota 125 bis y 126 bis, pp. 172 y ss.; ALVARO D'ORS y BONET CORREA, loc. cit., pp. 105 y s.; JOSÉ LUIS LACRUZ BERDEJO, *Notas cits.* § 32, p. 301; RAFAEL GÓMEZ PAVÓN, "Socino", en *R.C.D.I.* XXVI, enero 1953, pp. 34 a 41; GARCÍA-BERNARDO, "La legítima...", p. 149; PUIG PEÑA, "Tratado...", V-II, cap. XIV, 4, D, g, pp. 392 *in fine* y s. notas 22 y s., pág. 393; PUIG BRUTAU, "Estudios...", V-III, 2, c, 1, pp. 164 y ss.; BONET RAMÓN, "Compendio...", vol. V, n. 96, B, pp. 554 y s.

Cfr. nuestros estudios cits., "Cautelas...", II, pp. 547 y ss. y "Perspectiva histórica...", VI, pp. 304 y ss.

El Tribunal Supremo, en SS de 29 enero 1939 (que pese a referirse a un supuesto regido por el Derecho catalán, esgrimió razones de carácter general) y 12 diciembre 1958 aceptó la validez de cautelas de opción compensatoria de la legítima, y éstas están muy generalizadas en la práctica notarial española (225).

No son de este tipo las cautelas dirigidas a impedir la invalidación del testamento, la intervención judicial en la testamentaría, la impugnación de la partición efectuada por el mismo testador o encomendada a los contadores partidores o comisarios. Respecto de éstos, el Tribunal Supremo ha admitido la impugnación: siempre cuando esto se ha basado en lesión de las legítimas, y tan sólo han aceptado el juego de la condición contra el reclamante en algunos casos en los cuales la impugnación del actor no tuvo éxito (226).

34. δ) La posibilidad, o no, de afectar la legítima a una condición *facillima* o *si voluerit*, que antes hemos visto admitida por Antonio Gómez y por Vázquez de Menchaca, no deja de ofrecer hoy interés práctico.

Esta cuestión no afecta al tema de las cautelas que acabamos de repasar: pues en éstas, en todo caso, actúa una condición "*si non abstinerit*", mientras que la *si voluerit* afecta propiamente a la mayor atribución que es ofrecida en compensación de la aceptación del gravamen.

Pero sí que interesa, para nuestro tema, el examen de la condición *facillima* referida a la aceptación de una sustitución fideicomisaria impuesta sobre la legítima sólo para el supuesto de fallecer intestado el legitimario, es decir, de que éste no hiciera testamento ordenando otra cosa.

Es evidente el interés práctico de este problema, que suele presentarse a testadores con hijos o nietos, o incluso sobrinos, en edad de testar, pero menores, cuando la voluntad de aquél es la de pretender que nada de lo que deje a éstos, sea heredado por el padre o la madre consorte o por otro familiar, a quien abintestato podría corresponderle heredar al legitimario o a los legitimarios de que se trate, bien sea para evitar que los bienes cambien de línea, en los supuestos que escapan a las reservas binupcial y lineal, bien para impedir que vayan a parar a un cónyuge, hijo, yerno, nuera u otro familiar, al que estiman no merecedor de recibirlos, ni aún a pesar de que su conducta no encaje en supuestos de desheredación, o de que la prueba de esto sea difícil o incómoda o de que lo aconsejen las condiciones de hecho, situación, aptitudes, vicios, limitaciones de aquel a quien se le quiere excluir.

Un correcto enfoque de esta cuestión, sin embargo, tal vez, aconseje distinguir previamente dos cuestiones que se subsumen en el problema planteado: 1.º Si cabe imponer una sustitución fideicomi-

(225) Cfr. "Cautelas...", II, B, d, pp. 624 y ss.

(226) Cfr. "Cautelas...", *Introducción*, pp. 408 *in fine* y ss. y en especial notas 5 y ss.

saría a una legítima para el supuesto de fallecer intestado el legitimario. Tema que corresponde tratarlo después, y 2.º Si la condición de fallecer *ab intestato*, puesta al fideicomisario ordenado para ese supuesto constituye una condición *facillis* o *facillima* y si éstas son o no admisibles sobre la legítima. Este tema fue incansablemente discutido, por los autores de Derecho común, sin que lograran llegar a acuerdo alguno, según antes vimos.

4.º *Imposición de prohibiciones de disponer o partir, o de modalidades relativas a la administración y explotación del contenido recibido como legítima.*

35. α) Puede tratarse de una *prohibición* impuesta a un legitimario de *enajenar*, ni siquiera con autorización judicial, *hasta alcanzar cierta edad o en cierto tiempo, o a su padre o bien a su madre como representante suyo mientras ostenten la patria potestad* del legitimario.

Sin duda, se trata de disposiciones efectuadas por el testador para beneficiar a un legitimario. Pero, concretamente, pueden resultarle beneficiosas o perjudiciales, en un momento que escapa al juicio del disponente, y del cual, en cambio, una vez llegado pueden juzgar con pleno conocimiento de las circunstancias, ya sea el legitimario mayor de edad y capaz o bien quien ostente su patria potestad o su tutela. Por eso, nos inclinamos a entender no sólo que son ineficaces, sino que deben serlo, respecto de la porción legítima, sin perjuicio de que aquel juez a quien compete conceder o en su caso denegar la autorización para enajenar bienes inmuebles de un menor tenga en cuenta esa prohibición al valorar las circunstancias que deban determinar su resolución.

β) Puede también consistir en la *imposición de permanecer en la comunidad hereditaria sin pedir su disolución.*

Es frecuente que al manifestar la intención de testar sea expuesto al Notario el deseo de que la herencia no se divida y que los bienes continúen en comunidad mientras viva el cónyuge viudo del testador o bien en tanto no alcance el menor de sus hijos determinada edad. ¿Pueden ser complacidos esos deseos?

Esta cuestión se halla contemplada expresamente en el art. 1.051 C. c.:

"Ningún heredero podrá ser obligado a permanecer en la indivisión de la herencia, a menos que el testador prohíba expresamente la división.

»Pero, aun cuando la prohíba, la división tendrá siempre lugar mediante alguna de las causas por las cuales se extingue la sociedad" (227).

(227) El precedente legislativo del art. 1.051 C. c. es el art. 1.068 del Anteproyecto 1881-88, de idéntica redacción en su primer párrafo y con variantes en el inciso final del segundo que se remitía a "las causas por las que se anula o disuelve la sociedad o la comunidad". Se indica en el Anteproyecto (cfr. la versión cit. cuidada por MANUEL PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS,

Esta referencia plantea varias dudas al aplicar al art. 1.051, § 2, las cuatro causas establecidas en el art. 1.700 para la extinción de la sociedad. En especial:

I) Si puede trasladarse su causa 3.ª, admitiendo, para el supuesto del art. 1.051, la eficacia de la disposición del testador que ordene la continuación de la comunidad de sus herederos con los herederos de aquél de ellos que muera antes de ser disuelta (228).

II) Si el plazo de diez años, previsto en el art. 400 C. c., como límite al pacto de continuar en comunidad, y la posibilidad de su prórroga por otros diez, también prevista en el art. 400, es aplicable a la comunidad hereditaria refiriéndola a la disposición del testador, que ordene la prórroga. Se han sostenido:

— Que ese plazo de diez años actúa como término máximo (229).

— Que cabe elevarla a veinte años, al sumar a los diez primeros los de la prórroga de otros diez años (que el art. 400 admite que pacten los comuneros) (230).

— Que no existe límite temporal a la prohibición, ya que las de los arts. 400 y 1.051 tienen distinto origen, y éste no se remite a aquél, sino a las causas de extinción de la sociedad, que no lo tienen fijado (231). Si bien, por ello, alguno de estos autores cree que por asimilación de la causa 4.ª del art. 1.700, cuando el testador no hubiese fijado el plazo de indivisión pueden “los coherederos instar la partición cuando las circunstancias sobrevenidas lo hagan necesario” (232) o bien si la prohibición no correspondiese a “algún interés económico o familiar semejante al que fundamenta el art. 1.056, § 2.º, o ha entendido que a través del art. 1.707, puede llegarse a permitir que por circunstancias graves y urgentes sea posible a los herederos recu-

p. 330): que estaba tomado del art. 4.041 del Código mexicano y del 942 del anteproyecto belga, pero es lo cierto que ninguno de los artículos invocados admitía la prevención expresa del testador en contra de la prohibición. Este criterio absolutamente negativo era el que, siguiendo la rigurosa prohibición del *Codex III-XXXVIII*, 5, había adoptado el art. 815, § 1, del Código de Napoleón. Pero ese rigor fue atenuado al añadirse unos párrafos 3.º y 4.º por D. 17 junio 1938, L. 20 julio 1940 y L. 15 enero 1943, así como antes lo había sido en el art. 1.038 Sardo, el 1.030 Albertino, el 948 del Italiano de 1865 ampliado en el 713 del vigente *Codice civile* (Cfr. nuestro estudio cit. “Cautelas...”, I, C, b, pp. 475 y ss.).

(228) En este sentido, PASCUAL LACAL FUENTES, “La prohibición de dividir la herencia en nuestro Derecho positivo”, en *R.C.D.I.* VII, 1931, p. 580.

(229) Así han opinado SÁNCHEZ ROMÁN, “Estudios...”, VI-III, cap. X XVIII, n. 51, p. 1983; JOSÉ FERRÁNDIZ VILELLA, “La comunidad hereditaria”, Barcelona 1954, cap. V, n. 5, C, 1.º, pp. 163 y ss.; LACRUZ BERDEJO, “Derecho de sucesiones...”, ed. Barcelona 1961, n. 374, p. 468. Estima que esta es la solución más segura PUIG BRUTAU, “Estudios...”, V-III, cap. V, 2, III, p. 500.

(230) Opinión de MUCIUS SCAEVOLA, “Código...”, vol. XVIII, ed. Madrid 1901, p. 237.

(231) Ese es el criterio de MANRESA, “Comentarios...”, vol. VII, arts. 1.051 a 1.055, cfr. 6.ª ed. Madrid 1963, p. 614; CASTÁN TOBEÑAS, “Derecho civil...”, vol. VI-I, 7.ª ed. Madrid 1960, § CXLI, III, 5, A, a, p. 262; ROCA SASTRE, *Notas al Kipp*, vol. II, § 84, IV, 2, p. 25; CÁMARA ALVAREZ, “El legado de cosas ganancial”, IV, B, en *A.D.C.*, V-II, abril-junio 1952, pp. 546 y ss.

(232) CASTÁN TOBEÑAS, loc. últ. cit.

rrir a la autoridad judicial y con su permiso proceder a la división (233).

— Que el testador no tiene más límite que el dimanante de la aplicación analógica del art. 781 C. c. (234).

Pero de más concreto interés es aquí, para nosotros, determinar si la prohibición de partir dispuesta por el testador *puede o no afectar a la legítima* de los llamados herederos forzosos:

— algunos autores (235) lo rechazan,

— presupuso que sí, Lacal (236),

— otros aconsejan reforzar la prohibición con una cautela de opción compensatoria (237).

El T. S. en S. 12 diciembre 1958 aceptó por válida la cláusula que ordenaba la indivisión “mientras viva mi mujer” impuesta a sus descendientes por el testador que había establecido la sanción de privar del tercio de mejora a quien reclamare su legítima.

36. γ) Cabe que se trate de *imponer a los legitimarios una determinada forma de explotación, personal o social, de determinados bienes*:

Se trata generalmente de una modalidad unida a la exigencia de que la herencia o determinados bienes de la misma continúen en comunidad entre los herederos. De menor a mayor, puede consistir en imponer:

I) La determinación de quién deba ser el administrador, gerente o representante de la comunidad, ya sea el cónyuge viudo, un determinado hijo u otra persona; a quien en ciertas ocasiones, además, se le exonera de rendir cuentas, o bien, es formulando un ruego en este sentido a los herederos.

II) Las normas por las que deba regirse la gestión de la comunidad. Algún autor (238) las cree aludidas en el art. 292 C. c. cuando habla éste de “disposiciones especiales” y las entiende provenientes de una voluntad externa a la comunidad “que no pueden ser en nuestro caso más que las emanadas del testador o de expresas normas legales”. Son de especial interés las relativas a la conservación en comunidad de la empresa individual del testador.

III) La constitución de una sociedad mercantil, mediante la cual se explote el negocio industrial o comercial que, hasta su

(233) LACRUZ, loc. últ. cit., p. 468.

(234) MARIANO MUÑOZ DE DIOS, “La divisibilidad de la herencia y sus posibles limitaciones...”, en “Estudios de Derecho Civil en honor del Pr. Castán Tobeñas, vol. VI, Pamplona 1969, pp. 631 y s., y GARCÍA-BERNARDO, “La legítima”, p. 147.

(235) GITRAMA, loc. cit., cap. XIV, 6, p. 406, nota 48; LACRUZ, loc. últ. cit., pp. 468 *in fine* y s., éste dubitativamente; GARCÍA BERNARDO, “La legítima...”, p. 147, y J. M. MUÑOZ DE DIOS, loc. cit., pp. 624 y s.

(236) LACAL, loc. cit., p. 581.

(237) ASÍ, FUENMAYOR, “Derecho civil de Galicia”, VI, en “Nueva Enciclopedia Jurídica Española SEIX”, vol. I, Barcelona 1930, p. 265, y CÁMARA ALVAREZ, loc. últ. cit., p. 120.

(238) GITRAMA, op. y loc. cits., p. 405.

muerte, lo había regido personalmente el testador quien, en su testamento, dejó establecidas las normas suficientes para la constitución de aquélla (239), o bien la imposición a los herederos de que la constituyan y aporten a la misma la empresa que el testador les asigna, indicándoles tan sólo las líneas generales básicas de la misma.

La eficacia de estas disposiciones presenta con respecto a las legítimas las mismas o mayores dificultades que las observadas para la imposición de continuar en comunidad. El art. 813 sigue siendo un obstáculo.

Es cierto que con referencia a una sucesión regulada por el Derecho anterior al Código civil, el Tribunal Supremo en S. 15 diciembre 1922, declaró que, "aun cuando se admitiese que la mejora distribuida entre la totalidad de los herederos pierde su carácter para adquirir el de aumento de legítima, siempre sería de tener en cuenta que ningún precepto ni aún esa ley [27] de Toro, que es la 11 del Tít. VI del lib. X de la Novísima Recopilación relativa a las mejoras, prohíben la restricción temporal en el manejo de dicha clase de bienes, restricción que sólo impropiamente pudiera calificarse de gravamen" (240).

Este fallo fue duramente criticado por la Redacción de la "Revista General de Legislación y Jurisprudencia" (241), que sostuvo la procedencia de la casación rechazada, observando que "aun siendo

(239) ALFREDO ROBLES ALVAREZ DE SOTOMAYOR, "El principio de conservación de la empresa en la transmisión hereditaria", en *R.C.D.I.*, XXIII, 1937, p. 596, ha considerado imposible que el título hereditario sustituya al contrato como acto constitutivo de la sociedad. Sin embargo, la cuestión no se plantea con referencia únicamente al testamento que contenga no sólo los estatutos sino todos los demás requisitos, como distribución de las cuotas, participaciones o acciones en que se divida la sociedad, determinación de los administradores, inicio de las operaciones, etc., sino complementado además de con el certificado de defunción y de últimas voluntades unidos a la copia autorizada del testamento, con la escritura de aceptación de los herederos, debidamente liquidada, el certificado del registro de sociedades, etc. Así, JULIÁN DÁVILA GARCÍA, "La empresa mercantil individual en la sucesión hereditaria", en "Anales Ac. Matr. del Notariado", vol. III, 1946, pp. 576 y ss., en este sentido almite el establecimiento de un estatuto testamentario. Véase también JOSÉ PUIG BRUTAU, "El testamento del empresario", X, en *R.D.P.*, XLVI, 1960, p. 487.

(240) El supuesto contemplaba una cláusula testamentaria en la que se disponía que un cortijo y alguna finca más, se entregara en administración a un hijo de la testadora que la llevaría gratuitamente de por vida, dividiendo con sus hermanos por partes iguales las rentas líquidas anuales. Ese cortijo y las fincas que cupieran debían imputarse al tercio y al remanente del quinto, y, a medida que fuesen falleciendo los hijos de la testadora pasarían a sus respectivos descendientes legítimos por estirpes en plena propiedad. En un posterior codicilo, la testadora había determinado que si su hijo encargado de la administración falleciere antes que sus hermanos, ésta correspondería llevarla a la persona que el mismo hubiera designado. Así ocurrió, y designada por dicho hijo su viuda para que le llevase, esa determinación fue impugnada por uno de los nietos de la testadora, basándose en que la administradora no era descendiente legítimo de la testadora.

(241) "Sección de Consultas. 153.—Inviolabilidad de la legítima...". I, en *R.G.L. y J.*, 150, 1.º sem. 1927, pp. 127 y ss.

restricción temporal en el manejo de los bienes, implica una limitación en las facultades dominicales”, concretamente “en la facultad de administrar inherente al dominio”, restricción que “era un gravamen, pues coartaba la libertad de administrar, y aún más, afectaba hasta la esencia del dominio, porque la cosa sujeta a la administración de otro vale menos que libre, que una “administración impuesta a favor de persona distinta del dueño, es un atentado a la propiedad legitimaria”, pues “prohíbe al dueño despedir al administrador y tiene que soportarlo, constituyendo esa situación un gravamen similar a un despojo, con mengua no sólo del derecho privado, sino también del derecho público” que “ampara los derechos legítimos”.

La compensación del gravamen, que significa esta modalidad impuesta, con el mayor *quantum* atribuido no creemos que pueda derivarse de los principios generales de nuestro Derecho sucesorio. Ni tampoco creemos que pueda ser impuesta por el testador. Ni siquiera la opción legalmente conferida, que es posible encajar en el § 2.306 del B. G. B., para elegir entre la legítima pura y estricta o la aceptación de la atribución testamentaria con la modalidad impuesta, tampoco parece posible fundarla en el Código civil. Queda sólo al testador la posibilidad de establecer expresamente en el testamento una cautela de opción compensatoria de la legítima que imponga esa elección.

5.º *Aplazamiento del goce de la legítima o su atribución mediante un fideicomiso.*

37. El criterio de las leyes *Quoniam in prioribus y Scimus § Cum autem*, resulta implícitamente recogido en el art. 813, § 2.º C. c., aunque no habla de plazo ni de demora como la primera, ni regula expresamente el supuesto concreto que era regulado en el citado párrafo *Cum autem*.

La solución consiste en entender que el legitimario había sido instituido puramente en cuanto a la legítima, en considerar como no puesto el plazo, o en cuanto a ella por inválido el primer llamamiento dispuesto a favor de otra persona, y, por ello, entender al legitimario directamente llamado en esta porción, sin perjuicio de que en cuanto al remanente que le haya sido asignado, siga aplazado su llamamiento y siendo válidos los anteriores respecto de cuyos beneficiarios continuará siendo fideicomisario.

No vemos, pues, base legal para apoyar una compensación legal de esos gravámenes *ad tempus* con el mayor *quantum* atribuido, ni base suficiente para entender legalmente establecida la necesidad de optar entre aceptar la atribución mayor con su aplazamiento o contentarse con la legítima pura pero estricta. Esa opción es preciso que sea establecida expresamente por el testador, que condicione la mayor atribución, aplazada en una u otra forma, a la aceptación del plazo o del anterior llamamiento de otra persona como fiduciario.

El Tribunal Supremo en S. 11 julio 1906 estimó que era atentatoria al derecho de los hijos a su legítima la facultad concedida por el testador a sus albaceas, de modo general, para que retuvieran bajo su administración, los bienes integrantes del caudal hereditario.

En cambio, con referencia al tercio de mejora en S. 15 diciembre 1922, admitió que unos bienes, sujetos a sustitución fideicomisaria en favor de los descendientes de ulterior grado de sus hijos legítimos, fueran administrados por uno sólo de los hijos del testador designado por éste, así como en orden sucesivo por los otros hijos que, en caso de fallecimiento de aquél, deberían sucederle en dicha administración.

6.º *Gravamen de la legítima con sustituciones.*

38. El art. 813, § 2.º C. c. al ordenar que el testador no pueda imponer "*sustitución de ninguna especie*", sigue la vieja norma de la ley *Quoniam in prioribus*. Pero conviene que maticemos su prohibición, refiriéndola en concreto a cada una de las distintas especies de sustituciones.

I) La *sustitución vulgar* de un legitimario no atenta a su legítima, puesto que precisamente es prevista para el supuesto de que éste no llegue a ser legitimario (242). Sin embargo, se ha estimado que puede atentar contra otras legítimas, por cuanto al no haber nacido la de aquél tiene lugar el acrecimiento de las de otros. Así, la muerte de un hijo, da paso a las de los nietos, la de todos ellos o del único, a la de los ascendientes. En estos supuestos sólo es posible la sustitución vulgar de aquel presunto legitimario si está establecida a favor de quienes en su defecto serían, a su vez, legitimarios. Con ello se evitaría su preterición; pero, en cambio, atentaría contra ellos la sustitución vulgar efectuada a favor de terceras personas. Es de notar que, si en estos casos el llamamiento de estas otras personas se hubiere efectuado a título de institución de herederos no sólo se tendría por no puesta la sustitución en cuanto a la legítima, sino que además, los ulteriores pero no previstos legitimarios no mencionados resultarían preteridos (243), y, por tanto, sería totalmente impugnabile la sustitución vulgar cuando la muerte de un legitimario da lugar a que se amplíe la legítima de sus colegitimarios, tal como ocurre siempre en el supuesto de repudiación conforme resulta del art. 985, § 2 Código civil (244).

II) Las *sustituciones pupilar y causi pupilar o ejemplar* previstas respectivamente en los arts. 775 y 766 C. c., no afectan a la legítima del descendiente sustituido, puesto que propiamente no se trata de una sustitución, sino de una verdadera designación de heredero hecha

(242) En este sentido, ESPINAR LAFUENTE, op. cit., y PUIG PEÑA, "Tratado...", V-II, cap. XIV, 4, B, p. 391.

(243) Cfr. nuestro estudio "El deber formal de instituir herederos a los legitimarios y la preterición...", 16, c, en A.D.C., XX-I, pp. 54 y ss.

(244) Cfr. GARCÍA BERNARDO, "Designación *mortis causa* y...", pp. 132 y s. y "La legítima...", p. 147.

por comisario, legalmente admitida, ya que se trata de un ascendiente que por autorización de estos preceptos designa, en testamento, heredero a un descendiente, función que no puede ser ejercitada por varios de ellos, sino con la prelación establecida por el art. 211 C. c. (245). Así resulta de la S. 13 diciembre 1909 que declaró la imposibilidad de que ambos cónyuges ejercitaran simultáneamente la facultad conferida por el art. 755, ni en caso alguno la madre cuando el padre retuviera la patria potestad, y de la S. 6 febrero 1907 referente al ejercicio de la facultad conferida para testar por y en nombre del descendiente incapaz, prevista en el art. 776, declara, en virtud de entenderlo así, que no se puede estimar que el incapaz sustituido haya muerto intestado, porque el testamento en que se le sustituyó produce los mismos efectos que si hubiese sido otorgado por el mismo.

Por ello, estas sustituciones, que no tienen por qué considerar la legítima del sustituido —en contra cfr. la S. 9 julio 1917— no pueden, en cambio, dejar de respetar las de los legitimarios de éste. De ahí la disposición del art. 777 C. c.:

“Las sustituciones de que hablan los dos artículos anteriores, cuando el sustituido tenga herederos forzosos, sólo serán válidas en cuanto no perjudiquen los derechos legitimarios de éstos”.

39. III) *Las sustituciones fideicomisarias* no pueden gravar las legítimas. El código civil en el art. 782 así lo declara:

“Las sustituciones fideicomisarias nunca podrán gravar la legítima. Si recayeren sobre el tercio dedicado a mejora sólo podrán hacerse en favor de los descendientes”.

Doctrina aplicada al fideicomiso de residuo por el Tribunal Supremo en S. 26 noviembre 1968.

El segundo apartado del art. 782 C. c. concuerda con la norma del art. 824:

“No podrán imponerse sobre la mejora otros gravámenes que los que se establezcan en favor de los legitimarios o sus descendientes.”

La claridad de esta doctrina no deja a la discusión, sino el tema relativo a la sustitución prevista sobre el residuo de que el legitimario no hubiese dispuesto *inter vivos* ni *mortis causa* (246). Tema en el cual volvemos a rozar de nuevo el de la posibilidad o no de imponer a la legítima una condición potestativa *facilis* o incluso lindante con la *facillima* o *si voluerit*. Puede argüirse que con el fideicomiso así condicionado en nada se grava al legitimario, sino que tan sólo se des-

(245) Cfr. BONET RAMÓN, “Código civil comentado”, art. 775, ed. Madrid 1964, p. 776.

(246) LACRUZ BERDEJO, “La defensa de la legítima material en la Compilación aragonesa”, V, 2.º, en “Estudios de Derecho Civil en honor del Prof. Castán Tobeñas”, vol. II, Pamplona 1968, p. 296, cree admisible esta posibilidad en el Código civil cuando falten legitimarios del descendiente, por lo cual, añade que, de estimarse así, la regla 2.º del art. 125 de la Compilación aragonesa “resultaría entonces más limitativa que permisiva”, pues requiere que no quede ningún descendiente del causante.

vían las reglas de su sucesión intestada, preestableciendo otras que está en manos de él rechazarlas, testando, y que el único límite no salvable se refiere a las legítimas debidas a su vez por el legitimario sustituido.

El problema tiene especial interés en los supuestos antes contemplados cuando un ascendiente desea que sus bienes no vayan a parar abintestato a otro ascendiente, incluido su propio consorte, o el cónyuge viudo de un hijo o nieto.

Si se considera esta figura de fideicomiso condicional como un gravamen de la legítima de aquél a quien se le pone, no tendría eficacia en cuanto a ésta. En cambio, si no se estimara así, pero se la considerase como gravamen a la legítima de los legitimarios del mismo, tendría eficacia en aquella parte de la suya no afectada por la de éstos.

Dejando como dudosa esta cuestión, el tema se presenta con otra perspectiva si se ofrece como opción compensatoria de la legítima una mayor atribución totalmente sometida a fideicomiso.

Ello ha sido tomado como blanco de vieja objeción, ya rechazada en nuestro supuesto por los autores castellanos del siglo XVI, de que si quienquiera que deba legítima no puede dilapidar sus bienes en fraude de sus legítimos sucesores, tampoco ha de poder gravarlos de tal modo que excluya el derecho de sus hijos a reclamar la legítima. Esta objeción ha sido reproducida, agregando que ni el padre al testar, ni los hijos al aceptar, pueden hacer permutas ni otros trueques con la parte legitimaria, que sólo puede ser objeto de aceptación o repudiación en bloque (247).

Lo contrario había opinado a principios del siglo XVI Palacios Ruvios (245): "Puede el hijo repudiar la herencia y no por eso se dice que disminuya su patrimonio, sino que no quiere adquirir"... "Tanto más, pues, ha de poder consentir la carga impuesta a su legítima; ni podrán los hijos suyos conseguir lo que él renuncie o condone, derecho o lucro: *quod sperat futurum*". Criterio compartido por otros prestigiosos juristas castellanos (249), entre los cuales Peláez de Mieres (250) precisó la exigencia de dos requisitos, a saber, que se hiciese: *cessante fraude y quando ius non est iam acquisitum*, es decir, que la aceptación debía ser hecha antes de haber sido adida la herencia.

Como ha dicho Roca Sastre (251), "quien puede lo más (renunciar la legítima), puede lo menos (admitirla con gravamen) una vez se haya deferido la legítima, pues es un valor puramente patrimonial

(247) ESPINAR LAFUENTE, op. cit., n. 175, pp. 398 y ss., notas 198 y 199.

(248) PALACIOS RUVIOS, "Repetitio...", cit., Rubr. § 47, n. 3, fol. 41 vto.

(249) Tales como RODRIGO SUÁREZ, COVARRUVIAS, JUAN GUTIÉRREZ, BURGOS DE PAZ, JACOBO VALDÉS, *entre otros*. Cfr. nuestras citas en "Cautelas...", II, A, a, β, pp. 549 y ss. y en "Perspectiva histórica...", VI, A, a, γ, pp. 306 y s.

(250) MELCHOR PELÁEZ DE MIERES, "Tractatus de Maioratum et meliorationum Hispaniae", Pars IV, Quaest. XXXIII, n. 59, cfr. ed. Granatae 1575, fol. 497.

(251) ROCA SASTRE, "Estudios...", vol. II, cap. V, p. 176.

que pretende entrar en el patrimonio del legitimario y es libre de hacer él lo que guste”.

Notemos que en el supuesto de ser el legitimario menor de edad o incapaz y de actuar, como representante legal suyo, una persona (v. gr., el padre tratándose la herencia de la madre o de algún abuelo) a quien la aceptación de la mayor atribución gravada con el fideicomiso pudiera perjudicarle en caso de darse el evento condicionado de éste (sustitución *si sine liberis deceserit*, generalmente), existirán intereses contrapuestos entre éste representante legal y el representado, que deberá dar lugar a que el ejercicio de la opción tenga que efectuarse por un defensor judicial.

C) EN EL DERECHO ESPECIAL DE ARAGÓN.

40. La Compilación del Derecho civil de Aragón, en su art. 125, declara:

“Los gravámenes sobre la legítima se tendrán por no puestos, salvo:

»Primero. Aquéllos dispuestos en beneficio de otros descendientes legítimos.

»Segundo. Los establecidos para el caso de fallecer todos los legitimarios sin descendencia, y sólo relativamente a los bienes de que cada uno no hubiese dispuesto.

»Tercero. Las prohibiciones de enajenar u otras limitaciones establecidas con justa causa.

»Cuarto. Los demás gravámenes y prohibiciones previstos por la Compilación”.

Lacruz Berdejo (252) ha glosado este artículo y su glosa vamos a sintetizarla a continuación:

1.º Si la legítima aragonesa es global, es decir, que el testador puede distribuirla entre sus descendientes, “se deduce la posibilidad de gravar a unos en beneficio de otros”, incluidos los nietos y los descendientes de ulterior grado. “No es preciso que los legitimarios favorecidos [por el gravamen] sean descendientes (ni menos, descendientes inmediatos) del legitimario gravado; precisamente uno de los más frecuentes gravámenes, la sustitución *si sine liberis*, presupone falta de descendientes, y cuando se impone al legitimario suele ordenarse en favor de sus hermanos o hijos de hermano (o de un primo hermano o sobrino segundo, sucediendo al abuelo, etc.). Tampoco es necesario que los favorecidos sean hermanos de doble vínculo del gravado: pueden serlo de vínculo sencillo, hijos de otro matrimonio del causante”.

2.º Se permiten también las disposiciones de tipo *preventivo*, que no limitan la facultad dispositiva del legitimario y “simplemente se sobreponen a las normas de la sucesión intestada”.

(252) JOSÉ LUIS LACRUZ BERDEJO, “La defensa de la legítima material de la Compilación Aragonesa”, V, loc. y vol. cit., pp. 294 y ss. y “La legítima en la Compilación”, VI, en R.C.D., I, vol. XLIV, pp. 516 y ss.

Aunque caben en esta autorización toda clase de gravámenes, “por lo común, la disposición limitativa del ascendiente consistirá en una sustitución, semejante a la fideicomisaria de residuo con facultad de disponer *mortis causa*”... “en favor de cualesquiera persona, naturales o jurídicas” y “también podrá consistir en el establecimiento de una fundación”.

Es presupuesto de esta posibilidad no sólo el fallecimiento del legitimario gravado (como únicamente se exigió en el art. 31, n. 4 del Apéndice foral) sino de todos los legitimarios sin dejar descendencia, o el ulterior previsto de todos dichos descendientes.

3.º El proyecto de la Comisión aragonesa que elaboró el anteproyecto de Compilación añadía a ésta, en este núm. 3, a las palabras “otras limitaciones” la precisión “de tipo puramente negativo” que fue suprimida por la Comisión de Códigos, dejándolas un margen mayor de limitación.

Justa causa equivale aquí a “mayor beneficio del legitimario, cuando se trate de evitar un mal ocasionable por circunstancias que concurren en éste: mas no, simplemente, de conseguir un mayor lucro”. Es decir, puede fundarse en la excesiva juventud o carácter dilapidador del legitimario al que se impone, o en razones familiares graves (v. gr., convivencia en la casa, que se prohíbe enajenar, de los abuelos durante cuya vida se impone esta prohibición), pero no así los fundados en previsiones objetivas (posibles aumentos futuros de valor).

4.º Entre los gravámenes y prohibiciones previstas en la Compilación, deben señalarse:

— la viudedad, incluso del cónyuge de nupcias ulteriores extraño al legitimario (art. 73);

— la convención de no dividir la comunidad legal continuada (art. 60, 1.º) que no requiere *justa causa* (como en el supuesto del n. 3);

— los alimentos de los hijos naturales (art. 121, 2.º).

D) EN EL DERECHO CIVIL ESPECIAL DE BALEARES:

41. Hallamos en la Compilación balear algunas disposiciones aisladas referentes al tema que aquí nos ocupa. Tales:

En caso de fideicomiso universal impuesto a un legitimario, el art. 32 le permite “*enajenar y agravar, en concepto de libres, los bienes fideicomitidos*” si se hace “*b) Para satisfacerse de su cuota legítima..., previa notificación a los legitimarios conocidos*”.

El art. 49 admite expresamente las cautelas de opción compensatoria de la legítima:

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

E) EN EL DERECHO ESPECIAL DE CATALUÑA.

42. Las soluciones de los autores de Derecho común que hemos examinado al principio de este epígrafe fueron también compartidas, con uno u otro criterio, por los autores catalanes con las particularidades dimanantes de la Constitución de las Cortes de Monzón de 1585. Conviene, por ello, que repasemos brevemente los supuestos antes examinados para ver con más claridad las soluciones recogidas por la vigente Compilación del Derecho civil especial de Cataluña.

1.º *Asignación de un contenido inadecuado para satisfacción de la legítima.*

Conforme al art. 131, § 2, ap. 2.º Comp. cat., la atribución de un contenido inadecuado en satisfacción de la legítima: "*facultará al legitimario para optar entre admitir simplemente el legado o renunciarlo, exigiendo lo que por legítima le corresponde*".

Recordemos que en Cataluña el dinero no es contenido inadecuado para que el testador ordene que se satisfaga la legítima, aunque no lo haya en la herencia, ni una cosa ajena con tal de que reúna los requisitos sin los cuales el contenido es inadecuado, como lo es cuando no se asignan bienes en *propiedad exclusiva, plena y libre*, salvo si no los hay en la herencia en estas circunstancias, o si se asignan bienes muebles de uso doméstico. Por lo cual, son inadecuados para la satisfacción de la legítima bienes en condominio, usufructo, nuda propiedad, o sujetos a gravámenes, si en la herencia hay bienes en exclusiva, plena y libre propiedad (253).

2.º *Imposición de consideraciones, términos, modos, fideicomisos, usufructos u otras limitaciones o cargas.*

43. El viejo criterio de la ley *Quoniam in prioribus* (Cod. III-XXVIII, 32) es recogido en el apartado 1.º del art. 133 Comp. cat.

"*El causante no podrá imponer sobre la legítima condiciones, términos, modos, usufructos, fideicomisos ni otras limitaciones o cargas, y si las impusiere se tendrán por no puestas*" (254).

(253) Cfr. "Atribución y concreción del contenido y extinción de las legítimas", II, 61, en *A.D.C.*, XXV-I, enero-marzo 1972, pp. 135 y s.

(254) Estas palabras, "*y si las impusiere se tendrán por no puestas*", corresponden a la vieja norma de la *lex Quoniam in prioribus*. Es decir, no es necesario impugnar el gravamen para provocar su ineficacia, sino que ésta se produce *ipso iure*, por lo cual basta desconocerlo. Así lo habían entendido, antes de la Compilación, DURÁN Y BAS, "Memoria...", Parte 6, cap. IV, p. 200; G. M. BROCA y J. AMELL, "Instituciones del derecho civil catalán vigente", vol. II, Barcelona 1886, núm. 941, p. 430, y ROCA SASTRE, "Notas al Derecho de Sucesiones", de Kipp, vol. II, § 132, I. 2, a, pp. 315. Comentando el ap. 1.º del art. 133. Comp., LUIS MARÍA VALLET MAS, "La protección contra gravámenes cualitativos de la legítima y la cautela Socini en la Compilación catalana", III, en *R. J. Cat.*, LXXI, abril-junio 1972, p. 261, deduce esta primera conclusión: "caso de gravámenes cualitativos sobre su legítima, la solución general que ofrece la Compilación catalana, es la de permitir al

En confirmación de este criterio, y como aplicaciones concretas del mismo, se han aducido el art. 65, § 2.º, núm. 1.º, y § últ., respecto del usufructo universal, y el art. 187, núm. 1.º, en supuesto de sustitución fideicomisaria (255).

Como vemos son rechazados:

1.º El criterio de la compensación automática que, como otros autores de Derecho común, había admitido Cancr (256) en caso de imponerse una sustitución fideicomisaria.

Durán y Bas (257), después de observar que la legítima “ni puede afectarse con gravámenes de restitución, de servidumbre, ni de otra clase cualquiera; ni hacérsele depender de ninguna condición, ni limitarla por ningún término”, y que “tales gravámenes o modalidades por derecho romano se tienen por no escritos”, añadió: “salvo la excepción introducida en el caso previsto en la ley 12.º Código *de inoffic. testam.*”, es decir, en la ley *Si pater puellae* para el fideicomiso recíproco.

Hoy, como excepción, se ha señalado (258) que en los supuestos de los arts. 145 —renuncia por la hija dote contenta— y 30 Comp. —si se hubiese aceptado la dote obligatoria con gravámenes en el *quale* compensados por la asignación de mayor *quantum*—, cabe aducir que se produce una compensación automática. Criterio que parece avalado por la S. 1 julio 1922.

Y, 2.º La facultad de ineludible ejercicio de una opción, por la cual se entendería automáticamente renunciada *ipso iure* el exceso atribuido si se rechazaba el gravamen de la legítima. El mismo Cancr (259) así lo entendía procedente si se reclamaba la legítima libre de la sustitución fideicomisario que el causante hubiera impuesto a la total mayor atribución.

Ha prevalecido, pues, la opinión contraria que entre los autores catalanes contó con la adhesión de Fontanella (260).

legitimario desconocer el gravamen en cuanto afecta su legítima, sin necesidad de impugnarlo judicialmente para lograr su ineficacia, y pudiendo por contra admitirlo como válido y eficaz siempre que esta aceptación sea expresa o resulte de actos concluyentes”.

(255) Así lo indica VALLET MAS, loc. cit., IV, 2, p. 268, que añade el argumento sistemático derivado del carácter necesariamente expreso y voluntario que debe tener la renuncia a exigir la pureza cualitativa de la legítima, frente a la cual la compensación tácita impondrá una privación de la posibilidad de desconocer el gravamen basada en la aceptación, sin más, de la mayor atribución gravada.

(256) CÁNCER, “*Variae Resolutiones...*”, Pars. I, cap. III, n. 92, cfr. ed. Lugduni 1712, p. 77: “*pater potest gravare filium in legitima multo plus ei reliquendo*”.

(257) DURÁN Y BAS, “*Memoria...*”, p. últ. cit.

(258) Así lo estima VALLET MAS, loc. cit., pp. 270 y ss.

(259) CÁNCER, op. y loc. cit., n. 37 (p. 70). Este criterio fue seguido en el pasado siglo por VICENTE GIBERT, “*Teórica del Arte de Notaría*”, II parte, tít. VIII, § único *in fine*, cfr. 3.º ed. Barcelona 1875, p. 267, y G. M. BROCA y J. AMELL, op. y vol. cit., § 741, pp. 430 y s.

(260) FONTANELLA, “*Tractatus de pactis nuptialibus...*”, Cl. IV, Glos. XIX, Pars. I, n. 39 (cfr. ed. Lugduni 1667, t. I, p. 469). Después de la compilación, y analizando sus preceptos, VALLET MAS, loc. cit., III, pp. 261 y s.,

En cambio, conforme a la opinión de los más preclaros autores catalanes (261), se admite la posibilidad de que el testador imponga cautelas de opción compensatorias de la legítima. Así, el apartado 2.º del mismo art. 133 Comp. cat. dice:

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

Faus Esteve y Condomines Valls (262) comentaron: “El artículo 133 traduce la norma de la llamada cautela Socini. En todos los testamentos, pero especialmente en los de las ciudades, aparece con gran frecuencia el legado de usufructo universal y vitalicio a favor del cónyuge y la herencia en nuda propiedad y en partes iguales o desiguales a los hijos. Si la disposición no añade otra cosa, cualquiera de los hijos puede y debe obtener que la porción del valor de los bienes hereditarios que deba serle atribuido en concepto de legítima propia se le entregue de modo íntegro e inmediato liberándolo del usufructo que corresponde al viudo o viuda. Aunque ello es inevitable, el testador puede disponer que si el legitimario no acepta las limitaciones a que se refiere el mismo artículo 133 se reducirá su derecho estrictamente a la legítima, con lo cual el legitimario se encuentra frente a una opción que libremente ejerce y que en la mayoría de los casos conduce a respetar el íntegro usufructo”.

F) EN EL DERECHO FORAL DE VIZCAYA.

44. En el Fuero de Vizcaya la ley VII del título XXI lleva como epígrafe: *“En qué caso se puede poner gravamen a los hijos”*,

concluye que no cree aceptable que el hijo deba renunciar al legado gravamen cualitativo en cuanto al exceso de su legítima, para exigir o retener ésta a su completa y libre disposición: “puesto que ni el art. 133 de la Compilación ni sus preceptos concordantes lo exigen, ni creemos que sea compatible con la indivisibilidad de la aceptación, ni tampoco con las facultades que al causante atribuye el art. 122 de la misma Compilación o con el sistema legitimario catalán de actuación meramente negativa o de freno”. Por eso, estima que “a falta de previsión por el testador, siempre que la legítima venga gravada por el causante en el *quale*, el legitimario podrá desconocer este gravamen en cuanto afecte a su legítima, sin perjuicio de hacer suyo, si lo hay, el exceso de la atribución”.

(261) Cfr., entre los modernos, TOMÁS FONTOVA Y ESTEVE, “La llegítima dels fills a Catalunya”, en *R. J. de Cat.*, XX, enero-febrero 1914, p. 133; JOSÉ PELLA Y FORGAS, “Código Civil de Catalunya”, vol. III, Barcelona 1918, art. 1873, p. 266 y s.; ANTONI M.º BORRELL I SOLER, op. cit., vol. V-2.º, § 504, 418, y s.; ROCA SASTRE, “La necesidad de diferenciar lo rural y lo urbano en Derecho sucesorio”, en *An. A. Matr. del Not.*, vol. I, p. 470, “Estudios...”, vol. II, cap. V, pp. 175 y s. y *Notas* al “Derecho de sucesiones” de Kipp, § 132, V, vol. II, p. 318.

(262) RAMÓN FAUS ESTEVE y FRANCISCO DE ASÍS CONDOMINES VALLS, “Compilación del Derecho Civil de Cataluña”, Barcelona 1960, pp. 81 y s. Cfr. en especial, el cit. estudio de VALLET MAS, IV, pp. 262 y ss.

y en su parte dispositiva declara: "Que havian de Fuero, y que establecían por Ley, que los Padres, a otros, qualesquier disponentes en vida, o en muerte, no pueden poner en perjuicio de la legítima, y de lo que se debe a aquellos en quien la tal disposición se hace gravamen alguno, vínculo, sumisión, ni restitución en aquella tierra raíz, con que hacen la dicha apartación, y exclusión: Porque la tal tierra de apartación, sucede en lugar de la legítima, y de los bienes debidos: Y si lo pusieren no valga, y sea como si no lo huvieran puesto. Pero, si los tales Padres, o otros cualesquier disponentes en vida, o en muerte (allende la tierra de la tal apartación) dieren, donaren, o mandaren a los tales Hijos, o Hijas, o otros cualesquiera, alguna suma de maravedís en cuanto quier cantidad que sea, o otros cualesquier bienes muebles, rayzes, semovientes, derechos, y acciones (aunque sean para dote, o donación, proteruncias, o arras de los tales Hijos, o Hijas, o descendientes, o profincos, o otros cualesquiera apartados) valga, y haya lugar cualquier vínculo, sumission, restitución, o otro qualquier gravamen, y disposición, que los tales Padres, o disponentes en vida, o en muerte pusieren, y dispusieren en los dichos maravedís, y bienes dados, o dexados; allende la tierra rayz de tal apartación".

Al interpretar este texto algunos autores (263) han atendido a que la prohibición de poner gravámenes a la tierra de apartación fue establecida en esta ley como ampliación del impedimento que tenía el heredero principal, equiparándose a la legítima la tierra de apartación.

El P. Chalbaud (264) había observado que de la letra de esta ley podría deducirse que a quien sólo se le deja algo además de la tierra de apartación se le puede gravar el exceso, tanto más ha de poderse gravar al que se le deja toda la herencia; pero opinó que debe rechazarse esa interpretación respecto a los bienes troncales, ya que haría ilusoria su sucesión forzosa, a no ser que los gravámenes se establecieran a favor de la propia descendencia.

La opinión prevalente (265) ha estimado, partiendo del criterio expuesto por el P. Chalbaud y de su armonización con las leyes 14 y 18, tít. XX y la 5, tít. XXI, que los gravámenes respecto de los bienes raíces sólo pueden ponerse en favor de otros herederos forzosos del propio grupo, pero no de personas extrañas.

(263) En este sentido cfr. ANGEL SÁNCHEZ DE LA TORRE, "Variabilidad e intangibilidad de la legítima vizcaína", en Estudios de Deusto, VI, 11, enero-junio 1958, pp. 155 y ss.; JOSÉ MARÍA ESJAVIERRÍA, "El apartamiento en el Fuero y en la Compilación del Derecho civil de Vizcaya", en "Estudios de Deusto, VII, 14, julio-diciembre 1959, nota 45, p. 435. Cfr. nuestras notas críticas "Los trabajos de Angel Sánchez de la Torre acerca de la troncalidad, abintestato y legítima vizcaína", II, en A.D.C., XIII, I, enero-marzo 1960, pp. 217 y s.

(264) LUIS CHALBAUD Y ERRAZQUIN S. I, "La troncalidad en el Fuero de Vizcaya", IV, Bilbao 1898, pp. 64 y ss.

(265) Cfr. RODRIGO JADO Y VENTADES, "Derecho civil de Vizcaya", II Parte, Sec. III, § I, pp. 355, y JOSÉ DE SOLANO Y POLANCO, "Estudios Jurídicos del Fuero de Bizcaya", cap. V, Bilbao 1918, p. 270.

Esta solución es la que ha sido recogida en el art. 27 de la Compilación vizcaína:

“No podrá imponerse a los hijos, descendientes o ascendientes legítimos sustitución o gravamen que exceda del quinto de los bienes, a no ser en favor de otros herederos forzosos.”

“Tampoco podrá imponerse sustitución o gravamen sobre bienes troncales sino a favor de otro heredero tronquero.”

45. Entre los autores de *Droit coutumier* se planteó en Francia, el problema de si el heredero legitimario a quien el testador no le atribuyó los bienes troncales o “*propres*” que le correspondían, sino bienes no raíces o “*adquets*”, podía conservar éstos y reclamar aquéllos o bien debía optar por recibir unos u otros (266). No sabemos que por la doctrina—excepto unas observaciones que en otra ocasión hicimos (267)—ni por la jurisprudencia haya sido planteado un problema análogo para Vizcaya.

Supongamos un vizcaíno que viva fuera de Vizcaya, o bien en una villa, y que tenga en la tierra llana o infanzona un caserío troncal y además sea titular de una pingüe fortuna en bienes no troncales. En su testamento instituyó heredero a su único hijo y legó el caserío troncal al casero que se lo cultivaba. Así planteado el caso, busquemos la solución. Sin duda, el hijo podrá reclamar el caserío, pero, en este caso, ¿deberá abandonar todos los bienes disponibles al legatario?, ¿deberá abandonárselos tan sólo en cuanto al montante del valor del caserío reclamado?, ¿deberá compensar al legatario en dinero el valor de este caserío en cuanto no exceda del valor de los bienes disponibles recibidos?, o bien ¿no tendrá por qué abandonar ningún bien disponible al legatario ni compensarle en forma alguna?

En primer lugar, hay que tener en cuenta la interpretación del § 2.º del art. 863 C. c.—aplicable subsidiariamente a la tierra aforada vizcaína— que ha predominado. Esta interpretación admite, con carácter facultativo para el heredero, la posibilidad de satisfacer en su justa estimación el legado de cosa ajena. Ello elimina los inconvenientes objetados por Dufresne y Pothier al temperamento de Ricard, en el *Droit coutumier* (268) y hace que aquí nos

(266) Cfr. nuestro estudio de las opiniones de DUMOULIN, LALANDE, RENUSSON, LEBRUN, FURGOLE, DUFRESNE, RICARD, POTHIER, en “Cautelas...”, I, A. d, β, loc. cit. pp. 451 y ss.

(267) *Ibid.*, γ, pp. 456 y s.

(268) Entre la opinión de que los herederos reservatarios podían reclamar hasta los cuatro quintos de los *propres* sin necesidad de abandonar la parte disponible y la contraria que exigía este abandono para aquella reclamación, JEAN MARIE RICARD (“*Traité des donations entre vifs et testamentaires*”, 3.ª Parte, cap. X, Sec. I, nn. 1443 y ss., cfr. ed. París 1754, vol. I, pp. 764 y ss.), propuso el temperamento de que el heredero que quisiera retener los cuatro quintos de los *propres* legados no se le pudiese obligar a que abandonase a los legatarios todos los bienes disponibles, sino tan sólo en la parte concurrente con el valor de los *propres* que retuviese, o bien a que abonase a los legatarios en metálico la estimación de éstos. DUFRESNE (“*Journal des Audiences*”, libr. II, cap. 42) y, siguiendo su argumento,

resulte más equitativa la solución de imponer al heredero troncal, siempre que reclamase el bien raíz legado a un extraño, que entregue a éste bienes disponibles equivalentes al valor del bien troncal reclamado, o bien que le satisfaga la justa estimación de éste.

En segundo lugar, aun en caso de que el heredero troncal no haga uso de esta facultad solutoria y acate la disposición testamentaria que atribuye a un extraño el bien troncal, no puede olvidarse que rige en Vizcaya un retracto gentilicio, regulado actualmente en el Título VIII de la Compilación (arts. 51 a 59) y que nos parece perfectamente aplicable en este caso. Aun cuando este derecho de compra de los tronqueros sólo nace en caso de transmisión onerosa, no hay que olvidar que en nuestro caso, si bien hay una disposición gratuita del causante, ésta no es válida, y sólo se convalida porque la acepta el heredero, quien prefiere convalidar dicha disposición inválida que compensar al legatario con su equivalente en los bienes disponibles que recibe liberalmente o en su justa estimación —como estaría obligado en caso de reclamar el caserío—. Hay, pues, en esta convalidación una compensación onerosa de la disposición otorgada inválidamente por el causante, con la contraprestación que hubiese correspondido al legatario, si el heredero hubiere optado por reclamar el bien raíz que legalmente le correspondía. Compensación que —creemos— debe dar lugar, en justicia, al derecho de compra de los tronqueros.

En todo caso, para evitar las dudas de la solución compensatoria propuesta, parece aconsejable que el testador emplee una cautela de compensación legitimaria, parecida a la aconsejada por Pothier: “Lego a mi casero A el caserío N, y si mis herederos troncales no lo quisieren, lego a aquél tales bienes disponibles”, o “su estimación en tal forma” (269).

III. REDUCCION DE LEGADOS INOFICIOSOS

A) EN EL DERECHO ROMANO Y COMÚN.

46. La reducción de los legados excesivos discurrió en el Derecho romano por dos cauces diversos:

I) Uno, el de la acción de suplemento de legítima, cuando subsidiariamente puede dirigirse contra los legatarios, según hemos visto antes (270), para el supuesto de haberse dejado a un legitimario menos de lo que en dicho concepto le correspondiera.

POTHIER (“Coutumes des Duchê, Baillage et Prévoté d’Orleans”, Intr. al tít. XVI, Sec. IV, § 2.º, n. 55; cfr. *Oeuvres de Pothier*, vol. XVI, ed. París 1825, p. 317) observaron la incompatibilidad de este temperamento con el criterio de derecho reflejado en la imposibilidad de que el heredero gravado con legado de cosa propia pudiera facultativamente librarse de satisfacerlo dando en su lugar su estimación, que sólo era debida subsidiariamente con respecto a la cosa suya legada.

(269) POTHIER, loc. últ. cit.

(270) Cfr. *supra*, n. 3.

II) Otro, anterior a la misma existencia de la legítima, amparado en la ley Falcidia, para el supuesto de habersele instituido en cuota hereditaria suficiente, pero gravado con legados que la redujeran en más de tres cuartas partes de su haber hereditario.

Es sabido que la *lex Falcidia*, tuvo la finalidad inicial y principal de asegurar la aceptación del heredero y con ella la eficacia del testamento, salvando a los legados de la caducidad que les deparaba la repudiación del heredero (271). Fue dictada en tiempos del Triumvirato, el año 714 de la fundación de Roma, 40 antes de Cristo. El senadoconsulto *Pegasiano* la extendió a los fideicomisos, en el año 75 de nuestra era, siendo emperador Vespasiano (272), y esta cuarta respecto de los fideicomisos universales tomó el nombre de *Trebellianica*.

No obstante esta diversa finalidad, prácticamente la aplicación de la Falcidia a favor del legitimario instituido *ex asse*, impedía que éste ejercitara la querella y, más tarde, la *actio ad supplementum* cuando surgió esta acción, pues una y otra sólo se daban subsidiariamente (*ultimarum adiutorium*) (273) al heredero forzoso que por ningún otro concepto pudiera obtener el mínimo debido.

El pasaje V, 1 de las *Epístolas* de Plinio lo indica, además de mostrar la influencia que la Falcidia tuvo en la fijación de la legítima en una cuarta parte: “¿Tendrás tú derecho a quejarte si tu madre te hubiera instituido en una cuarta parte?, ¿o bien, si te hubiese instituido en el todo encargándote de tantos legados que no te hubiera quedado más que una cuarta parte?” (274). De ahí que a veces, para expresar que la legítima había quedado salvaguardada, se dijera que se había recibido la falcidia. Como Ulpiano en el fragmento 14 de su libro XIV *ad Edictum*, recogido en Dig. V-II, 8, § 9: “quis ex asse heres institutus est, ideo non potest, dicere inofficiossum, quia habet Falcidiam”, y § 11, que excluye la querella por parte de quien había recibido la falcidia por imputación de los frutos percibidos por el heredero gravado.

Empléase el nombre de esta cuarta también para expresar la legítima en la legislación posclásica y en la Justiniana (275), como

(271) Cfr. FRANCO BONIFACIO, “Ricerche sulla lex Falcidia de Legatis”, I, nn. 1 y ss., Nápoles, 1948, pp. 3 y s.

(272) Cfr. WINDSCHEID, “Diritto delle Pandette”, § 650, nota 1, vers. italiana de Torino 1925, vol. III, p. 477; GIRARD, op. cit., L. III, V, tít. III, sec. I, § 1, p. 976; SOHM, op. cit., 102, p. 584; BIONDO BIONDI, “Sucesione testamentaria e donazioni”, n. 143, Milano 1943, pp. 381 y ss.; FRANCO BONIFACIO, op. cit., n. 1, pp. 3 y ss.

(273) Cfr. GIRARD, op. cit., lib. III, V, tít. I, cap. III, sec. II, I, pág. 918, nota 1, donde refiriéndose a la querella y apoyándose en la sentencia de PAULO, 4, 5, 5, indicó que no podía utilizarla el legitimario instituido *ex asse*, puesto que tenía derecho a la cuarta Falcidia respecto de los legados y a la cuarta Pegasiana respecto de los fideicomisos.

(274) Cfr. MAYNZ, op. cit., § 390, nota 15, cfr. ed. cit., vol. III, p. 406.

(275) Lo han hecho notar: PEDRO GÓMEZ DE LA SERNA, “Curso Histórico-Exegético del Derecho Romano, comparado con el Español”, lib. II, tít. XVIII, 3; cfr. 4.ª ed. Madrid 1869, vol. I, p. 475; MAYNZ, op. y vol. cit., § 391, nota 1, vol. cit., p. 415; BIONDO BIONDI, op. cit., 146, p. 393.

se observa en el Codex Theodosianum (16, 8, 28) y en la Constitución de Justiniano del año 528, recogida en el Codex III-XXVIII, 31. Y en la Alta Edad Media, como han observado algunos autores (276), en diversas leyes romano bárbaras *quarta* y *falcidia* se identifican en significar la legítima.

Biondi (275) concluyó que en el Derecho justiniano existieron dos aplicaciones de la falcidia: una que comportaba la reducción de los legados a favor del legitimario y que era inderogable; y la otra a favor del heredero voluntario, que el testador podía excluir.

La superposición de legítima y de la falcidia o la trebelliánica derivó de una interpretación canónica aplicada a los fideicomisos condicionales en los caps. Raynutius 16 y Raynaldus 18, del tít. XXVI, Lib. III de las Decretales, que estaba fundada en una idea que fue calificada por Windscheid (278) de completamente extraña al Derecho romano, como se trasluce en los preámbulos de ambos capítulos al separar la deuda, o tercia de derecho natural, y la Trebelliánica.

Aquella vieja relación entre legítima y falcidia o trebelliánica, sin la modificación canónica, se observa en el Tít. XI de la Quinta Partida.

a) Su ley 1 señala su paralelismo: “Falcidia es llamada en latín, la quarta parte de la herencia, que deue auer el heredero extraño...” “Mas si los herederos fuessen de los que descenden, o suben por la liña derecha del fazedor del testamento, estonce deuen auer la su parte legítima” (279).

b) La ley 2, en su penúltimo apartado, en el cual, hablando de la falcidia, dice “puede el heredero sacar la su parte legítima”.

c) La ley 4, al señalar cuáles son las mandas que “non duen ser menguadas por razón de la Falcidia”, después de decir “Sacar pueden los herederos de las mandas la su quarta parte legítima a que llaman en latín Falcidia, assi como de suso mostramos”, e indicar entre aquéllas: las mandas piadosas y de beneficencia, ex-

(276) NINO TAMASSIA, “La falcidia nei piu antichi documenti del medio evo”, cfr. en “Scritti di Storia Giuridica”, vol. III, Padova 1969, pp. 603 y ss. Véase en su § 2, pp. 626 y ss., su comprobación en la “Lex Romana Burgundionum” o “Papiano” y, seguidamente, en documentos francos de la época y en la Ley retico-coirensis en la que se da el nombre de *Falsicia* a la cuarta parte reservada a los herederos forzosos. En su § 3.º, pp. 639 y ss., lo comprueba también en las fuentes y documentos italianos hasta llegar a los siglos X y XI, después de los cuales el renacimiento romanístico deparó la renovación de las fórmulas en los documentos.

(277) BIONDI, op. cit., n. 146, p. 393.

(278) WINDSCHEID, op. cit., § 652, nota 5, ed. y vol. cits., p. 483.

(279) GREGORIO LÓPEZ al glosar estas últimas palabras, gl. 4, 1, tít. XI (cfr. ed. y vol. cits., p. 654) explicó: “Manifiesta claramente esta ley, que el hijo no puede deducir a la vez la legítima y la falcidia; en efecto, así resulta de la partícula *más*, equivalente a *sed*, palabra que así en puntos de hecho como en los de derecho, indica *contraposición*”. De modo “que en todo caso se dará únicamente lugar a la detracción de una cuarta”. Aunque añade: ...“a no ser que al hijo se le hubiese gravado de restitución condicionalmente...”, con lo que este comentarista aludió a la solución canónica que luego examinaremos.

cluye: "Fueras ende, si el heredero fuesse de los que descenden, c suben por liña derecha del testador. Ca estos atales en todas guisas deuen auer la su parte legitima, e non gela pueden embargar por tales mandas como sobredichos son, ni por otra manera ninguna" (280).

d) La ley 7 al declarar que si los herederos no hubiesen hecho inventario, "non podrían sacar la falcidia", excluye: "Fueras ende, si los herederos fuessen de los que descenden, o suben por la liña derecha de los fazedores de los testamentos. Ca estos atales deuen auer la su parte legitima".

47. Ha sido subrayado que mientras las leyes Furia y Voconia iban dirigidas al legatario a quien le producían una *incapacitas* (281), la ley Falcidia se refería al testador, limitándole su *testamenti factio* en una cuarta parte (282), tal como resulta de la explicación de Paulo al comentar que "liberam legandi facultatem dedit usque ad dodrantem" (283). Pero esta calificación no pudo mantenerse a partir del momento en que fue permitido al testador excluir la aplicación de la falcidia (284) en aquellos casos en los cuales el heredero no fuese un legitimario (285), pues en el supuesto de serlo seguía siéndole aplicable.

De tal limitación de facultad dispositiva, se deducía la nulidad *ipso iure* de los legados en lo que excedieran de la medida admitida (286), que muestra Gayo, en su libro XVIII *ad Edictum provinciale* (Dig. XXXV-II, 73, § 5), al explicar que "pro rata portione per legem ipso iure minuuntur" (287). Esa nulidad, tratándose de un legado *per vindicationem* de cosa divisible, daba lugar a que el legatario sólo adquiriese la propiedad de tres cuartas partes, mientras

(280) Glosando las palabras "la su parte legítima", GREGORIO LÓPEZ (gl. 22 h.t., ed. y vol. cit., p. 660) señala que, conforme la ley *Quoniam in prioribus*. Cod. III-XXVIII, 36, pr., las legítimas de los demás hijos no sufren jamás disminución por la falcidia del heredero.

(281) Así, BIONDO BIONDI, op. cit., n. 54, pp. 134 y ss.

(282) BIONDI, op. cit., n. 144, p. 384 y BONIFACIO, op. cit., 1, n. 2, pp. 5 y ss.

(283) Dig. XXXV-II, 1, pr.

(284) Es de notar que la antigua función de la falcidia había perdido su base principal, desde que no fue necesariamente requerida la aceptación del heredero para la eficacia de los legados, y que, a consecuencia de las numerosas excepciones que, aún en el caso de renuncia de aquél, mantenían la eficacia de éstos —en especial por el uso de la cláusula codicilar— ya no resultó absurda, como lo habría sido en el *ius civile*, que la eficacia de un testamento quedara circunscrita sólo a los legados. Ello explica que fuera admitida la exclusión de la falcidia por disposición del causante (cfr. BIONDI, op. cit., 146, pp. 392 y s. y BONIFACIO, op. cit., 1, n. 12, pp. 34 y s.)

(285) Cfr. BIONDI, loc. últ. cit., p. 393.

(286) BIONDI, n. 144, p. 384.

(287) Algunos autores, como CUCIA (*L'expressione mortis causa*, Nápoles 1910, p. 76) han sostenido que la expresión *ipso iure* fue interpolada por los compiladores, pues al jurista clásico le debía bastar la expresión *per legem*. Objeción meramente formal, pues esta última expresión también estaba para justificar igualmente el resultado de la nulidad plena del legado en la parte que excediera del límite, como ha subrayado BONIFACIO (1, n. 3, p. 10).

que la otra cuarta parte quedaba en la herencia, y a que, en caso de ser *per damnationem* el legado, el legatario sólo tuviera acción por tres cuartas partes. Por lo cual, el heredero podía ejercitar contra el legatario la *vindicatio pro parte* de la cosa divisible; y, en caso de haber pagado totalmente el legado *per damnationem*, disponía de la *condictio indebiti* si su error no fue de derecho e inexcusable (288). De tratarse de legado *per vindicationem* de cosa indivisible, que, por razón de la falcidia, había sido totalmente nulo en el *ius civile*, se estimó válido por el *ius praetorium*, concediéndose al heredero para obtener su cuarta una *exceptio doli* (289), o una *actio in factum* (290), y se trasladó su derecho de la cosa a la *aestimatio* (291).

La ley 2, tít. XI de la 5.^a Partida, al tratar de cómo se puede sacar la falcidia, concluye afirmando: “e de todo lo al que fuere, puede el heredero sacar la su parte legítima, en esta manera: que si aquella cosa de que fué fecha la manda, fuere atal, que se pueda partir sin daño, e sin mal estança della, deue el heredero tomar della su parte: mas si fuese cosa que non pudiesse partir, asi como sieruo, o cauallo, o libro, o otra cosa semejante, estonce deuenla apreciar, e del precio della deue tomar el heredero la su parte. E si el heredero quisiesse tomar su parte en una cosa apartadamente, que fuesse mandada a otro, non lo pueda fazer, si non fuere con plazer de aquel a quien fue mandado”.

B) EN EL DERECHO DE CASTILLA.

48. En el Derecho Real de Castilla se discutió si persistía la aplicación de la falcidia y la trebelliánica.

En términos generales, algunos autores (292) entendieron que la ley 1, tít. 4, libr. 5 del Ordenamiento de Alcalá, que pasó con igual numeración de ley, título y libro a la Nueva Recopilación y como ley 1, tít. 18, libr. 10 a la Novísima, había eliminado la razón de ser de la falcidia al ordenar la validez de las sustituciones y legados, aunque el heredero renunciara a la herencia, y disponer respectivamente que, en estos casos, “el substituto o substitutos, lo puedan auer todo” y “vala el testamento en las mandas y en las otras cosas”. Pero en el

(288) Cfr. BIONDI, loc. últ. cit. y BONIFACIO, op. cit., 3, pp. 63 al final.

(289) Dig. XXXV-II, 16 (SCAEVOLA, lib III *Quaest.*)

(290) Dig. XXXI-único, 77, § 2 (PAPIANO, Respuestas, lib. VIII).

(291) Dig. XXXI-único, 1, § 9, y 80, § últ. Cfr. BIONDI, loc. últ. cit., p. 385. Se discute si es clásica o sólo justiniana esta traslación del objeto del derecho de la cosa a la *aestimatio*, y se ha afirmado que los compiladores interpolaron los textos clásicos que se refieren a ella (cfr. BONIFACIO, op. cit., 1, nn. 7 y ss., pp. 16 y ss.).

(292) En este sentido ANTONIO GÓMEZ, “Variae...”, lib. I, cap. XI, n. 11, vers. “*Ex qua l. regia inferas*” (ed. cit., p. 161) estimó que no había lugar a la *quarta legis Falcidia*, aunque sí a la *Trebellianica* en el fideicomiso universal, por opinar que para la validez de éste se requería la aceptación del heredero gravado. También consideraron que no era de aplicación la falcidia: DIEGO SPINO, op. cit., gloss. VIII *principalis*, nn. 88 a 91 (ed. cit., pp. 410 y ss.) y JERÓNIMO DE CEVALLOS, “*Speculum Practicarum et Variarum Quaestionum*”, quaest 30 (cfr. ed. Toleti 1599, p. 90).

Siglo XVI predominó entre los autores (293) la opinión contraria, basada esencialmente en que seguían vigentes otras razones que también fundamentaron la aplicación de esa cuarta, como la de evitar la injuria de dejar intestado al causante y la de procurar que el heredero obtuviera algo más que el nombre: "*Ca desaguizado seria haber nome de heredero, e non le venir, ende pro ninguno*", como dijo el proemio del tít. XI de la Partida 6.^a

En especial, se puso sobre el tapete su relación con la legítima. Tema en el cual una primera cuestión se refirió a la posibilidad de su duplicidad, es decir, a si cabía la posibilidad de detraer legítima y falcidia o legítima y trebelliánica. Algunos autores (294) entendieron que no era posible deducirlas simultáneamente, sino que únicamente cabía deducir la legítima a la muerte del causante y llegado el día la trebelliánica tratándose de un fideicomiso condicional o a término. Pero, conforme entendió Gregorio López (295) en sus glosas a las leyes 12 del tít. V y 1.^a del tít. XI de la 6.^a Partida, éstas habían rechazado en todos los casos la detracción por un mismo heredero de la legítima y de la trebelliánica o la falcidia; y más claramente "las leyes del Fuero y de Toro, por las que el padre puede disponer libremente del quinto, y del tercio aquél que no tiene des-

(293) GREGORIO LÓPEZ dio por sentado que no había quedado derogada la falcidia, como expone especialmente en su glosa a las palabras "*la su parte legítima*" de la ley 1, tít. XI, 6.^a Partida o gl. 4 h.t. (cfr. ed. cit., p. 655, col. 1), e igualmente COVARRUVIAS, "In tít. De Testamentis...", cap. *Raynutius* 16, n. 5 (cfr. "Omnium operum", vol. II, ed. Lugduni 1584, p. 94) y DIEGO RODRÍGUEZ DE ALVARADO, "De coniesturata mente defuncti ad methodum redigendo", lib. IV, cap. I, n. 22 (ed. Hispali 1528, fol. 152). Sostuvieron polémicamente la vigencia de falcidia y trebelliánica, contra la opinión de ANTONIO GÓMEZ, y a favor de la sostenida por ANTONIO DE PADILLA, al comentar la l. *Eam quam*, n. 109, Cod. De fideicommissis, entre otros autores los siguientes: MARCOS SOLÓN DE PAZ, o sea, BURGOS DE PAZ, "Ad leges Taurinas insignes commentarii", Lex III, Pars I, nn. 962 y ss. (cfr. ed. Pinciae 1568, fol. 298 vto. y s.), MATIENZO, op. cit., lib. V, tít. IV, gl. XV, n. 18 (fol. 100), el Dr. LUIS DE MOLINA MORALES, "De Hispanorum", lib. I, cap. XVII, n. 10 (cfr. Novae ed. Lugduni, p. 161), el P. LUIS DE MOLINA, S. I., op. cit., Tract. II, Disput. CCXIII, n. 3 (ed. cit., vol. I, p. 494), ALFONSO DE AZEVEDO, op. cit., lib. V, tít. V, ley I, n. 121 (ed. cit., vol. III, p. 110), ANTONIO PICHARDO DE VINUESA, "Commentaria in IV Institutionum Imperatoris Iustiniani Libros", lib. II, tít. XXII, nn. 33 y ss. (cfr. ed. renovata última, Lugduni 1671, vol. I, pp. 242 y s.), JUAN YÁÑEZ PARLADORIO, "Rerum Quotidianarum", lib. I, cap. XI, n. 2 (cfr. "Opera Jurídica", Novae Editio, Colloquiae Allobrogum 1761, p. 49), JUAN DEL CASTILLO SOTOMAYOR, "De usufructu", cap. LX, nn. 11 y ss., en "Quotidianarum Controversiarum Iuri" (cfr. ed. Lugduni 1667, vol. I, p. 226).

(294) Así, ANTONIO GÓMEZ, "Opus... super legibus Tauri", lex III, n. 82 (cfr. ed. Salmanticae 1575, fol. 18 vto.) y COVARRUVIAS, loc. cit., n. 3 (p. 94).

(295) GREGORIO LÓPEZ, gl. últ., ley 12, tít. V, o gl. 116 h.t., pp. 501 y s. y gl. a las palabras "la su parte legítima" de la ley 1, tít. XI, 6.^a Partida, o gl. 4 h.t. (pp. 654 y s.). En igual sentido, BURGOS DE PAZ, n. 972 (fol. 299 vto. y s.), PARLADORIO, loc. cit., n. 4 (p. 49), el Doctor LUIS DE MOLINA MORALES, loc. cit., nn. 7, 13, y 14 (pp. 160 y ss.). Criterio que, según DIEGO GÓMEZ CORNEJO, en su adición al n. 80 de los Comentarios de su abuelo ANTONIO GÓMEZ a la ley 3 de Toro (cfr. ed. Antuerpie 1624, p. 46), ya lo había sostenido ANTONIO DE PADILLA, al comentar la Auth. *Res quae*, Cod. De comm. leg., n. 33.

endientes y sólo ascendientes legítimos". De ese modo, a quien le fue legado el quinto, no le podían detraer los hijos herederos la cuarta parte del mismo; ni tampoco el ascendiente heredero podía detraérsela (296) a quien se le legó un tercio, y ni siquiera puede detraérsele al hijo mejorado en el tercio y no instituido heredero (297).

Como dijo el Dr. Luis de Molina (298), apoyándose en las leyes 17 y 27 de Toro, con relación a los descendientes, y en la 6, también de Toro, respecto de los ascendientes legitimarios: "Cum igitur leges illae permitant parentibus tertii et quinti praelegatum facere, et filiis in praedictum ascendentium, tertiam hereditatis partem praelegare; certum est, quod non posset parens integrum tertium et quintum praelegare, nec earundem legum beneficio uti, si ex eo heres institutus posset quartam Trebellianicam detrahere; nec etiam filius tertiam hereditatis partem donare, aut praelegare posset; immo id esset contra earundem legum sensum, ac verba".

Más exactamente pudo decirse que, tratándose de descendientes y ascendientes, la legítima ocupaba el lugar de la falcidia y de la trebellianica, a efectos de reducir los legados y fideicomisos que en conjunto superaran, no ya de los tres cuartos, sino de la parte disponible. Así vemos a varios autores castellanos tratar simultáneamente de la reducción de legados y fideicomisos tanto por razón de dichas cuartas como de la legítima del instituido heredero (299).

Por eso el Dr. Luis de Molina (300) distinguió la "Falcidia propria sumpta" y la "Falcidia generaliter sumpta quatenus legitimam comprehendit". En este segundo sentido es empleada la palabra falcidia en la ley 6, tít. XI, Partida 6.ª, cuando limita la eficacia de la prohibición impuesta por el testador de detraer la falcidia si era impuesta a "aquellos herederos que non suben, ni descenden de la línea derecha del testador"; por lo cual la ineficacia de dicha prohibición debió estimarse circunscrita a quienes no fueran legitimarios.

Por ello, también, a la inversa, las leyes 4 y 8 del mismo título y Partida llama legítima a la falcidia de los hijos, como notó Grego-

(296) Cfr. GREGORIO LÓPEZ, gl. últ. l. 12, tít. V, 6.ª P.; BURGOS DE PAZ, loc. últ. cit., n. 972, fol. 299 vto. y s.; DR. LUIS DE MOLINA MORALES, loc. últ. cit., n. 8, pp. 160 *in fine* y 161.

(297) Estudió así esta cuestión PETRUS DE PERALTA, l. *Cum autem*, ff. *Delegatis* 2, n. 17, p. 136 en rel. n. 14, p. 133. Opinión a la que se refiere RODRÍGUEZ DE ALVARADO, loc. cit., n. 23, *in fine* fol. 152 vto. También el Dr. LUIS DE MOLINA, loc. últ. cit.

(298) Dr. LUIS DE MOLINA MORALES, loc. últ. cit., n. 8, pp. 160 y ss.

(299) Así COVARRUVIAS, op. cit., Cap. *Raynutius* 16, § XI, nn. 4 y 9 (pp. 93 y 94) y VÁZQUEZ DE MENCHACA, "De successionem creatione", lib. I, § VIII, n. 17 *in fine* (vol. cit., p. 112), que se refieren respectivamente a supuestos en los cuales la trebellianica no puede satisfacerse con frutos percibidos, ni prohibirse directa ni indirectamente, y los casos en que no se pierde la falcidia por falta de inventario, que son aquellos en los cuales sus beneficiarios son descendientes de primer grado que mediante ellas perciben o completan su legítima.

(300) Dr. LUIS DE MOLINA, loc. últ. cit., n. 24, p. 162.

rio López (301). En cambio, el Dr. Molina (302) entendió que “sed verius est legem illam in hac parte, sicut in pluribus aliis, legitimam cum Falcidia confundere”, considerándola referida en ella a la legítima debida a descendientes o ascendientes y no a la falcidia o a la trebelliánica, de las cuales podía prohibirse su detracción a los descendientes y ascendientes de ulterior grado que no fueren legítimos.

Quizá fue con este último punto de vista, que Parladorio (303) enunció que: “Liberis aut parentibus institutis, lex Falcidia, et senatus consultum Trebellianum, hodie apud nos locum habere non possunt”.

49. Lo cierto es que la falcidia y la trebelliánica, que habían salvaguardado la legítima romana clásica e hicieron innecesario en sus respectivos supuestos, primero el ejercicio de la *querella* y luego el de la *actio ad supplementum*, abrieron paso a la reducción de los legados y fideicomisos que lesionaran las legítimas. Incluso siguieron aplicándose al aumentar éstas a cuantías diversas de la cuarta parte, para cuya protección fue aplicado el mismo remedio que con la falcidia se había establecido.

Así, el último apartado de la ley 2, tít. XI, 6.^a Partida, que antes hemos transcrito y que habla precisamente de “sacar la su parte legítima”, ahonando el supuesto de que la cosa legada no se pudiese partir, dispuso que “entonce deuenla apreciar, e del precio della deue tomar el heredero la su parte”. Gregorio López (304) glosó: “Hecho el justiprecio, el heredero requerirá al legatario para que se le satisfaga la parte correspondiente; y no verificándolo éste, tendrá primero la excepción de dolo, si fuere convenido para el pago de la manda, l. 1, § 9, y l. 80, § últ., D. *ad leg. falcid.*”.

Pero aquí se interfirió la ley 19 de Toro, que permitió al padre, o a la madre “señalar en cosa cierta, o en parte de su hacienda el tercio e quinto de mejoría”, con el límite de que “no exceda el dicho tercio de lo que montare o valiere la tercia parte de todos sus bienes al tiempo de su muerte”. Y como sea que la ley 20 excluyó la opción del heredero de pagar en dinero el valor del tercio y quinto —calificados como legados parciarios— y ordenó que se satisficiera “en las cosas que el testador oviere señalado” se planteó cómo debía efectuarse la reducción del exceso de la mejora.

Los autores castellanos que se ocuparon de esta cuestión (305)

(301) GREGORIO LÓPEZ, gl. a las palabras “en la su parte legítima”, de la ley 8, tít. XI, 6.^a Partida, gl. 49 h.t. (p. 674): “y no es extraño que se la llame legítima, pues que también se la designa con este nombre, como se ve por la ley 4 de este título”.

(302) Dr. LUIS DE MOLINA, loc. y núm. últ. cit.

(303) PARLADORIO, op. y cap. cits., n. 7, p. 49.

(304) GREGORIO LÓPEZ, gl. a las palabras “deuenla apreciar” de la ley 2, tít. XI, 6.^a Partida o gl. 14 h.t., p. 657.

(305) ASÍ FERNANDO GÓMEZ ARIAS DE TALAVERA, op. cit., ley XVIII [XX], gl. a las palabras “Saluo si la hazienda”, nn. 6, 7, 8 y 9 (ed. cit., fol. CXXXII), TELLO FERNÁNDEZ, op. cit., lex XX, n. 14, vers. *Unde elicitor*

entendieron que la facultad de pagar la estimación en metálico, que la misma ley 20 confiere en el caso de que la mejora no fuese de cosa cierta, sino “en parte de la hazienda”, no podía atribuirse al heredero si esta parte fuere de tal calidad que “no se pueda convenientemente dividir”. Debía, entonces, acudirse a licitación, dando preferencia a aquél a quien correspondiese la mayor parte (que normalmente sería el mejorado), según entendieron Gómez Arias, Matienzo y Angulo, para ofrecer la estimación a los dueños de las menores partes, a quienes pasaría la opción de no ejercitarla aquél —“*Optio diferatur habenti maiorem partem et si non acceptat transit optio ad habentem minorem partem*”, según dijo Gómez Arias (n. 9)— o permanecería la cosa en comunidad a falta de acuerdo, en tanto no se disolviera judicialmente, como entendieron Matienzo y Angulo.

Si el testador no señaló las cosas con las que debía satisfacerse la mejora de cuota y la herencia resultase indivisible, la ley 20 de Toro resolvía “*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*”. Pero como también el hijo mejorado era heredero en su legítima, resultaba —según observaron los tres autores últimamente citados— que debía aplicarse el mismo criterio participacional 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, a falta de acuerdo, con licitación ante el juez. En apoyo de este criterio se invocó la ley final, tít. XV, Partida 6.^a, que en sus apartados 2, 3 y 4, al hablar de los poderes del juez, dice:

“E porende quando el viesse que alguna casa o viña que devia ser partida entre ellos, se menoscabaría mucho por fazer muchas partes de ella, bien pudiese mandar que la haya el uno, o los dos. E puede fazer obligar, a aquel o aquellos que la ovieren, que den por su parte a cada uno de los otros tantos maravedis quanto estimare que podrían valer las sus partes, que avia 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 guisadamente, assi como cavallo, o otra bestia; e dévelo apreciar, quando 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 razon.”

Al comentar este texto, señaló Ayerve de Ayora (306) como soluciones entre las cuales el juez podía decidir: el sorteo, la licitación o la adjudicación al que tuviese mayor parte, siempre a calidad de abonar el adjudicatario a los demás herederos su parte en dinero.

50. Hemos visto antes que, sin duda, especialmente por influencia de la variación de la cuantía de la legítima respecto de la

(fol. 172 vto.), MATIENZO, op. cit., lib. 5, tít. 6, ley 23, gloss IV, nn. 2 y 3 (fol. 150 vto.), ANGULO, op. cit., lex 4, gl. 4, n. 1 (fol. 121 vto.).

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

falcidia, se tendió a desplazar la concepción dual de la falcidia; una dispensable por el causante y la otra no dispensable por éste, por ser protectora de la legítima, y a pasar a otra concepción que distinguió el sentido estricto de la falcidia y otra significación lata o impropia de ésta que incluía la legítima en cuanto ésta actuara para producir la reducción de los legados que la hubiesen lesionado. De ahí dimanó la indicada conclusión de Parlatorio referida a la significación estricta de la falcidia: “*Libēris aut parentibus institutis lex Falcidia et senatusconsultum Trebellianum hodie apud nos locum habere non possunt*”. Pero este autor, que también había observado que, una y otro: “*etiam iure Regio non sunt antiquata*”, hizo notar: “*Hodie vero tam raro apud non in usum venire solet, ut fortassis hanc iuris partem obsoletam et antiquatam quis putaverit*”, explicando esa afirmación al final: *Quoniam ergo homine sine liberis vel parentibus decedere verum, idecirco Falcidia, et Trebellianica quarta, minus assidue nunc in foro versantur* (307).

La cuestión no quedó resuelta y las dudas continuaron. Entrado el siglo XVIII vemos al Profesor salmantino Antonio de Torres y Velasco (308) ocuparse de la cuestión, respecto de la cual volvió a insistir en que las leyes 1 y 7, tít. XI, 6.^a Partida debían entenderse derogadas por la 1, tít. 4, libr. 5 de la Recopilación, al mantener vigente los legados y demás contenido en el testamento aunque el heredero instituido no aceptara, “*ut cesset ratio Falcidia*”. Pero aplicó el mismo sistema de dicha ley a la reducción de los legados que invadieran la legítima, que contempló específicamente en el supuesto de rescisión de la institución de un extraño, por preterición o desheredación injusta, y mantenimiento de los legados a cargo de los herederos abintestato (309)

Ya en el último tercio del siglo XVIII, Febrero (310) da por vigente la cuarta falcidia, pero añade que “si el testador tiene herederos forzosos, no hay cuarta porque éstos deben llevar su legítima íntegra, sin condición ni gravamen (311), y sólo tendrán cabimiento los legados en el tercio, o quinto, según sea el testador”.

Este mismo criterio lo vemos recogido por Sala (312), Tapia (313),

(307) PARLATORIO, op. y cap. cit., n. 1 y n. 7, p. 49.

(308) ANTONIO A TORRES ET VELASCO, “*Institutiones Hispaniae Practico-Theorico comentatae*”, ed. Matritii 1735, lib. II, tít. XXI, n. 2, pp. 287 y s.

(309) TORRES Y VELASCO, loc. cit., n. 3, pp. 287 *in fine* y s. Propuso dos ejemplos, uno con dos legados a favor de extraños y otro de un legado a favor de extraño y otro a favor de un descendiente, indicando en ambos casos cuál era el importe de los gastos fúnebres y explicó cómo se reducían los legados, en el primer caso, para salvar los cuatro quintos de legítima larga y, en el segundo, para dejar ésta incólume del legado a favor del extraño y para salvaguardar dos tercios de ella del otro legado dispuesto a favor de un descendiente.

(310) JOSEF FEBRERO, “*Librería de Escribanos...*”, lib. I, Parte I, cap. I, § III, n. 63, cfr. 3.^a ed. Madrid 1783, vol. I, p. 66.

(311) Leyes 17, tít. 1 y 4, títul. 11, Part. 6, Auth. Novissima Cod. de Inofficios, testam. [nota de Febrero].

(312) JUAN SALA, “*Institutiones Romano-Hispaniae...*”, lib. II, tít. XXII, n. 6, cfr. 4.^a ed., Madrid 1824, vol. II, p. 72.

Sanponts y Barba, Martí de Eixalá y Ferrer y Subirana (314), F. García Goyena y J. Aguirre (315), Benito Gutiérrez (316), Domingo de Morató (317).

Por el contrario, reducen la denominación de la falcidia a aplicarla a la cuarta deducible por el heredero extraño, que siguen considerando vigente, Escriche (318), Navarro Amandi (319).

Finalmente, estimaron derogada la falcidia Joseph Marcos Gutiérrez (320) y Pedro Gómez de la Serna (321) fue considerada dudosa la cuestión por Gonzalo de las Casas (322).

C) EN EL CÓDIGO CIVIL.

51. La evolución de la que hemos ido tomando nota nos permite comprender por qué en el período codificador se recogieron como frutos maduros las siguientes directrices:

1.º La desaparición de la falcidia propiamente dicha.

2.º La independización total respecto de la falcidia en sentido más lato, aunque siguiendo su pauta, de la reducción de aquellos legados que afectaran a la legítima de legitimarios instituidos herederos.

3.º La unificación de la acción de reducción de legados afectantes a la legítima de legitimarios instituidos herederos y gravados con ellos, y de la afeción subsidiaria a la acción de suplemento de legítima de los legados que resultaran inoficiosos.

En el Proyecto de 1851 se comprueba claramente así.

La desaparición de la falcidia se observa en el cap. VIII "*De las*

(313) EUGENIO DE TAPIA, "Febrero Novisimo...", lib. II, tít. II, cap. XXI, n. 4, nota 1, y n. 7 (cfr. nueva ed., Valencia 1837, vol. I, pp. 564 y s.).

(314) SANPONT'S Y BARBA, MARTÍ DE EIXILA Y FERRER Y SUBIRANA, Nota adicional a la primera glosa de Gregorio López a la ley 1 del tít. XI, 6.ª Partida (ed. y vol. cits., p. 653) en relación a su adición a la última glosa a la ley 11, tít. V, 6.ª Partida o gl. 116 h.t. (p. 502).

(315) FLORENCIO GARCÍA GOYENA y JOAQUÍN AGUIRRE, "Febrero o librería de...", nn. 1713 y ss. (Notemos que en el n. 1745 dice "parte legítima o falcidia") y epígrafe adicional "De la cuarta falcidia" (cfr. 4.ª ed., Madrid 1852, vol. I, pp. 494 y ss.).

(316) BENITO GUTIÉRREZ, "Códigos...", lib. III, cap. V, sec. I, § III (cfr. ed. Madrid 1863, vol. III, pp. 478 y ss.).

(317) DOMINGO RAMÓN DOMINGO DE MORATÓ, "El Derecho civil español con las correspondencias del Romano...", n. 1326, nota 1 (Valladolid 1868, vol. II, pp. 182 y s.).

(318) JOAQUÍN ESCRICHE, "Diccionario...", voz Cuarta Falcidia (ed. Madrid 1847, vol. I, p. 609).

(319) MARIO NAVARRO AMANDI, "Código civil de España", Madrid 1880, arts. 1037 y s. (pp. 524 y s.).

(320) JOSEPH MARCOS GUTIÉRREZ, "Febrero reformado y anotado...", parte I, cap. I, § IX, n. 182, nota 2 (cfr. 3.ª ed. Madrid 1805, t. I, p. 107), y "Compendio de las Varias Resoluciones de Antonio Gómez", lib. II, cap. XII, n. 8 (ed. Madrid 1799, p. 90).

(321) PEDRO GÓMEZ DE LA SERNA, "Curso Histórico-Exegético del Derecho romano", lib. II, tít. XXII, *Comparación...* (cfr. 4.ª ed. Madrid 1869, vol. I, pp. 583 y s.).

(322) JOSÉ GONZALO DE LAS CASAS, "Diccionario General del Notariado...", n. 1230, voz "Falcidia (cuarta)", vol. V (Madrid 1856, p. 93).

mandas y legados" del tít. I, libro III, que nada dice de ella, y específicamente en sus arts. 676, que trata de la obligación de los herederos al cumplimiento de aquéllos, y 702, que se ocupa de la insuficiencia de los bienes de la herencia para la satisfacción de todos: los legados, sin hacer reserva en ninguno de los dos supuestos de derecho alguno de los herederos a retener parte alguna de su cuota.

La reducción de los legados inoficiosos aparece como uno de los supuestos en que es exigible la reducción de las "*disposiciones testamentarias que mengüen la legítima de los herederos forzosos*", que el art. 647 del Proyecto dice que "*se reducirán a petición de éstos, en lo que fueren inoficiosas o excesivas*".

A continuación de este artículo el art. 648 señala el modo de fijar la legítima y el 649 explica cómo se procederá a la reducción, a cuyo efecto indica, en primer lugar, que no se reducirán las donaciones, sino después de reducir o dejar "absolutamente sin efecto, si necesario fuere, las disposiciones testamentarias", que según su número 2.º se reducirán "a prorrata sin distinción alguna", salvo: "Si el testador quiso que se pagara cierto legado con preferencia a otros, no sufrirá reducción sino después de haberse aplicado éstos por entero al pago de la legítima".

Y seguidamente viene la determinación de cómo debe efectuarse la reducción de un legado de finca indivisible, expresada en los artículos 650 y 651:

Art. 650: "Cuando el legado sujeto a reducción consiste en una finca que no admite cómoda división, quedará la finca para el legatario, si la reducción no absorbe la mitad de su valor, y en caso contrario para los herederos forzosos, pero aquél y éstos deberán abonarse su respectivo haber en dinero".

Art. 651: "Si los herederos o legatarios no quieren usar del derecho que se les concede en el artículo anterior, podrá usarlo el que de ellos no lo tenía: si éste tampoco quiere usarlo, se venderá la finca en pública subasta a instancia de cualquiera interesado".

Es curioso que García Goyena (323) señala que el art. 650 fue tomado de los 755 y 756 sardos, "con una ligera modificación" que hace la solución "más fácil y sencilla a la par que más equitativa: el simple exceso decide respectivamente del derecho". Y, sin embargo, esta solución no fue sino la propuesta más de dos siglos antes por Gómez Arias: "Optio deferatur habente maiorem partem, et si non acceptat transit optio ad habentem minorem partem" (324) y que éste dedujo de armonizar la ley 20 de Toro con las normas de Derecho común. Notemos que, si bien la ley 2 del tít. XI, 6.ª Partida, seguía el criterio de Scaevola y Papiano recogido en el Digesto (XXXI-único 1, § 9, 77 § 2 y 80, 12 o XXXV-II,16) de atribuir la

(323) FLORENCIO GARCÍA GOYENA, op. y vol. cit., art. 650, pp. 99 y ss.

(324) FERNANDO GÓMEZ ARIAS DE TALAVERA, op. cit., ley XVIII [XX], glos. a las palabras "Salvo si la hazienda", n. 9, ed. cit., fol. CXXXII. Cfr. *supra*, en la nota 305 la referencia a las opiniones de TELLO FERNÁNDEZ y MATIENZO en el mismo sentido.

cosa indivisible al legatario, quien debía abonar su parte al heredero según su justiprecio, es de notar que en el Derecho correspondiente a estos textos, al ser la falcidia y la legítima de una cuarta parte y ser norma general la reducción a prorrata de los legados, era lo normal que la mayor parte de cosa fuere del legatario y no del heredero.

El Anteproyecto 1882-1888 en sus arts. 802 a 807 siguió los indicados arts. 647 a 651 del Proyecto 1851 (325) con adición al artículo 826 de un § 2, que no aparecía expreso en el art. 650 Proy. 1851: "El legatario que tenga derecho a la legítima, podrá retener toda la finca, con tal que su valor no supere el importe de la porción disponible y de la cuota que le corresponda por legítima". Se señaló como precedente suyo el art. 826 del *Codice civile* italiano de 1865. Sin embargo, asimismo, corresponde a la interpretación que los autores castellanos dieron a las palabras de la ley 19 de Toro, *relativa a la mejora de cosa cierta*, que exigía que "no exceda" "de lo que montare o valiere la tercia parte de todos los bienes al tiempo de su muerte", al estimar que la atribución de la cosa cierta, donada o mandada como mejora, podía sostenerse sin tener que reducirla en lo que excediere de tercio y quinto, imputando el exceso a la legítima estricta del mejorado, conforme al criterio de la ley 29, por lo cual sólo debía ser reducida en cuanto afectare a la legítima de los demás hijos (326).

52. El Código civil sigue el sistema del Proyecto de 1851 con la indicada aclaración añadida en el Anteproyecto 1882-88, al situarse como aplicación de los arts. 817, 818 y 820, los arts. 821 y 822 que tratan del modo de reducir los legados de finca que no admita cómoda división.

El art. 817, expresa la norma general: "*Las disposiciones testamentarias que mengüen la legítima de los herederos forzosos se reducirán, a petición de éstos, en lo que fueren inoficiosas o excesivas*".

El art. 818, como es sabido, determina el modo de fijar la legítima y el art. 820 indica el orden cómo se procederá en caso de lesión de legítimas por disposiciones del testador para efectuar la debida reducción. De sus tres reglas aquí nos interesan las 1.^a y 2.^a:

"1.^a *Se respetarán las donaciones mientras pueda cubrirse la legítima, reduciendo o anulando, si necesario fuere, las mandas hechas en testamento*".

"2.^a *La reducción de éstas se hará a prorrata, sin distinción alguna:*

"*Si el testador hubiere dispuesto que se pague cierto legado con preferencia a otros, no sufrirá aquél reducción sino después de haberse aplicado éstos por entero al pago de la legítima.*"

(325) Cfr. versión cit. cuidada por MANUEL PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, pp. 247 y ss.

(326) Cfr. COVARRUVIAS, "Variarum Resolutiones", lib. I, cap. XIX, nn. 1 y 2, cfr. ed. Lugduni 1586, vol. II, p. 248.

El criterio de esta última regla concuerda perfectamente con la norma del art. 891:

“Si toda la herencia se distribuye en legados se prorratarán las deudas y gravámenes de ella entre los legatarios a proporción de sus cuotas, a no ser que el testador hubiera dispuesto otra cosa.”

En cambio, necesita ser concordado con las reglas consignadas en el art. 887 (327).

“Si los bienes de la herencia no alcanzaren para cubrir todos los legados, el pago se hará en el orden siguiente:

“1.º Los legados remuneratorios.

“2.º Los legados de cosa cierta y determinada, que forme parte del caudal hereditario.

“3.º Los legados que el testador haya declarado preferentes.

“4.º Los de alimentos.

“5.º Los de educación.

“6.º Los demás a prorrata” (328).

(327) Parte este artículo de la desaparición en nuestro derecho de la falcidia, puesto que nada reserva en este supuesto para los herederos. También el art. 859 presupone la inexistencia de aquel derecho, que no salva al señalar la obligación del heredero gravado por el testador con un legado o de todos los herederos a prorrata si a ninguno hubiese gravado en particular. MANRESA (“Comentarios...”, vol. VI, art. 887, cfr. 6.ª ed., p. 679) entiende que los arts. 887 y 891 “rechazan en absoluto toda idea que indique facultad en los herederos voluntarios para retener una parte mayor o menor de la herencia” y, por tanto, no cabe aplicar la falcidia.

(328) Precedentes legislativos del art. 887, C. c. son el 702 del Proyecto de 1851 y el 872 Anteproyecto de 1881-1888.

El art. 702 Proy. 1851 dice:

“Si los bienes de la herencia no alcanzan para cubrir todos los legados, serán preferidos los de cosa específica y determinada; y el resto de los bienes se repartirá a prorrata entre los legatarios de cantidad de dinero.

“Los legados hechos en recompensa de servicios no estarán sujetos a este descuento, y se pagarán con preferencia; lo mismo se observará siempre que así lo determine expresamente el testador.”

GARCÍA GOYENA (op. y vol. cits., art. 702, p. 141) indica que está tomado del art. 1.628 del Código de la Luisiana. Mientras que el mismo autor al comenta el criterio proporcional del art. 649, n. 2 (precedente de nuestro 820, n. 2, vol. cit., pp. 98 y s.) glosa: “Pues que todas son iguales y de una misma naturaleza. Por esta razón se practicaba lo mismo para sacar la cuarta Falcidia, leyes 73, párrafo último, y 84, párrafos 1 y 2, título 2, libro 23 del Digesto, y ley 1, título 11, Partida 6. —El primer párrafo es el artículo 926 Francés, 734 Sardo, y común a todos los Códigos—. El segundo párrafo es el artículo 927 Francés, 734 Sardo, y común también a todos los Códigos; el testador puede preferir el pago de un legado al de otro, y es justo que se respete su voluntad mientras no se perjudique a la legítima”. A su vez, al comentar el art. 702 que también hemos transcrito, explica las prelacións previstas: “En el legado de cosa específica al dominio pasa al legatario así que muere el testador, y nada tiene que ver aquél con los otros legados y bienes de la herencia; aunque éstos sean cuantiosos, si la cosa específica perece, se extingue el legado; justo es, pues, que la conserve, aunque sean pocos —*Expresamente*: La voluntad del testador es la ley, si pues quiso tal legado de dinero fuese pagado con preferencia, quedará libre de la reducción o descuento, según se ha establecido al hablar de la legítima— *De servicios*. En este caso hay por parte del testador una especie de deuda, al menos moral, la deuda de la gratitud; y debe presumirse que quiso preferirla en el pago a los legados de pura y absoluta liberalidad”.

Cotejando estos artículos resulta inevitable preguntar si esta diferencia que se observa en el texto de los arts. 820, n. 2.º y 887, ¿obedece a que el criterio sea distinto según se trate de reducir legados por razón de la insuficiencia absoluta de los bienes de la herencia o bien por causa de una insuficiencia resultante de la prioridad de los derechos dimanantes de las legítimas?; o bien, si contrariamente, ¿deben entenderse ambos preceptos complementarios, de modo que en la interpretación de cualquiera de ambos debe tenerse presente lo dispuesto en el otro, armonizándolos entre sí?, o si, en fin, ¿se trata de dos enfoques de cuestiones distintas, refiriéndose el art. 820, n. 2.º a una responsabilidad *cum viribus* frente al legatario, es decir, de la afección de los bienes legados al pago de las legítimas, y el art. 887, solamente a las relaciones internas entre los legatarios, de modo que el resultado de la acción de reducción obtenido, conforme al art. 820, n. 2, pueda ser corregido respecto de los legatarios con la aplicación entre ellos de las reglas del art. 887?

La explicación de que los arts. 820, n. 2.º, 887 y 891 se refieren a supuestos distintos y que por esto se rigen por reglas diferentes, la hallamos expuesta por bastantes autores (329), bien es verdad que

Observemos pues, que GARCÍA GOYENA basó en la voluntad del testador las preferencias establecidas en su párrafo 2.º, bien fuese ésta voluntad expresa o sólo presunta por tratarse de legados en recompensa de servicios.

Notemos que en definitiva ese art. 702 del Proyecto 1851 más que determinar un orden de prelación señala unos criterios de preferencia.

En cambio, el Anteproyecto 1881-1888, estableció un orden de prelación, en su art. 872:

“Si los bienes de la herencia no alcanzaren para cubrir todos los legados, el pago se hará por el orden siguiente:

”1.º Los legados que el testador haya declarado preferentes.

”2.º Los de alimentos y educación.

”3.º Los legados remuneratorios.

”4.º Los legados de cosa cierta y determinada que forme parte del caudal hereditario.

”5.º Los demás a prorrata.”

Los autores del Anteproyecto indicaron que este texto procedía del artículo 2.617 Mexicano modificado (cfr. versión al cuidado de PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, p. 269). La modificación respecto del precepto mexicano consistió en pasar los legados declarados preferentes por el testador del 2.º al 1.º lugar; los de alimentos y educación del 4.º al 2.º; y en retroceder los remuneratorios que en el Código mexicano estaban en 1.º lugar al 3.º y los de cosa cierta del 2.º al 4.º

En el Código civil se han rectificado esas modificaciones y su redacción ofrece las siguientes diferencias respecto del 3.617 mexicano: los de cosa cierta y determinada están situados delante de los declarados preferentes por el testador, y se ha desdoblado la colocación de los de alimentos y educación, hallándose aquéllos en el 4.º lugar y éstos en el 5.º.

(329) Así SÁNCHEZ ROMÁN, op. cit., vol. VI-II, cap. XV, n. 115, pp. 964 y s. donde estima referido el art. 820, n. 2 a la reducción de legados hecha *en contemplación de las legítimas* y el 887 a la *efectuada cuando la legítima se halla cubierta pero los bienes no bastan para satisfacer todos los legados* y el conflicto surge *sólo entre legatarios*; cap. XVIII, 63, p. 1348, en que señaló “como la aplicación de uno es entre herederos forzosos y legatarios y la del otro sólo entre éstos, su esfera de acción es distinta y únicamente revela falta de armonía en el criterio de la ley para uno y otro caso, que en verdad no son idénticos, pero sí similares”. De modo parecido LÓPEZ R. GÓMEZ, “Tra-

alguno lamenta la disparidad de criterio que no le parece justificada (330), sin que haya faltado quien se ha mostrado perplejo (331).

tado Teórico-Legal del Derecho de Sucesiones”, cap. XX, art. 2, n. 10; ed. cit., vol. I, pp. 695 y s., no halla contradicción entre el art. 891, que sigue como el 820, n. 2 el criterio del prorrateo, que estima la regla general, y el art. 887, que considera excepcional para el supuesto de insuficiencia de los bienes de la herencia para pagar todos los legados. Para VALVERDE VALVERDE, “Tratado...”, vol. V, cap. XIV, § II, p. 335, no hay contradicción entre el orden de preferencia señalado en el art. 887 y el del art. 820, “porque este último artículo se refiere al conflicto entre herederos forzosos y legatarios, el primero, o sea, el 887, se aplica únicamente al caso de existir conflicto entre legatarios, no entre éstos y los herederos forzosos” (luego veremos que el cap. XI, en cambio, trata de armonizar ambos preceptos). DE BUEN, en sus *Notas* al Colin y Capitant, vol. VIII, p. 291, después de reproducir el texto del art. 887, añade: “En caso de que sea necesario reducir los legados por razón de ser inoficiosos, es de aplicar el art. 820 que, para tal caso, ordena reducir las mandas a prorrata, sin distinción alguna”. CASTÁN TOBEÑAS, “Derecho civil...”, 4.ª ed. 1939, vol. I, tomo LXIX, p. 401, una vez transcrito el art. 887 agrega: “En el caso de que el conflicto sea, no entre legatarios, sino entre éstos y los herederos forzosos; la reducción y pago de los legados ha de ajustarse a otro orden de prelación distinto, que es el establecido en el art. 820”. ROYO MARTÍNEZ, op. cit., cap. XXI, § 3, p. 241, señala la diferencia de los sistemas seguidos en ambos artículos: el 887, “en el caso de que los bienes de la herencia no alcancen para satisfacer todos los legados”, “establece un orden de prelación, basado en el objeto del legado o en la finalidad del mismo”, “más razonable” “que el dispuesto a rajatabla y sin contemplaciones en el art. 820”. PUIG BRUTAU, “Fundamentos...”, V-III, cap. II, 2, II, B, 2, b p. 190 cree posible explicar ese diferente criterio, porque “el art. 887 establece un orden de preferencia fundado en la valoración de la intención del testador y del interés de los legatarios” mientras “el art. 820 atiende únicamente al interés de los legitimarios”. BONET RAMÓN, “Compendio...”, vol. V, 70, pp. 417 y ss., señala la diversidad del criterio de ambos artículos, pues uno atiende a que entren en conflicto sólo legatarios entre sí y el otro contempla el supuesto de que éstos invadan la porción de los herederos forzosos. En este mismo sentido, al parecer, lo entendieron: LUIS CÁRDENAS, “Responsabilidad «ultra vires» por legados”, en *R.D.P.*, XXXIV, febrero 1950, p. 153; LACRUZ BERDEJO, “Notas al Binder, § 33, II, p. 307 y § 37 V, p. 323; GARCÍA BERNARDO, “La legítima...”, pp. 148 in fine y s.; DIEGO ESPÍN, “Manual...”, vol. V, sec. II, cap. III, IV, 10 ed. Madrid 1970, p. 343; MANUEL ALBALADEJO, “Compendio...”, cap. XXXII, 19, ed. Barcelona 1970, p. 578.

(330) Así, el mismo SÁNCHEZ ROMÁN, en el cap. XV, n. 115, p. 965, comenta que “es indudable que en la realidad de un mismo supuesto de hecho, cualquiera que sea el punto de vista desde el que se considere, o el fin a que responda el último resultado, es *común* o *igual* en la esfera de los hechos y, sin embargo, en el Código aparecen adoptadas *dos soluciones distintas y contradictorias* para el mismo (arts. 820, núm. 2.º, y 887)”, y en el cap. XVIII, 63, termina por reconocer que la diversidad de soluciones entre estos artículos, “revela falta de armonía en el criterio de la ley para uno y otro caso, que en realidad no son idénticos, pero sí similares”. También ROYO MARTÍNEZ, loc. últ. cit., concluye que “no se percibe la razón de la diferencia, pues, si bien es distinta la causa que impone la reducción, el problema es, en esencia, el mismo”.

(331) Así, MARIO NAVARRO AMANDI, “Cuestionario del Código civil...”, vol. III, arts. 820 a 822, pp. 313 y s., dijo de los arts. 820 n. 2.º y 887: “Ambos resuelven una misma hipótesis: la de que los bienes de la herencia o la parte de libre disposición de la herencia no alcance para cubrir todos los legados y esta hipótesis obtiene resolución distinta en uno y otro artículo sin que se nos alcance cómo no ha reparado el legislador en la contradicción en que incurría”. Aunque se pretenda que el art. 887 “se refiere

Especialmente ha chocado a algún comentarista (332) que el art. 820, n. 2.º exceptúa de su criterio igualitario, “sólo aquellos legados respecto de los cuales así lo hubiese declarado el testador”, mientras “el 887 coloca a éstos en tercer lugar. Con relación al 820, la voluntad del testador es la primera ley en la materia; conforme al 887, es la ley en tercer grado”. Pero la inconsecuencia de esta posibilidad obliga a rechazarla, pues como ha hecho notar otro autor (333): “el art. 887 no tiene más finalidad que la de suplir la voluntad del testador en cuanto al orden de preferencia para el pago de legados en todos los supuestos posibles”; “la voluntad del testador constituye la base del legado (arts. 668, 675, 858, etc., C. c.). Suponer que el número 3 cit. es de carácter forzoso frente al testador mismo, es negar esta base. Y el absurdo de este carácter forzoso resulta de la circunstancia incontrovertible de que el testador pudo no dejar legado ninguno, o pudo revocar todos los otorgados, sin distinción ninguna, incluso los remuneratorios y los específicos que forman parte del caudal hereditario”.

Manresa (334) expuso una solución armónica de esta aparente antinomia: “El testador puede declarar que alguna disposición o legado se respete con preferencia a los demás o que, por el contrario, sufra en primer término, si fuese necesario, la reducción, y en estos casos debe ser respetada la voluntad expresa del testador como dueño de la porción libre de sus bienes. A falta de manifestación expresa en tal sentido, se deduce claramente también su voluntad de estimar preferentes los legados en que declara que los hace para recompensar o remunerar servicios, a los que consisten en una cosa determinada respecto a la cual es evidente que prefiere este legado

a todos los casos en que la falta de bienes bastantes para pagar legados no provenga de la necesidad de respetar las legítimas, la antinomia subsiste, porque, ¿cómo se explica esa variedad de criterios para resolver casos idénticos?, ¿por qué los legados remuneratorios o los de cosa cierta o los de alimentos, tendrán preferencia para el pago respecto de otros legados en el caso de que el testador no tenga herederos forzosos y cesará aquella preferencia en teniéndolos?... “¿varía el valor psicológico de un legado remuneratorio o de alimentos por la mera circunstancia de que el testador tenga o no tenga herederos forzosos? ¿...“Podrá, pues, en la práctica salvarse la contradicción, aplicando un artículo a la reducción que tenga por objeto evitar la mengua en las legítimas, y el otro artículo a todos los demás casos en que no haya bienes suficientes para pagar todos los legados; pero la antinomia no por eso será menos evidente”.

(332) SCAEVOLA, op. cit., arts. 818 a 822, D, a, b', vol. XIV, 4.ª ed. p. 466.

(333) M. MIGUEL TRAVIESAS, “Legados”, 13, en *R.D.P.*, XVIII, junio 1931, pp. 185 y s.

(334) MANRESA, “Comentarios...”, arts. 820 a 822, ed. cit., p. 385. Es de notar que MANRESA expuso también otra forma de armonizar el art. 820, n. 2 y el 887, refiriendo aquél a las disposiciones testamentarias en general, comprendiendo tanto las a título de herencia como a los legados, reduciéndose sin distinción entre herederos y legatarios, mientras el 887 es especialísimo para los legados. Pero esta interpretación es totalmente inaceptable, pues resulta en contradicción con lo dispuesto en el art. 859 que estima obligados a los herederos al pago de los legados, por lo que no cabe el prorrateo propuesto aquí por MANRESA.

a los demás, o aquéllos a los que conceda cierta preferencia, aun sin hablar de reducción, en su caso, o, por último, los que destina a alimentos o educación". Así se armonizan también (335) el art. 820, § 2.º, con el 887 (336).

Otros autores (337) han entendido que las relaciones entre los legitimarios y los legatarios se rigen por el art. 820, n. 2.º; pero que, en el tercio libre, las relaciones entre los legatarios se regulan por el art. 887.

A juicio nuestro:

1.º La reducción a prorrata prevista en el § 1.º del n. 2.º del art. 820, es consecuente con el criterio de la vieja falcidia y con la afección a la legítima de toda la herencia mientras aquélla no sea satisfecha. Corresponde esa afección a prorrata a una responsabilidad *cum viribus*, a una *obligatio in rem scripta, cum onus reale* de los bienes legados.

2.º La precisión del § 2.º del n. 2.º del art. 820 señala una prioridad del débito de unos legatarios que ven ampliada su responsabilidad a una cuota mayor o incluso a la totalidad de los bienes que le han sido legados, pero que no disminuye la afección de los legados declarados preferentes aunque la reduce a subsidiaria, como indica el texto legal al decir de éstos que: "*Si el testador hubiese dispuesto que se pague cierto legado con preferencia a otros, no sufrirá aquél reducción, sino después de haberse aplicado éstos por entero al pago de la legítima*".

3.º Esta declaración de preferencia en el pago puede expresarlo el testador de un modo absoluto o bien tan sólo relativamente a determinada clase de legados. Así, se presupone que el testador que declara preferente un legado de género, refiere esa preferencia sólo respecto a los demás legados de género o de cantidad, sin perjuicio de que pueda ordenar que tenga carácter absoluto incluso respecto de los legados de cosa cierta y de los remuneratorios, bien lo disponga formalmente, o bien resulte de la interpretación del testamento de conformidad al criterio del art. 675; o incluso pueda resultar la preferencia del criterio interpretativo que de modo declarativo determina el art. 887.

4.º Las relaciones internas entre los legatarios en esta materia,

(335) VALVERDE, op. y vol. cits., cap. XI, § III, p. 274, entendió que: "aunque el testador no declare expresamente preferentes algunos legados, gozarán de tal consideración y por tanto tendrán igual beneficio los enumerados en el art. 887 ya que tales legados gozan de preferencia por voluntad de la ley".

(336) TRAVIESAS, loc. cit., p. 185, se inclinó por entender que el núm. 3º del art. 887 se refiere a los legados de bienes genéricos o que no formen parte del caudal hereditario que el testador haya declarado preferentes entre los de estas clases.

(337) Así, SCAEVOLA, op. cit., vol. XV, art. 887, 4.ª ed., p. 457: "Cuando se trata de herencia libre, aun cuando haya donaciones, o cuando, aun viniendo a la sucesión herederos forzosos, el testador deje solamente instituidos legados, es pertinente la doctrina del art. 887". También PUIG PEÑA, "Tratado...", V-III, cap. XXII, nota 18, p. 69, y SANTAMARÍA, op. cit., arts. 820 y 887, pp. 811 y 855.

deben regirse con la preferencia determinada por el testador y sólo subsidiariamente por lo previsto en el art. 887.

53. El criterio de reducción a prorrata de los legados de igual rango de preferencia presenta un problema específico cuando concurren con legatarios extraños, descendientes favorecidos con legados que cubran su legítima estricta y excedan de ésta y del tercio de mejora y que en concurso con aquéllos no quepan todos en el tercio libre. Se trata de saber si la reducción a prorrata va referida al valor total de lo legado (338) al descendiente o sólo a su exceso (339) respecto de su legítima y de la porción en que se impute al tercio de mejora (340).

A juicio nuestro (341), si el testador no hubiese señalado otro orden de preferencia, ni éste resultara del criterio del art. 887, debe procederse del siguiente modo:

a) La reducción ha de efectuarse en proporción al valor total de cada legado, puesto que la herencia no se halla dividida en compartimentos estancos ni en cuotas incommixtibles y que el art. 820 n. 2.º refiere la reducción a prorrata, que ordena, al valor total de los legados.

b) Pero si después de verificada la reducción en esta forma, el valor de los legados dispuestos a favor de extraños excediese aún del tercio libre, éstos deberían sufrir una nueva reducción a prorrata, sólo entre sí, hasta que su valor total no exceda de dicho tope. Y, por el contrario, si después de efectuada la reducción de lo legado a un legitimario a prorrata con lo legado a extraños, resultase que alguna porción del segundo tercio no estuviese cubierta con mejoras, deberá en cuanto monte esta porción dejarse sin efecto la reducción de lo legado al descendiente.

54. El modo como ha de efectuarse la reducción de los legados que consistan en una finca que no admita cómoda división —criterio que debe entenderse aplicable por identidad de *ratio* a toda otra cosa que sea indivisible o desmerezca mucho con su división— es regulada en los arts. 821 y 822 C. c.

(338) De esta cuestión nos habíamos ocupado en "La mejora tácita", IX, 5, cfr. Anales de la A. H. del N., vol. VIII, pp. 134 y s., donde en la nota 323, pusimos este ejemplo: El valor de la herencia es de 18.000 pesetas; lo legado a extraños vale 6.000 pesetas, y el otorgado a uno de los cuatro descendientes importa 8.000. Después de imputado este último legado el tercio íntegro de mejora y a la legítima estricta del descendiente legatario, aún quedan sin cubrir 500 pesetas del valor del legado. El resultado de la reducción de los legados para que no excedan del tercio libre será muy distinto: según se aplique la reducción prorrataando 6.000 (legando a extraños) con 8.000 (legado al legitimario) o bien con 500 (exceso de este último legado respecto de la legítima del descendiente y del tercio de mejora).

(339) Opinión de SCAEVOLA, op. cit., vol. XIV, art. 828, p. 578.

(340) Criterio de SÁNCHEZ ROMÁN, op. cit., vol. VI-2.º, cap. XVII, 36, pp. 1186 y ss.

(341) "La mejora tácita", loc. cit., p. 137. Este criterio es recogido por PUIG BRUTAU, op. , vol. y loc. últ. cit., pp. 190 y ss.

Art. 821: "Cuando el legado sujeto a reducción consista en una finca que no admita cómoda división, quedará ésta para el legatario si la reducción no absorbe la mitad de su valor y en caso contrario, para los herederos forzosos; pero aquél y éstos deberán abonarse su respectivo haber en dinero".

"El legatario que tenga derecho a la legítima podrá retener toda la finca con tal que su valor no supere el importe de la porción disponible y de la cuota que le corresponda por legítima".

Art. 822: "Si los herederos o legatarios no quieren usar del derecho que se les concede en el artículo anterior, podrá usarlo el que de ellos no lo tenía; si éste tampoco quiere usarlo, se venderá la finca en pública subasta, a instancia de cualquiera de los interesados".

La aplicación de estas normas aconseja distinguir según el legado que se deba reducir haya sido otorgado a favor de uno de los legitimarios o de un extraño.

a) *Reducción del legado de cosa indivisible otorgado a favor de uno de los legitimarios.*

Como hemos observado en otra ocasión (342) el § 2 del art. 821 debe interpretarse en relación con el § 1.º del mismo artículo, pues de lo contrario su letra llevaría 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 no puede sino determinar:

1.º Que el exceso del legado respecto de la parte que resulta disponible, se imputará a la legítima del legatario.

2.º Que si el legado aún excediere 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 reducción correspondiente, les corresponda.

3.º Que, en este supuesto, literalmente no es exigido que al legatario legitimario le corresponda la mayor parte de la cosa para que sea prioritariamente suya la opción para quedarse con ella abonando el exceso en dinero, aunque tal vez sea así por presuponer el precepto que normalmente, al reunirse los conceptos de legitimario y legatario en la misma persona la mayor parte de la cosa corresponderá a ella.

b) *Reducción del legado de cosa indivisible dispuesto a favor de un extraño.*

A la reducción de los legados otorgados a favor de extraños le son aplicables el § 1 del mismo art. 821 y el art. 822, en virtud de los cuales:

(342) "Contenido cualitativo de la legítima...", n. 16, en A.D.C., XXIII-I, p. 74.

1.º Corresponde al legatario la prioridad para quedarse con la cosa “si la reducción no absorbe la mitad de su valor” y, en caso contrario, “corresponde a los herederos forzosos”.

2.º En uno y otro caso, aquél y éstos según competa deberán “*abonarse su respectivo haber en dinero*”.

En ambos, si el heredero o el legatario, según a quien correspondiera, no quiere usar de ese derecho, el art. 822 previene que “*podrá usarlo el que de ellos no lo tenía; y si éste tampoco quiere usarlo, se venderá la finca en pública subasta, a instancia de cualquiera de los interesados*”.

Es de observar, no obstante, que el testador puede invertir el orden de prelación de los arts. 821 y 822, cuanto menos para dar preferencia a los legitimarios que no fueren los mayores partícipes, o para ordenar que, sin previas opciones, se acuda a la pública subasta para resolver el indiviso. No parece, por el contrario, admisible que pueda ordenar la prioridad de la opción del legatario extraño frente a los legitimarios cuando éstos resulten los mayores partícipes de la cosa.

55. Notemos que las “disposiciones que mengüen la legítima de los herederos forzosos se reducirán”, conforme previene el artículo 817 C. c., “*a petición de éstos*”. Además de este requisito de deber efectuarse a instancia de parte, la reducción de las mandas y legados ordenada en el art. 820 se encuentra subordinada a la demostración de la necesidad de la reducción para que pueda cubrirse íntegramente la legítima del reclamante. Cuestión de hecho, cuya prueba incumbe en todo caso a quien afirma la inoficiosidad o exceso de aquellas disposiciones; y es de la competencia de la Sala sentenciadora la apreciación y determinación de si es o no es procedente la reducción y, en su caso, en qué cuantía.

Se ha precisado (343) por Xavier O’Callaghan que la acción de inoficiosidad es una *acción declarativa*, que exige una *cognitio* previa en la que se ventilen los problemas de computación y valoración precisos para poder declarar la inoficiosidad y en consecuencia la supresión o reducción de legado; por lo cual, la acción corresponde a la especie de *acción de condena*, pues tiene como meta la devoluciónde la cosa legada o al menos de su valor, en cuanto resulte inoficioso el legado. La declaración es de la *ineficacia*, en cuanto sean inoficiosos, de los legados que por esa razón, pese a su inicial validez, serán invalidados o reducidos.

También, el mismo autor, indica que procesalmente se trata de una *acción personal*, en cuanto se dirige contra el legatario o, en su caso, contra el tercer poseedor, que están legitimados pasivamente en cuanto se hallan obligados a la prestación de restituir lo que por inoficioso sea suprimido o reducido.

La acción de reducción de legados, evidentemente es *irrenunciable en vida del causante*, por aplicación del art. 816 C. c. Muerto

(343) XAVIER O’CALLAGHAN MUÑOZ, “La inoficiosidad legitimaria”, IV, 4, en *R. J. de Cat.*, 2, XX, abril, junio 1971, pp. 284 y ss.

éste debe entenderse transmisible a los herederos del legitimario, aunque sean voluntarios, si hubiese este fallecido después de causarse la sucesión. Si son transmisibles en general los demás derechos que protegen su legítima, no hay razón para exceptuar el de hacer reducir los legados inoficiosos. También puede aceptarse que por subrogación le ejerciten los acreedores del legitimario, al amparo de los arts. 1.111 y 1.001 C. c. (344).

Al no tener asignado plazo específico de prescripción parece por una parte que a esta acción debe aplicársele el mismo término que se aplica en general a la petición de legítima o de su suplemento (345) frente a adquirentes *mortis causa*; es decir, según la opinión predominante, el de la petición de herencia, a la que es sabido que se discute si procede aplicarle, como algunos entiende, el plazo de quince años de las acciones personales o, según el criterio de la mayoría, el de treinta de las reales y mixtas. Pero, si se acepta que se trata de una acción personal, como acabamos de recoger, habrá que aplicarse el plazo de quince años correspondiente a éstas.

56. Hemos visto cómo, en el decurso del Derecho romano, el *ius praetorium* en el supuesto de reducción por razón de la Ley Falcidia de un legado *per vindicationem* de una cosa no divisible, sólo concedió al heredero una *exceptio doli* o una *actio in factum* para reclamar la *aestimatio* de la porción correspondiente, y que la Ley 2, tít. XI de la 6.^a Partida, siguiendo este criterio, previno: “e de todo lo que fuere, pueda el heredero sacar la su parte legítima, en esta manera: que si aquella cosa de que fuere fecha la manda fuere atal, que se pueda partir sin daño, e sin mal estonce della deue el heredero tomar della su parte; mas si fuese cosa que non pudiesse partir, asi como siervo, o cavallo, o libro, o otra cosa semejante, estonce deuenla apreciar, e del precio della deue tomar el heredero la su parte. E si el heredero quisiesse tomar su parte en una cosa apartadamente, que fuesse mandada o otro, non lo pueda fazer, si non fuere con plazer de aquél a quien fue mandada”.

Pero el heredero mientras no hubiera sido satisfecho de lo que le corresponda, según el justiprecio efectuado, podía oponer la *exceptio doli* a la entrega de la cosa mandada, según glosó Gregorio López (346) invocando las leyes 1, § 9 y 80, § último del Digesto XXXV-II. El hecho de que la amplitud de la legítima castellana podía dar lugar a que la reducción de la demanda afectara a la mayor parte de la cosa, así como el criterio que, según antes hemos visto, predominó entre los juristas castellanos (347) de que la cosa indivisible debía ponerse a licitación con preferencia de aquél a quien correspondiese la mayor parte, mostró que en los legados *per vindicationem*, sujetos a reducción por inoficiosidad, la cosa permane-

(344) Cfr. O'CALLAGHAN, op. cit., IV, 5., a, pp. 288 y ss.

(345) Cfr. *supra*, cap. I, 13.

(346) GREGORIO LÓPEZ, gl. a las palabras “deuenla apreciar” de la ley 2, tít. XI, Partida 6.^a, glo. 14, h.t., cfr. ed., y vol. cits., p. 657.

(347) Cfr. *supra*, n. 48.

cía en copropiedad, entre los herederos forzosos y el legatario, mientras tanto el partícipe de la menor participación no fuera satisfecho del justo precio de su parte, según el resultado de la licitación efectuada, con derecho de retención en el interin de la cosa legada por parte de los herederos.

Esta solución es la que creemos más adecuada a nuestro Derecho.

Según el art. 882, § 1: "*Cuando el legado es de cosa específica y determinada propia del testador, el legatario adquiere su propiedad desde que aquél muere...*". Pero, conforme al art. 883: "*La cosa legada deberá ser entregada...*" y, según el art. 885: "*El legatario no puede ocupar por su propia autoridad la cosa legada, sino que debe pedir su entrega al heredero o al albacea, cuando éste se halle autorizado para dárla*". Es decir, que como ha dicho la S. 3 junio 1947, aunque el legatario tenga derecho al legado desde la muerte del testador, y aunque adquiera desde este mismo momento la propiedad de la cosa legada, cuando es específica, determinada y propia del testador, conforme al art. 882 no tiene la posesión que es transmitida de derecho al heredero, y de ahí el precepto del art. 885; dado que, como ha explicado la Dirección General de los Registros, en R. 19 noviembre 1952, no se reconoce al legatario la posesión civilísima atribuída por el art. 440 a los herederos, una vez hayan aceptado la herencia. Y, aun cuando también ha reconocido el Tribunal Supremo, en S. 26 octubre 1928, que el art. 885 no prohíbe al testador que conceda a los legatarios la facultad de apoderarse por sí mismos de la cosa legada sin intervención de los herederos, debemos entender que esta posible facultad tiene su apoyo, en cierto modo, en la transmisión dominical, indicada en el art. 882, y que, conforme a la S. 6 noviembre 1934, esa transmisión directa de la propiedad de la cosa específica legada está subordinada a la circunstancia de que ésta quepa en la parte de bienes de que el testador puede libremente disponer.

Así no se transmite al legatario la plena propiedad de la cosa específica legada sujeta a reducción por inoficiosidad, sino que, en cuanto la porción inoficiosa, se halla sujeta a la reserva del art. 806. Ello justifica el *ius retentionis* del legitimario que la posea. Y autoriza al heredero no legitimario e impone el deber a los albaceas, facultados para entregar legados, de no efectuar su entrega al legatario hasta que éste ejercite, en caso de corresponderle, la opción prevista en el art. 821, o bien use de la subsidiariamente prevenida en el art. 822, abonando en dinero a los legitimarios el haber que les corresponda a éstos.

En cuanto a la eficacia de la acción de reducción de legados con respecto a quien haya adquirido del legatario la cosa legada, creemos que debe distinguirse:

a) Si no se hubiese entregado el legado, pese a la adquisición *ipso iure* prevista en el art. 882, § 1, si el legado fuese cosa específica, creemos que la exigencia de los arts. 883 y 885, que requieren su entrega y no permiten al legatario ocuparla por su propia autoridad,

significa una limitación de las facultades dispositivas del legatario con suficiente visibilidad para el adquirente, por falta de posesión y en su caso de inscripción de la entrega, que le excluye de toda protección apoyada en su condición de tercero civil o hipotecario, para la cual le faltarán esenciales requisitos, entre ellos fundamentalmente su adquisición de la propiedad para la cual le faltará el modo traditivo exigido en el art. 609 C. c., e incluso de su presupuesto básico, pues no puede transmitir la posesión en concepto de dueño aquel a quien ésta no le haya sido entregada previamente.

b) Si el heredero o el albacea con facultades suficientes hubieran entregado la cosa legada y el legitimario no hubiera obtenido su embargo preventivo, y de ser inmueble ésta su anotación registral, no parece posible que la reclamación de la ineficacia del legado, efectuada mediante una acción personal —como vimos— pueda alcanzar a un tercer poseedor que haya adquirido a título oneroso y de buena fe; aunque sí quienes carezcan de este último requisito o hubiesen adquirido a título gratuito, pues éstos ni siquiera están protegidos en los supuestos de rescisión conforme al art. 1.295 C. c. Con mayor razón que al tercero civil, la acción no podrá alcanzar al tercero hipotecario que reúna los requisitos del art. 34 L. H. (348). Sin perjuicio, ¡es claro!, del derecho del legitimario a exigir del legatario el valor del legado que debió suprimirse o de la parte del mismo que deba ser reducida por inoficiosidad.

D) EN EL DERECHO ESPECIAL DE ARAGÓN.

57. Lacruz Berdejo (349) ha hecho notar la ausencia de regulación en el Apéndice y en la Compilación de Aragón y de antecedentes aragoneses en cuanto al modo de reducir las liberalidades para salvaguardar la integridad de la legítima. Y he planteado el problema de si los arts. 821 y 822 del Código civil son de aplicación directa a Aragón. La respuesta afirmativa cree que está apoyada por el hecho de que éstos proceden de la doctrina del Derecho intermedio, con la cual la doctrina clásica colmaba las lagunas del ordenamiento aragonés, y en la supletoriedad inmediata del Apéndice foral aragonés por el Código civil. Más concluyente estima el hecho de “que el Código considere a tales preceptos formas particulares de reducción, operación a la que se refiere, sin regularla especialmente, el art. 124 de la Compilación, por lo que ha de aceptarse que remite a la regulación del C. c., si bien la disciplina del texto castellano sólo podría aplicarse a la reducción cuantitativa (que es la aludida en el art. 124)”. Por ello, cree defendible la aplicación de los arts. 821 y 822 al legado sujeto a reducción, “supuesto, de una parte, que el 821 viene citado en el 654, de indudable vigencia, y, de otra, que ante la indivisibilidad económica de la finca en la hipótesis que con-

(348) Cfr. X. O'CALLAGHAN, loc. cit., IV, 5, b, 3.º y 4.º, pp. 294 y s.

(349) JOSÉ LUIS LACRUZ BERDEJO, “La defensa de la legítima material en la Compilación aragonesa”, IV, en “Estudios... en honor del Prof. Castán-Tobeñas”, vol. II, pp. 292 y s.

templan tales preceptos, parece haber una laguna legal, por no poderse atribuir bienes hereditarios *in natura* en la proporción exacta de dos tercios y un tercio, respectivamente a los legitimarios y a los extraños (a esto último cabría responder que, a falta de precepto aragonés expreso, se crea sobre la finca legada una situación de comunidad, participando en ella los legitimarios materiales y el legatario, respectivamente por la parte deducible y por la libre)". Esta observación hecha entre paréntesis por Lacruz llevaría a una solución que parece incompatible con la del Código civil que según hemos entendido señala unas formas específicas para salir de esa comunidad, dando opción preferente al mayor partícipe para quedarse con la cosa, abonando en dinero la estimación de la otra parte.

E) EN EL DERECHO ESPECIAL DE CATALUÑA.

58. La interpretación efectuada por los capítulos *Raynutius*, 16 y *Raynaldus*, 18, del tít. XXVI, lib. III de las Decretales, para los supuestos de fideicomisos condicionales, como antes hemos anticipado, permitía deducir la legítima, al recibir la herencia, y la trebelliánica, al restituirla.

Este criterio, al ser aplicable a Cataluña el Derecho canónico como supletorio de primer grado, fue recibido como derecho en el Principado.

Cancer (350) había mantenido riguramente la solución romana respecto de la falcidia, con la corrección canónica para la trebelliánica. Estimó imposible deducir acumulativamente legítima y falcidia: "quia deducta legitima, non detrahetur falcidia, cum falcidia, cum legitima numquam concurrent". También consideró no acumulables trebelliánica y legítima en los fideicomisos puros: "etiam, nec legitima nec trebellianica concurrunt, ut pote quia una imputatur in aliam, puta quando fideicommissum est purum, cum tunc non detrahitur nisi una quarta". No así en los fideicomisos condicionales, pues, "si fideicommissum sit conditionale, duas quartas ex communi deduci resolvit, tam iure canonico, quam civili, quod transit sine difficultate".

Pero esta pura línea del Derecho común no aparecía ya tan clara entre los autores catalanes más recientes, por lo cual conviene que examinemos separadamente sus opiniones respecto de la trebelliánica y de la falcidia.

a) *Trebelliánica y legítima.*

59. Gibert (351) reiteró el mismo criterio de Cancer: "Cuando el fideicomiso es puro no se saca sino una cuarta parte, como también e

(350) JACOBO CANCER, "Variarum Resolutionum...", Pars I, cap. II, nn. 24, 26, y 28, cfr. ed. cit., vol. I, pp. 50 y s. En el n. 141 (p. 60) insiste: "Certum est, filium pure gravatum non detrahare nisi unam quartam, vel legitimam, vel trebellianicam; et si sub conditione duas...".

(351) VICENTE GIBERT, "Teórica del Arte de Notaría", Parte II, cap. I, tít. 8, § único; cfr. 3.ª ed. traducida al castellano, Barcelona 1875, p. 263.

cuando por cláusula codicilar se convierte el testamento en causa de codicilo; y así el hijo sólo tiene facultad de sacar o la trebelliánica o la legítima, y le es más útil sacar la primera, porque en la legítima o imputa o comprende lo que adquirió entre vivos, como dote y donaciones. Pero si el fideicomiso fuere condicional, podrán sacarse dos cuartas”.

Comes (352) expuso, como opinión común, que el hijo gravado bajo condición podía retener dos cuartas: “la legítima desde el principio y la trebelliánica después cuando venza la condición o el tiempo del fideicomiso”; pero indicó que se discutía, si en los demás casos, sólo podía detraerse una cuarta o las dos.

Vives y Cebriá (353), después de indicar la mucha frecuencia con que los testadores gravaban a sus herederos con la obligación de restituir los bienes, aunque éstos fuesen sus hijos, se limitó a exponer: “En este caso los sustitutos se consideran como verdaderamente herederos fideicomisarios y no como unos legatarios; y de ahí es que en Cataluña ha prevalecido y se ha observado constantemente la opinión de que pueden deducirse dos cuartas, a saber, la legítima y la trebelliánica”.

En cambio, Falguera (354), al comentar el texto antes transcrito de Gibert, afirmó que en los fideicomisos para después de la muerte, no sometidos a condición sino sólo a término, no podía detraerse sino una sola cuarta. Opinión que años más tarde rechazó Sagner (355): “Se comprendería, en todo caso, que se hiciese extensiva semejante doctrina a los fideicomisos a término cierto, pero no a aquellos otros en que el término equivale a la condición y que se reputan condicionales”.

Tanto Sagner (356) como Pella y Forgas (357) entendieron que la compatibilidad de las deducciones de legítima y trebelliánica había sido admitida en el Cap. I de la Novela 39 de Justiniano. Pero no parece que este texto se refiera sino a la detracción cumulativa de la legítima y de lo que decorosamente faltare, además, para la oblación de la dote y la donación antenuptial. A pesar de esto, es lo cierto que Durán y Bas (358), en su Memoria había dado por

(352) JOSÉ COMES, “Viridiarum Artis Notariatus”, n. 1127, cfr. vers. en castellano “Tratado Teórico práctico del arte de Notaría”, Barcelona 1828, vol. II, pp. 39 y ss.

Al tratar de la falcidia parece que no dudó de que el heredero sea extraño o *sui heredes* podrá reclamar hasta que le quede íntegra una cuarta (cfr. n. 1181, p. 55).

(353) PEDRO NOLASCO VIVES Y CEBROA, “Usatjes y demás derechos de...”, lib. VI, tit. V, nota 1; cfr. 2.ª ed. vol. I, p. 258.

(354) FÉLIX M.ª DE FALGUERA, Nota gg al cit. texto de GIBERT, pp. 263 y s.

(355) EMILIO SAGUER OLIVET, “Institución de los fideicomisos y sus efectos en Cataluña”, Gerona 1913, cap. XI, § 83, p. 280.

(356) SAGUER, loc. cit., pp. 272 y s.

(357) JOSÉ PELLA Y FORGAS, “Código Civil de Cataluña”, art. 783; Barcelona 1918, vol. III, p. 226, nota 6.

(358) MANUEL DURÁN Y BAS, “Memoria de las Instituciones del Derecho Civil de Cataluña”, Barcelona 1883, Parte 6, cap. 5, p. 263.

sentado, sin distinguir fideicomisos a término y condicionales, que por prescripción del Derecho canónico era indudable la posibilidad de acumular legítima y trebelliánica.

Brocá y Amell (359), como luego el citado Saguer, estimaron que esta acumulación cabía tanto si el fideicomiso era condicional como *ad diem*, rechazando la opinión de Falguera, antes expuesta, a la que tacharon de no ostentar en su favor "textos legales bastantes". Sin embargo, como observó Borrell i Soler (360), los citados capítulos de las Decretales aluden solamente a fideicomisos condicionales, razón por la cual este tratadista ilustre aceptó el criterio de restringir sólo a éstos la acumulación de ambas cuotas. También opinó así Maspons Anglasesell (361), al recoger la antes citada opinión de Cáncer. En cambio, Corbella (362) indicó que entre los autores había discrepancia "principalmente entre los legistas y canonistas". Y Roca Sastre (363), sin distinguir la modalidad del fideicomiso, volvió a repetir: "El fiduciario puede detraer la cuarta trebelliánica y la legítima, pues ambos son derechos compatibles".

En sentencia de casación y consiguiente 2.ª Sentencia de 10 abril 1947, el Tribunal Supremo, decidió que se acumularan legítima y cuarta trebelliánica o pegasiana para detraerlas de un fideicomiso condicional *si sine liberis deceserit*, reclamadas por el cónyuge viudo como heredero del heredero fiduciario, al efectuarse la devolución del fideicomiso, y en el quinto considerando de la primera de dichas sentencias declaró que "la trebelliánica que afecta a los fideicomisos no se defiere, cuando éstos son condicionales, hasta que se cumple la condición conforme a lo establecido en el libro XXXVI, título 1 del Digesto, Leyes 3, 18, 44 y otras que se incluyen en la rúbrica *Ad Senatium Consultum Trebellianicum*, y en la aplicación de estos textos (...) es la opinión más común de los autores catalanes que el valor que debe computarse a dicha cuarta trebelliánica es el que tengan los bienes hereditarios al deferirse el fideicomiso que viene a ser el que tenían al tiempo del fallecimiento del testador con las menguas y aumentos debidos a *periculum et commodum*, ya que supuesto que las mejoras o menoscabos que en el fideicomiso sean acusados por el fiduciario son a él imputables en su pro o en su contra, no sería justo tampoco en uno o en otro sentido, prescindir de los cambios de valor en más o en menos que los bienes hayan experimentado *per se* durante el tiempo transcurrido...".

(359) G. M.ª BROCÁ y J. AMELL, "Instituciones...", § 694, cfr. 2.ª ed. Barcelona 1886, vol. II, p. 384.

(360) ANTONI MARÍA BORRELL I SOLER, "Dret civil vigent a Catalunya", § 343, nota 2, cfr. 1.ª ed. Barcelona 1923, vol. V-I, p. 185.

(361) FRANCISCO MASPONS Y ANGLASELL, "Nostre Dret Familiar", Barcelona 1907, n. 397, p. 191.

(362) ARTURO CORBELLA, "Manual de Derecho Civil", § 661, Reus 1906, p. 769.

(363) RAMÓN M.ª ROCA SASTRE, "Estudios...", vol. II, cap. II, pp. 53 y s.

b) *Falcidia y legítima.*

60. Antes del dictamen de que después hablaremos del ilustre maestro Roca Sastre la compatibilidad de legítima y falcidia no había sido afirmada por ningún otro de los autores que hasta ahora hemos citado. Corbella (364) la estimó en discusión. Borrell i Soler (365) la rechazó. Contrariamente, sólo Almeda (366) había dictaminado a favor de su compatibilidad.

El Tribunal Supremo en S. 7 junio 1930, resolviendo un recurso en el cual la parte recurrente fue defendida por Leopoldo Matos y en la vista por Luis Durán Ventosa, casó una sentencia de la Audiencia de Barcelona, que había admitido la detracción de la falcidia después de percibida la legítima, razonando la casación del siguiente modo: "y como tratándose de una ley como la Falcidia de carácter restrictivo y excepcional, y por lo tanto, incompatible con toda interpretación extensiva, desde el momento en que el heredero o herederos perciban por razón del testamento lo equivalente a la cuarta parte de la herencia, es obvio que no tiene derecho a retraer dicha Falcidia: por lo expuesto, y porque cesando las causas que constituyen su razón de ser jurídica, han de cesar del mismo modo sus efectos, con arreglo a los postulados de la recta razón y reglas de la sana crítica".

"Considerando que, en armonía con lo que se deja sentado, el legislador Romano establece en la ley 22, título segundo, libro 35 del Digesto que el heredero instituido no puede usar de la Falcidia cuando lo que por voluntad del testador ha de percibir suple lo que pretende, esto es, la equivalencia de dicha cuarta, y en la misma doctrina se inspiran las leyes 25 y 52 del mismo título, libro y Código; y aun en el caso de que el heredero instituido sin recibir, por razón del testamento, la equivalencia total de la repetida cuarta, perciba sólo parte de ella, dispone la ley 31, título 28 del Código de Justiniano, que a fin de que no peligren los testamentos, se complete lo que le falta para cubrir la porción legítima; principios jurídicos éstos que tienen también su desenvolvimiento en las leyes 30 y 94 del título segundo, libro 35 del Digesto: y como no se ha alegado en este pleito la existencia de perjuicio en sus legítimas por los herederos demandados, ni por tanto se ha demostrado que se les haya adjudicado menos de la cuarta parte de la herencia; es visto que no tienen derecho a retraer la cuarta Falcidia, y al no entenderlo así la Sala sentenciadora ha incidido en las infracciones legales de los preceptos, que de los que se dejan consignados arriba, el recurrente invoca en la segunda serie de motivos de este recurso".

Sin embargo, el gran prestigio jurídico de Roca Sastre (367), que defendió el criterio contrario, sosteniendo la posibilidad de detraer

(364) CORBELLA, loc. últ. cit.

(365) BORRELL I SOLER, op. y vol. cit., § 477, 11, pp. 266 *in fine* y s.

(366) JOAQUÍN ALMEDA Y ROIG, "Dictámenes", Barcelona 1920, p. 273.

(367) RAMÓN MARÍA ROCA SASTRE, "Compatibilidad de la detracción de la cuarta falcidia y la legítima", en *R. J. de Cataluña*, LVII, mayo-junio 1958.

acumulativamente legítima y falcidia, ha sido determinante para que en la Compilación catalana se haya admitido la acumulación con la legítima, no sólo de la trebellianica, sino también de la falcidia. La

pp. 303 y ss. Según nuestro querido e ilustre maestro las razones que le decidieron a inclinarse en favor de la opinión favorable a la detracción de la legítima y de la falcidia, consisten en que: 1.º Existe una misma razón para acumular legítima y falcidia que para efectuarlo con legítima y trebellianica. 2.º Se da una analogía entre ambas cuartas que llega a su asimilación con la fusión justiniana de legados y fideicomisos. 3.º Que por haber precedido cronológicamente la falcidia a la trebellianica y a la legítima el Derecho romano no proveyó a la deducción de ésta para calcular aquélla. 4.º Que al ser la legítima una carga o débito legalmente impuesta de la herencia, debe deducirse previamente, como pasivo hereditario para calcular después la falcidia de lo que recibe el heredero por voluntad del causante, no confundiendo las cualidades de heredero y legitimario, derivada ésta de disposición de la ley y aquélla de la voluntad del padre.

Estas razones nos parecen muy discutibles.

Las dos primeras ciertamente fueron tenidas en cuenta por los tres autores de Derecho común que ROCA SASTRE citó como favorables a la tesis por él propugnada, pero lo fueron para llegar a una conclusión más limitada, a saber que la trebellianica y la falcidia podían detraerse, además de la legítima, respectivamente en los fideicomisos y en los legados condicionales, al cumplirse la condición; pero no admitieron que pudieran acumularse a ésta en los fideicomisos y legados que no estuvieran sujetos a condición.

Así, IOANNE PETRO SURDO, "Decisiones Sacri Mantuani Senatus", cfr. ed. Mediolani 1603, desc. CCLI, pp. 1266 y s., dictaminó: "Proinde iura Canonica, quae filium gravatum sub conditione, posse duas quartas detrahere, ut in c. Raynutius, et in c. Raynaldus, de testam., licet loquantur de Trebellianica, locum habent etiam in Falcidia; cum enim duo aequiparantur a iure, dispositum in uno, locum habet etiam in alio, quamvis materia sit exorbitans" (n. 2)... "Et licet dispositio praedicta reperiat solum in iure Canonico, tamen attendi debet in foro civili, ex quo non corrigitur ius civile..." (n. 3). Y ante la sentencia comentada, en la que el Senado rechazó la petición acumulativa de legítima y falcidia, comentó: "Nam et si filius gravatus onere fideicommissi condicionales, detrahat duas quartas, ut in dicto c. Raynaldus et c. Raynutius; tunc hoc fallit, quando heres rogatur pure restituere, quia tunc solum deducit legitimam" (n. 4). Para concluir: "Quod si Trebellianica non detrahitur de fideicommissis puro, certe non est detrahetur falcidia de legato particulari, puro etiamposito, quod in omnibus sint aequiparata, et quid de uno ad alium licita sit extensio"... "ut in his casibus locus sit Falcidiae in legatis, in quibus locus est Trebellianicae in fideicommissis" (n. 5).

MARCO ANTONIO PEREGRINO, "De Fideicommissis...", art. III, n. 55 (cfr. ed. novissima Lugduni 1670, pp. 41 y s.), discutió si la solución acumulativa canónica, que creía extensiva a los legados condicionales, era aplicable al ius civile, y entendió que la "declaratio iuris Canonici circa Trebellianica deducendam, ultra legitimam, de fideicommissis conditionalibus, facile porrigenda est, ad Falcidiam in legatis conditionalibus: nam una, et eadem in utraque est legis intentio".

E igualmente MARCURIAL MERLINO, "De legitima. Tractatus Absolutissimus", lib. I, tít. III, Quaest; I, n. 8 (cfr. ed. Generae 1652) opinó: "nam sicuti utramque portionem, et legitimam et Trebellianica detrahere potest ubi conditionaliter est gravatus; fra etiam legitimam et Falcidiam potest consequi, quando legatis est gravata hereditas, nec unam quartam cum alia compensare cogendus est".

Nótase, en cuanto a la aplicación práctica de esa asimilación, que mientras los fideicomisos habitualmente son condicionales, especialmente al aplicarse la regla "dies incertus in testamento condicionem fecit", en cambio, lo más corriente es que los legados sean puros. No obstante, resulta clara la equipa-

primera en el art. 201, § 1, puesto que, sin distinguir la especie de fideicomiso señala que para el cómputo de la trebelliánica se deduzcan “*las legítimas causadas, incluso la del fiduciario que sea legítimo*”. Y la segunda, en el art. 229, § 3, que paralelamente indica que para obtener el importe de la falcidia “*Se rebajarán*”... “*las legítimas, incluso la del heredero que sea legítimo*” y más explícitamente en el art. 233, § 1.º: “*El heredero gravado excesivamente con legados, que sea además legítimo del causante tendrá derecho a falcidia además de su legítima*”.

Al comentar el articulado de la Compilación, F. de A. Condomines y R. Faus (368) destacan esa compatibilidad de la trebelliánica con la legítima que “*resulta del artículo 201*”, y de la falcidia con la legítima, conforme al art. 233.

Notemos que la naturaleza de *pars valoris bonorum* (art. 129) de la legítima catalana la aparta de la que tienen falcidia y trebelliánica, que son *pars bonorum* (arts. 202 y 228 y ss.).

61. Las reglas de la reducción de legados por *inoficiosidad*, las hallamos en el art. 142 de la Compilación, que en los párrafos aplicables a esta cuestión previene:

§ 1. “*Si con el valor del activo hereditario líquido no quedaren al heredero bienes relictos suficientes para el pago de legítimas, de legados en concepto de tales o imputables a aquélla, de suplementos y para retener su propia legítima sin detrimento, los legados a favor de extraños y aun de los propios legitimarios en la parte que exceda de su legítima podrán ser reducidos por inoficiosos o, en su caso, suprimidos, para dejar a salvo ésta.*”

ración en los legados *post mortem* del instituido a los fideicomisos condicionales.

La tercera razón, argüida por ROCA SASTRE, de que la creación de la falcidia precedió en Derecho romano a la legítima, por lo que no pudo prever su concurrencia, es tan cierta como lo es que —según hemos visto antes— al regularse la *querella inofficiosi testamenti* y la *actio ad supplementum* se les dio carácter supletorio y no se dio lugar a ellas cuando mediante la falcidia el *heres sui* hubiese obtenido la *cuarta*. Por eso, WINDSCHEID (op. cit., § 652, 1, nota 5; cfr. ed. y vol. cit., pp. 482 y s.), al indicar que según disposición del Derecho canónico era deducible la legítima del heredero para calcularle la falcidia, comentó en nota, que ello derivó de un principio no conocido por el Derecho romano.

Y la última razón alegada, fundada en la consideración de la legítima como deuda real de la herencia, da por prejuzgado lo que realmente está en cuestión, es decir, si falcidia y legítima no tratan de asegurar sino una sola cuarta subsidiariamente, por lo cual el heredero o el legitimario que la reciban por otro concepto, sea por atribución voluntaria del testador o, inversa y respectivamente, por legítima o por falcidia, no tienen ya por qué reclamarla por el otro concepto legal. Este era el criterio romano, que por razones de equidad —tal vez más que por influencias conceptuales germánicas— el derecho canónico exceptuó para sustituciones fideicomisarias *si sine liberis decesserit*, admitiendo la deducción de otra cuarta cuando se tuviere que devolver la herencia fideicomitada.

(368) F. DE A. CONDOMINES VALLS y R. FAUS ESTEVE, “Derecho civil especial de Cataluña”, pp. 245 y 270.

§ 2.º “A estos efectos, tendrán la consideración de legados las donaciones por causa de muerte y las asignaciones o señalamientos no hechos efectivos en la vida del heredante”.

§ 4.º “La reducción de legados y demás atribuciones por causa de muerte se harán en proporción a su valor, respetando las preferencias de pago dispuestas por el causante”.

§ 7.º “El legatario o donatario afectado por la inoficiosidad podrá evitar la pérdida del todo o parte de la casa legada o donada, abonando a los legitimarios, en dinero, el importe de lo que deben percibir”.

La asimilación a los legados a efectos de la reducción por inoficiosidad de las donaciones por causa de muerte y las asignaciones o señalamientos no hechos efectivos en vida del heredante, corresponde al criterio romanista de aplicar a las donaciones *mortis causa* las reglas de fondo de los legados (369). Por esa misma razón, esa asimilación de las donaciones *mortis causas* debe entenderse referida a las de tipo suspensivo no a las de naturaleza resolutoria (370). El respeto de las preferencias de pago dispuestas por el causante, tiene como límite, respecto de las expresadas en su testamento o codicilo, el que puede significar la irrevocabilidad de lo dispuesto en forma no meramente preventiva en los títulos matrimoniales, conforme resulta del art. 9 Compil. Fuera de ese supuesto creemos que el testador puede ordenar que las donaciones *mortis causa* y las asignaciones y señalamientos que hayan sido hechos en forma meramente preventiva se reduzcan antes de sus legados (371), puesto que si puede revocar las primeras y las segundas son preventivas o se ha dejado la posibilidad de revocarlos, no puede haber obstáculo para ordenar su posposición, que es lo menos.

La facultad del legatario de abonar en todo caso en dinero al legitimario el importe de la porción en que deba reducirse al legado inoficioso, no depende de quien sea el mayor partícipe de la cosa legada —pues, dadas las preferencias señaladas por el testador en el pago de otros legados, podría resultar el legitimario el mayor partícipe de algún bien legado habida cuenta de la reducción debida—. Su fundamento se halla en la facultad de pagar en dinero las legítimas, característica del Derecho catalán (art. 137 Comp.) (372).

62. Finalmente, el art. 143, § 1.º, regula la acción de reducción de la siguiente manera:

(369) Cfr. nuestro estudio “La donación «mortis causa» en el Código civil español”, I, 5, 4, en *An. Ac. Matr. del Not.*, V, pp. 467 y ss.

(370) Cfr. “La donación «mortis causa»...”, XI, loc. cit., pp. 745 y ss.; y, concretamente sobre la cuestión planteada en el texto, X. O’CALLAGHAN, loc. cit., IV, 9, pp. 300 y s.

(371) O’CALLAGHAN, loc. últ. cit., p. 301 *in fine*, parece que opina lo contrario.

(372) O’CALLAGHAN, op. cit., IV, 9, c, p. 302, señala además otras dos razones justificantes de esa facultad: el carácter *rescisorio* de la acción y el principio del *favor negotii*.

“La acción por inoficiosidad de legados y demás disposiciones por causa de muerte corresponderá sólo a los legitimarios y a sus herederos y al heredero del causante cuando no haya aceptado la herencia a beneficio de inventario; la acción por inoficiosidad de donaciones únicamente podrá ser ejercitada por los legitimarios y sus herederos. Ambas acciones serán irrenunciables en vida del causante.”

Xavier O’Callaghan (373), al determinar quiénes están legitimados activamente para ejercitar la acción de reducción de legados, además de los legitimarios en general, conforme al art. 143, § 1.º parece que entiende no incluida a la viuda, aunque tenga derecho a la cuarta marital, dado a que el art. 150, en su § 2.º, sólo dice que podrá pedir la reducción o invalidación de las donaciones entre vivos otorgadas por su marido con el designio de defraudarle la cuarta marital. Pero, el § 3.º del mismo art. 143, declara aplicables a la cuarta marital, “en cuanto lo consiente su propia naturaleza, las reglas de la cuarta falcidia sin previa deducción de legítimas ni obligación de formar inventario”. Con lo cual, a través de esta vía, por lo demás clásica romana, podrá obtener la restitución de los legados, conforme los arts. 228 y ss. Comp.

La legitimación del “heredero del causante que no haya aceptado la herencia a beneficio de inventario”, la explica claramente O’Callaghan; “el heredero está obligado a pagar las legítimas *ultra vires*, no en el sentido de que pagará la legítima aunque no haya bienes hereditarios, puesto que la legítima es una parte del valor de ellos, sino de que tiene que pagar las legítimas correspondientes, y también los legados, aunque estos no *ultra vires*; si abierta la sucesión aparece la herencia distribuida en tantos legados que no hay bienes para pagar legítimas, si el heredero ha aceptado a beneficio de inventario, no habrá problemas: pagará éstas y aquéllos hasta donde alcancen los bienes relictos, pero no más. Si no hubiera aceptado a beneficio de inventario, el art. 143 le concede legitimación para poder reducir o suprimir los legados en cuanto perjudiquen la legítima, es decir, en cuanto sean inoficiosos”. O sea, en tanto está él obligado a pagar tales legítimas.

También el mismo autor razona la posibilidad de que los acreedores del legitimario puedan por el mecanismo de la acción *subrogatoria*, conforme los arts. 1.111, 1.001 C. c., ejercitar la acción de reducción de legados inoficiosos que el legitimario no ejercitase, o si éste renunciase a la legítima.

Conforme entiende el propio O’Callaghan (374) el plazo de prescripción de la acción de reducción de legados ha de ser el general de la Compilación, art. 344, esto es, el de treinta años, conforme al *usatge* “*Omnes causa*”, coincidente con el señalado en el art. 146 a la acción de suplemento. Y, mencionada en el Registro de la Propiedad la legítima, subsistirá durante cinco años a efectos contra tercero. El mismo plazo de treinta años será aplicable a la reducción

(373) O’CALLAGHAN, IV, 5, a, pp. 288 y ss.

(374) *Ibid*, IV, 8, pp. 298 y ss.

de las donaciones *mortis causa*, señalamientos y asignaciones no entregados en vida del heredante.

F) DERECHO CIVIL ESPECIAL DE BALEARES

63. El mismo criterio, que acabamos de ver recogido en la Compilación catalana de diferenciar por una parte legítima y falcidia y de otra legítima y trebellánica, y de permitir la acumulación de cualquiera de las dos cuartas a la legítima, lo hallamos recibido también en la Compilación del Derecho civil especial de Baleares, entre las disposiciones aplicables a Mallorca y a Menorca.

Así, respecto de la *trebellánica*, el art. 29, § 2.º, al definirla dice: “*La trebellánica consiste en la cuarta parte de la herencia fideicomitida previa deducción de los gastos y deudas y de las legítimas, incluso de la que corresponda al propio fiduciario*”.

Y, en relación con la *falcidia*, el art. 40, § 1, precisa: “*El heredero en quien concurra la condición de legitimario tendrá derecho a la cuarta falcidia, además de su legítima.*”

Antes de la Compilación se había consolidado el criterio de estimar compatible la deducción primero de la legítima y después de la trebellánica, conforme resultaba reconocido en la Real Cédula de 31 agosto 1736 y proponían los artículos 22 del Proyecto de Apéndice de 1903, 23 del Proy. Ap. 1920 y 32 del Proy. Ap. 1949 (375). No así respecto de la falcidia que, según Pascual y González (376), era incompatible con la legítima cuando uno mismo las pretendiera.

Por lo demás, la Compilación balear no recoge ninguna disposición relativa al modo de operar para la reducción de los legados, por lo cual parece que habrán de aplicarse los arts. 821 y 822 del Código civil, que, como antes hemos visto, responden perfectamente a la tradición romanista elaborada por los autores de Derecho común.

G) DERECHO FORAL DE VIZCAYA

64. La Compilación foral de Vizcaya, aun cuando, en su art. 21 señala en “*los cuatro quintos de la totalidad de los bienes*” la legítima o herencia forzosa y, en el art. 28, § 1.º, indica que “*el quinto de libre disposición se computará teniendo en cuenta el valor de los bienes hereditarios, previa deducción de las deudas*”, en este último párrafo añade: “*pero será inoficiosa la disposición en lo que exceda de los bienes no troncales*”.

Esta limitación se circunscribe a los legados dispuestos a favor de personas que no sean legitimarios, y, además, no alcanza a los legados a favor del alma, como resulta del art. 29:

(375) Cfr. PASCUAL Y GONZÁLEZ, op. cit., tít. IV, cap. VI, Sec. 3, ap. 2; p. 261, y nota 27.

(376) PASCUAL Y GONZÁLEZ, op. cit., tít. VI, cap. único, sec. 10, p. 386.

"El legado del quinto en favor del alma se computará estimando el valor de todos los bienes, hecha deducción de las deudas, pero se obtendrá en primer término de los muebles y raíces no troncales. Cuando el importe de estos bienes no llegue a cubrir el del legado se acudirán a la raíz troncal para extraer lo que falte de ambas líneas del causante en proporción a su cuantía.

"En la frase "legado en favor del alma" se entienden comprendidas todas las disposiciones piadosas del testador, como sufragios en general, limosnas para los pobres, legados o establecimientos de beneficencia y demás que tengan fines semejantes."

Del art. 22, n. 4.º, se deduce que no habiendo descendientes legítimos o naturales ni ascendientes legítimos, pueden legarse libremente todos los bienes que no sean troncales, es decir, aquellos bienes respecto de los cuales no haya, profinco colateral alguno de la propia línea con derecho a ellos.

Este criterio de la Compilación corresponde fielmente al del Fuero de Vizcaya (377), leyes 14 (378), y 18 (379), tít. XX, y 10, tít. XXI (380).

(377) Cfr. JADO, op. cit., II parte, tít. IV, cap. III, sec. II, § I, pp. 318 y ss.

(378) La ley 14, tít. XX del Fuero bajo el epígrafe: *"En qué manera se puede disponer de los bienes muebles, y rayzes, y tronqueros habiendo Hijos, y no los habiendo"*, disponía:

"Otrosi, dixeron: Que havían de Fuero, uso, y costumbre, y establecían por Ley, que cualquier Home, ó Muger que oviere bienes muebles, assi vacas, ó bueyes, ó otros qualesquier ganados, y ropas de lino, ó lana, ó oro, ó plata, y otros qualesquier bienes muebles, en caso que tenga Hijos, ó descendientes, ó ascendientes legítimos, pueda mandar, y disponer de todo lo tal, hasta el quinto de todos sus bienes muebles, y rayzes, y no más: Y á falta de los tales descendientes, y ascendientes legítimos, pueda disponer de todo el mueble á su voluntad, reservando la raíz para los profincos tronqueros: Con que si deudas oviere, y bienes muebles el que tal raíz tuviere; de lo mueble se paguen las deudas, y no de la raíz".

(379) La ley 18, tít. XX del Fuero acerca de: *"A quien, y de que bienes se puede hacer donación, ó manda"*, determinaba:

"Otrosi, dixeron: Que havían de Fuero, uso, y costumbre, y establecían por Ley, que home alguno, ni muger no pueda hacer donación, ni otra manda, ó disposición á estraño, haviendo decendientes, ó acendientes legítimos, ó parientes profincos de traviesa del tronco dentro del quarto grado de bienes rayzes algunos. Pero de lo mueble pueda disponer á su voluntad; como quisiere: Con que haviendo decendientes, ó acendientes legítimos, no exceda del quinto de sus bienes. Y que de la raíz pueda disponer, hasta el quinto por su alma, aunque haya los tales herederos legítimos, ó profincos".

(380) La ley 10, tít. XXI del Fuero, resolvió: *"Por ende, por obviar todo ello, dixeron: Que ordenaban, y ordenaron, que en ningún Testamento, ni última voluntad, que no pasare en presencia de Escribano público, Testador alguno, que tenga decendientes, ó acendientes, pueda mandar á estraños más de la quinta parte de sus bienes; de la qual quinta parte, se hayan de sacar, y hacer las animalias, y mandas pías, ante todas cosas: Y en caso, que no tenga decendientes, ó acendientes, pueda mandar el dicho quinto de su hacienda, por su Anima, y no más. Y esto se entienda en los bienes rayzes; pero de los bienes muebles, no haviendo decendientes, ni acendientes, pueda mandar de ellos á su voluntad, como quisiere: Conque de ellos se cumplan ante todas cosas las animalias"*.

IV) COMPLEMENTO DE LA LEGITIMA LESIONADA EN LA PARTICION

A) EN EL DERECHO ROMANO COMÚN

65. La legítima, reconocida o respetada en los actos dispositivos del causante, puede resultar lesionada en una partición aunque no se halle afectada por vicios en el consentimiento de quien o quienes la hayan otorgado.

Esa lesión puede derivar de cálculos equivocados; de la evicción de algún bien asignado o adjudicado al legitimario o por resultar incobrable algún crédito que se le hubiese adjudicado como cobrable; de la omisión de bienes que debían partirse o colacionarse; e incluso de la preterición particional de un legitimario que hubiese sido beneficiado con algún legado o favorecido con alguna donación.

En Febrero (381) hallamos un resumen de la doctrina recogida por el Derecho común en materia de rescisión de las particiones: error en más o menos de la mitad del justo precio (ley 1 Cod. III-XXXVIII, 1 en rel. ley 2 Cod. IV-XLVI); error de los contadores en la sexta parte del haber de un heredero (basado en el comentario de Bartolo a la l. 6, Dig. XVII-II); lesión enormísima (Cod. II-XXI [XX], 5); ocultación u omisión de alguna cosa en la partición (Cod. III-XXXVI, 1 y 3, Cod. VI-XX, 8); lesión sufrida por un menor que disponía de la *restitutio in integrum* (Cod. III-XXVIII, 4) para el ejercicio de la cual el plazo de cuatro años se comenzaba a contar desde la mayoría de edad del reclamante. Y también (382) trató de lo relativo a la responsabilidad de los coherederos por evicción.

Notemos que así planteada en términos generales la evicción entre los partícipes de una división de herencia y la rescisión por lesión de una partición tienen un ámbito cuantitativo que no coincide con el de la lesión de las legítimas. Tanto la lesión enormísima, como la de más o menos de la mitad del justo precio y la de la sexta parte del haber pueden existir sin que haya lesión en la legítima, o, viceversa, al instituido sólo en la legítima, o en poco más, por debajo de esas medidas queda un amplio margen dentro del cual cabe que la legítima resulte lesionada.

Propiamente de la rescisión y la evicción, en caso de resultar lesión en la legítima, se ocuparon los autores en el supuesto de la partición hecha por el testador.

65. Así, en otro trabajo anterior (383) hemos visto que en la partición *parentem inter liberos* desaparecían la posibilidad de rescisión por lesión y de evicción entre los herederos, conforme las leyes 77, § 8, Dig. XXXI-único y 9, tít. XV, Partida 6, salvo en dos supuestos: que constare que la intención del testador de que hubie-

(381) FEBRERO, "Librería...", II Parte, libro II, cap. IX, § I; cfr. ed. Madrid 1781, vol. II-II, pp. 552 y ss.

(382) FEBRERO, *op. y cap. cit.*, § II, ed. y vol. cit., pp. 562 y ss.

(383) "Atribución y concreción del contenido y extinción de las legítimas", II, g, 31, en *A.D.C.*, XXV-I, enero-marzo 1972, pp. 78 y ss.

re igualdad entre los herederos o cuando no quedase salvada la legítima. Esta segunda excepción que se apoyaba en la ley *Scimus*, Cod. III-XXVIII, 36, pr., así como también en Cod. III-XXXVI, 10 y Novela XLVIII, pr. Sólo ésta interesa aquí al tema de que tratamos. De la primera de estas excepciones nos hemos ocupado extensamente en varias ocasiones (384) y es ajena a nuestro específico objeto actual.

Tanto en el caso de lesión como en el supuesto de evicción, siguiendo el criterio de los autores de Derecho común, los juristas castellanos subrayaron que en la partición hecha por el testador debía quedar siempre a salvo la legítima. Vamos a repasarlo brevemente.

a) La firmeza de la partición efectuada por el padre, que no podía ser rescindida si no hubiese lesionado legítima alguna, la vemos dada por supuesta por los autores en diversos textos y evidentemente también la presupone el criterio que, como veremos al repararla, tuvieron éstos en el caso de evicción derivada de la partición hecha por el padre entre sus hijos.

Así lo supone el planteamiento, que vemos en Antonio Gómez (385) y en Ayerve de Ayora (386), cuando el padre, o la madre, no dijese expresamente que mejoraba a uno de sus hijos en el quinto de sus bienes, sino que únicamente entre ellos en vida dividió todos los bienes y les transmitió su posesión asignando a uno mayor porción que a los otros, inquiriendo si entonces cabía —partiendo, como aclaró Ayerve de Ayora, de que esta porción “no exceda de sus legítimas ni grave a ninguno dellos en más del tercio y quinto de sus bienes”— que se revocasen tales asignaciones y división, entendieron que no se trataba de donación, ni de contrato entre padre e hijo, sino “*potius quaedam divisio et prematura assignatio, ut post mortem patris fortiatur plenum affectum, unde ab eo potest revocare*”. La solución del problema, en la que ambos autores discreparon (387), no interesa para la cuestión que tratamos, pero sí la constancia de que valía la distribución desigual como mejora tácita, en cuanto no lesionara la

(384) “Apuntes de Derecho Sucesorio”, II, § 3.º, A, pp. 180 y ss. y “Atribución...”, loc. cit.

(385) ANTONIO GÓMEZ, “Opus... super legibus Tauri”, I, XVII, n. 21, ed. cit., fol. 71 vto.

(386) ANTONIO AYERVE DE AYORA, “Tractatus de Partitionibus...”, III, pars, quaest. XVI, n. 53, ed. cit., fol. 140.

(387) ANTONIO GÓMEZ, loc. últ. cit., en su vers. *Si his non obstantibus* había estimado irrevocables la división y las asignaciones desiguales como “*quaedam tacita melioratio*” que por la ley 17 de Toro, “*datur certa forma, ut secuta traditione vel interveniente causa onerosa non possit revocari: ut de ista eadem ratio et dispositio militat et habet locum in nostro casu, et sic in divisione facta inter liberos.*” En cambio, AYERVE DE AYORA opinó que “el padre o la madre podrá revocar cuando quisiese, aunque aya entregado la possession de los bienes a sus hijos, porque este no es contrato entre vivos, ni por tal se a de juzgar sino última voluntad y disposición que quiso prevenir el padre en dividir su herencia a sus hijos en lo cual no a lugar la disposición de la ley 17 de Toro”, por lo cual estimó aplicable la ley 20, § 3, Dig. X-II.

legítima de algún hijo; que en el caso de no ser firme al otorgarse, adquiriría plenos efectos al fallecer el padre o madre que practicó la división, y que si en ese caso no podía revocarla el padre, evidentemente ni en éste, ni en caso contrario al adquirir firmeza a la muerte del mismo, menos podían rescindirla los hijos en cuanto no resultara lesionada su legítima respectiva.

Febrero (388) contrapuso la partición “que se hizo entre los hermanos”, en consecuencia de la cual, “cuando se dio al uno más que lo que se le debía dar”, se debía “resarcir el daño, o lesión a arbitrio del juez”, y “la hecha por el padre entre sus hijos”, en virtud de la cual, “sin embargo de que haya dado más al uno que a los otros”, los hijos “no pueden quejarse de ella, ni contravenirla por que este [hijo beneficiado] se entienda mejorado; excepto que lo que más le dió, exeda de su legítima y mejora...”

b) Respecto del supuesto de evicción, la ley 9, tít. XV, Part. 6, en su apartado final siguió el criterio de la ley 77, § 8, Dig. *De legatis* 1 (XXXI-único) al declarar: “Pero si el padre, o testador, partiese el mismo la heredad en su vida entre los herederos, a su finamiento si después que el finasse, venciessen algunos dellos en juyzio alguna de las cosas que le vinieron en su parte, entonces los otros herederos non serian tenudos de fazerle enmienda ninguna”. Pero, a este texto glosó Gregorio López (389) “exceptuase el caso en que no quedare salva la legítima”. Y en este sentido se mostraron concordes, sin que conozcamos excepción alguna, los autores que se ocuparon de esta cuestión como Antonio Gómez (390), Ayerve de Ayora (391), Sanz Morquecho (392), el P. Luis de Molina S. I. (393), Alfonso de Guzmán (394), los Hermosilla (395), Ayllón Laínez (396), criterio que también sigue Febrero (397).

67. El supuesto de evicción nos muestra como diferencia entre la partición efectuada entre los hermanos y la realizada por el testa-

(388) FEBRERO, cap. últ. cit., § I, n. 18, vol. cit., p. 561.

(389) GREGORIO LÓPEZ, gl. a las palabras “*partiesse el mismo*”, de la ley 10, tít. XV, 6.ª Part. o gl. 54 h.t., ed. y vol. cits., p. 740.

(390) A. GÓMEZ, “*Variae...*”, II parte, cap. II, n. 34, vers. “*Quod tamen singulariter intellige*”, ed. cit., p. 217.

(391) AYERVE DE AYORA, op. cit., III Pars., Quaest. IX, nn. 21 y 24, ed. cit., fol. 128 vto. y 129 vto.

(392) PEDRO SANZ MORQUECHO, “*Tractatus de bonorum divisione*”, Pars I, cap. 8, n. 14, cfr. ed. Matriti 1601, p. 60.

(393) P. LUIS DE MOLINA, S. I., “*De Iustitia*”, Disp. CCXLV, n. 10, vers. “*Exipitur nisi*”, cfr. ed. y vol. cits., p. 576.

(394) ALPHONSUS DE GUZMÁN, “*De evictionibus*”, Quaest. XXXIII, n. 19, ed. Lugduni 1686, p. 184.

(395) GASPAR, JUAN y SEBASTIÁN HERMOSILLA, “*Notae, Additiones et resolutiones ad glossas Legum Partitarum D. Gregorio Lopetii*”, part V, tít. V, lex XXXII, n. 112, cfr. 3.ª ed. Colloniae Allobrogum 1751, vol. II, p. 112.

(396) JUAN AYLLÓN LAINEZ, “*Additiones...*”, l. II, cap. II, n. 34, vers. *Advertendum tamen est*, ed. cit., p. 115.

(397) FEBRERO, op. y cap. últ. cit., § II, n. 22, p. 564, ed. y vol. últ. cit., p. 564.

dor, que en ésta no tiene lugar si no resultare que el testador hubiese querido que en todo caso se guardara la proporción o, si se hubiera dado lugar a perjuicio en alguna legítima, mientras en aquélla tiene lugar si no se hubiese renunciado sin que en este caso hubiese por qué salvaguardar perjuicio alguno en las legítimas (398). Claramente lo vemos expuesto por Febrero (399), al tratar de la evicción por razón de partición de herencia, que dice: “Lo cual se entiende en cuanto a la legítima, aunque no sea adjudicada por el juez en la partición, o extrajudicialmente entre los hijos, sino señalada por el padre en su testamento, o entregada a cuenta de ella en su vida; pues si en juicio le quitan al hijo tendrá la acción de evicción contra los coherederos. Pero si los herederos pactan, que aunque la cosa adjudicada al uno se le quite, no ha de haber lugar a la evicción, no se le dará esta acción”.

Ahí tenemos un indicativo de que el posible error de cálculo o riesgo conscientemente asumidos por los herederos en la partición si aquél no alcanzaba la mitad del precio de la cosa, no podía dar lugar a los efectos del saneamiento ni de la rescisión o compensación, aunque la evicción o la lesión afectase la legítima.

En cambio, con tanta o más razón que cuando la partición la hubiese efectuado el padre o la madre, si la partición hubiese sido efectuada por el comisario o contador partidor o judicialmente, la lesión producida en la legítima por causa de evicción debe dar lugar al saneamiento consiguiente; así como si la lesión resultó de error en la valoración o en el modo de efectuar la partición debe dar lugar a apelación (400) o, en su caso, a acción en juicio contradictorio para corregir el agravio aunque no sea notable (401).

El P. Luis de Molina S. I. (402) hizo notar la absolutividad e irrevocabilidad de la partición efectuada en presencia de los hermanos o de todos los herederos: “quod absoluta est, atque ab omnibus suscripta, non potest deinceps revocari, esto eorum aliquis adversus illam velit opponere”. Sin embargo, señaló tres excepciones:

1.^a Si se probare lesión *ultra dimidium* del justo precio, puesto que cabe para rescindir la compraventa o cualquier otro contrato.

2.^a Si dentro del año de la partición probase lesión de la sexta parte de su haber debida a error de quien la hizo.

3.^a Si alguno de los herederos hubiese sido menor de edad al tiempo de consumarse la partición, pues éste podría usar del bene-

(398) Notemos que al contraponer los supuestos de evicción en una y otra especie de partición, salvan las legítimas en la partición hecha por el padre y no hacen salvedad alguna al respecto en la efectuada por los hermanos con renuncia de evicción o a riesgo de cada adjudicatario: AYERVE DE AYORA, op. cit., III Pars, Quaest IX, n. 20, fol. 128, ni el P. LUIS DE MOLINA, S. I., Disp. últ. cit., n. 10, p. 576.

(399) FEBRERO, op. y cap. últ. cit., n. 22, p. 564.

(400) Cfr. FEBRERO, op. y cap. últ. cit., § 1, n. 14, p. 558.

(401) Cfr. AYERVE DE AYORA, op. y pars. cits., Quaests. V, VI, y VII, fol. 124 vto. y ss.

(402) P. LUIS DE MOLINA, S. I., op. y dis. cits., nn. 11 y 12, p. 576.

ficio de la *restitutio in integrum* antes de cumplir los veintinueve años.

68. La manera de reparar la lesión fue también estudiada:

a) Si en la partición realizada por los árbitros o contadores se produjera agravio por haber sido realizada malamente —*perperam-facta*—, aun sin fraude ni dolo, por error en la valoración o en el modo de efectuarla (v. gr., contando como totalmente de la herencia bienes que sólo lo eran en parte o aplicando los divisores a bases que no fuesen los correspondientes, etc.), procedía la corrección conforme al criterio deducido de la ley *Maioribus* (Cod. III-XXXVIII, 3), aplicándose la solución dada para la compraventa de la ley 2, Cod. IV-XLIV de conceder al demandado la opción de complementar a arbitrio de buen varón por el importe de la lesión la parte del lesionado o soportar la rescisión de la partición (403).

b) Si hubo lesión *ultra dimidium* o enormísima, se discutió si igualmente el coheredero demandado podía cumplir supliendo el justo precio al perjudicado, sin deshacerse la partición, o, por el contrario, si en este caso era preciso rescindir la partición y satisfacerse al perjudicado con bienes hereditarios, o aún si esta última satisfacción podía efectuarse sin rescindir la partición (404). Febrero (405) resume que “se deben volver a hacer, si los errores y lesión son sustanciales, y tan enormes que de otro modo no se pueden enmendar, pues pudiendo se deben reformar y permitir al demandado la elección de que se deshagan o se supla el engaño. Y, sin embargo, de que algunos no esientan al suplemento, pero es lo más equitativo para evitar nuevos dispendios y dilaciones a los interesados. Y si la lesión proviene de mero error de cálculo, entonces como no es sustancial, ni mira a perjudicar a las partes en sus derechos, sino puramente material, no se deben deshacer las particiones, sino por medio de notas y prevenciones las equivocaciones padecidas...”.

c) Si la lesión se debió a olvido u ocultación de bienes que partir o colacionar, conforme las leyes 1 y 3 Cod. III-XXXVI y 8, VI-XX, debía complementarse la partición dividiendo la cosa añadida, o complementando a los coherederos lo correspondiente por lo colacionado, sin que por este hecho se impugne la partición sino “sólo [se] intenta que lo omitido se parta, y el juicio se perfeccione” (406).

B) EN EL CÓDIGO CIVIL

En el Código civil hallamos, acerca de la cuestión que nos ocupa, parecidas dudas a las suscitadas en el anterior Derecho.

(403) Cfr. AYERVE DE AYORA, Pars. III, Quaest. VI y VII, fol. 125 y ss. y FEBRERO, op. y cap. cit., § I, 5, p. 554.

(404) Por esta tercera solución que concordaba las anteriores opiniones se inclinó AYERVE DE AYORA, op. y pars. cit., Quaest X, n. 25, *in fine*, fol. 130 vto.

(405) FEBRERO, cap. últ. cit., § I, n. 6, p. 555.

(406) FEBRERO, *ibid.*, n. 10, pp. 556 y s.

Para entrar en la problemática que nos ocupa conviene que examinemos brevemente los principios que hacen al caso relativos a la evicción y saneamiento, a la rescisión, a la omisión de algún o algunos objetos o valores y a la modificación por preterición en ella sin mala fe o dolo de un interesado.

a) *Obligación de evicción y saneamiento.*

69. La norma general la hallamos en el art. 1.069:

"Hecha la partición los coherederos estarán recíprocamente obligados a la evicción y saneamiento de los bienes adjudicados" (407).

Las excepciones se expresan en el art. 1.070:

"La obligación a que se refiere el artículo anterior sólo cesará en los siguientes casos:

"1.º Cuando el mismo testador hubiese hecho la partición, a no ser que aparezca, o racionalmente se presuma haber querido lo contrario, y salva siempre la legítima (408).

"2.º Cuando se hubiese pactado expresamente al hacer la partición (409).

"3.º Cuando la evicción proceda de causa posterior a la partición, o fuere ocasionada por culpa del adjudicatario" (410).

Una aplicación concreta a los créditos no cobrables, es expresada en el art. 1.072:

"Si se adjudicare como cobrable un crédito los coherederos no responderán de la insolvencia posterior del deudor hereditario, y sólo serán responsables de su insolvencia al tiempo de hacerse la partición.

"Por los créditos calificados de incobrables, no hay responsabili-

(407) Es literalmente idéntico al art. 1.086 del Antep. 1882-88, que señala su procedencia del art. 917 Proy. 1851, que decía: "Hecha la partición, quedan obligados los coherederos entre sí a la evicción y saneamiento de las cosas que respectivamente les fueren adjudicadas o les cupieren en suerte". GARCÍA GOYENA, op. y vol. cits., pp. 272 y s. señaló su conformidad al art. 884 francés y sus antecedentes romanos, ley 1, tít. 38 y 14, tít. 33, libro III del Codex y de la ley 9, tít. 15, Partida 6.

(408) Corresponde al núm. 1, art. 1.087, Antep. 1882-88, que decía: "propietario o dueño de la finca" en lugar de "testador", y al art. 918 del Proy. 1851, que no decía nada de la legítima, pero GARCÍA GOYENA (vol. cit., p. 275, después de señalar su procedencia de la ley 77, § 8, libro 31 del Digesto y de la 9, tít. 15, Partida 6, comentó: "Pero séase lo que se quiera de la presunta voluntad del difunto, los herederos forzosos perjudicados en su legítima por la partición que hizo el mismo, tendrán siempre derecho a pedir el suplemento de aquélla."

(409) Con distinto orden empleó las mismas palabras el n. 2 art. 1.087 Antep. 1882-88, y su contenido lo hallamos en el primer inciso del art. 919 Proy. 1851, del que GARCÍA GOYENA, al comentar el art. 917 (pág. 272 y s.), indica que como la siguiente excepción que veremos, se tomaron del art. 884 francés, aunque de ellas dice que eran "excepciones a mi parecer inútiles", pues entiende que sin duda aunque no se expresaran serían evidentes.

(410) Es idéntico al n. 3 art. 1.087 Antep. 1851 y corresponde al inciso final del art. 919 Proy. 1851, excepción a la que también se refería el último reseñado comentario de GARCÍA GOYENA.

dad; pero, si se cobran en todo o en parte, se distribuirá lo percibido proporcionalmente entre los herederos" (411).

(Notemos que el § 1 de este artículo es aplicación a su supuesto específico de las transcritas excepciones 2.^a y 3.^a del art. 1.070, y que el § 2 propiamente constituye un supuesto especial de la omisión previsto en el art. 1.079).

La aplicación de estos preceptos al supuesto que nos ocupa de lesión de la legítima a consecuencia de la partición nos lleva a las mismas consecuencia que, respecto del Derecho anterior, hemos visto antes expuestas por Febrero (412).

I. La lesión de alguna legítima dimanante de evicción o vicio oculto anteriores a la muerte del causante, da lugar al saneamiento, en cuanto afecte a dicha legítima, si la partición hubiese sido efectuada por el testador.

II. Si la partición fue efectuada por los herederos, la obligación de saneamiento, derivada de causa anterior y no debida a culpa del adjudicatario, tiene lugar totalmente aunque no afecte a legítima alguna; pero si "*se hubiese pactado expresamente al hacer la partición*", sin mediar dolo, que no tenga lugar dicha obligación, no habrá lugar a ella aunque, a consecuencia de la partición resulte lesionada alguna legítima, puesto que éstas o su suplemento pueden renunciarse después de fallecido el causante.

III. En las demás particiones no tiene lugar esta última excepción, salvo si en acto posterior los herederos pactaren expresamente esa inaplicación.

El modo como debe efectuarse el saneamiento es expresado en el art. 1.071:

"La obligación recíproca de los coherederos a la evicción es proporcional a su respectivo haber hereditario; pero si alguno de ellos resultare insolvente, responderán de su parte los demás coherederos en la misma proporción, deduciéndose la parte correspondiente al que deba ser indemnizado.

(411) Reproduce el art. 1.089 Antep. 1882-88, que señala como antecedentes los arts.: 921 Proyecto 1851 modificado conforme a los arts. 4.117 y 4.118 Código Mexicano (cfr. vers. cit., cuidada por MANUEL PEÑA, p. 336). El art. 921 Proy. 1851 sólo decía: "Los herederos no responden de la insolvencia posterior del deudor hereditario, y sí sólo de que éste se hallaba solvente al tiempo de la partición". GARCÍA GOYENA, al comentarlo (vol. cit., p. 276), señaló que por Derecho romano, conforme la ley 4, tít. 4, lib. 18 del Digesto, "el vendedor de una acción o crédito no era responsable de la solvencia del deudor, ni aún al tiempo de la venta, respondiendo únicamente de la certeza del crédito, a menos de intervenir dolo o pacto especial", criterio seguido por el Proyecto para el mismo supuesto, "pero —añadió—, aunque hay alguna analogía entre la venta y la partición, subsisten diferencias muy marcadas, como se observa en el punto de lesión, porque entre los coherederos que parten por necesidad, que no especulan y tan sólo reciben lo suyo, debe guardarse toda posible igualdad; no así en las ventas objeto de comercio y de especulación".

(412) Cfr. *supra*, texto correspondiente a la nota 388.

"Los que pagaren por el insolvente conservarán su acción contra él para cuando mejore de fortuna" (413).

No quiere la ley, como observa Bonet Ramón (414), que se proceda a nueva partición, pero sí que el perjuicio recaiga, como es justo, sobre todos los partícipes, proporcionalmente a su haber respectivo.

Ahora bien, esta proporcionalidad tiene también un límite derivado de las legítimas de quienes deben saneamiento o evicción. Si algún coheredero no ha recibido sino su legítima, o por encima de ella una cantidad menor que su proporcional obligación de evicción, la salvaguarda de aquélla significará un límite a su participación en la evicción que, como en el caso de insolvencia de un coheredero, dará lugar a una nueva redistribución entre los otros.

b) Rescisión por lesión.

70. Las normas generales se hallan en los arts. 1.073 y 1.074:

Art. 1.073: "*Las particiones pueden rescindirse por las mismas causas que las obligaciones*" (415).

Art. 1.074: "*Podrán también ser rescindidas las particiones por causa de lesión en más de la tercera parte, atendiendo el valor de las cosas cuando fueron adjudicadas*" (416).

El Código civil ha separado de la rescisión de las particiones el fraude y dolo que desde la ley *Maioribus* (Dig. III-XXXVIII, 3) venían confundiendo con las causas de rescisión, así como la violencia. En eso, sigue acertadamente el criterio insinuado por García Goyena (417): "Yo creo que en rigor podría haberse escusado en todos los Códigos hablar de dolo y violencia en esta materia, porque bastaba lo dispuesto en materia de obligaciones y contratos..." La "simple referencia" que "por esto" hizo el art. 992 del Proyecto 1851, ha desaparecido aplicando con más exactitud ese criterio.

(413) Con la sola diferencia de decir "*a la evicción*" en lugar de "*al saneamiento*", es igual al art. 1.088 del Anteproyecto 1882-88, que tomó, según indicación de sus redactores (cfr. ed. cit., p. 336) su párrafo 2.º del art. 4.118 del Código Mexicano. Su párrafo 1.º es idéntico al art. 920 Proy. 1851. GARCÍA GOYENA al glosarlo (vol. cit., p. 274) invoca la regla de la ley 2, tít. 52, lib. 8 del Código: "*Actio quidem personalis inter heredes pro singulis portionibus quesita scinditur*".

(414) BONET RAMÓN, "Código...", art. 1.071, p. 790.

(415) Las causas de rescisión de las obligaciones están expresadas en el art. 1.291. De ellas las dos primeras quedan absorbidas en la regla del artículo 1.074, pues, como éste, exigen que la lesión sea de más de la cuarta parte. El Anteproyecto de 1882-88 en su art. 1.090, no se remitía a las causas de rescisión de las obligaciones, sino que, como e lart. 1.028 del *Codice italiano* de 1865, decía: "Las particiones pueden rescindirse por causa de violencia y dolo", como el art. 887 francés, si bien este Código en su art. 998 dice que serán nulas, como ya observó GARCÍA GOYENA, al comentar (vol. cit., p. 276), del Proyecto 1851, según el cual "Lo establecido en los artículos 990, 991, 992 y 993, tiene también lugar en las particiones de herencia", hallándose estos artículos referidos en dicho Proyecto a la intimidación, violencia y dolo.

(416) Es idéntico el art. 1.091 Antep. 1882-88 y en sustancia al 924 Proy. 1851.

(417) GARCÍA GOYENA, pág. últ. cit.

El mismo García Goyena (418) explicó la razón de aplicarse la medida de la cuarta parte a la rescisión por lesión de las particiones.

“Este punto —dice— no era claro en Derecho romano. Voet, número 35, título 2, libro 10, opina que, no mediando dolo, la lesión debía ser enorme, o en más de la mitad del justo precio, para dar entrada a la rescisión, como en las ventas, cuyo concepto, o el de las permutas, quiere dar a las particiones según las leyes 20, párrafo 3, título 2, libro 10, y la 77, párrafo 18, libro 31 del Digesto; pero esto con la venia de Voet, me parece tan impropio como duro...”.

A su juicio: “Las razones de diferencia acerca de este punto entre la partición y la venta están muy bien explicadas en los discursos motivados 53 y 54 del Código francés: reproduciré uno solo: “Hay libertad para no vender, no la hay para permanecer en la indivisión. La base de la venta es la ventaja que cada uno de los contrayentes busca en ella a expensas del otro; la de la partición es por el contrario la igualdad. Así, la partición es rescindible por naturaleza; porque cesa de ser partición si no es igual, ya que no matemáticamente, por lo menos hasta una cierta proporción.”

Por eso, indicó que en el proyecto de 1851: “Se ha adoptado lo de la lesión en más de la cuarta parte por no haber razones para separarnos de la autoridad de los otros Códigos, a pesar de que en la práctica se había adoptado la de la sexta para la restitución de los menores, aunque nuestras leyes hablan vagamente *de gran pro* o *de gran daño del mozo*”.

Se ha observado que este precepto se refiere a la lesión por valoraciones equivocadas, pero que pueden producirse simples errores de cuenta o cálculo, y afirmado (419) que en el espíritu de la ley está que los errores de cálculo se subsanan, sin que se produzca una verdadera rescisión, ni es preciso que en ese caso la lesión sea superior a la cuarta parte, sino que basta su existencia para que los Tribunales deban hacer subsanar el perjuicio producido por ese error cualquiera que sea su cuantía.

Las excepciones a la regla general las hallamos en los arts. 1.075 y 1.078:

Art. 1.075: “*La partición hecha por el difunto no puede ser impugnada por causa de lesión, sino en el caso de que perjudique a la legítima de los herederos forzosos o de que aparezca, o racionalmente se presuma, que fue otra la voluntad del testador*” (420).

(418) GARCÍA GOYENA, op. y vol. cit., art. 924, pp. 277 y s.

(419) Así, MARIO NAVARRO AMANDI, “Cuestionario...”, art. 1.079, cuest. 1, cfr. vol. III, p. 480.

(420) El art. 923 Proy. 1851 era idéntico hasta la primera coma, y concluía desde ella “salvas las excepciones de los arts. 899 y 918”. El primero, precedente del actual 1.056, § 1, hacía la misma salvedad que éste con respecto a la partición hecha por el difunto, “se pasará por ella en cuanto no perjudique a la legítima de los herederos forzosos”; y el 918 contenía —como hemos visto antes— para los supuestos de evicción y saneamiento la segunda de las excepciones recogidas en el vigente art. 1.075. Del sentido de esta

Art. 1.078: “No podrá ejercitar la acción rescisoria por lesión el heredero que hubiese enajenado el todo o una parte considerable de los bienes inmuebles que le hubieren sido adjudicados” (421).

Se ha dicho (422) que la excepción de este último artículo tiene su fundamento en que la enajenación de los bienes por el adjudicatario es una confirmación de la partición, como asimismo en la imposibilidad de hacer una nueva partición, porque ya no se dividirían los mismos bienes de la herencia. La primera razón viene avalada por el hecho de que su precedente en el anteproyecto 1882-88, § 2 del art. 1.095, estaba precedido de un § 1 que se ocupaba de la transacción de las diferencias o dificultades habidas en la partición (423).

71. La cuestión fundamental que suscita nuestro tema consiste en determinar si para la rescisión de las particiones no efectuadas por el testador, es preciso que la lesión exceda de la cuarta parte, sin que en otro caso puedan rescindirse aunque la menor lesión afecte alguna legítima. No parece que la partición judicial, ni la efectuada por contadores partidores o árbitros, puedan ser menos respetuosas de las legítimas que las efectuadas por el testador, y, por ello, estimamos como evidente que pueden rescindirse si lesionaren alguna. Pero el T. S. en S. 30 marzo 1968, requirió que la lesión de la legítima producida por el contador-partidor axediere de la cuarta parte para que pudiera reclamarse contra ella criterio que no nos convence, si bien estimamos que la cuestión es más discutible en la partición efectuada por los herederos.

Cámara Alvarez (424) se ha ocupado de ella, al contestar a la pregunta de si el legitimario a quien sólo se le haya dejado su legítima, ¿podrá pedir la rescisión por la lesión si ésta alcanza la cuarta parte o en todo caso?

“Pienso —dice— que la rescisión sólo debe ser procedente, también en este supuesto, cuando la lesión exceda de la cuarta parte. El contraste entre el artículo 1.075, que, respecto de la partición hecha por el testador, separa las dos hipótesis de lesión en más de la cuarta parte (que en principio excluye) y lesión de la legítima (que admite

última nos hemos ocupado en los estudios referidos supra en las notas 383 y 384.

(421) Corresponde al § 2 del art. 1.095 Antep. 1882-88, que decía “el todo o parte” sin la adición del adverbio de cantidad “considerable”, que ha sido añadido en el Código civil.

(422) Cfr. BONET RAMÓN, op. últ. cit., art. 1.078, p. 795; ESPÍN, “Manual...”, vol. V, sec. I, cap. III, B, b, ed. cit., pág. 176, quien considera que va contra los propios actos del enajenante su ulterior reclamación contra la partición, invocando haber sufrido lesión en ella.

(423) El artículo 1.095 del Anteproyecto tenía un primer párrafo que decía “Cesa la acción rescisoria por lesión cuando se hubieren transigido diferencias o dificultades a que hubiere dado lugar la partición”, y estaba tomado del 928 Proy. 1851 “Cesa la acción rescisoria por lesión cuando después de la partición se transigió sobre dificultades suscitadas en torno de ella”.

(424) CÁMARA ALVAREZ, “Estudio sobre el pago con metálico...”, loc. cit., pp. 827 y ss.

en todo caso y sin exigir que el perjuicio alcance una determinada cuantía), y el artículo 1.074, que no hace ninguna clase de distinciones y sólo admite la rescisión por lesión que rebasa la cuarta parte, resulta sumamente significativo. La solución además parece la más justa. Si el legitimario intervino en la partición y con su consentimiento se formó el lote que le ha sido adjudicado (o se concretó su valor en metálico), no hay razón para concederle una protección especial y distinta a la que recibe un heredero voluntario. En las relaciones entre coherederos tan respetable es el derecho del heredero voluntario como la del heredero forzoso. Si en aras de la estabilidad de la partición sólo se permite al primero pedir la rescisión cuando la lesión rebasa la cuarta parte, no hay razón para pretender otra cosa cuando el heredero sea forzoso”.

Creemos convincentes estas razones (425).

No obstante, deben salvarse las lesiones derivadas de errores de cuenta, aludidas por Navarro Amandi como vimos más arriba, o las derivadas de equivocaciones de concepto, v. gr., al colacionar o no colacionar, al fijar las cuotas con módulo distinto al debido, etc., que creemos deben siempre dar lugar a la debida rectificación o complemento.

72. El modo de reparar la lesión, es indicado en el art. 1.077:

“El heredero demandado podrá optar entre indemnizar el daño o consentir que se proceda a nueva partición.

“La indemnización puede hacerse en numerario o en la misma cosa en que resultó el perjuicio.

“Si se procede a nueva partición no alcanzará ésta a los que no hayan sido perjudicados ni percibido más de lo justo.”

Antecedentes legislativos de este artículo son los 1.093 y 1.094 Anteproy. 1882-88 y los 926 y 927 Proy. 1851 (426). García Goye-

(425) El mismo CÁMARA, en su nota 182, p. 828, cree que existe un matiz distinto en el supuesto de que el legitimario sólo reciba un legado de cosa específica o de suma determinada e intervenga en la partición, y se inclina por aceptar la solución contraria. Ciertamente este supuesto sería originariamente de acción expletoria y no de rescisión de partición, si el legado fuese inferior a la legítima del legatario. Pero el *quid* está en la intervención del legatario en el acto particional, según se limite a aceptar el legado, o si, además, renuncia a toda reclamación posterior —supuesto en el que creemos que nada podrá reclamar— o bien toma parte en la formación del inventario, avalúo y liquidación, que aprueba con los demás interesados, supuesto en el cual sólo la lesión en más de la cuarta parte ha de permitirle la reclamación contra la partición, aplicando la regla general sostenida en el texto.

(426) El art. 1.093 Anteproy. 1882-88, en su § 1.º coincide con el § 1 del art. 1.077 C. c. con la sola variante de que donde éste dice “optar” aquél dice “escoger”, —como también el § 1 del art. 926 Proy. 1851.

El § 2.º del art. 1.093 Anteproy. 1882-88 es idéntico al § 2 art. 1.077 C. c., respecto de los cuales el art. 926 § 2.º Proy. 1.851, ofrece variantes de redacción al enunciar el segundo modo de indemnizar: “... o en las mismas cosas de que resulta el daño”.

El art. 1.094 Anteproy. 1882-88 varía su redacción, respecto del art. 927 Proy. 1851 y el § 3 del 1.077 C. c., que son idénticos. La variante del ante-

na (427) al glosar éstos últimos viene a explicar la razón que justifica el artículo del vigente Código civil que aquí examinamos, con la siguiente explicación:

“Esta misma alternativa se concedía por Derecho Romano y Patrio al demandante para la rescisión de la venta por causa de la lesión enorme según las leyes 2, título 44, libro 4, del Código, y 56, título 5, Partida 5.”

“Conviene consultar a la estabilidad de los contratos y de otros actos tan importantes como la partición, mientras lo permita la equidad; y ésta se encuentra en la alternativa del artículo: el objeto de la indemnización del daño sufrido por el que le pide...”

Y el criterio de que la nueva partición no afecte a quien no haya sido perjudicado ni recibido más de lo justo, lo explicó así: “Lo justo y útil no se vicia ni rescinde por lo inútil e injusto; y la partición fue justa respecto de los que no percibieron de ella más de lo justo”.

Vemos en ellas emerger un principio de conservación de la partición en cuanto sea posible y no se halle viciada aún en el caso de que deba rectificarse. Son claras manifestaciones del principio de conservación (428). La rescisión aquí no es un remedio *subsidiario*, como en el artículo 1.295 C. c., sino *electivo* del demandado (429). Y esa solución se ha dicho que debe aplicarse interpretando los casos dudosos con un criterio amplio (430).

El Tribunal Supremo, en S. de 18 de mayo de 1945, entendió supeditado el uso de esa facultad “a que en las circunstancias con que en la partición aparezca producida la lesividad perjudicial para el heredero que ha fundado en ella la demanda sea reparable por cualquiera de los indicados medios; y no lo es, notoriamente, en el caso cuestionado en el presente de manera distinta que ofrece la práctica de una nueva partición, en la que con exactitud veraz se valoran los bienes de la herencia y se asigna una cuota hereditaria que corresponda a la demandante, en cuya fijación no cabe determinar con garantías de acierto la cantidad que como indemnizable podía disponer la demandada recurrente para evitar aquellas operaciones en realidad no efectuadas”.

También decidió que se procediera a nueva partición, casando la sentencia de instancia por aplicación indebida del artículo 1.077, la S. de 5 de noviembre de 1955, que, apoyándose fundamentalmente en la interpretación de la voluntad del testador, ordenó que se procediera a nueva partición.

proyecto se halla en la enunciación de aquéllos a quienes no alcanza la nueva partición: “a los que no tengan la obligación de indemnizar al perjudicado”.

(427) GARCÍA GOYENA, op. y vol. cits., arts. 926 y 927, pp. 278 y s.

(428) Así lo indican PUIG BRUTAU, “Fundamentos...”, V-III, cap. V, 10, II, b, pp. 634 *in fine* y s. y LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA, “Derecho de Sucesiones”, vol. I, ed. Barcelona 1971, n. 165, p. 265 y p. 267.

(429) Cfr. LACRUZ y SANCHO REBULLIDA, loc. últ. cit., p. 265.

(430) En este sentido LACRUZ y SANCHO REBULLIDA, op. cit., n. 165, p. 265, y ESPÍN, loc. últ. cit., c, p. 177.

Pero, también ha hecho resaltar, en Ss. de 9 de marzo de 1951 y 8 de mayo de 1963, que es regla general el ejercicio de la opción por el demandado, y que en la S. de 18 de marzo de 1945 se daba un supuesto excepcional.

Debe entenderse que para poder optar por la práctica de una nueva partición, el demandado no ha de haber enajenado los bienes inmuebles que le habían sido adjudicados ni parte considerable de ellos. Así resulta supletoriamente del artículo 1.295 y por analogía del artículo 1.078, pues si en éste se deniega la acción rescisoria al que se hallare en el supuesto que contemplamos, no parece que al demandado se le pueda conceder la elección de repetir la partición cuando no pueda aportar a ella los bienes que en la rescindible le había correspondido. No le cabe, pues, sino indemnizar.

La alternativa del § 2 artículo 1.077 entre indemnizar "*en numerario o en la misma cosa en que resultó el perjuicio*", parece que también queda a opción del demandado (431). Este, en caso de haber enajenado bienes de los que lleve de más, no puede elegir sino indemnizar en dinero. Si optase por compensar con "*la misma cosa en que resultó el perjuicio*" debe entenderse que elige la redistribución de ésta (432), y en el caso de que el perjuicio resulte de la excesiva valoración de alguna cosa adjudicada al demandado, deberá compensarse la hijuela de éste o rehacerla guardando las normas ordinarias de la partición, en especial el artículo 1.061 (433).

Con arreglo al criterio general del artículo 1.295 C. c., la rescisión debe comprender los frutos o intereses del importe del bien a que se refiere el perjuicio.

Si las opciones de que venimos ocupándonos correspondieren a varios herederos demandados por lesión que no estuvieren de acuerdo en cuanto a la forma escogida, no será posible más solución que el arbitrio judicial (434).

El momento hasta el cual podrán ejercitarse estas opciones, el Tribunal Supremo en Ss. de 25 de octubre de 1911 y 9 de marzo de 1951 declaró que no es preciso hacer uso de la opción del artículo 1.077 al contestar la demanda, y en S. de 6 de abril de 1961 ha declarado que no es ya momento para ejercitarla en el de la interposición del recurso de casación.

El artículo 1.076 señala el plazo dentro del cual puede demandarse la rescisión por lesión:

(431) Así MANRESA, op. cit., vol. VI, arts. 1.074 a 1.078, ed. cit., p. 764; SCAEVOLA, op. cit., vol. XVIII, arts. 1.074 a 1.079, p. 456; SÁNCHEZ ROMÁN, "Estudios...": vol. VI-III, cap. XXVIII, 69, ed. cit., p. 2.177; VALVERDE, "Tratado...", vol. V, cap. XXV, § II, ed. cit., p. 594; LACRUZ y SANCHO, op. últ. cit., 166, p. 266; ESPÍN, loc. últ. cit., p. 177; PUIG PEÑA, "Tratado...", vol. V-III, cap. XXXII, 2, B. d. 3, p. 336; BONET, "Código...", loc. cit., p. 795.

(432) Cfr. ROYO MARÍN, "Derecho sucesorio...", cap. XXXIII, § 5, p. 368.

(433) Así SÁNCHEZ ROMÁN, loc. y pág. últ. cit., y LACRUZ y SANCHO REBULLIDA, loc. últ. cit., p. 266.

(434) SÁNCHEZ ROMÁN y LACRUZ y SANCHO, locs. últ. cit.

"La acción rescisoria por causa de lesión durará cuatro años, contados desde que se hizo la partición" (435).

Coincide con el criterio que para la rescisión de los contratos expresa el artículo 1.299, § 1.º: *"La acción para pedir la rescisión durará cuatro años."* Pero este último artículo tiene un § 2 que dice: *"Para las personas sujetas a tutela y para los ausentes, los cuatro años no empezarán hasta que haya cesado la incapacidad de los primeros, o sea conocido el domicilio de los segundos."*

A través de la referencia del artículo 1.073, al artículo 1.291 debe aplicarse el § 2 del artículo 1.299, si se dan los supuestos de los números 1 y 2 del artículo 1.291; es decir, si los tutores de los menores hubiesen actuado sin autorización del Consejo de Familia (436).

Si la partición fue efectuada por contador partidor ocultándola sin entregar los bienes ni inscribirla en el Registro de la Propiedad, parece que excepcionalmente el plazo no debe contarse hasta que el lesionado tenga conocimiento de ella (437).

Se trata de un plazo de caducidad, según ha declarado el Tribunal Supremo, en Ss. de 28 de noviembre de 1932 y 7 de abril de 1959, que no se interrumpe por impugnación de la partición por una causa distinta (S. de 6 de diciembre de 1962).

La acción no tiene eficacia contra terceros adquirentes de buena fe de bienes adjudicados al demandado. Así resulta de la norma general acerca de los efectos de la rescisión, contenida en el artículo 1.295, § 2: *"Tampoco tendrá lugar la rescisión cuando las cosas objeto del contrato se hallaren legalmente en poder de terceras personas que no hubiesen procedido de mala fe."*

73. *La omisión de objetos y valores de la herencia*, bien sea materialmente en la partición o contablemente en la colación, puede dar lugar a que resulte lesionada alguna legítima, en especial las de aquellos a quienes el testador no les hubiese dejado sino ésta estrictamente.

El artículo 1.079 se ocupa en términos generales de la *omisión* de bienes en la partición, ordenando que su remedio sea su *complemento* o *adición*; aplicando también el principio de conservación de la partición:

"La omisión de alguno o algunos objetos o valores de la herencia

(435) Es idéntico al art. 1.092 Anteproy. 1882-88 y sustancialmente coincide con el 925 Proy. 1851: *"La acción rescisoria, por causa de lesión, no durará sino cuatro años desde que fue hecha la partición"*. GARCÍA GOYENA, op. y vol. cit., p. 278, al glosar este artículo, anotó: *"Conforme con la ley recopilada 2, título 1, libro 10, en cuanto a la rescisión de la venta..."*.

(436) En este sentido SÁNCHEZ ROMÁN, loc. cit., p. 2117, y PUIG PEÑA, loc. cit., p. 334 y en contra PUIG BRUTAU, loc. últ. cit., p. 637. LACRUZ y SANCHE, op. cit., 164, p. 264, excluyen el supuesto de aplicación del art. 1.291 tratándose de menores o incapacitados. Cfr. S. 24 diciembre 1927.

(437) PUIG PEÑA, loc. cit., c, d', p. 334, cita en este sentido la S. de la Audiencia Territorial de Valencia de 11 junio 1956.

no da lugar a que se rescinda la partición por lesión, sino a que se complete o adicione con los objetos o valores omitidos" (438).

García Goyena (439), al glosar las palabras iniciales "*La omisión*", de su precedente del Proy. 1.851, artículo 929, observó: "Supónese que no ha mediado en ella dolo o fraude, porque, si medió, la partición quedaría por esto sólo sujeta a rescisión..." (hoy debemos decir a anulabilidad). Y continuaba: "La estabilidad de los actos de buena fe merecen siempre grande consideración, y se conserva a todos los herederos su derecho respectivo sin las dilaciones y gastos de una nueva y absoluta partición."

El Tribunal Supremo ha declarado que no habiendo dolo ni perjuicio, que darían lugar a la nulidad o a la rescisión, es indiferente que la omisión haya sido involuntaria o voluntaria (Ss. de 16 de junio de 1915, 17 de abril de 1932, 28 de marzo de 1943, 10 de octubre de 1958 y 13 de octubre de 1960); que tampoco da lugar a la rescisión, sino a la adición, el que se hayan considerado como gananciales bienes privativos del causante (S. de 5 de mayo de 1920); y que sigue siendo pertinente la adición cuando no existan los objetos omitidos, sino los que vinieron a sustituirlos (S. de 2 de julio de 1908).

74. *La preterición de un heredero en la partición puede producirse habiendo habido también preterición testamentaria; pero asimismo puede tener lugar habiendo fallecido abintestato el causante* (440).

Esa preterición particional puede dar lugar a la total reclamación de la cuota que abintestato o por testamento corresponda al omitido, que en este caso podrá ser toda la legítima o una mayor porción. Pero también cabe que sólo sea reclamable una parte de la legítima si ésta le hubiese sido satisfecha en parte con donaciones o legados.

El supuesto general es contemplado en el artículo 1.080:

"La partición hecha con preterición de alguno de los herederos no se rescindirá, a no ser que se pruebe que hubo mala fe o dolo por parte de los otros interesados, pero éstos tendrán la obligación de pagar al preterido la parte que proporcionalmente le corresponda" (441).

La S. de 5 de diciembre de 1959 amplió el supuesto de hecho del artículo 1.080 al declarar que "la falta de intervención de los dos

(438) Es idéntico al art. 1.096 Anteproy. 1882-88, salvo la falta en éste del artículo "la" delante de herencia, y en lo esencial coincide con el art. 929 Proy. 1851: "La omisión de alguno o algunos objetos en la partición no da derecho para que se rescinda la ya hecha, sino para que se continúe en los objetos omitidos".

(439) GARCÍA GOYENA, op. y vol. cit., pp. 279 y s.

(440) Respecto la distinción entre preterición particional y preterición testamentaria, cfr. la S. 15 octubre 1957 y nuestro comentario en "el deber formal de instituir heredero y la preterición...", 35, en A.D.C., XX-I, pp. 100 y ss.

(441) Es idéntico al art. 1.097 del Antepro. 1882-88, que lo tomó del art. 4.125 Mexicano (cfr. vers. al cuidado de MANUEL PEÑA, p. 338). No tiene antecedente en el Proyecto de 1851.

ausentes no puede determinar la inexistencia del contrato particional aún cuando el artículo 1.059 C. c. haya venido a sancionar el principio de la unanimidad en su otorgamiento, ya que este principio admite la excepción del artículo 1.080, sin que la preterición a que el mismo se refiere pierda su sentido y haya de entenderse necesariamente en su limitado alcance conceptual por el solo hecho de haberseles adjudicado los bienes que se estimó corresponderles, habida cuenta de la buena fe que supone en los otros contratantes, ni puede reputarse más grave el reconocimiento y adjudicación de bienes a los no presentes, que incluso pueden satisfacer su derecho, que la omisión absoluta del copartícipe sin asignarle cuota alguna y ni siquiera mencionarlo; pero, en último término, con relación al omitido o no interviniente, la partición así verificada tendría la condición de *res inter alios acta*, ineficaz respecto a él con arreglo al artículo 1.257 del Código civil, pero sin impedir hacer uso de la facultad que le confiere el párrafo segundo del mismo artículo para aceptar en su caso la adjudicación hecha, si la estima favorable"; habiéndose declarado por S. de 7 de julio de 1944 que el contrato celebrado en condiciones análogas —el otorgado en nombre de otro por quien carece de su autorización y representación legal evidentemente equiparable a la ausencia pura y simple del supuesto otorgante—, en cuanto puede ser ratificado por éste con sujeción al segundo párrafo del artículo 1.259 del expresado Código hacen de tal contrato un acto no propiamente inexistente, sino un negocio jurídico en estado de suspensión, subordinado a una *condicio iuris*, de tal modo que, en definitiva, si la ratificación se da, se considerará el negocio como válido y eficaz desde el principio, a favor y en contra de él, y si la ratificación no se produce será el negocio nulo o ineficaz para aquél, doctrina que en ningún caso puede significar que quede al arbitrio de una parte de los herederos realizar la partición con exclusión de los demás, porque con arreglo al artículo 1.080 su validez nunca podría mantenerse cuando la eliminación fuera arbitraria y, por consiguiente, de mala fe, lo que en el supuesto de los dos coherederos citados no sólo no se demuestra en forma alguna, sino que, a la inversa, y según hubo de indicarse ya, más bien se deduce lo contrario de la situación de los mismos al practicarse la partición"... y "que ni el dolo ni la mala fe pueden presumirse ni, por lo antes expuesto, deducirse, con presunción *iuris et de iure*, como parece pretenderse, del mero hecho de que el interesado omitido o excluido de la celebración del contrato fuera heredero instituido en el testamento o conocido como tal por los otorgantes".

Pero en el supuesto del artículo 1.080, la solución, en el caso de no ratificación, consiste en reclamar a los demás partícipes proporcionalmente la parte que corresponda al omitido, excluyéndose que pueda pedir no sólo la inexistencia, sino tampoco la nulidad ni la rescisión de la partición.

La palabra *pagar* que emplea el artículo ha sido analizada por varios autores.

Según Manresa (442), “puede hacerse en dinero o en otra clase de bienes; puesto que la ley no distingue”; pero “no haciéndose el pago en dinero o valores equivalentes, no son árbitros los herederos deudores de entregar los bienes que quieran, sino que han de pagar con los bienes de la misma herencia que ellos recibieron, a justa regulación, conforme al párrafo segundo del artículo 840, a no conformarse en cobrar en una forma determinada el acreedor”.

En cambio, Scaevola (443) entendió “que al heredero preterido no puede obligársele a que pase, o por la indemnización del daño que supone el que no se halle aún en posesión de su porción hereditaria, o por que se le pague con cosas de la herencia de la misma naturaleza, calidad y especie que las adjudicadas a los demás interesados, cual se previene para las particiones en general, cuando sea posible, en el artículo 1.061, sino que procede pagarle, según este precepto enseña, pues no siendo él culpable de la preterición, el legislador no podía perjudicarle”. Y en el mismo sentido, Sánchez Román (444) señaló que en nuestro supuesto, “pagar al heredero preterido en la partición es satisfacerle restableciendo la efectividad de su derecho como tal y conforme su haber”, “en cosas, bienes o valores de la herencia de la misma naturaleza, calidad o especie que las adjudicadas a los demás interesados, guardando la posible igualdad, según previene el artículo 1.061”, siendo “medio subsidiario”, cuando esa solución no quepa, debido a enajenaciones ya realizadas o por no permitirlo las circunstancias del caso, la satisfacción de “su equivalente en dinero, según el valor que tuviera la cosa cuando se adjudicó o cuando se enajenó si fuere mayor, e intereses de la suma que represente desde dicha fecha, e indemnizaciones necesarias respecto de los frutos por aquél de los herederos a quien se adjudicó”.

Espín (445) se inclina por esta segunda posición, pero advierte que “habrá que admitir suplementos en metálico para resolver problemas de cosas indivisibles”, y le parece que la cuestión más difícil “consistirá en decidir si el preterido podrá hacer uso del derecho a pedir la venta en pública subasta de la cosa indivisible (art. 1.062, ap. 2)”, estimando que la tesis afirmativa “sería la más justa si por su parte [del preterido] no existió culpa alguna en la preterición”, pero que “en contra cabe alegar el artículo 1.080, cuya regla especial tiene una

(442) MANRESA, op. cit., vol. VII, art. 1.080, pp. 774 y s. En el mismo sentido, al parecer, BONET RAMÓN, “Código...”, p. 797.

(443) SCAEVOLA, op. cit., vol. XVIII, art. 1.080, p. 470.

(444) SÁNCHEZ ROMÁN, “Estudios...”, vol. VI-III, cap. XXVIII, 71, página 2124. En igual sentido VALVERDE, op. y vol. cit., cap. XXV, § II, p. 597. PUIG PEÑA, “Tratado...”, vol. V-III, cap. XXXI, 2, C, b, p. 341; LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA, op. y vol. últ. cit. 167, p. 269. Estos dos últimos autores precisan que el remedio consiste en que cada uno de los demás herederos “comunique, *in natura*, en la proporción debida, cosas, bienes o valores de la herencia de la misma naturaleza, calidad y especie que las adjudicadas a los demás interesados, guardando la posible igualdad; de no ser ello viable, por medio subsidiario de su equivalente en dinero, según el valor que tuviera la cosa cuando se adjudicó”.

(445) ESPÍN, “Manual...”, vol. V, sec. I, cap. III, 15, ed. cit., p. 182.

clara intención conservativa de la partición si no existe mala fe probada en la preterición”.

La palabra *porporcionalmente*, según Sánchez Román (446), significa que los demás vienen obligados a satisfacerle al preterido, “*en proporción* a las participaciones hereditarias de cada uno”. Nosotros creemos que es más exacto decir en la proporción en que cada cual haya recibido el exceso, que si bien normalmente corresponderá a sus participaciones hereditarias, en ciertas ocasiones puede no ser así, v. gr., si algún partícipe hubo de complementársele por no alcanzar a cubrir su legítima.

C) EN LAS REGIONES FORALES.

En ninguna región ni territorio de Derecho foral o especial halla ninguna disposición específica relativa al modo de complementar las legítimas lesionadas en la partición, por lo cual las reglas de la rescisión, complemento y rectificación de ésta se rigen por el Código civil (447).

V. COMPLEMENTO DE LAS LEGITIMAS RENUNCIADAS O TRANSIGIDAS EN VIDA DEL CAUSANTE

A) SOLUCIONES ROMANA Y CANÓNICA.

75. De la renuncia de la legítima nos hemos ocupado al examinar la extinción de la legítima, analizando los supuestos en los que es ineficaz a dicho fin y aquellos en los que resulta efectiva (448). Aquí sólo nos interesa el estudio de los supuestos en los cuales verificada ésta en vida del causante, da lugar a que, fallecido éste, pueda reclamarse el complemento de la legítima.

Sabemos que el § *Illud etiam* de la ley *Si quando* del *Codex* (III-XXVIII, 35, § 1.º) había previsto que “si un hijo hubiese recibido de sus padres ciertos bienes o cantidades, y pactado que en manera ninguna se promovería por él la querrela de inoficioso contra el testamento paterno, y después de la muerte del padre el hijo, conocido el testamento paterno, no aceptare su disposición, sino que creyere que debía atacarla, mandamos que desechada la antigua contienda no se grave en manera ninguna al hijo con semejante pacto, conformándonos con la respuesta de Papiniano, en la que sentó que los hijos, más bien que obligados mediante pactos, debían ser atraídos por beneficios a sus deberes para los padres. Pero esto lo admitimos así, si el hijo no hubiere celebrado con los herederos paternos transacciones, en las que de evidentísima manera hubiere reconocido la voluntad de su padre”.

(446) SÁNCHEZ ROMÁN, loc pág. últ. cit.

(447) Así, v. gr., para Cataluña, LUIS FIGA FAURA, “Manual de Derecho civil catalán”, pp. 553 y s., da como vigentes los arts. 1.073 a 1.080.

(448) Cfr. “Atribución, concreción del contenido y extinción de las legítimas”, III, nn. 66 y ss., en *A.D.C.*, XXV-I, enero-marzo 1972, pp. 141 y ss.

En cambio, el Derecho canónico en el cap. *Quamvis pactum*, 2.º, *De pactis* del Sexto de las Decretales, I, XVIII, dio eficacia a la renuncia verificada bajo juramento por la hija *dote contenta*. Solución totalmente contraria a la que había dado el Emperador Alejandro, recogida en el *Codex VI-XX*, 3 para el mismo supuesto de la hija *dote contenta*, que, sin aludir a posible juramento alguno, había rechazado todo valor a la renuncia otorgada por ella al ser dotada por su padre, sin perjuicio de su deber de llevar a colación tal dote (449).

B) EN EL CÓDIGO CIVIL.

76. La solución negativa romana, y no la permisiva canónica, es la recogida en el art. 816 C. c.: “*Toda renuncia o transacción sobre la legítima futura entre el que la debe y sus herederos forzosos es nula, y éstos podrán reclamarla cuando muera aquél; pero deberán traer a colación lo que hubiesen recibido por la renuncia o transacción*” (450).

El texto de este artículo ofrece diversas cuestiones que merecen ser glosadas.

a) El supuesto contemplado: “*Toda renuncia o transacción sobre la legítima futura entre el que la deba y sus herederos forzosos...*”, ha dado lugar que se haya planteado la cuestión de si el adverbio “*Toda*” se refiere tanto a la renuncia como a la transacción, o sólo a aquélla; y de si el inciso “*entre el que la deba y sus herederos forzosos*” también se halla referida a ambas o sólo a la transacción.

Parece ciertamente que este inciso aclaratorio no se puede referir a la renuncia, cuando ésta se efectúe en un acto unilateral, ni en otro caso, pues su supuesto también quedaba englobado por el adverbio “*toda*” directamente referido a la palabra *renuncia*.

En cambio, la transacción a que este artículo se refiere solamen-

(449) Esa cuestión, tratando de deslindar el texto romano de la ley *Si quando*, § 1 y del texto canónico del cap. *Quamvis pactum*, la vemos examinada por PALACIOS RUVIOS, “*Repetit. rubric. et capit. Per vestras...*”, en *Capit. § 23*, nn. 2 y 3, ed. cit., fol. 154 y por COVARRUVIAS, “*Ex tit. De testamentis...*”, *Caput. Raynutius § 1.º* núm. 8, ed. y vol. cits., p. 71, para el supuesto de haberse donado el importe de la legítima a algún hijo, que luego resulta insuficiente para cubrirla por haber aumentado el patrimonio del donante, separando las hipótesis de que la renunciante sea una hija *dote contenta* o bien un hijo y de que haya o no intervenido juramento reforzando la renuncia.

(450) Precedente del art. 816 es el 801 del Antep. 1882-88, en el cual no aparece el inciso “entre el que la debe y sus herederos”, y detrás de la palabra “*colación*” concluye “*lo que en tal caso hubieren recibido*”. Más parecida es la redacción del art. 646 Proy. 1851: “*Toda renuncia o transacción sobre la legítima futura entre aquellos que la deben y sus herederos forzosos, es nula; y los segundos podrán reclamarla cuando mueran los primeros; pero deberán traer a colación lo que hubieren recibido por la renuncia o transacción*”. GARCÍA GOYENA (op. y vol. cit., p. 96) comenta: “Es el artículo 836 Napolitano, conforme al párrafo 1, ley 35, título 28, libro 3 del Código...”

te puede darse "entre el que debe la legítima y sus herederos forzosos", puesto que son los únicos que pueden transigir acerca de la legítima futura, como tal legítima, debida por aquél y a la que éstos tendrán derecho (451).

Por eso se ha escrito (452) que el supuesto contemplado debe considerarse dividido en dos: "1. *Toda renuncia sobre la legítima, o mejor de la legítima, es nula.* 2. La transacción entre el que debe la legítima y sus herederos forzosos es *nula*. Por consiguiente, cualquier renuncia, en cualquier forma y con cualquiera otorgada, por acto unilateral o bilateral, simplemente o por causa remuneratoria, por título oneroso o lucrativo, total o parcial, meramente extintiva o traslativa, explícita o implícita, puramente, bajo condición o plazo, entre el que debe la legítima y el heredero forzoso o entre uno o varios de éstos y personas que no lo sean, extrañas o no a la sucesión a que la legítima renunciada se refiera, interesados o no por la ley o por acto jurídico en dicha sucesión, en perjuicio de ordinario, del renunciante, o con posible trascendencia de perjuicio a otros herederos forzosos, es decir, *en todo caso y forma, la renuncia de la legítima futura es nula*".

No cabe considerar como transacción, puesto que no lo es, la simple declaración que un hijo haga de los bienes por él recibidos de su padre. Ni la transacción entre ambos acerca de los bienes realmente donados o entregados por éste a aquél, pues no constituye transacción sobre la legítima futura, sino únicamente acerca de cuáles son los anticipos que a cuenta de éste se hayan verificado (453).

b) La referencia a "*la legítima futura*", significa que la nulidad sólo se aplica a la renuncia o a la transacción efectuadas "*antes de que la sucesión de donde proceden se haya causado; pero será válida cualquier renuncia o transacción que se realice en tiempo posterior, o sea, las que procedan de legítima o herencia en sucesión de persona que haya fallecido*" (454).

Por otra parte la palabra *legítima* ha de entenderse en sentido estricto, sin incluir la *mejora*, puesto que el art. 827 permite pactar acerca de la mejora en capitulaciones matrimoniales y en contrato oneroso con un tercero, y el art. 826 declara la validez de la promesa de mejorar o no mejorar hecha por escritura pública en capitulaciones matrimoniales (455).

(451) Como dice MANRESA, op. cit., vol. VI, p. 863: "no cabe transacción más que entre los interesados, en dar o recibir en su día la legítima".

(452) SÁNCHEZ ROMÁN, "Estudios...", VI-II, cap. XV, 112, p. 940. En igual sentido FUENMAYOR, "Intangibilidad de la legítima", V, B, en A.D.C., I-I, pp. 74 y ss.

(453) En este sentido creemos que deben despejarse estas cuestiones planteadas por NICOLÁS LÓPEZ R. GÓMEZ, op. cit., vol. I, cap. XV, art. 3, n. 14, pp. 526 y s. y recogidas por FUENMAYOR, loc. últ. cit., pp. 76 y s.

(454) Cfr. MANRESA, loc. últ. cit., p. 941. También PUIG BRUTAU, "Estudios...", V-III, cap. II, 2, I, A, p. 160, precisa que lo prohibido es la renuncia o transacción "*anticipada*".

(455) MANRESA, loc. últ. cit., p. 364, y SÁNCHEZ ROMÁN, loc. últ. cit., p. 940.

c) La tesis del precepto: “*es nula, y éstos podrán reclamarla cuando muera aquél*”, ha sido perfectamente explicada por Manresa (456): “La palabra *podrán* del artículo no quiere decir, como alguien supone, que la validez o nulidad del acto depende de la voluntad de los interesados; se refiere al derecho de los herederos forzosos para pedir, no la nulidad de la renuncia o transacción, sino, a pesar de estos actos, su legítima. La renuncia o transacción son nulas: la ley las considera como no existentes, y, por tanto, el mismo heredero renunciante puede reclamar la legítima, como si no la hubiese renunciado, al tiempo de morir el testador”.

d) El corolario: “*pero deberán traer a colación lo que hubiesen recibido por la renuncia o transacción*”, es consecuencia evidente de la ineficacia total del acto, por lo cual lo recibido debe volver al caudal del que procede (457), con lo que se evita “un enriquecimiento torticero” que de lo contrario se produciría (458). Fundándose así, también, en razones de equidad (459).

Como expusimos en otra ocasión (460), en el art. 816, la expresión *traer a colación* debe entenderse en su sentido gramatical de llevar a la cuenta de la legítima. Así como en el art. 818 *colacionables* equivale a *computables*, en el 816 *traer a colación* significa *imputar a la legítima*. Ninguno de los dos preceptos se refiere a la *colación* en sentido rigurosamente técnico, jurídicamente restringido.

Sólo una vez fallecido el causante puede conocerse la cuantía de las legítimas. Únicamente entonces podrá saberse si éstas han sido totalmente satisfechas en vida de aquél, imputando lo donado a cuenta de lo que por legítima corresponda al donatario. Es decir, computando lo recibido por la renuncia o transacción, se comprobará si realmente se renunció a alguna parte de la legítima y, por consiguiente, si cabe reclamar el suplemento, puesto que la renuncia o la transacción se deben considerar como no hechas. Con ello enlazamos el art. 816 con la norma del art. 815, siempre que el legitimario no haya sido preterido y no entre en juego, por consiguiente, el art. 814.

C) LEGISLACIONES FORALES: ESPECIALIDADES DE LOS DERECHOS ESPECIALES DE BALEARES Y DE CATALUÑA.

77. Mientras en el Código civil la solución romana de la ley *Scimius* § 1 (Cod. III-XXVIII, 35) se ha impuesto en el art. 816 sobre la canónica del capítulo *Quamvis pactum*, 2.º *De pactis* del Sexto de las Decretales I, XVIII, ésta, liberada del requisito del juramento y extendida de la hija *dote contenta* a cualquier de los hijos, en general, que reciban “*alguna donación o ventaja*” o a quienes se hagan entregas o asignaciones “*en concepto de legítima, dote o dotación*,

(456) MANRESA, loc. y pág. últ. cit.

(457) MANRESA, *ibid*, últ. cit.

(458) SÁNCHEZ ROMÁN, loc. últ. cit., p. 942.

(459) FUENMAYOR, loc. últ. cit., p. 77.

(460) “Apuntes...”, III, § 16, p. 616.

cantidad o bienes determinados", se ha impuesto en las Compilaciones balear y catalana, según respectivamente detallan sus arts. 50 y 145.

De uno y otro precepto y de sus antecedentes en sus respectivos derechos autóctonos, nos hemos ocupado en otro lugar (461) al tratar de la extinción de las legítimas. Aquí nos interesa añadir que uno y otro precepto excluyen, en los supuestos por ellos contemplados, el complemento de la legítima.

También es preciso subrayar que, no obstante, en el Derecho catalán, conforme dice el inciso del n. 2.º del citado art. 145 de la Compilación, es posible obtener la rescisión de la renuncia —aparte de su posible anulación por vicios de la voluntad— *"por lesión en más de la mitad de su justo valor a partir del otorgamiento de la misma, atendiendo el importe a que ascendería la legítima del renunciante en la expresada fecha"*.

La acción de rescisión consiguiente se estimaba que prescribía a los treinta años, por aplicación del usatje *Omnnes causa* (462) y algunos autores la consideraban transmisibles a los herederos aunque fueran extraños (463). Hoy podría sostenerse que su plazo de duración es el mismo, pues en definitiva se trata de reclamar el suplemento de la legítima, a la que asigna este mismo término el art. 146, § 1. Pero estimada como acción rescisoria y concretamente por lesión *ultra dimidium*, habría de aplicarse el art. 323, § 3, ap. 1.º, que dice: *"Esta acción rescisoria es de naturaleza personal, transmisible a los herederos y caduca a los cuatro años de la fecha del contrato lesivo"*. Inicio de término que debe trasladarse en nuestro supuesto a la fecha del fallecimiento del causante, pues aunque la lesión se refiere al momento de la renuncia que se trata de rescindir, el consiguiente complemento, en caso de prosperar la rescisión debe ser determinado con relación a la legítima calculada al tiempo de fallecer el causante como determina el art. 129 Comp. Obtenida la rescisión de la renuncia, el plazo de prescripción de la acción para reclamar el suplemento deberá determinarse conforme al art. 146, § 1.º Pero de no ejercitarse la primera en el término señalado en el art. 323, § 3.º, no será ya posible el ejercicio de la segunda, que dependerá del éxito de aquélla, aunque también puedan ejercitarse ambas simultáneamente.

(461) "Atribución y concreción del contenido y extinción de las legítimas", 68 y 69, en *A.D.C.*, XXV-I, enero-marzo 1972, pp. 144 y s.

(462) Cfr. FONTANELLA, "De pactis nuptialibus", Claus. IX, glosa única, Pars I, n. 29, cfr. ed. Lugduni 1.607, vol. II, p. 555; G. M. BROCA y J. AMELL, op. y vol. cit., p. 254, FONTOVA y ESLAVA, "La llegítima dels fills a Catalunya", en *R. J. de Catalunya*, vol. XX, 1914, pp. 210 *in fine* y s.

(463) Así G. M. BROCA y J. AMELL, loc. cit., p. 254.

VI) REDUCCION DE LAS DONACIONES INOFICIOSAS

A) DERECHO ROMANO Y COMÚN.

78. Papiniano en el libro XIV de sus *Respuestas*, en un fragmento recogido en el Digesto XXXI-único, 89, § 3.º, reprodujo un rescripto del Emperador Alejandro Severo dirigido a Claudio Juliano: "Si te constare carísimo Juliano que para impedir la querella de testamento inoficioso la abuela consumió su patrimonio en donaciones hechas a su nieto, exige la razón que se revoque respecto a la mitad de lo que donó". Ahí hallamos uno de los primeros rastros que de la *querella inofficiosae donationis* (464), que al parecer la introdujo dicho Emperador, así como la *querella inofficiosae dotis* (465).

De la determinación de qué donaciones debían estimarse inoficiosas y del momento al que debía referirse este juicio, así como de las liberalidades a las cuales podían afectar las *querellae inofficiosae donationis vel dotis* nos hemos ocupado en otro lugar (466). Aquí lo que nos interesa es la determinación de cuál era la actuación de estas querellas.

La diferencia fundamental entre la querella de inoficiosa del testamento y la querella por inoficiosa de donaciones y dotes, radicaba en que aquella daba lugar a la total rescisión del testamento, mientras que con éstas las donaciones y dotes sólo se reducían en cuanto resultaran inoficiosas, como resulta de las leyes 2, 5, 7 y 8 Cod. III-XXIX y de la Nov. XCII, cap. I (467).

Es sabido que en Derecho romano la donación que en el momento de su otorgamiento no era inoficiosa no podía ya resultar aunque hubiese disminuido posteriormente la fortuna del donante; y que, en cambio, la donación inoficiosa al otorgarse podía dejar de serlo por haberse incrementado la fortuna del causante (468). De ahí que el orden de reducción de las donaciones era el inverso al de sus fechas respectivas, es decir, comenzaba por la más reciente, y no cabía intentar la reducción de ésta, mientras no se hubiese rescindido

(464) Véase también el fragmento de PAULO, que recoge interpolado el Dig. V-II, 23, pr.; así como el tít. XXIX, lib. III del *Codex*, y la Novela XCI, cap. I.

(465) Cfr. la ley única del tít. XXX, libr. III del *Codex*, que recoge una disposición del Emperador Constancio del año 358.

(466) Cfr. "Apuntes...", III, 2, pp. 317 y s.; "Contenido cuantitativo...", 26, en A.D.C., XXIV-I, pp. 57 y ss., y "Notas críticas a la pretendida distinción entre cuota de reserva y cuota de legítima", 28, en A.D.C., XIX-I, p. 107.

(467) Cfr. VINNIO, "Selectarum Iuris Quaestionum", tít. II, cap. XXXIII; cfr. ed. Lugduni 1735, pp. 175 y ss., o su versión al castellano "Comentario Académico y Forense", ed. Barcelona 1847, vol. II, pp. 772 y ss.; POTHIER, "Pandectes de Justinian", vol. III, lib. V, tít. III, n. LIV. Cfr. ed. París 1819, pp. 642 y ss.; WINDSCHEID, op. y vol. cit., § 586, p. 273; GIRARD, op. cit., lib. III-V, tít. I, cap. III, sec. II-III, p. 921.

(468) Novela XCII, cap. I, Cfr. el comentario de WINDSCHEID, op. y vol. cit., § 586, pp. 271 y s. y en especial nota 7.

el testamento y reducidos totalmente los legados y cargas testamentarias inoficiosas.

La ley 8, tít. IV de la 5.^a Partida, recogió esta doctrina en sus apartados segundo a último: "E si por aventura alguno que ouisse fijos legitimos, quissiese fazer donacion a otro puedela fazer en tal manera, que todavia finque en saluo a los fijos de su parte legitima, tambien en vida de su padre como despues de su muerte. E la parte legitima es segun dize en el titulo del establecimiento de los herederos. E si el padre fiziese mayor donacion puedenla reuocar, los fijos fasta la quantia de la su parte legitima".

Gregorio López (469), en su glosa última a esta ley, subrayó que en ella se sigue la opinión de Azón y Baldo, puesto que declara revocable la donación en lo que montare la legítima, dejándola subsistente en lo restante, sin distinguir entre las donaciones inoficiosas de hecho pero sin intención (*re tantum*) y las que lo fueren de hecho y con intención (*re et consilio*) como hicieron Hugolino y la mayoría de los autores que aplicaban sólo a las primeras la reducción y entendían que las segundas eran totalmente nulas (470).

El orden en el cual las donaciones debían reducirse era lógicamente el inverso a sus fechas, puesto que siendo irrevocables no han de poder ser reducidas por el otorgamiento de nuevas donaciones. Así lo explicaron los Hermosilla (471): "Quando plures donationes

(469) GREGORIO LÓPEZ, gl. final a la ley 8, tít. IV, 5.^a Partida o gl. 49 h. t. cfr. ed. ed. y vol. cits., pp. 51 y ss.

(470) COVARRUVIAS, "Variarum Resolutionum...", lib. I, cap. XIX, n. 12, cfr. ed. cit., vol. II, p. 252; ANTONIO GÓMEZ, "Variae...", lib. II, cap. IV, n. 13; ed. cit., p. 248, entendieron que debía distinguirse entre las donaciones hechas a los hijos que tanto si eran inoficiosas *re tantum* como *re et consilio*, sólo se rescindían en cuanto fueran inoficiosas; y las donaciones hechas a extraños, que en caso de ser inoficiosas *re tantum* seguían esta misma regla, pero de serlo *re et consilio* se revocaban totalmente, aplicándose el criterio de la ley *Si unquam* (Cod. VIII-LVI, 8). Esta fue la opinión de la mayoría de los autores, según reconocieron los Hermosilla en sus anotaciones 2 a 5 a la glosa XIII de GREGORIO LÓPEZ a la ley VIII, tít. IV, Part. 5 (op. y vol. cits., p. 314), donde cita numerosos autores, y su enumeración puede ampliarse con los referidos por AYLÓN LAINEZ, en sus Adiciones al citado número de las *Variae* de A. GÓMEZ, op. cit., n. 14, ed. cit., p. 139.

Sin embargo, a partir de VINNIO, que trató ampliamente esta cuestión en su citado cap. XXXII de las *Selectarum Iuris Quaest.* (locs. cits.) ha prevalecido el criterio por él defendido —coincidente con el de la ley 8, tít. IV, Part. 5.^a— contra ANTONIO FABRO, de que no debía establecerse diferencia en caso de inoficiosidad entre las donaciones hecha a hijos o a extraños, pues: "Ni es la persona del que recibe la que hace inoficiosa la donación, sino la excesiva liberalidad, sin que se distinga entre si hubo tan solo el hecho o también la intención de defraudar", aplicándoseles siempre la reducción en lo que fueren inoficiosas a tenor de las leyes 1 y 7 Cod. III-XXIX.

(471) GASPAR, JUAN Y SEBASTIÁN HERMOSILLA, "Resolutiones ad leges Partitorum D Gregori Lopetii", 5.^a P., tít. IV, ley VIII, gl. XIII, n. 32, cfr. 4.^a ed., Colloniae Allobrogum 1751, vol. II, p. 317.

En los nn. 33 y 34 indican en caso de haberse hecho a extraños las donaciones, de los cuales resultase insolvente el de la última, podrá recla-

pater fecit, vel alienationes fraudulentas, tunc prima donatio, quae a principio fuit legitima, non dicitur inoffiosae, sed ultima tantum revocabitur et alias posteriores usque ad legitimam filiorum". E invocó las opiniones concordes de Bartolo, Baldo, Paulo de Castro y Angélo al comentar la ley 1, Cod. III-XXIX. Igual criterio vemos que fue presu-
puesto antes por Gregorio López (472) al comentar la ley 4, tít. XIV, Partida Primera.

B) DERECHO REAL DE CASTILLA.

79. La ley 20 de Toro, después de ordenar la colación de la dote, donación *propter nuptias* y demás donaciones *ab causam* por los hijos herederos en la partición de los bienes de su padre, exceptuó: "*Pero si se quieren apartar de la herencia que lo puedan hazer, salvo si la tal dote, o donaciones fueren inofiosas, que en este caso mandamos que sean obligados los que las recibieren ansi los hijos y descendientes en lo que toca a las donaciones, como las hijas y los maridos en lo que toca a las dotes, puesto que sea durante el matrimonio, a tornar a los otros herederos del testador aquello en que son inofiosos para que lo partan entre si...*".

Del momento en el cual debía estimarse la inofiosidad de la donación o dote se ocupa la misma ley a continuación (473). Pero este tema queda ahora al margen del estudio que efectuamos, para el cual lo que nos interesa es precisar el grado de ineficacia que las donaciones inofiosas podían sufrir.

Antonio Gómez (474) dedujo: "*et valebit donatio in quinto si fuit facta extraneo; vel in tertio et quinto et legitima si fuit facta filio vel descendenti; et residuum erit legitima aliorum*".

Y Covarruvias (475) distinguió: "*secundum huius Regni constitutiones, donatio facta extraneo ratione, et titulo inoffiosae, revocabitur in totum excepta Quinta bonorum parte ipsius donatoris hanc siquidem Quintam partem bonorum donatoris, retenebit ipse donatarius, cum relique partes constituent portionem legitimam liberis eius debitam*". En cambio si la donación se revocaba por aplicación de

marse al de la anterior; y que si las donaciones hubiesen sido hechas simultáneamente todas deberán sufrir la reducción hasta cubrir la legítima.

(472) La ley 4, tít. XIV, Partida 1.^a en su apartado final previno que las donaciones eclesiásticas, que fueren muchas de poca cuantía pero que juntas pasaren de la centena o la cincuenta, fuesen reducidas en "todo lo que fuere de más de la una de éstas", y GREGORIO LÓPEZ glosó las palabras "deue ser tornado" (o gl. 31 h. t.): "Entiéndase de la última donación que causó el exceso, o bien de todas las donaciones si no consta cuál fue la primera" (cfr. ed. cit., vol. I, p. 578).

(473) Cfr. Apuntes III, § 5, B, d, pp. 379 y ss. y "Contenido cualitativo...", 32, A.D.C., XXIV-I, pp. 75 y s.

(474) ANTONIO GÓMEZ, "Opus... super legibus Tauri", lex XXIX, n. 35, ed. cit., fol. 104.

(475) COVARRUVIAS, op., lib. y cap. últ. cit., n. 12 *in fine*, vol. cit., p. 252.

la I. *Si unquam* “tunc in totum omnino rescindetur, nec Quinta bonorum pars erit consideranda...”.

80. En el juego de la reducción de las donaciones, en este período, los autores castellanos enlazan con los de Derecho común.

Así quedaron atrás los antecedentes germánicos, que los fueros leoneses y castellanos nos muestran. En esos fueros medievales, aun aquellos bienes que los padres podían dar por fuero a sus hijos al tiempo de sus bodas y casamientos, debían contarse por parte de sus legítimas y tenerse así en consideración al hacerse las particiones (476). Así, por el Fuero de Cuenca, y en parecidos términos gran número de fueros, para el supuesto de donación de padre o madre a sus hijos en sus bodas, se ordenó que sus hermanos sean igualados en la partición y de no ser esto posible que vuelva lo recibido a la masa partible entre todos los hermanos: “ut ita parificarint possint” “porque se puedan igualar” “por amor que sean iguales todos” (477) “así que se puedan emparejar” (478), “por assi que puedan ser igualados” (479). No olvidemos que en los fueros de esta época, toda la herencia era legítima “salvo el quinto de todos sus bienes que puede dexar por su alma”, como declaró la ley VI, tít. III del libro V del Fuero Viejo de Castilla.

Ese efecto de tomar de menos o llevar a partición lo recibido de los padres, derivaba —según explica Martínez Marina (480)— de “que los hijos y nietos no podían vender ni enajenar los bienes adquiridos por donación del padre o abuelo, porque se estimaban como porción del haber partible entre todos”. Así lo hallamos expresamente dispuesto por el Fuero de Zamora (481): “Fillo que padre o madre ovier avolo o avola que aya heredar, de quanto le dieren en cassamiento non aya poder de vender nem de donar nem de enagenar sin so mandado, de toda cosa quele dier padre o madre, avolo o avola, o soglo o sogla. E quien de los comprar e engayar perdalo”. Ciertamente en algún texto, como la ley VI, tít. IV, lib. V del Fuero Viejo de Castilla, también se hallan residuos del consentimiento formal característico del Derecho germánico, que presupone excusado el traer a partición lo donado, cuando así *l'otorguen* los otros hijos “que sean de edat” (482).

(476) MARTÍNEZ MARINA, “Ensayo crítico sobre la antigua legislación y principales cuerpos legales de los Reynos de León y de Castilla, especialmente sobre el Código de Don Alfonso el Sabio, conocido con el nombre de las Siete Partidas”, n. 245, cfr. ed. Madrid 1913, p. 200.

(477) Fuero de Cuenca, ley XXII, cap. X de la forma sistemática; ley 20, tít. X según el Codice Valentino y rúbrica 160-225 del Fragmento conense, respectivamente.

(478) Fuero de Iznatoraf, ley XCXIX.

(479) Fuero de Zorita de los Canes, rúbrica 206.

(480) MARTÍNEZ MARINA, op. cit., n. 245, p. 201.

(481) Fuero de Zamora, § 9.

(482) Con mayor amplitud, cfr. nuestros “Apuntes...”, III, § 4, C, pp. 40 y ss. y respecto de la repercusión de la reserva germánica en las donaciones, en nuestras “Notas críticas...” 10, B, loc. cit., pp. 30 y ss.

Dimanando en esos fueros la restitución de lo donado inoficiosamente como consecuencia de la indisponibilidad por el padre, que sólo podía donar por igual a todos los hijos u otorgándolo con él los demás, es de entender que la revocación debía efectuarse automática y retroactivamente con efectos reales y eficacia contra terceros, tal como en el puro derecho germánico ocurría, pues la donación inoficiosa forma parte de la reserva indisponible por el causante (483).

Los autores castellanos del Siglo XVI, al comentar el Derecho regio, aplicaron criterios perfectamente concordantes con el Derecho común, adaptando a la ley 20 de Toro la doctrina de Bartolo y Baldo al comentar la ley *Sancimus*, § *Ne autem*, Cod. *De donationibus* (Cod. VIII-LIV, 34, § 1) y a la ley *Scimus*, versic. *Repletionem*, Cod. *De inoffi. testamen.* (Cod. III-XXVIII, 36, pr.). Así Gómez Arias (484), Tello Fernández (485), Matienzo (486) y Andrea Angulo (487) resolvían que si la cosa donada excediese del valor del tercio y del quinto, como el resto era legítima, y aquella cómodamente no pudiese dividirse, debía acudirse a su licitación, pero dando preferencia en ella a quien correspondiese la mayor parte (que normalmente la tendría el hijo donatario), para quedarse con ella ofreciendo la estimación que compitiera a quienes les correspondiesen las menores partes. Según Gómez Arias: “*Optio defaratur habenti maiorem partem et si non acceptat transit optio ad habentem minorem partem*”. Con este comentarista afirmaron Matienzo y Angulo que a falta de acuerdo, quedaría la cosa en comunidad, en tanto ésta no fuese disuelta judicialmente.

Pero el exceso inoficioso de la donación no fue considerado nulo *ab initio*, sino revocable una vez muerto el causante, a petición de los legitimarios lesionados en su legítima. Aun cuando la ley 8, tít. IV, 6.^a Partida, en su apartado tercero, señaló que quien “quisiesse fazer donacion a otro, puedelo fazer en tal manera, que todavia finque en saluo a los hijos la su parte legitima tambien en vida de su padre, como despues de la su muerte”, no dio lugar, como sanción del incumplimiento de esa limitación, sino el que en su apartado final indica: “E si el padre fiziere mayor donacion, puedenla revocar los fijos, fasta en la quantia de su parte legitima”.

(483) Como, siguiendo a COCQUILLE, dice BARASSI, “La successioni per causa di morte”, Milano 1947, n. 97 ter, nota 36, c, p. 279, la acción de reducción en el *Droit coutumier* del Norte de Francia era una verdadera acción reivindicatoria, no una acción resolutoria, puesto que la reducción se producía automáticamente al abrirse la sucesión y su reclamación tenía carácter declarativo, como una *querella nullitatis*”.

(484) FERNANDO GÓMEZ ARIAS DE TALAVERA, op. cit., ley XVIII [XX] gl. a las palabras “*Saluo si la hazienda*”, nn. 6, 7, 8 y 9, cfr. ed. cit., fol. CXXXII.

(485) TELLO FERNÁNDEZ, op. cit., lex XX, n. 14, vers. *Unde elicatur*, fol. 172 vto.

(486) JOAN MATIENZO, op. cit., lib. 5, tít. 6, ley 23, gl. IV, nn. 2 y 3, fol. 180 vto.

(487) ANDREA ANGULO, op. cit., lex 4, gl. 4, n. 1, fol. 121 vto.

Así, Andrés Angulo (488) dedujo que la donación no dejaba de tener efecto, ni se suspendía por el hecho de ser inoficiosa, tanto si no fue excesiva en el momento de donarse pero resultó serlo al fallecer el donante, como si lo era en el momento en que se otorgó, pues la *querella inofficiosae donationis* no compete al padre donante (489), sino a los demás hijos, y a éstos tampoco les compete en vida del padre sino después de muerto éste, pues la legítima no es debida viviendo el padre. Del mismo modo, entendió que la salvedad de la legítima exigida en el apartado tercero de la citada ley de Partidas significó que lo donado lo era sin perjuicio del ejercicio de la competente querella; ni significaba que la donación quedase condicionada a que no resultare inoficiosa, sino que de esta circunstancia dependía la posibilidad del ejercicio de la *querella inofficiosae donationis* (490).

De estos mismos argumentos dedujo también Angulo (491) que la revocación de la donación en el exceso que resultare inoficioso, no afectaba a los correspondientes frutos producidos en vida del donante, sino a los percibidos después de su muerte, pues la legítima no es debida en vida del padre, ni por tanto el donatario debe devolver los frutos obtenidos en este tiempo de lo donado inoficiosamente.

Casi dos siglos después Febrero (492) repite estos argumentos al razonar que el hijo debe restituir los frutos de lo que se le donó en exceso, producidos “desde que se le interpeló, e hizo saber la inoficiosa, desde cuyo tiempo se constituyó en poseedor de mala fe: “pues para ver si la donación es o no inoficiosa, se debe atender al tiempo de la muerte del que la hace, hasta el cual se ignora; y como se revoca por la querella de inoficiosa con pretexto de lesión en la legítima, ésta no se debe hasta que el padre fallece: la acción de la querella no está concedida al padre, sino a los hijos,

(488) ANDREA ANGULO, op. cit., lex 7, gl. 4, nn. 12 y ss.; ed. cit., fol. 160 vto. y s.: “utrum donatio sit inofficiosa, vel non: quod licet pendeat a valore bonorum secundum tempus mortis: interim donatio impeditur nec suspenditur sub ea occasione quod incertum sit: an tempus mortis sit futura inofficiosa. Nam querella inofficiosae donationis non datur patri donanti, sed aliis filiis, et eis non competit vivente donatore”... “Nam cum detur praetextu lesionis legitima, et legitima non debeatur vivo patre”... donatio non potest impedire ea occasione”... “Et loquuntur non solum quando donatio non est inofficiosa respectu bonorum praesentium, sed etiam si ex nunc esset inofficiosa”.

(489) En este sentido PALACIOS RUVIOS, “Repetit. Cap. Per vestras”, § 22, n. 4; cfr. ed. cit., fol. 153: “vivo patrem non potest alter filius petere a fratrem legitimam nisi post mortem patris propter donationem immensam”.

(490) ANGULO, op., lex y glos. últ. cit., nn. 20 y ss., fol. 161, con referencia al repetido texto “Con tanto que finque en saluo a los hijos su parte legitima...”, comenta: “Non ut filii statim agant querella: sed ut donatio non preiudicat querellae competitur”...; que las palabras de esta ley no expresan: “ut scilicet, faciant condicionem: sed solum ad effectum reservandi querellam inofficiosae donationis...”.

(491) ANGULO, op. cit., lex 1, glos. 12, n. 13, fol. 63 vto.

(492) JOSEF FEBRERO, “Librería de escribanos...”, Parte II, lib. II, cap. III, § III, n. 134; cfr. ed. Madrid 1781, vol. II-II, pp. 264 y s.

que alegan ser lesos con la donación, y a éstos no compete mientras vive aquél: por eso se ha de esperar su muerte para revocarla, y desde entonces, y no antes se deberán los frutos de lo inoficioso”.

C) PLANTEAMIENTO EN LOS PROLEGÓMENOS DEL CÓDIGO CIVIL.

81. Ya en los prolegómenos de la Codificación, en el siglo pasado, empieza a interesarse de modo muy especial la doctrina por los efectos de la revocación con respecto a los terceros adquirentes del donatario. Así, Sanponts y Barba, Martí de Eixalá y Ferrer y Subirana (493) indicaron que cuando una donación se revoca, “pueden presentarse dos cuestiones: 1.º, si deben o no restituirse los frutos percibidos antes de la revocación; 2.º, si puede o no reconvenirse a un tercero a quien el donatario transmitió la cosa donada o algún derecho sobre la misma”.

Es de notar que el razonamiento de estos autores para resolverlas es radicalmente el contrario al de Angulo y de Febrero, que acabamos de analizar. El nuevo punto de vista lo apoyan en que “esta ley [8, tít. 4, P. 6] cuando dice que el padre puede hacer donaciones con tal de que quede a salvo la legítima de sus hijos, tanto en su vida como después de su muerte”, “se refiere, *sensu contrario*, a que si no queda salva esta parte, la donación será nula en cuanto al exceso”; y que si bien, “las palabras que se leen más abajo, *pueden revocar los hijos*, dan lugar a creer que la donación no fue nula *ipso iure*; la palabra *revocar* pudo referirse muy bien al hecho y no al derecho, esto es, al acto de recobrar los bienes, y no a hacer necesaria la reclamación de los hechos para que la donación perdiese su fuerza ante la ley”. Notemos que ese razonamiento cala menos en la realidad que el Angulo, que había observado cómo el padre no podía revocarla ni los otros hijos en vida de éste, ni aún en lo que tuviere de excesiva. Pero lo cierto es que el nuevo razonamiento lleva también a consecuencias que han de ser concordantes con él y naturalmente contrarias al antiguo: a) Los frutos deben devolverse porque la donación fue nula en cuanto perjudicara alguna legítima. b) Y comprenderá las cosas enajenadas por el donatario, así como las hipotecas y servidumbres que hubiese constituido; o mejor, tales actos de transacción y constitución de derechos fueron nulos, porque era nula la donación en cuanto al exceso...”.

82. El Proyecto de 1851 no siguió este criterio nuevo, excesivamente simplista. Sus soluciones fueron más matizadas.

a) Respecto a los frutos percibidos, el artículo 971, § 1, previno: “Las donaciones que con arreglo a lo dispuesto en el artículo 954 tengan el carácter de inoficiosas computado el valor líquido de los bienes del donante al tiempo de su muerte, deberán ser reducidas en cuanto tengan de excesivas; pero esta reducción no obstará a que

(493) I. SAMPONTS Y BARBA, R. MARTÍ DE EIXALÁ Y J. FERRER Y SUBIRANA, “Nota adicional a la glosa 49 de Gregorio López al tít. IV de la 5.ª Partida”; op. ed. y vol. cits., p. 52.

rengan efecto en vida del donador y haga suyos los frutos el donatario" (494).

García Goyena (495), al glosar este artículo, explicó: "La donación fue perfecta y válida en un principio, y el donatario percibió los frutos de buena fe: la reducción viene *ex post facto*, y este hecho accidental no tiene lugar sino al abrirse la herencia del donador por su muerte"... "como desde este mismo instante pasan al dominio y la posesión de los bienes, incluso el exceso de los donados a los herederos, cesa también el donatario de hacer suyos los frutos en cuanto al exceso...".

b) Respecto de la repercusión de la reducción de las donaciones inoficiosas frente a terceros adquirentes de los bienes donados, el artículo 891 decía: "Cuando el inmueble o inmuebles donados excedieren del haber del donatario, y éste los hubiese enajenado, los herederos sólo podrán repetir contra el tercero poseedor por el exceso y previa excusión de los bienes del donatario" (496).

García Goyena (497) comentó: "El donatario era dueño y de buena fe; es, por tanto, preciso consultar a la estabilidad de la enajenación, y conciliarla en lo que sea posible con el sagrado derecho de la legítima que no pudo ser menoscabada por el donador: sólo, pues, podrán repetir los coherederos contra el tercer poseedor en cuanto fue inoficiosa y previa excusión de los bienes del donatario."

La formulación conceptual de su posición la hallamos más adelante (498): "La donación en sus relaciones con la legítima, y para el efecto de reputarse o no inoficiosa, queda en suspenso hasta la muerte del donador, y lleva tácita y necesariamente la condición de que ha de caber en la parte libre o disponible". Es de notar que Angulo también había objetado dos siglos y medio antes contra esta configuración, pues el hecho de que no se dé la referida circunstancia es presupuesto, o si se prefiere *condicio iuris*, de la *querella inofficiosae donationis*, es decir, de la acción de reducción, sin que pueda decirse propiamente que la donación se halle condicionada, pues el evento de que resulte excesiva sólo repercute en ella si se ejercita la acción de reducción.

(494) En el Anteproyecto 1882-1888 corresponde a este artículo el 653, § 1.º que, aparte la referencia al número de artículo determinante de la inoficiosa, es literalmente igual hasta "deberán ser reducidas" y que luego varía su redacción ligeramente; continuando; "en cuanto al exceso; pero esta reducción no obstará para que tengan efecto durante la vida del donante y el donatario haga suyos los frutos".

(495) GARCÍA GOYENA, op. y vol. cits., art. 971, p. 315.

(496) A este artículo correspondió en el Anteproyecto 1882-88 el artículo 1.066: "Cuando el inmueble o inmuebles donados excedieren del haber del donatario y éste los hubiese enajenado o hipotecado, se imputará su importe a la legítima, a la mejora y a la tercera parte de libre disposición del donante; y si todavía la donación resultare inoficiosa, podrán los coherederos repetir contra el exceso contra el tercer poseedor previa excusión de los bienes del donatario".

(497) GARCÍA GOYENA, op. y vol. cits., art. 891, p. 259.

(498) GARCÍA GOYENA, op. y vol. cits., Apéndice 8, p. 342.

Por lo demás, como Manrín Monroy (499) ha observado: “el proyecto, en vez de dar lugar a una resolución y anulación tajantes —como la del art. 961 [para el supuesto de supernaciencia de hijos]—, sólo daba, por el 891, repetición contra tercero, previa excusión de los bienes del donatario, de lo que parece resultar, más que una revocación, sólo un derecho de crédito contra el adquirente convertido en fiador legal del donatario”.

Bajo el punto de vista registral, Claudio Antón de Luzuriaga (500) explicó: “Los donadores son también equiparados al vendedor por algunas legislaciones respecto de los derechos que la ley les reserva; pero en nuestro proyecto hemos seguido el ejemplo de otras leyes hipotecarias que los pasan en silencio, y para ello nos hemos fundado en que *las acciones del donador y sus herederos para revocar o reducir las donaciones, cuando nacen de la ley, son notorias* a todo el que contrate con un donatario puesto que el registro público constará que el título de propiedad de este último es una donación y la ley advierte a todo el mundo que la propiedad de este origen está sujeta a la revocación o reducción para todos y en unos mismos casos, de modo que el registro no podría ser sino una segunda edición de la ley; por lo demás el proyecto hace necesaria la inscripción para las acciones reales reservadas al donador por la voluntad de los contrayentes, así como la de la demanda por causa de ingratitud que es completamente voluntaria.”

83. El orden por el cual debía procederse a la reducción de las donaciones fue expresada en el artículo 972 del Proyecto de 1851: “Si las donaciones no cupieren todas en la parte disponible, se suprimirán o reducirán las más recientes por el orden posterior de la fecha de su otorgamiento en lo que resultare exceso” (501).

García Goyena (502) señaló su concordancia con el 923 francés, 971 holandés, 1.840 napolitano, 1.494 de Luisiana, 581 de Vaud, 1.158 de Sardo, sin aludir a su correspondencia con la doctrina de los autores de Derecho común, aplicada también por los juristas castellanos, según vimos con referencia a Gregorio López y a los Hermosilla y puede comprobarse entre los comentaristas de las leyes de Toro (503).

Sin embargo, las razones que aduce García Goyena son las permanentemente fundadas en la naturaleza irrevocable de las donacio-

(499) ANTONIO MARÍN MONROY, “La Colación. Historia y crítica de los problemas de valoración”, en *Anales Ac. Matr. del Notariado*, vol. IV, p. 239.

(500) CLAUDIO ANTÓN DE LUZURIAGA, Comentario al título XIX del Proyecto de 1851, contenido en el tomo IV de las “Concordancias...” de GARCÍA GOYENA, p. 193.

(501) Corresponde en el Anteproyecto 1882-88 al art. 655: “Si siendo dos o más las donaciones, no cupieren todas en la parte disponible, se suprimirán o reducirán en cuanto al exceso, las de fecha más reciente”.

(502) GARCÍA GOYENA, op. y vol. cit., art. 972, p. 316.

(503) ASÍ TELLO FERNÁNDEZ, op. cit., lex XXV, n. 2, fol. 195 vto. y s.; ANGULO, op. cit., ley 12, glos. 1, n. 6, fol. 241: “Itaque ex pluribus irrevocabilibus donationibus praecedentibus suo ordine, et antiquitatae amplebitur quintum quia solum revocantur ultimae, quae fuerunt inofficiosae l. si libertus § qui de iure patro.”

nes *inter vivos*. Así, en su glosa a las palabras “*Por el orden posterior*”, dice: “la supresión o reducción ha de comenzar donde comenzó la inoficiosidad o el menoscabo de la legítima de los herederos forzosos, y esto debe aparecer siguiendo el orden gradual inverso o más reciente de las fechas de las donaciones”. “Además, sin esta disposición, quedaría al arbitrio del donador perjudicar a un donatario anterior y hacer ilusorio parte de su derecho ya adquirido en irrevocable sin más que hacer otra u otras donaciones posteriores.”

Consecuente con esta regla era la del artículo 649, número 1, referente a la reducción en general de las disposiciones inoficiosas: “No se llegará a las donaciones mientras pueda cubrirse la legítima, reduciendo o dejando absolutamente sin efecto, si necesario fuere, las disposiciones testamentarias” (504). GARCÍA GOYENA (505), después de indicar: “Es el artículo 923 francés, 971 holandés, 1.157 sardo, y en general en todos los Códigos”, comentó: “Los donatarios tenían adquirido un derecho de que el mismo donador y testador no podía privarles.”

D) RÉGIMEN DEL CÓDIGO CIVIL.

84. La reducción de las donaciones es prevista en el artículo 654 del Código civil:

“Las donaciones que con arreglo a lo dispuesto en el artículo 636, sean inoficiosas computando el valor líquido de los bienes del donante al tiempo de su muerte, deberán ser reducidas en cuanto al exceso; pero esta reducción no obstará para que tengan efecto durante la vida del donante y para que el donatario haga suyos los frutos.”

“Para la reducción de las donaciones se estará a lo dispuesto en este capítulo y en los artículos 820 y 821 del presente Código.”

El artículo 820, número 1, previene: “*Se respetarán las donaciones mientras pueda cubrirse la legítima, reduciendo o anulando, si necesario fuere, las mandas hechas en testamento.*”

Y el artículo 656, declara: “*Si, siendo dos o más las donaciones, no cupieren todas en la parte disponible, se suprimirán o reducirán en cuanto al exceso las de fecha más reciente.*”

Existe, además, en el mismo Libro III, en el capítulo VI, sec. 1, referente a la colación, una regla especialísima expresada en el artículo 1.044: “*Los regalos de boda, consistentes en joyas, vestidos y equipos, no se reducirán como inoficiosos, sino en la parte que excedan en un décimo o más de la cantidad disponible por testamento*” (506).

(504) Corresponde con él el n. 1.º del art. 805 del Anteproyecto 1882-88, que substituyó “o dejando absolutamente sin efecto” por “o anulando”.

(505) GARCÍA GOYENA, art. 649, p. 98.

(506) Es idéntico al art. 888 Proy. 1851, salvo en que éste no tiene coma detrás de la palabra “boda”. El art. 1.060 del Antep. 1882-88, en cambio, no habla de la *reducción* sino de la *colación* de dichos regalos: “Los regalos de boda, consistentes en joyas, vestidos y equipo, serán colacionables cuando excedan, en un décimo o más, de la cantidad disponible”.

El análisis de estos preceptos permite formular, como síntesis, respecto al orden de reducción de las donaciones, las reglas siguientes:

1.º Se reducen en primer término las disposiciones testamentarias.

2.º Reducidas éstas, si no quedaren cubiertas todas las legítimas, se reducirán las donaciones, excepto "los regalos de boda, consistentes en joyas, vestidos y equipos" en cuanto no excedan de un décimo de la cantidad disponible por testamento (507).

3.º La reducción de las donaciones no exentas de reducción, se efectuará por orden inverso a sus fechas, es decir, comenzando por las más recientes.

4.º Las donaciones que sean de igual fecha, por aplicación del artículo 820, número 2 (508), deben reducirse a prorrata, a menos

De la interpretación, muy discutida, del art. 1.044 C. c., nos hemos ocupado en "Apuntes...", III, § 13, B, b, pp. 546 y ss.

a) Unos autores han entendido que el precepto limitaba el montante de los regalos de boda como máximo a un décimo de la cantidad disponible por testamento, análogicamente el límite establecido en el art. 1.331 (BONEL Y OYUELOS), o de la parte de libre disposición (LÓPEZ R. GÓMEZ).

b) Otros (MANRESA, SCAEVOLA, SÁNCHEZ ROMÁN, VALVERDE, DE DIEGO, CASTÁN, BONET RAMÓN) han entendido que exime de colación dichos regalos en cuanto no exceden de un décimo de la porción disponible.

c) Otros (DE BUEN, LACRUZ, PUIG BRUTAU), han estimado que no contiene norma alguna de colación, sino de reducción por inoficiosidad.

d) Finalmente, con ROCA SASTRE, hemos entendido aplicable esa exención tanto a la reducción por inoficiosidad como a la colación tal como en la nota siguiente veremos que comentó GARCÍA GOYENA respecto del artículo 880 Proy. 1851.

En el sentido expresado, la reducción afectará a las donaciones de fecha anterior, salvándose hasta dicho décimo los regalos de boda, aunque sean de fecha posterior. En este sentido también PUIG BRUTAU, "Estudios...", vol. V-III, cap. II, B, b, p. 193 y GARCÍA BERNARDO, op. cit., p. 151.

(507) La clave de la interpretación del art. 1.044 C. c., nos la ofrece GARCÍA GOYENA, op. y vol. cit., p. 251, al explicarnos el porqué del artículo 880 del Proyecto de 1851 que fue su precedente, como hemos visto:

"GÓMEZ, en sus comentarios a la ley 29 de Toro, opina que no deben imputarse los gastos de boda, pero sí los regalos: siguen a GÓMEZ varios autores, y entre ellos FEBRERO.

"Los gastos que ocasiona la solemnidad de las bodas interesan al honor de los padres, y perecen así que son hechos; los de los regalos duran, son útiles y cubren una carga u obligación propia del hijo.

"No dejan de ser plausibles las razones de esta diferencia: pero en el artículo 885 quedan exentos de colación los regalos de costumbre; y los de boda, en rigor, deberían imputárseles. "Los gastos ordinarios de equipos de bodas, y los regalos de costumbre, son de parte del padre una deuda, y no una liberalidad; al dar la vida a sus hijos contrajo la obligación de mantenerlos, educarlos y equipararlos" se dice en el discurso 52 francés al motivar su artículo 852, que los exime de colación; y el artículo francés ha sido copiado en el 1.075 sardo, 1.522 de la Luisiana, en el 774 de Vaud, 771 napolitano y 1.143 holandés.

"En nuestro artículo se ha tomado un término medio, sujetando únicamente a colación y declaración de inoficiosidad el exceso de un décimo o más de la cantidad disponible".

(508) No se trata sólo de una aplicación analógica, sino también de

que el donante al otorgarlas hubiese determinado un orden de preferencia entre ellas (509).

Las donaciones *mortis causa*, dada su independencia del testamento del causante, han de ser catalogadas entre las donaciones y no entre los legados, conforme al tenor del artículo 820, que separa *donaciones y mandas hechas en testamento* (510), y porque la donación *mortis causa* se entiende perfeccionada en el último instante de la vida del donante mientras las disposiciones testamentarias se perfeccionan en el momento de la muerte del testador (511).

El problema de la fijación de la fecha de las donaciones *mortis causa* a efectos del orden de reducción de las donaciones, lo hemos resuelto con el siguiente criterio (512): a) Las de tipo resolutorio, por las cuales la propiedad fue transferida en el acto de su otorgamiento, deberá atenderse a la fecha de éste. b) En las de tipo suspensivo en las cuales la posesión de la cosa donada se hubiese entregado al donatario, la fecha de esta transmisión posesoria debe determinar la fecha a los efectos que examinamos, al considerar aquella transmisión posesoria como tradición condicional que se perfecciona retroactivamente al premorir el donante sin haber revocado la donación. c) En las demás donaciones *mortis causa* de tipo suspensivo el último instante de la vida del donante debe estimarse como su fecha.

Es sabido que el capital de los seguros de vida a favor de tercera persona no se computa en la herencia del estipulante, ni aún las primas satisfechas si éstas pueden estimarse comprendidas entre las donaciones usuales o en los deberes de previsión jurídica o meramente morales, habida cuenta de su montante, de la persona y circunstancias del beneficiario y de los deberes morales que con éste tuviera el estipulante (513). Pero en los otros supuestos, las primas deben computarse como donaciones e, incluso, resultar inoficiosas, supuesto en el cual deberá precisarse la fecha a que debe atenderse para determinar el orden de su reducción. La duda entre si debe atenderse a la fecha del contrato de seguro, a la del fallecimiento del estipulante en la

una consecuencia de la remisión que el art. 654, § 2, hace a los arts. 820 y 821.

(509) En este sentido DE DIEGO, "Instituciones...", vol. II, lec. 54, p. 210, nota 2; PUIG PEÑA, op. cit., vol. V-II, cap. XIV, 6, A, c, d', pp. 407 y s.; ALBALADEJO, "Compendio", cap. XVI, n. 58, p. 252. Según PUIG PEÑA, el causante no puede alterar la prioridad de las donaciones de fecha más antigua, porque resultaría contrario al principio de la irrevocabilidad de las donaciones; pero sí puede establecer el orden de prioridad entre las de igual fecha, lo que requiere "*una voluntad expresa y contenida en el acto mismo en que se hace la donación*".

(510) Así lo hemos sostenido en "La donación *mortis causa*...", X-II, en *Anales de la Ac. Matritense del Notariado*, V, pp. 743 y ss. y en "Apuntes...", loc. últ. cit., p. 545.

(511) Así lo mostramos en "La donación *mortis causa*...", loc. cit., p. 726, y en "Donación, condición y conversión jurídica material", en *A.D.C.*, V-IV, octubre-diciembre 1952, pp. 1250 y ss.

(512) Cfr. "Apuntes...", loc. últ. cit., p. 545.

(513) Cfr. "Aspecto cuantitativo de las legítimas", 8, en *A.D.C.*, XXIV-I, enero-abril 1971, pp. 24 y ss.

que el beneficiario obtiene su derecho al capital, o la fecha del pago de cada prima por separado, nos hemos inclinado por este último criterio, atendiendo a que el pago de cada una corresponde al empobrecimiento del causante y a que son éstas y no el capital lo computado (514).

Las donaciones remuneratorias, las onerosas y modales pueden ser objeto de computación en la parte en que sean computables y del mismo modo debemos resolverlo respecto de las demás donaciones cuya computación sea cuestionada (515).

85. Cuestión importante, en este tema de reducción de donaciones inoficiosas, es la que plantea la insolvencia de alguno de los donatarios que deben sufrir la reducción. Dejamos para después la cuestión de los efectos respecto tercero de la reducción, que resolvieron el artículo 891, Proy. 1.851 y el artículo 1.066 Antep. 1882-88, estableciendo una responsabilidad subsidiaria del tercer poseedor del inmueble donado previa excusión de los bienes del donatario. Aquí sólo tratamos de poner en claro el supuesto de que, a pesar de este remedio o bien a causa de no darse éste en el régimen vigente, queden sin cubrir las legítimas por la insolvencia de un donatario, planteando si para poder satisfacerlas totalmente cabe o no proceder a reducir otra u otras donaciones de fecha anterior.

Se trata de un problema respecto del cual el Derecho comparado nos ofrece diversidad de soluciones (516). Tales: cargar tales con la insolvencia del donatario más reciente, ya sea a los legitimarios (517), bien a los donatarios anteriores (518), o bien, no computar para el cálculo de las legítimas las donaciones que por insolvencia del donatario no puedan ser reducidas (519).

También, como antes vimos, los Hermosilla (520) habían resuelto: “quando extraneus, cui ultima donatio fuit facta, reperiretur non-solvendo, et ab eo non posset recuperari; nam tunc usque ad legitimam prima revocabitur”.

(514) Así lo sustuvimos en nuestros “Apuntes...”, loc. últ. cit., pp. 345 y s. Acepta este criterio PUIG BRUTAU, “Estudios...”, vol. V-III, cap. II, 2, B, b, pp. 190 y s.

(515) Cfr. “Aspecto cuantitativo...”, 31, loc. cit., pp. 73 y ss. Respecto esta cuestión en el Derecho de Castilla, cfr. “Apuntes...”, III, § 5, C, pp. 361 y ss. Véase también las referencias que hacen los HERMOSILLA, op. cit., P. 5, tít. IV, Lex VIII, glos. XIII, vol. I, n. 315.

(516) Cfr. nuestros “Apuntes...”, III, § 10, B, d, pp. 452 y s.

(517) Tesis que ya había sostenido POTHIER, “Traité des donations entre vifs”, Sec. III, art. V, § V, cfr. en “Oeuvres de Pothier”, vol. XIII, Nouvelle edit., París, 1825, pp. 325 y s.; KIPP, op. cit., § 136, VI, 5, p. 343, estima que en el régimen del B.G.B. el donatario anterior no responde de la insolvencia del posterior.

(518) Posición por la cual, no sin vacilaciones, parece haberse inclinado la *Court de Cassation* francesa.

(519) Posición por la que se ha inclinado PLANIOL, “Tracté Pratique de Droit Civil Français”, vol. V, n. 116, cfr. ed. París, 1933, p. 112; y que aplican al art. 562 del vigente *Codice Civile* italiano y el art. 537, al 20 del Código suizo.

(520) HERMOSILLA, op. cit., Lex VIII, gloss XIII, n. 33, p. 317.

¿Cuál es la solución más adecuada en el régimen de nuestro Código civil?

a) El criterio de no computar la donación que no puede reducirse por insolvencia del donatario, ha sido defendido por ilustres autores. Manresa (521) entendió que la equidad aconseja que se prescindiera de esa donación para cómputo de la legítima, "considerando los bienes en que consistía como no existentes en el patrimonio del difunto". Roca Sastre (522) abundó en este mismo criterio de considerar como no hecha tal donación "bien que dejando viva la acción de abono del referido valor contra el donatario, por si pasare a mejor fortuna, atribuyendo tal acción a los legitimarios o al donatario anterior que pueda entonces resultar alcanzado de inoficiosidad. Puig Peña (523) y Puig Brutau (524) han recogido esta opinión, subrayando este último que dejar la eficacia de la legítima pendiente de la insolvencia de un donatario, habiendo otros donatarios, tal vez sería tanto como subordinar al interés de éstos el de los legitimarios" y que el carácter flexible de la acción rescisoria, en cuanto a la eficacia de los actos realizados por el donatario en vida del causante, no debe servir de apoyo para conferir "un carácter permanente a la relación entre el legitimario perjudicado y un determinado donatario".

Notemos que de prosperar este criterio obligaría a una total revisión de las operaciones efectuadas, pues al dejar de computarse una donación, disminuiría con el importe de ésta el montante total para el cómputo de los tres tercios, con lo que se reducirían todas las legítimas, el tercio de mejora y el de libre disposición. Ello podría dar lugar a que resultare inoficiosa alguna otra donación que en otro caso no lo sería, y a que fueran reducidas las mejoras y resulte menor la cuota viudal. Y esta rectificación quedaría pendiente de ser nuevamente rectificada, si la ulterior solvencia del donatario de aquella donación descomputada permitiera percibir del mismo, en todo o en parte, el montante de la reducción que debía sufrir.

b) Nosotros (525) nos hemos inclinado a entender que el riesgo de la insolvencia del donatario, que debía sufrir la reducción, corresponde a los legitimarios, como acreedores de cosa o de valor, según los casos, del donatario, contra quien les corresponde una acción rescisoria, es decir, de carácter personal. El artículo 636 ni el 654 dan base alguna para repercutir, directa ni indirectamente, en todo ni en parte, a los donatarios anteriores el riesgo de la insolvencia de otro donatario posterior, tanto más cuanto que sigue viva la acción del

(521) MANRESA, op. cit., vol. V, art. 656, pp. 185 y ss.

(522) ROCA SASTRE, *Notas al Kipp*, § 136, VI, c, vol. I, p. 352.

(523) PUIG PEÑA, op. cit., vol. V-II, cap. XIV, 6, A, c, e', pp. 409 y s.

(524) PUIG BRUTAU, "Fundamentos...", V-III, cap. II, 2, B, 2, c, pp. 193 y siguiente. También en este sentido ha opinado GARCÍA BERNARDO, loc. cit., pp. 151 y s.

(525) "Apuntes...", III, § 13, B, c, p. 550. En igual sentido J. SANTAMARÍA, op. cit., vol. I, art. 856, p. 653, y O'CALLAGHAN, op. cit., III, 5, p. 271.

legitimario contra éste donatario, que podría llegar a poderse hacer efectiva si éste mejorase de fortuna.

86. El hecho, reconocido en el artículo 654 de que las donaciones inoficiosas *"tengan efecto durante la vida del donante"*, comporta que éste no puede pedir su reducción. Así, la S. 2 de octubre de 1918 negó a los donantes acción para pedir la inoficiosidad de las donaciones (526).

El artículo 655 C. c. confirma este criterio al disponer: *"Sólo podrán pedir la reducción de las donaciones aquellos que tengan derecho a la legítima o a una parte alícuota de la herencia, y sus herederos o causahabientes."*

"Los comprendidos en el párrafo anterior no podrán renunciar su derecho durante la vida del donante, ni por declaración expresa, ni prestando su consentimiento a la donación."

"Los donatarios y legatarios que no sean de parte alícuota y los acreedores del difunto no podrán pedir la reducción ni aprovecharse de ella."

El precedente legislativo de este artículo es el artículo 654 del Anteproyecto 1882-88 (527), que, según señalaron sus redactores, fue tomado del artículo 1.092 del *Codice civile* de 1863 (528). Dato importante, pues este precepto del viejo código italiano, en su § 1, concedía el derecho a pedir la reducción a *"aquellos en cuyo favor la ley reserva la legítima u otra cuota de la sucesión, y por sus herederos forzosos"*. En lugar de la *"otra cuota de sucesión"* que *"la ley reserva"* del precepto italiano, se lee *"una parte alícuota de la herencia"*, en el § 1 del artículo 654 del Anteproyecto, que no sólo se conserva en el § 1 del artículo 656 C. c., sino que es complementado en el § 3 con el inciso *"que no sean de parte alícuota"* (que no tenía el § 3 del art. 654 del Anteproyecto), que al parecer exceptúa a éstos de los legatarios que no puedan pedir la reducción ni aprovecharse de

(526) La Dirección General de los Registros en Res. 21 de agosto de 1893, considerará que el art. 654 ordena que la donación inoficiosa tiene plena eficacia durante la vida del donante, y, por ende, hasta que llegue el momento de su reducción. Entiende esta Resolución que ni el Notario al autorizar las escrituras de donación ni el Registrador al inscribirlas, incumbe investigar si el donante conserva lo bastante para vivir, a efectos de aplicar el art. 634. De su razonamiento resulta, a mayor abundamiento, que menos aún podrán investigar su inoficiosidad que no puede juzgarse sino después de fallecido el donante llegado el momento de la reducción.

(527) El art. 654 Antep. 1882-88 dice así:

"Sólo podrán pedir la reducción de las donaciones aquellos que tengan derecho a la legítima o a una parte alícuota de la herencia y sus herederos o causahabientes."

"Los comprendidos en el párrafo anterior no podrán renunciar a su derecho durante la vida del donante, ni por declaración expresa, ni prestando su consentimiento a la donación."

"Los donatarios legatarios o acreedores del difunto no podrán pedir la reducción ni aprovecharse de ella."

(528) Cfr. ed. cuidada por Manuel PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, pp. 188 y siguiente.

ella. De Diego (529) calificó esta trasposición de dislate, pues con la indicada expresión el Código italiano se refería a la cuota en usufructo asignada como legítima al cónyuge viudo.

¿Muestra la redacción del artículo 655 que los codificadores entendían que los legatarios de parte alícuota deben poder pedir la reducción de las donaciones inoficiosas y aprovecharse ella?

Algún autor (530) ha pretendido que es así. Otros (531) lo acatan, dada la reiteración que la letra del § 3 hace por pasiva del texto literal que en activa contiene el § 1. Pero la inmensa mayoría de los autores (532) entiende que no se trata sino de un error sin efecto alguno, pues no hay más donaciones inoficiosas que las que afecten alguna legítima (arts. 636 y 819, § 3):

— pues de la parte disponible que el testador consumió en donaciones irrevocables, no es posible que vuelva a disponer testamentariamente implicando la reducción de aquéllas,

— si, conforme al artículo 820, número 1, deben respetarse las donaciones irrevocables, no es posible que vuelva a disponer testamentariamente implicando la reducción de aquéllas,

— y, conforme al artículo 820, número 1, deben respetarse las donaciones “mientras pueda cubrirse la legítima, reduciendo o anulando, si necesario fuere, las mandas hechas en testamento”.

87. Entre los legitimarios que pueden pedir la reducción de las donaciones inoficiosas en cuanto lesionen su respectiva legítima, evidentemente debe entenderse incluido el cónyuge viudo, “aun cuando el vínculo matrimonial se hubiera contraído con posterioridad a la fecha de esas donaciones, ya que los artículos 636, 654 y 655 se refieren al momento de la muerte del donante, para declaración de la inoficiosidad de las donaciones, para la computación de su valor

(529) DE DIEGO, op cit., vol. II, Lec 54, p. 209, nota 1.

(530) Enrique PÉREZ ARDÁ, “El problema de la colación”, en R.G.L. y J. 109, 2.º sem. 1906, pp. 222, y “Donaciones en favor de herederos forzosos”, en R.G.L. y J. 111, 2.º sem. 1907, pp. 229 y ss. dedujo de los arts. 819, 825 y 829 que el heredero forzoso donatario debe restituir en beneficio de los legatarios el exceso de su donación respecto de su legítima y mejora, en su caso; y entendió apoyado este criterio en el art. 655. Para su crítica ver José MORELL, “Donaciones a favor de herederos forzosos”, en R.G.L. y J. 110, primer sem. 1907, pp. 257 y ss.

(531) Así, SCAEVOLA, op. cit., vol. XI-II, art. 655, cfr. 5.ª ed., Madrid, 1943, pp. 910 y ss.; SÁNCHEZ ROMÁN, op. cit., vol. IV, cap. XXII, n. 50, p. 708; OYUELOS, “Digesto”, vol. III, arts. 654 a 656, p. 92.

(532) NAVARRO AMANDI, “Cuestionario...”, vol. 1, art. 655, pp. 77 y ss.; MANRESA, op. cit., vol. V, art. 655, pp. 181 y ss.; BONEL, op. cit. y vol. cits., art. 654, p. 197; FALCÓN, op. y vol. cits., p. 41; MORELL, loc. cit.; DE DIEGO, loc. últ. cit.; DE BUEN, *Notas* y vol. cits., § 7, p. 645; CASTÁN TOBEÑAS, op. cit., vol. IV, 7.ª ed., pp. 199 y ss.; ROYO MARTÍNEZ, op. cit., cap. XXI, p. 242; ROCA SASTRE, *Notas* al Kipp, vol. II, § 136, VI, b, p. 380; Guillermo G. VALDECASAS, “La legítima como cuota hereditaria y como cuota de valor”, III, 2, en R.D.P. XLVII, 1963, p. 975; SANTAMARÍA, op. y vol. cits., 654 y 655, pp. 652 y s.; PUIG PEÑA, op. cit., vol. V-II, cap. XIV, nota 35, p. 405; GARCÍA BERNARDO, op. cit., p. 150; BONET RAMÓN, “Código...”, art. 655, p. 568; ESPÍN, op. cit., vol. V, sec. IV, cap. III, III, 2, p. 482; ALBALADEJO, “Compendio...”, cap. XVI, n. 56, p. 252.

con el valor líquido de los bienes del donante y para determinar las personas que pueden pedir la reducción”, como dijo la S. 3 de abril de 1936. Criterio que resuelve también afirmativamente la posibilidad de que reclamen la reducción los hijos nacidos después de que la donación se hubiese otorgado (533).

El artículo 655, § 1, en su inciso final incluye entre quienes pueden ejercer la acción de reducción a los “herederos o causahabientes” de los legitimarios. La S. 11 de octubre de 1942 en su argumento deduce que podrán pedir la reducción los herederos voluntarios de un heredero forzoso.

Aunque el legitimario haya sido instituido heredero del causante y aceptado su herencia, puede pedir la reducción de las donaciones, pues, como hemos visto (534), la concurrencia de la condición de legitimario con la de heredero testamentario no significa limitación de aquélla (535).

Del mismo modo, como el artículo 816 prohíbe la renuncia anticipada de la legítima, el artículo 655, § 2, prohíbe la renuncia en vida del donante a la acción de reducción de las donaciones inoficiosas (536).

La falta de legitimación de los acreedores del causante para pedir la reducción de las donaciones inoficiosas resulta sin duda del artículo 643, en virtud del cual no mediando estipulación respecto al pago de deudas, sólo responderá de ellas el donatario cuando la donación no se haya hecho en fraude de acreedores, fraude que se presumirá cuando al hacerla no se haya reservado el donante bienes bastantes para pagar las deudas anteriores. El artículo 655, § 3, determina que tampoco es posible a los acreedores conseguir indirectamente, lo que directamente no les permite el 643 (537). En el caso de que el activo de las legítimas se halle representado exclusivamente por las donaciones inoficiosas, se desprende del artículo 655, § 2, que en el ejercicio de la reducción no pueden subrogarse los acreedores del difunto, ni aprovecharse de ella. Sin perjuicio de que, una vez confundido en el patrimonio del legitimario con sus demás bienes, los que recibió

(533) Cfr. MANRESA, loc. últ. cit., p. 102.

(534) Cfr. “Atribución y concreción del contenido y...”, en A.D.C., XXV-I, pp. ... y s.

(535) Así fue entendido por los autores de Derecho común, como explican los HERMOSILLA, glosa cit., nn. 22, 23 y 24, p. 316.

(536) De ese modo se entendió en Derecho común, aunque la renuncia hubiese sido hecha con juramento. Cfr. HERMOSILLA, glos. cit., nn. 25 y 26, pp. 316 y s.

(537) MANRESA, op. y vol. últ. cit., art. 655, p. 187, consideró absoluta esta disposición, y, consecuentemente “si el legitimario no tuviese más bienes que los que obtuvo por la reducción, el acreedor no podrá cobrarse con ella”. No obstante, ROCA SASTRE, loc. últ. cit., p. 350 *in fine* y s., y LACRUZ BERDEJO, *Notas* al Binder, § 33, II, p. 307, han dicho que si el legitimario aceptó la herencia sin beneficio de inventario, cabe sostener que los acreedores del causante podrán ejercitarla por vía de *subrogación* (arts. 1.001 y 1.111 C. c.). En cambio, ROYO MARTÍNEZ, loc. últ. cit., insistió en que los acreedores del causante carecen de otra acción que no sea la pauliana (arts. 643 y 1.297) respecto de las donaciones otorgadas por éste, aunque sean inoficiosas.

del donante a título de herencia y los que haya obtenido con la reducción de las donaciones inoficiosas, si no aceptó la herencia a beneficio de inventario, únicamente entonces los acreedores de la herencia podrán dirigirse indistintamente contra cualquiera de dichos bienes aunque sean los obtenidos por la reducción de donaciones inoficiosas (538).

88. En cuanto al modo de efectuarse la reducción de las donaciones inoficiosas y a la naturaleza de la acción para reclamarla debe tenerse en cuenta, en primer lugar, la llamada que el artículo 654, § 2, hace a los artículos 820 y 821 C. c.

La remisión al artículo 821, significa que la reducción de la donación, cuando su objeto consista en una finca que no admita cómoda división, deberá verificarse materialmente o bien por compensación de su valor en dinero, según absorba o no el montante que se deba reducir la mitad o más del valor de la finca donada (539). Aunque el artículo 654 no lo dice, parece evidente que, como complemento del artículo 821, también debe aplicarse, en su caso, el artículo 822 a la reducción de las donaciones (540). Lo cual resulta de acuerdo con la solución aplicada a la reducción de mejoras de cosa cierta por los juristas castellanos (541).

Pero el artículo 654, § 2, también se remite a las disposiciones de su mismo capítulo y, entre éstas, parece que la más acorde es la dispuesta para la revocación de donaciones por causa de ingratitud, adecuando la eficacia de éstas, sólo *ex nunc*, con la declaración del artículo 654, § 1, de que la reducción de las donaciones inoficiosas *no obstará para que éstas tengan efecto durante la vida del donante*".

Y ahí tocamos el problema de la naturaleza de la acción de reducción de donaciones. El carácter rescisorio, tradicionalmente atribuido a las querellas de inoficiosa (582), parece confirmada con esta referencia que nos conduce a la aplicación de los artículos 645, 649 y 650 C. c. (543). De ellos, sin necesidad de recurrir a razonamientos conceptuales, podemos deducir las siguientes consecuencias:

(538) En este mismo sentido, Guillermo G. VALDECASAS, loc. cit., III, 3, p. 975, y O'CALLAGHAN, loc. cit., III, 5, p. 271.

(539) La remisión expresa del art. 654, § 2 al 821, creemos que resuelve negativamente la cuestión de si puede el donatario evitar la restitución *in natura* en todos los casos, completando en dinero las legítimas lesionadas. Cfr. PUIG PEÑA, loc. últ. cit., nota 41, p. 408.

(540) En este sentido, DE DIEGO, loc. últ. cit., p. 210, nota I; nosotros, "Apuntes", III, § 13, C, p. 552, y GARCÍA BERNARDO, op. cit., p. 151.

(541) Cfr. *supra*, texto correspondiente a las notas 488 a 492.

(542) Cfr. "El apartamiento y la desheredación", III, 41, en A.D.C., XXI-T, pp. 87 y ss., y *supra*, h. c., III.

(543) MANRESA, op. y vol. últ. cit., p. 184, partiendo de la validez del otorgamiento de la donación y de que se trata de una rescisión de ésta en cuanto fuere inoficiosa, cree que con "con arreglo al art. 621 deben estimarse aplicables los artículos 1.294 y 1.295 y aún el 1.299". También ROCA SASTRE, *Notas al Kipp*, vol. II, § 136, VI, 351, considera que la acción de reducción es rescisoria, personal y *ex nunc*. LACRUZ BERDEJO, *Notas al Derecho de Sucesiones de Binder*, Barcelona, 195, p. 306, deduce que se trata de una acción

a) Que “quedarán, sin embargo, subsistentes las enajenaciones e hipotecas anteriores a la anotación de la demanda de revocación [aquí de reducción] en el Registro de la Propiedad” (art. 649, § 1). De las posteriores, no podrá decirse que “serán nulas”, como, para el supuesto de ingratitud, dice el § 2 del artículo 1.649, sino que quedarán sujetas a la reducción. Lo que significa que, a estos efectos, se considera que éstas continúan siendo del donatario.

b) Que los legitimarios tendrán derecho a exigir del donatario, hasta el montante de la reducción debida “el valor de los bienes enajenados que no pueda reclamar de los terceros, o la cantidad en que hubiesen sido hipotecados” (art. 650, § 1). “Se atenderá al tiempo de la donación para regular el valor de dichos bienes” (art. 650, § 2) (544).

Por analogía —con identidad de ratio— deberá aplicarse a la reducción por inoficiosidad lo que dispone para la colación el artículo 1.045, § 2: “El aumento o deterioro posterior, y aun su pérdida causal o culpable serán de cargo o riesgo o beneficio del donatario.” Criterio que coincide con el del artículo 645, § 3: “Cuando los bienes no pudieran ser restituidos, se apreciarán por lo que valían al tiempo de hacerse la donación” (545).

El artículo 654, en el inciso final del § 1, indica que la reducción “no obstará” “para que el donatario haga suyos los frutos”. Regla que completa el artículo 651, § 1: “Cuando se revocare la donación

rescisoria o resolutoria, parcial o total, de carácter personal y efectos semejantes a la revocación de donaciones por supervivencia o superveniencia de hijos. Posición que Xavier O'CALLAGHAN, loc. cit., III, 3, p. 269, matiza en el sentido de que no puede tratarse de una acción resolutoria, sino que es acción rescisoria. Parece que también presuponen el carácter rescisorio de la acción, con las llamadas que hacen al art. 1.299 C. c., para su aplicación supletoria; CASTÁN TOBEÑAS, “Derecho civil...”, vol. IV, 7.^a ed., Madrid, 1952, § XLI, II, 4, p. 200; PUIG PEÑA, “Tratado...”, vol. IV-II, cap. VIII, IV, 2.^o, p. 172, y PUIG BRUTAU, “Fundamentos...”, vol. II-II, cap. II, 7, E, p. 97, y también ALBALADEJO, “Compendio...”, cap. XVI, n. 58, p. 252, al entender que el plazo de cuatro años es el más adecuado para la prescripción de la acción de reducción de donaciones inoficiosas.

(544) RAFAEL RAMOS BASCUÑANA, “De las sucesiones”, vol. II, cap. XXIX, 12, p. 40, entendió que el donatario, en caso de enajenar los bienes donados, no respondería de la reducción con sus demás bienes, ni puede exigírsele el exceso inoficioso de la donación que había recibido. Pero esta es una opinión totalmente aislada, sin que comprendamos cuál pueda ser su fundamento. La reducción en metálico, en ese caso, la admiten casi todos los autores, como: FALCÓN, op. y vol. cit., p. 42; MANRESA, loc. últ. cit.; ROCA SASTRE, “Naturaleza jurídica de la legítima”, loc. cit., p. 207 y nota 73, y Notas al Kipp, § 136, p. 351; PORPETA, “Naturaleza jurídica de la legítima”, loc. cit., pp. 187 y ss.; LACRUZ BERDEJO, Notas al Binder, § 33, II, p. 306; PUIG PEÑA, op. cit., vol. V-II, cap. XIV, 6, A, c, e, pp. 408 y s.; PUIG BRUTAU, op. cit., vol. V-III, cap. II, 3, p. 195.

(545) ROCA SASTRE, Notas al Kipp, loc. últ. cit., ha aplicado analógicamente estos arts. 645, § 3 y 1.045, § 2, a la reducción por inoficiosidad, por lo cual entiende que no puede distinguirse si la pérdida fue causal o culposa. PUIG PEÑA, loc. últ. cit., p. 409, planteó esta cuestión, indicando que según la doctrina francesa queda libre de colacionar el donatario que por caso fortuito o fuerza mayor perdió la cosa donada, pero concluye recogiendo la citada solución de ROCA SASTRE.

por alguna de las causas expresadas en el artículo 644 o por ingratitude, y cuando se redujere por inoficiosa, el donatario no devolverá los frutos sino desde la interposición de la demanda.”

Finalmente, aunque los bienes o valores restituidos por reducción de donaciones, entren en la masa partible no puede decirse que formen parte, al menos a todos los efectos, de los bienes hereditarios o propiamente relictos, puesto que, como antes hemos visto, los acreedores del causante no tienen derecho a dirigirse contra ellos (si no se confunden en el patrimonio de un legitimario que sea además heredero y que por no haber aceptado a beneficio de inventario, responda como tal con todos sus bienes del pasivo hereditario), ni su devolución amplía la masa de extracción para los herederos voluntarios, ni para los legatarios, sean o no de parte alicuota.

89. La reducción por inoficiosidad no alcanza en medida alguna a terceros adquirentes. A este resultado llegamos tanto si entendemos que la acción para reclamarla deriva de la *querella inofficiosae donationis*, como si estimándola de carácter rescisorio aplicamos los artículos 1.294, 1.295 y 1.299 (546), como si accedemos a buscar la solución en los artículos 645, 649 y 650, conforme hemos hecho. Confirma este criterio la supresión en el Código civil de la norma que contenían los artículos 891, Proy. 1851 y 1.066, Antep. 1882-88, que imponía responsabilidad al tercer adquirente de los bienes donados, después de hecha excusión de los bienes del donatario enajenante.

Es cierto que algunos autores han opinado de modo distinto. Así, Navarro Amandi (547), influido por la opinión que García Goyena había emitido respecto del Proyecto de 1851, recogió unas palabras de este autor, más propias para aplicarlas al sistema francés de reservas y de reducción, y estimó que en el mismo instante de fallecer el causante todos sus bienes e incluido en ellos el exceso inoficioso de los bienes donados pasan al dominio y posesión de los herederos forzosos. Scaevola (548) estimó la acción de reducción como de nulidad total o parcial. Y Espinar Lafuente (549) ha afirmado que, “inspirado el Código civil en el Derecho francés y en el italiano, y teniendo en ambos [la reducción por inoficiosidad] carácter real (arts. 930 del *Code* y 1.096 del *Codice*) sería preciso aplicar por analogía la norma del artículo 647”; pero que “realmente no se trata de un caso de revocación”, sino “una *anulación* del acto por una falta objetiva (un exceso en el poder adquisitivo) que se aprecia *a posteriori* y que en el Código civil se rige por “el régimen de la mera anulabilidad”, por lo cual, el efecto “restitutorio *in rem*” se apoya en el artículo 1.303, que “permite reclamar, incluso frente a terceros subadquirentes, la restitución de las cosas donadas”.

Por estas soluciones no encajan con la configuración de las legí-

(546) Cfr. *supra* en nota 543, la cita que en ella hacemos de MANRESA..

(547) NAVARRO AMANDI, “Cuestionario...”, vol. cit., art. 654, p. 76.

(548) SCAEVOLA, op. cit., vol. XI-II, art. 654, p. 914.

(549) ESPINAR LAFUENTE, op. cit., n. 160, pp. 351 y ss.

timas en el Código civil español, ni con las normas que en el epígrafe anterior hemos visto que debían aplicarse a la reducción por inoficiosidad. De ahí que la mayor parte de la doctrina (550) haya entendido que la acción de reducción es una acción rescisoria sin eficacia respecto de terceros de buena fe, aunque no estén protegidos por la ley hipotecaria, pero que sólo puede alcanzar ulteriormente eficacia contra terceros mediante la anotación preventiva de su demanda (551).

Hay que aclarar que, en ese caso la buena fe —por referirse a un derecho personal, como es el derivado de una acción de rescisión— no falta por el hecho de que el adquirente conozca su posible existencia. La adquisición de la cosa donada, por lo menos en vida del donante no puede significar lesión de un derecho que sólo nacerá, si se da su supuesto, cuando fallezca aquél. La mala fe, como ocurre con la acción pauliana o con la derivada del artículo 1.124 C. c., requiere también en ese caso que el adquirente sea *consciens fraudis*. Es decir, que el adquirente sepa que la enajenación se efectúa para defraudar a los legitimarios, burlando su posible acción para reclamar la reducción de una anterior donación de la cosa enajenada.

90. La acción de reducción por inoficiosidad se extingue:

1.º Por *renuncia*, expresa o tácita, de todos los legitimarios (552) afectados, efectuada después del fallecimiento del donante —no así la efectuada antes, que conforme el artículo 655, § 2, será ineficaz (553)—. No puede presumirse la renuncia por haber aceptado la herencia el legitimario a quien corresponda ejercitarla (554) ni por el cumplimiento de lo dispuesto en el testamento (555).

2.º Por *prescripción*, respecto de cuyo plazo de duración no hay acuerdo entre los autores.

Unos (556) han propuesto la aplicación del plazo de las acciones

(550) Así, FALCÓN, MANRESA, ROCA SASTRE, PORPETA, LACRUZ BERDEJO (locs. cit. *supra* nota 544; CÁMARA ALVAREZ, "Estudio sobre el pago con metálico...", loc. cit., p. 814 *in fine* y s.; PUIG PEÑA, loc. últ. cit., pp. 408 y siguiente; Guillermo G. VALDECASAS, loc. cit., I, 3, p. 975; GARCÍA BERNARDO, op. cit., p. 149; PUIG BRUTAU, loc. últ. cit., p. 195; O'CALLAGHAN, loc. cit., III, 5, p. 271. Como ha escrito ROCA SASTRE, loc. últ. cit., p. 532, no es necesaria la actuación de la legislación hipotecaria para obtener este resultado. El criterio opuesto lo había mantenido RAMOS, loc. cit., para quien la inoficiosidad implica una condición rescisoria que no surte efectos contra terceros adquirentes registrales. Pero, como hemos visto, el efecto meramente personal *ex nunc* de la acción resulta de las normas civiles sin interferencia de la protección registral.

(551) CÁMARA, loc. últ. cit.

(552) Cfr. PUIG PEÑA, op. cit., vol. V-II, cap. XIV, 6, A, c, f', 1, 1.º pp. 410 y s.

(553) Cfr. *supra* texto correspondiente a la nota 536.

(554) Cfr. *supra* *ibid.* texto correspondiente a las notas 534 y 535.

(555) PUIG PEÑA, loc. últ. cit., p. 411 y nota 43 en las pp. 410 y s.

(556) En este sentido, ROCA SASTRE, *Notas* al Kipp, vol. cit., § 136, VI, f, p. 532; PUIG PEÑA, loc. últ. cit., f', 2.º, p. 411 (sin embargo, véase la nota siguiente); GARCÍA BERNARDO, loc. cit. pp. 149 *in fine* y s. Este último dice fundarse en que "si bien el art. 654 se remite a las disposiciones refe-

personales, expresado en el artículo 1.964, es decir, de quince años, que debería contarse a tenor del artículo 1.969 a partir de la apertura de la sucesión.

Otros (557) se han inclinado por el plazo de prescripción que para las acciones rescisorias señala el artículo 1.299.

E) EN EL DERECHO CIVIL DE ARAGÓN.

91. La vigente Compilación aragonesa sólo contiene una disposición que se refiere a la reducción de donaciones inoficiosas, consignada en el epígrafe "*cesión de la legítima colectiva*", en el artículo 124:

"No alcanzando los beneficios percibidos por el conjunto de legitimarios a la cuantía de la legítima colectiva, cualquiera de ellos designado heredero, donatario universal o, en otro caso, cualquiera descendiente sin mediación de persona capaz de heredar, podrá pedir, en cuanto le perjudiquen, la reducción de las liberalidades hechas en favor de no descendientes."

Notemos que, dada la libertad absoluta de disponer entre los descendientes que rige en Aragón (art. 119 Comp.), esta acción sólo puede dirigirse contra extraños favorecidos por liberalidades que excedan de una tercera parte del caudal, es decir, que lesionen la legítima material colectiva.

Otra particularidad de esa acción de reducción se concreta a la legitimación activa para ejercitarla, que corresponde:

1.º A cualquiera de los legitimarios designados heredero o donatario universal.

2.º De no haber sido así designados ninguno de los descendientes, a cualquiera de éstos sin mediación de persona capaz de heredar; es decir, a cualquiera de los que tienen derecho a la legítima formal, conforme al artículo 120.

Es la misma libertad de disponer entre los descendientes, característica del Derecho aragonés, lo que determina la prelación de los legitimarios designados heredero o donatario universal respecto de los demás legitimarios.

Dentro del grupo preferente, de ser varios los legitimarios designados herederos o donatarios universales, su pretensión será proporcional a su cuota de llamamiento e independiente de los legados de cosa cierta o cantidad y donaciones *inter vivos* con que hayan sido favorecidos, y se dirigirá a conseguir una porción proporcional de la diferencia entre lo afectivamente atribuido al grupo de descendientes y los dos tercios del caudal (558).

rentes a la revocación de las donaciones, no hay razón ninguna para aplicarle el plazo de un año del artículo 652 ni el de cinco años del art. 646".

(557) Así, MANRESA, loc. últ. cit., p. 206 CASTÁN, op. y § últ. cit., vol. IV, 7.ª ed., p. 200; PUIG PEÑA, en contra de su opinión recogida en la nota anterior, en vol. IV-II, cap. VIII, IV, 2.º, p. 172; PUIG BRUTAU, op. cit., vol. II-II, cap. II, 7, E, p. 97; SANTAMARÍA, op. cit., art. 655, 2, p. 653; ALBALADEJO, "Compendio...", cap. últ. cit., n. 57, p. 252.

(558) Cfr. LACRUZ BERDEJO, "La defensa de la legítima material aragone-

De no haber sido instituido heredero ni designado donatario universal ninguno de los descendientes, es decir, de haber instituido el causante a un extraño o de haber fallecido intestado, la pretensión corresponderá a todos los legitimarios de primer grado, en la proporción en que serían herederos abintestato, con independencia de que hayan sido o no mencionados en el testamento o favorecidos con legados de cosa cierta o cantidad o con donaciones entre vivos (559).

F) EN EL DERECHO CIVIL ESPECIAL DE CATALUÑA.

92. Antes de la Compilación regía en Cataluña en esta materia el Derecho común, romano y canónico, elaborado por los autores, que antes hemos repasado, pero adecuado como es natural, a la cuantía y particular forma de pago de la legítima catalana y rectificada por la Constitución *Si algú dona*, como vamos a ver.

Así, Cancer (560) y Fontanella (561) recogieron la distinción entre donaciones inoficiosas *re et consilio* y *re tantum* o *nedum re o re ipsa* o *simplicitur inofficiosa*; y el criterio de los autores de estimar irrevocables en su totalidad las primeras si hubiesen sido hechas a extraños, entendiendo por tales a este efecto los que no fuesen descendientes del donante. Pero Cancer (562) observó que en el Principado en virtud de dicha Constitución *Si algú dona* del título *De donacions*, tanto si la donación fue hecha a uno de los descendientes como si se hizo a un extraño, ya fuese inoficiosa *re tantum* o *re et consilio*, los hijos no podían revocarla sino hasta el montante por cubrir de su legítima.

También hicieron notar (563) que el Regio Senado de Cataluña, en decisión de 1535, había aplicado el criterio de no estimar sujetas a reducción las donaciones que no siendo inoficiosas al ser otorgadas, resultaren serlo al fallecer el donante por haber disminuido la fortuna de éste. Si la inoficiosidad se produjo por donaciones sucesivas sólo la última o últimas que la ocasionaron debían revocarse, no pudiendo perjudicar a las anteriores (564).

Borrell i Soler (565) continuaba requiriendo que la donación fuera inoficiosa tanto al tiempo de otorgarse como al del fallecimiento del donante, es decir, en ambos tiempos, para poder ser objeto de reducción; y estimando que el orden de reducción de las que en ambos momentos fueron inoficiosas debe ser inverso al de sus fechas.

sa", III, en "Estudios de Derecho civil en honor del profesor Castán Tobeñas", vol. II, pp. 282 y ss.

(559) Cfr. LACRUZ, loc. cit., pp. 281 y s.

(560) CANCER, op. cit., Pars I, cap. VIII, nn. 120 a 122; cfr. ed. cit., vol. I, pp. 156 y s.

(561) FONTANELLA, "De Pactis Nuptialibus", Claus, V, gloss. VIII, Pars II, nn. 24 y ss.; cfr. ed. cit., vol. II, pp. 94 y s.

(562) CANCER, cap. cit., n. 123, p. 157.

(563) CANCER, cap. cit., n. 119, p. 156, y FONTANELLA, loc. cit., n. 40, p. 96.

(564) FONTANELLA, n. 41, p. 96.

(565) BORRELL I SOLER, op. cit., vol. V-2.º, § 509, pp. 442 y ss.

93. Según la Compilación catalana, en su artículo 141, § 2: "*La reversión o supresión de donaciones por inoficiosidad legitimaria se regirá por lo dispuesto en esta Compilación.*"

De ella se ocupa en los artículos 142 y 143.

El artículo 142, después de regular la reducción de legados, en su § 1, a los que asimila las donaciones *mortis causa* (566) y las asignaciones o señalamientos no hechos en vida del heredante, se ocupa de la reducción de las donaciones, en sus §§ 3, 5, 6 y 7:

§ 3: "*Si verificada tal reducción o supresión [de los legados] el pasivo superare el activo hereditario, o éste continuare siendo insuficiente, podrán también reducirse o suprimirse las donaciones computables para el cálculo de legítima otorgadas por el causante a favor de extraños e incluso de legitimarios en la parte no imputable a ella.*"

§ 5: "*La reducción o supresión de donaciones empezará por la más reciente, y así sucesivamente por orden inverso de fecha, reduciéndose a prorrata si ésta fuese indeterminada.*"

§ 6: "*El causante no podrá alterar el orden de prelación en la reducción de donaciones ni disponer que se reduzcan antes que los legados.*"

§ 7: "*El legatario o donatario afectado por la inoficiosidad podrá evitar la pérdida del todo o parte de la cosa legada donada abonando a los legitimarios, en dinero, el importe de lo que deban percibir.*"

Esta facultad resulta concorde con el principio, básico en Derecho catalán, que faculta para que se satisfaga la legítima en dinero, aunque no lo haya en la herencia, a elección del obligado (art. 137 Comp.), y confirma el carácter rescisorio de acción concedida para reclamar la reducción que, consiguientemente, es subsidiaria y, como tal, requiere que el interés del actor no sea satisfecho por otro medio o indemnizado voluntariamente (567).

En este sentido se ha afirmado que la acción de revocación de donaciones tiene carácter rescisorio en el Derecho catalán, tanto antes (568) como después (569) de la Compilación.

94. La legitimación pasiva de esta acción presenta algunos problemas que Xavier O'Callaghan (570) ha examinado cuidadosamente y creemos ha resuelto de modo adecuado. A saber:

En caso de insolvencia de algunos de los donatarios que debieron sufrir la reducción, cree que nuestra opinión, referida al Código civil, de que esa insolvencia no recae en otros donatarios anteriores, re-

(566) X. O'CALLAGHAN reduce —en nuestra opinión acertadamente— esa asimilación a los legados de las donaciones *mortis causa*, a las propiamente dichas o de naturaleza suspensiva, entendiéndolo equiparables las de tipo resolutorio a las donaciones *inter vivos*, cfr. loc. cit. IV, 9, b, p. 301.

(567) Acerca de las características de la acción de rescisión, como remedio *in extremis*, cfr. Federico DE CASTRO, "El negocio jurídico", Madrid, 1967, § 589, pp. 520.

(568) Así, BORRELL I SOLER, "Dret civil vigent a Catalunya", vol. V-2, § 509, pp. 442 y ss.

(569) Cfr. X. O'CALLAGHAN, op. cit., IV-3, pp. 279 y s.

(570) O'CALLAGHAN, loc. cit., IV-5, b, pp. 293 y ss.

sulta la más adecuada, pues: “la acción que ejercita el legitimario es personal o de rescisión; va dirigida contra el donatario que corresponde según la fecha de la donación, como legitimado pasivamente, y si éste es insolvente tendrá el legitimario su derecho reconocido declarada la inoficiosidad de la donación, su rescisión y la condena del donatario a entregarle la cosa donada o su valor (no olvidemos que la acción es declarativa de condena); si el condenado en la sentencia es insolvente, ésta no podrá ejecutarse en tanto no mejore de fortuna, pero en ningún caso podrá el legitimario dirigir una nueva acción contra otro donatario, que en ningún caso, por haber un donatario —aún insolvente— anterior a él, y en virtud del artículo 142, estará legitimado pasivamente.”

Contra el tercer poseedor adquirente a título oneroso de buena fe, no será posible ejercitar la acción por aplicarse el artículo 1.295 del Código civil.

El artículo 143, desde el inciso 2.º de su § 1 hasta el 2.º, completa esa regulación:

“...; la acción de inoficiosidad de donaciones únicamente podrá ser ejercitada por los legitimarios y sus herederos. Ambas acciones serán irrenunciables en vida del causante.

“Los acreedores del causante no podrán beneficiarse de la reducción o supresión de donaciones por inoficiosidad, sin perjuicio de proceder contra el heredero que no haya aceptado la herencia a beneficio de inventario y que resulte ser el favorecido por la reducción o supresión.”

95. Asimismo, la legitimación activa para el ejercicio de esa acción plantea interesantes problemas, que también han sido estudiados por O'Callaghan (571).

Este autor pregunta si puede el heredero exigir al legitimario que, antes de reclamarle a él la legítima, ejercite la acción de inoficiosidad de donaciones. Su respuesta afirmativa señala el siguiente mecanismo: “el legitimario pide la legítima al heredero y éste no tiene caudal relicto para pagarla o para hacerlo en la cuantía que se le reclama; opone al legitimario que como no hay bienes no hay legítima o como hay pocos la legítima es menor que la que se reclama; el legitimario tendrá que ejercitar la acción de inoficiosidad de donaciones si quiere conseguir la legítima, o el valor que le falte de ella.”

La viuda pobre e indotada con derecho a la cuarta marital, conforme al artículo 150, § 2: “*podrá pedir la reducción o invalidación de las donaciones entre vivos otorgadas por el marido, cuando el designio del donante hubiese sido de defraudar la cuarta marital*”.

Los acreedores del legitimario, aunque no pueden ejercitar directamente la acción, por no estar incluidos en el artículo 143 Comp., en cambio por subrogación, conforme a los artículos 1.111 y 1.001 C. c., les cabe ejercitarla subsidiariamente, para satisfacer con ella su crédito hasta donde alcance la reducción.

(571) O'CALLAGHAN, loc. cit., IV, 3, a, pp. 288 y ss.

La acción para pedir la reducción o supresión de dotes y donaciones inoficiosas, a tenor del artículo 146, § final, "*prescribirá a los cinco años a contar de la muerte del causante*".

G) EN EL DERECHO FORAL DE VIZCAYA.

96. Notemos que la ley 13, tít. XX, del Fuero de Vizcaya se refirió a la donación general a un hijo de la casa o caserío, con todos sus pertenecidos y con todos sus bienes muebles y raíces; para cuya eficacia requirió que se hiciera a favor de un hijo u otro heredero e interviniera el apartamiento de los otros profincos. De faltar alguno de estos requisitos la donación no era válida. Es decir, la cuestión no era de reducibilidad sino de validez.

Creemos que es necesario tener en cuenta este antecedente para entender adecuadamente el artículo 30 de la Compilación:

"Cuando la sucesión se defiera en capitulaciones matrimoniales o escritura de dote o donación, el apartamiento deberá hacerse en la forma establecida en el artículo veintitrés."

El apartamiento sólo puede hacerse de varios de los herederos forzosos, o a lo más de todos menos uno, que debe ser el donatario universal o de los bienes troncales. En otro caso la donación de éstos no será válida. Su sanción no puede ser la rescisión sino la nulidad.

La reducción propiamente dicha, regulada en el Código civil, no creemos que pueda aplicarse en la tierra llana de Vizcaya si no es a las donaciones de bienes no raíces que excedan del quinto disponible.

VII. PROTECCION DE LOS LEGITIMARIOS CONTRA LAS DISPOSICIONES ONEROSAS DE BIENES DEL CAUSANTE EFECTUADAS POR ESTE CON PRODIGALIDAD, FRAUDE O SIMULADAS

A) PLANTEAMIENTO EN EL DERECHO COMÚN.

97. Fueron múltiples las cuestiones, y todas ellas muy discutidas, las que suscitaron los autores del Derecho común en torno al tema que tenemos planteado.

El problema central en Derecho civil estricto se centró al contraponer las leyes 16, XXXVII-XIV y 2, XXXVII-XII del Digesto; pues mientras aquélla consideraba en *fraude de ley* las enajenaciones efectuadas por un liberto para dejar de ser centenario, y daba lugar, en otro caso, si la enajenación se hizo en fraude del patrono, a que éste utilizara para rescindirla las acciones Faviana y Calvisiana; en cambio, en la segunda, se recogió un texto de Gayo que afirmaba: "No se ha de igualar el padre con el patrono hasta el punto de que se le dé también la acción Faviana o Calvisiana, porque es injusto que los hombres ingenuos no tengan libertad para enajenar sus propias cosas."

Ello obligó a una problemática múltiple y variada según los matices y circunstancias, que requiere una previa distinción de supues-

tos, todos ellos arduamente discutidos y con soluciones distintas según las circunstancias y el criterio de los autores que las disputaban que, a veces, incluso parecían contradecirse al defender, uno mismo, soluciones distintas en lugares diversos.

Trataremos de acotar los problemas separando los supuestos de mayor interés.

a) *Dilapidación por el padre causante de sus propios bienes.*

98. El primer supuesto se refiere a la posibilidad de que los hijos en vida de su padre puedan pedir al juez que se les señale una legítima, o alguna finca o bienes, para alimentos, en administración.

Notemos, ante todo, que los planteamientos que hallamos no son idénticos: "*si pater vendat dissipando bona*", decía Vázquez de Menchaca (572); "*si pater in fraudem filii alienavit bona in aliquem de fraude participatem etiam titulo oneroso: et puta si pater habens odio filium tractavit tecum depauando filio: tunc suasisti quod omnia bona tibi venderet: et pretium prodigaliter consumeret ite feut*", expuso Palacios Ruvios (573). Es decir, en un caso las enajenaciones con las que se disipaban los bienes estaban en curso y se reclamaba al padre; en el segundo, éste había consumido ya todos los bienes y se trataba de obtener del comprador, cómplice de fraude, mediante *officium iudicis ex aequitatae* la legítima o algunos bienes para alimentos (574). Rodrigo Suárez (575) expuso claramente ambos planteamientos.

El texto de la ley *Imperator, ff. ad Trebellianica* (Dig. XXXVI-I, 50) fue traído a colación en especial para este problema. Papiniano narró que el Emperador Adriano lo había decretado en un supuesto de herencia sujeta a restitución a favor del hijo en potestad, y habiéndose probado que el padre "*multa in fraudem fideicommissi fieri*", ordenó la restitución de la herencia al hijo, "*damnum conditionis propter fraudem inflixit*", si bien por respeto debido al padre, acaso necesitado, "*officio iudicis ex accessionibus hereditarias emolumentum praestari*".

Pero, en contra, se alegó un comentario de Bartolo (576), aunque referido a la no afección de la legítima futura al pago de las deudas delictuales, o *ex maleficio*, pero que encajaba como anillo al dedo

(572) Fernando VÁZQUEZ DE MENCHACA, "Controversiarum Illustrium", Lib. I, cap. XXXVII, l, Venecia, 1564; cfr. ed. bilingüe, de Fidel RODRÍGUEZ ALCALDE, Valladolid, 1932, vol. II, p. 289. También lo planteó así Gregorio LÓPEZ, gl. final a la ley 5, tít. IV, Partida 6.ª, cfr. ed. cit., p. 52.

(573) PALACIOS RUVIOS, "Repetitio in cap. «Per vestras»", 3.ª notab, 17, n. 14, cfr. ed. Ludguni 1538, fol. 104.

(574) Planteamiento que vemos en Antonio PICHARDO DE VINUESA, "Comentario in IV Iustineanorum Libros", Lib. IV, tít. VI, n. 15; cfr. ed. Ludguni 1671, vol. II, p. 121.

(575) RODRIGO SUÁREZ, "Allegaciones", alleg. IV, nn. 8 y 9; cfr. ed. Lugduni 1559, p. 42.

(576) BARTOLO A SAXOFERRATO, "In Secundam Infortiati Partem", Lib. XXXVII, tít. VI, lex prima, § Si impuberi; cfr. ed. Venetiis 1585, fol. 161.

al supuesto discutido al que se aducía la disposición de aquella ley: "Respondeo, ibi erat spes, et hereditas deberetur ex vigore fideicommissi praecedentis, licet condicionalis, et sic ibi voluntas defuncti processit, sed hic non ese voluntate defuncti inducitur, sed a lege, ideo propie spes non dicitur, ideo cautio cessat."

Entre los autores castellanos Palacios Ruvios (577), Diego Segura (578), Rodrigo Suárez (579), el Doctor Luis de Molina Morales (580), los Hermosilla (581), Pichardo (582), entendieron, cómo en síntesis formuló el Doctor Molina, que la posibilidad contemplada "eaquor est, quamvis contraria iuris rigor considerato, veriori sit"; por lo que aquella medida "ex aequitate arbitrio iudicis posse petere", como los Hermosilla concluían, y "de aequitatae canonica revocari usque ad legitimam emptor sua malitia gloceatur", como concluía Palacios Ruvios.

El mismo Doctor Molina (583) admitió que se sujetase al padre a la referida administración en caso de contumaz conducta fraudulenta y dolosa, asimilándola en sus consecuencias a la prodigalidad: "quod si pater non est prodigus, sed ita tenax, ut non ex pendat, quod est necessarium ad bonorum conservationem, est sibi administratio auferenda".

Vázquez de Menchaca (584) mantuvo la posición más radicalmente contraria a esta posibilidad, a la que dedicó un largo capítulo para rechazarla, insistiendo: en que viviendo el padre no existe obligación de entregar legítima al hijo; en que es reprochable, conforme expresó Ovidio en el Libro I de sus *Metamorfosis*, que: "Filius ante diem patrius inquirat in annos", y que de poder reclamar el hijo la legítima, en estos supuestos, "no sólo desconcertaría y aminoraría la administración de los bienes, sino que la arrebataría [al padre] o, al menos, le disminuiría en parte la propiedad de sus bienes, lo que sería aún mucho más duro y funesto."

Un argumento a favor de su criterio lo dedujo (585) de que la situación del viudo que llevare vida deshonesta era diversa de la prevista para la viuda en iguales circunstancias; "quia viro etiam libidinose

(577) PALACIOS RUVIOS, loc. últ. cit.

(578) DIEGO SEGURA, op. cit., tít. ley Imperator.

(579) RODRIGO SUÁREZ, loc. últ. cit.

(580) LUIS DE MOLINA MORALES, "De Primogeniorum Hispanorum...", Lib. I, cap. XVI, n. p. y ss.; cfr. ed. cit., p. 53.

(581) HERMOSILLA, op. cit., tít IV, glos. XIII, nn. 14 y ss.; cfr. ed. cit., vol. I, pp. 315 y s. A juicio de estos autores, en caso de enajenación de todos los bienes cabía que los hijos, aún en vida del padre, pidieran los alimentos y la revocación de la donación en cuanto fuese en fraude de ellos (n. 15), y también en vida del padre que dispase sus bienes, podían pedir que se les asignasen bienes del padre "pro alimentos", opinión que reconocen era muy discutida (n. 16).

(582) PICHARDO, loc. últ. cit.

(583) DR. MOLINA, op. y cap. cit., nn. 12 y 13, p. 153.

(584) VÁZQUEZ DE MECHACA, op. y cap. últ. cits., nn. 2 y 8; ed. cit., pp. 289 y ss.

(585) VÁZQUEZ DE MECHACA, op. cap. últ. cit., n. 7, p. 298.

et prodigaliter viventi non datur curator” (586). En cambio, Palacios Ruvios (587) y los Hermosilla (588) entendieron que el hijo, podría revocar hasta el montante de su legítima las enajenaciones hechas por el padre que “ludendo, vel luxuriose, et male aliter vivendo amisit et sine causa alienavit”, razonando estos últimos autores la posibilidad de que los hijos reclamasen la revocación “usquae ad legitiman”: “quia etsi ludos sit licitus, cum sit in magna quantitate censetur esse prohibitus”.

99. b) *Impugnación después de muerto el causante de actos onerosos por él otorgados.*

1.º *De enajenaciones onerosas por precio vil.*

Bartolo (589) dictaminó para ese supuesto, que en cuanto valga de más la cosa que el precio pagado, es donación revocable por la *querella inofficiosae donationis*. Criterio que vemos recogido por Covarruvias (590) y los Hermosilla (591).

2.º *De enajenaciones en fraude de la legítima.*

Gregorio López (592) planteó la cuestión: “si el padre enajena a título oneroso en fraude de la legítima de sus hijos, ¿podrán éstos revocar las enajenaciones en cuanto salieran perjudicados por ellas?” Remitió la respuesta, en primer término, a Bartolo (593) que había dictaminado que si el comprador fue cómplice del fraude, como no se trataba de una donación sino de un acto fraudulento, no cabía a los hijos interponer *querella* alguna, sino ejercitar la acción revocatoria. Criterio que vemos aceptado por Rodrigo Suárez (594), Covarruvias (595), Cancer (596) y los Hermosilla (597), circunscribiendo su eficacia sólo hasta el importe de legítima (“usque ad legitimam”).

Las enajenaciones en fraude de la legítima, aun cuando fuesen objeto de acción revocatoria y no de *querella* de inoficiosidad, como

(586) Opinión recogida antes por Antonio Gómez, “Opus... super legibus Tauri”, lex XIV, n. 24, cfr. fol. 64, que distingue según se trate de bienes propios del padre o de bienes del hijo que él administre, limitando sólo a éstos últimos la pérdida de la administración en el supuesto contemplado.

(587) PALACIOS RUVIOS, Repetit cap. *Per vestras*, in notab. 3, § 22, n. 15, ed. cit., fol. 153 vto. y s.

(588) HERMOSILLA, gloss. cit., n. 20, p. 316.

(589) BARTOLO, p. últ. cit., Lib. XXXVII, tít. XII, lex. II, *Non usque*; cfr. ed. vol. cit., fol. 170.

(590) COVARRUVIAS, “*In Tit. de testamentis interpretatio*”, cap. *Raynutius* 16, § X, n. 9; ed. y vol. cits., p. 91.

(591) HERMOSILLA, gloss. cit., n. 13 *secundam*.

(592) GREGORIO LÓPEZ, gl. final a la ley 8, tít. IV, Partida 5, gl. 49 h t, ed. y vel. cit., p. 52.

(593) BARTOLO, op. y lib. cits., tít. XII, lex 2, vol. cit., fol. 170 vto.

(594) RODRIGO SUÁREZ, “*Repetitio legis Quoniam in prioribus*”, Amplit XVI, n. 9, p. 455.

(595) COVARRUVIAS, loc. últ. cit., n. 9, p. 91.

(596) CANCER, “*Variarum...*”, Pars I, cap. VIII, n. 119, p. 157.

(597) HERMOSILLA, gloss. cit., nn. 13 y 14, p. 315.

sólo se revocaban en cuanto lesionaran la legítima para reparar su perjuicio, debían ser impugnadas como las donaciones por orden inverso a sus fechas y sin distinción por razón de tratarse de ventas en fraude o de donaciones. Así nos lo muestra el planteamiento que los Hermosilla (598) hicieron :“Quando plures donationes pater fecit vel alienationes fraudulentas, tunc...”

3.º *Impugnación por los legitimarios, después de fallecido el causante, de actos simuladamente onerosos que disimularan actos gratuitos que hubiesen sido otorgados por éste.*

100. Entre estos actos simulados se catalogaron compraventas que encubrieran la donación de la cosa simuladamente vendida y la confesión de una deuda inexistente o de haberse recibido un precio no pagado. Incluso las donaciones efectuadas a través de persona interpuesta, disimuladas por dos compraventas simuladas, una del donante al tercero y otra de éste al donatario.

El primer supuesto indicado lo vemos enunciado por Covarruvias (599): “eadem venditio revocabitur, si praeter fraudem probata fuerit eius simulatio aliquod quidem coniecturis”. Por ejemplo, “quidem si in morte fiat venditio haec suspectus personis, certe simulatio praesumitur”.

El de la confesión de precio fue también contemplado por el mismo Covarruvias (600): “venditio a filiis revocari eodem iure poterit, quando solutio pretii conventi non constat aliter, quam per confessionem partis”.

Antonio Gómez (601) analizó a la par los dos supuestos: “Quod pater si vendidit bona sua, vel partem eorum, et confiteatur pretium recepisse talis confessio non valet, nec probat in praeiudicium legitimae filiorum, si vere et realiter non constat de vere et actuali enumeratione pretii”.

Bartolo (602) había declarado: “Venditio bonorum latitantis ut fiat, debet de debito constare”.

Y los Hermosilla (603) generalizaron que “non valere confessionem debite factam a patre favore unius ex filiis, vel de pretio venditionis soluto a filio, vel de tali re empta ex precunia filii si tertium et quintum exedat; vel si excedit quintum quando est facta favorem extranei, quia ubicumque potest esse praesumptio fraudis”.

La presunción de no existir el debito confesado se daba especialmente en determinadas circunstancias. Así:

— Cuando alguno prometiera a otro bienes suyos para después

(598) HERMOSILLA, gloss. últ. cit., n. 32, p. 317.

(599) COVARRUVIAS, loc. últ. cit., n. 9, *Quarto*, p. 91.

(600) COVARRUVIAS, *ibid*, *Tertio*, p. 91.

(601) ANTONIO GÓMEZ, “*Variae Resolutiones...*”, I Pars. Cap. XII, n. 81, vers. *Item etiam inferitur*; cfr. ed. cit., pp. 190 y s.

(602) BARTOLO, “*Commentariam in Primam Digesti Novi*”, Lib. XLII, tít. V, lex I, vers. *Hereditarium*, n. 2; cfr. ed. Lugduni 1547, fol. 137.

(603) HERMOSILLA, gloss. últ. cit., n. 11, p. 315.

de su propia muerte, y esta promesa resultare en perjuicio de alguna legítima; como, siguiendo a su maestro Dyno, había advertido Bartolo (604), quien añadió “nisi fieret promissio ex causa donationis quia tunc revocaretur donationem per titulo de inoficiosae donationis”.

— En la confesión de débito hecha en testamento o en codicilo, que significaban legado o fideicomiso, no siendo válidas como confesión si por otros medios de prueba legítimos realmente no se probase la deuda (605), e indicando Antonio Gómez (606) “Quod talis confessio, facta a patre, non praejudicat filius in legitima”, no surtiendo efecto “nisi in quinto, quod extraneis potest relinqui vel nisi in tertio et quinto, respectu alterius filii”.

— En el caso de que se trate de una transmisión, aun a título de venta, a favor de personas a quienes no podía dejárseles cosa alguna, como a los hijos ilegítimos. Supuesto en el cual Gregorio López (607) entendió que la venta podría ser válida tan sólo en el supuesto de que la venta hubiese sido verdadera, el precio real y se hubiese efectuado sin afección alguna si fuese entre extraños. La presunción de fraude determinante, salvo prueba en contrario, de la invalidez, alcanzaba también los supuestos de que el padre hubiese vendido a un extraño y éste al espureo (608).

En resumen, fuera del supuesto de transmisión a personas a favor de las cuales no podía disponerse a título gratuito, en los demás supuestos de transmisión onerosa en fraude de la legítima o bien simulada, según parece desprenderse de los textos examinados que no pretendemos sean exhaustivos, su revocación se circunscribía —salvo en los casos en que el negocio disimulado fuese una donación fraudulenta *re et consilio* hecha a favor de extraños— únicamente a cuanto perjudicara a la legítima del reclamante.

Respecto a ésta, el hijo, aunque fuese heredero de su padre, podía interponer la reclamación sin que cupiera decir que al hacerlo fuera *contra factum defuncti*, como observaron los Hermosilla (609) “quod filiis non dicitur venire contra factum defuncti, quando fraudatus reperitur in sua legitima, quoniam haec est actio propria filii, quae tendit ad rescindendum patris fraudem...”: “quia non dicitur venire contra factum defuncti, quando necessario tenebatur relinquitur in patre qui tenetur relinquere legitimam...”; “quia dispositio dicta lex *cum a matre* procedit quando illud factum ex testatoris obligatione venit, non autem quando ex obligatione legali, ut est in legitima...”.

(604) BARTOLO, loc. últ. cit., n. 1, p. 137.

(605) BARTOLO, “In secundam Infortiatum Partem”, Lib. XXXII, de legatis 3, lex *Cum quis descendens*, 35, § *Codicilliis*, nn. 4 y 9; cfr. ed. Venetiis 1585, fol. 53 vto.

(606) Antonio GÓMEZ, loc. últ. cit., n. 81, p. 190.

(607) Gregorio LÓPEZ, gl. a las palabras “*pueden revocar la donación*” de la ley 10, tít. XIII, 6.ª Partida, o gl. 67 h. t.; cfr. ed. y vol. cits., p. 701.

(608) Gregorio LÓPEZ, gl. últ. cit. vers. final, p. 701.

(609) HERMOSILLA, gl. últ. cit., n. 23, p. 316.

B) RÉGIMEN DESPUÉS DEL CÓDIGO CIVIL.

a) *Actos de prodigalidad del causante.*

101. Ha desaparecido en el Código civil toda referencia a la posibilidad que tan discutida fue en el régimen anterior, como hemos visto antes (610), de pedir la revocación de las enajenaciones onerosas que hubieran originado la insolvencia del causante, dilapidador de sus bienes, en cuanto perjudicaran la legítima del reclamante, y de pedir que se impusiese a aquel la entrega de bienes equivalentes a la legítima para impedir su dilapidación y salvaguardar los alimentos del legitimario.

En cambio, ha sido precisada la incapacitación por prodigalidad y la sujeción a tutela del declarado pródigo.

García Goyena (611) expuso el criterio de la Comisión codificadora que redactó el Proyecto de 1851:

“Entre los romanos esta demanda correspondía tan solo a los parientes según unos; otros la extendían a los amigos, y aun admitían el procedimiento de oficio; y lo mismo se observaba entre nosotros a falta de ley expresa”.

“... los Códigos extranjeros (bien hayan admitido la interdicción absoluta del pródigo, o solamente el nombramiento de un consultor judicial) dan derecho de demandar en este caso con la misma latitud que en los locos dementes y sordomudos...”

“Nosotros lo restringimos a los verdaderamente interesados, como los herederos forzosos por razón de la legítima y la mujer por su dote, ganancias y alimentos.”

“Una demanda de interdicción por prodigalidad (sea cual se quiera el éxito) mancha siempre la reputación del demandado, y le acarrea o puede acarrear graves perjuicios; sus actos son equívocos y pueden fácilmente inducir en error; el pródigo en concepto de unos, es puramente liberal a los ojos de otros. En este caso no se atraviesa realmente un interés público, ni aún de toda la familia, pues no tiene derecho sobre sus bienes; el interés es la medida de la acción, y no hay más interesados que los herederos forzosos y la mujer...”

Y aun reconoció: “La demanda de un hijo contra su padre, o la de un cónyuge contra el otro por causa de prodigalidad, es cosa muy dura, y la necesidad sola puede justificarla: es una verdadera acusación...”

Este criterio de someter al pródigo a curatela se plasmó en el art. 300 del Proyecto de 1851 (612) y, en parte sustancial, se mantiene en el art. 222 del Código civil, que lo somete a tutela:

(610) Cfr. *supra*, VII, A, a.

(611) GARCÍA GOYENA, op. cit., art. 30, ed. cit., vol. I, pp. 284 y s.

(612) Art. 300, Proy. 1.851: “La demanda de interdicción por causa de prodigalidad no podrá intentarse sino por el cónyuge y herederos forzosos; y en el caso de hallarse éstos en la menor edad o en estado de incapacidad, por el ministerio fiscal, de acuerdo con el consejo de familia.

“El juicio se seguirá con el pródigo, y cuando éste no se presente, el tribunal le nombrará defensor.”

“Sólo pueden pedir la declaración de que habla el artículo anterior el cónyuge y los herederos forzosos del pródigo, y por excepción el Ministerio Fiscal, por sí o a instancia de algún pariente de aquellos cuando sean menores o estén incapacitados”.

El concepto de prodigalidad fue definido en la S. 25 marzo 1942 de la que fue ponente Castán Tobeñas, como: “Conducta desarreglada de la persona que por modo habitual disipa o compromete seriamente su patrimonio, ya por la propensión a los gastos inútiles o desproporcionados a su situación económico social, o bien por administrar sus bienes con descuido y ligereza, poniendo con ello en riesgo injustificado su caudal, en perjuicio de sus familiares más íntimos: cónyuge descendientes o ascendientes”.

Aun cuando sólo si hay herederos forzosos puede pedirse la declaración de prodigalidad y, por ende, en caso de desaparecer éstos o perder esa condición (v. gr., cónyuge divorciado declarado culpable —art. 834— o presuntos legitimarios incurso en indignidad—art. 756) cesa la incapacitación (art. 278 C. c.), lo cierto es que la protección familiar que significa la incapacitación y tutela del pródigo, pese a concurrir a la protección de la legítima, no trata directamente de protegerla, sino que, simplemente, coincide en la protección de los intereses del mismo círculo de personas que aquella ampara (613).

Conforme al art. 221, § 2.º C. c.: “La sentencia determinará los actos que quedan prohibidos al incapacitado, las facultades que haya de ejercer el tutor en su nombre y los casos en que por uno o por otro habrá de ser consultado el Consejo de familia.”

Como explica el Profesor de Castro Bravo (614) el alcance en la esfera patrimonial de la incapacitación del pródigo está determinado por las siguientes variables premisas: actos que se le prohíben; facultades que no puede ejercitar y en las que el tutor debe actuar como representante legal suyo; y casos en que puede actuar el pródigo pero consultando al consejo de familia.

Los actos del pródigo que excedan de las facultades que conserve, según la sentencia declaratoria, son anulables. La acción de anulabilidad podrán ejercerla: el tutor, mientras dure la incapacitación; el pródigo rehabilitado, y sus legitimarios durante los cuatro años siguientes a la muerte del pródigo (art. 1.301) (615).

Es de notar que esa anulabilidad alcanza totalmente a los actos del pródigo que excedan de sus facultades. Es decir, que no se circunscriben a la salvaguardia de las legítimas de sus herederos forzosos. No se trata de una rescisión, *ex nunc* (arts. 654 y 659) sino de una anulación *ex tunc*, con efectos reales (art. 1.303 y ss.), eficaz contra terceros (616), incluso hipotecarios de estar inscrita la decla-

(613) En este sentido, GARCÍA BERNARDO, “La legítima...”, pág. 95.

(614) FEDERICO DE CASTRO BRAVO, “Derecho Civil de España”. Parte General II-1, cap. IV, IV, 4, b, 3.º, Madrid, 1952, pp. 346 y s.

(615) CASTRO BRAVO, loc. últ. cit., p. 348.

(616) Cfr. GARCÍA BERNARDO, “La legítima...”, p. 95.

ración de prodigalidad en el Registro de la propiedad, o anotada la demanda solicitándola.

b) *Compraventas por precio notoriamente de favor.*

102. Hemos visto antes (617) cómo, siguiendo el criterio de Bartolo, estimaron Covarruvias y los Hermosilla que la diferencia entre el precio satisfecho por la compra y el justo precio se debía estimar como donación que, en cuanto fuera inoficiosa, era rescindible por la *querella inofficiosae donationis*. Hoy es de notar que, desaparecido en el Código civil toda referencia al precio justo, no parece que al supuesto expresado le sea aplicable este criterio objetivo, sino únicamente el subjetivo que resulte de una patente intención liberal determinante de un precio de favor y, por consiguiente, de que deba estimarse donada la diferencia en dinero entre este precio y el valor de la cosa.

c) *Compraventa real efectuada con ánimo de dilapidar u ocultar el precio obtenido y con complicidad del comprador.*

103. Hemos visto cómo en el Derecho anterior se aplicaba a este supuesto la acción revocatoria en cuanto alguna legítima resultara efectivamente defraudada. Hoy se trata de decidir si es posible encajar este caso en el núm. 3.º del art. 1.929 y en el art. 1.298 C. c., a pesar de que la enajenación se haya efectuado antes de nacido el derecho a la legítima. Creemos que la respuesta debe ser afirmativa cuando resulten probados: 1.º, la fraudulenta intención del enajenante y la complicidad en el fraude del adquirente; y, 2.º, el perjuicio causado a la legítima del impugnante. Aunque se afirma que es determinante de la aplicabilidad de la acción revocatoria o pauliana (618), como presupuesto del *eventus damni*, la existencia de un crédito (619), y siendo así que la legítima en el supuesto que

(617) Cfr. *supra*, VII, A, b, 1.º

(618) Ha escrito CASTÁN TOBEÑAS ("Derecho civil español...", 7.ª ed., Madrid, 1951, vol. III, § LXXI, II, 2, D, e, p. 183) que los autores y la jurisprudencia, "recogiendo una tradición muy antigua y supliendo el laconismo con que nuestro Código civil regula la acción pauliana, vienen señalando —según expone la sentencia de 12 de julio de 1940— como supuestos y requisitos necesarios para que pueda ésta ser ejercitada los siguientes: 1.º Que exista un crédito a favor del actor. 2.º Que el deudor haya celebrado un acto o contrato posterior que beneficie a un tercero, proporcionándole una ventaja patrimonial. 3.º Que el acreedor resulte perjudicado por la disposición a favor de tercero y a la vez se beneficie con la declaración de su ineficacia, sin tener otro recurso legal para obtener la reparación de dicho perjuicio. 4.º Que el acto que se impugna sea fraudulento. 5.º Que el adquirente, caso de ser la enajenación onerosa, haya sido cómplice del fraude."

Pero, precisamente, esa "tradición muy antigua", incluye —como hemos visto— como supuesto de aplicación de la acción revocatoria el de ser lesionada una legítima en virtud de una transmisión verdaderamente a título oneroso efectuada para defraudar a un legitimario con la complicidad del adquirente.

(619) Federico DE CASTRO Y BRAVO, "La acción pauliana y la responsa-

examinamos aún no se ha causado, podemos afirmar que se trata de un supuesto especial de protección legal anticipada de un derecho preordenado también por la ley. Como también lo muestra la posibilidad de pedir la reducción de las donaciones que lesionan un crédito nacido, que discurre paralelamente a la revocación de las transmisiones onerosas en fraude del mismo (arts. 643 en rel. 1.291, n. 3 y 1.297, § 1); por lo cual es razonable que, paralelamente a la acción de reducción de donaciones, se conceda al legitimario la de revocación de los actos onerosos efectuados en fraude de su derecho.

El Tribunal Supremo en S. 6 mayo 1902, ante un supuesto en que la sentencia recurrida había afirmado que la compraventa no fue simulada, concurriendo en ella cosa y precio, pero la había declarado nula por obedecer a la causa ilícita de privar a un hijo del vendedor de su legítima, casó dicha sentencia por interpretación errónea del art. 1.274 y aplicación indebida del 1.275, considerando además que, dada la intención fraudulenta, si por dicha venta real “hubiera quedado el hijo defraudado de sus legítimos derechos, la acción procedente no sería la de nulidad por ilicitud de la causa, sino la de rescisión de un contrato válido celebrado en su perjuicio”.

c) *Compraventas simuladas* (620).

104. Sabido es que si el negocio jurídico ha sido *simulado absolutamente*, es inexistente. Su apariencia es impugnable por las partes sin que por ello vayan contra sus propios actos, siendo imprescriptible la acción correspondiente. No precisan, pues, las legítimas protección especial alguna en este supuesto.

La cuestión varía si se trata de una *simulación relativa*, que tras el negocio oneroso esconda otro gratuito. Es doctrina aceptada que el negocio disimulado es válido si se apoya en una causa verdadera y lícita, conforme al art. 1.276 C. c., y reúne además los requisitos que su verdadera naturaleza exija.

Quien sostenga la validez de la donación disimulada bajo la apariencia de una compraventa u otro negocio oneroso simulado, deberá superar los siguientes obstáculos:

- 1.º La prueba de la realidad de la donación disimulada.
- 2.º La exigencia de que ésta reúna todos los requisitos sustanciales y formales precisos para su validez.
- 3.º Que el carácter ilícito o fraudulento de la operación en su conjunto no la vicie totalmente, al implicar la nulidad incluso de la

bilidad patrimonial”, III, A, 1 (en R.D.P. XIX, julio-agosto 1932, pp. 212) rechaza incluso la aplicación de la acción pauliana en beneficio de créditos sometidos a condición suspensiva al producirse el acto dispositivo, y en general de las meras expectativas entonces existentes. Sin entrar en esta cuestión, creemos que su solución es independiente del supuesto especialísimo que aquí tratamos, al que —repetimos— se le vino aplicando la acción revocatoria, lejos de toda preocupación conceptual, por razones teleológicas evidentemente justas.

(620) Cfr., más ampliamente tratada, esta cuestión en nuestro estudio “Las donaciones disimuladas de bienes inmuebles en la jurisprudencia del Tribunal Supremo”, en A.D.C., XXV-III, julio-septiembre 1972, pp. 669 y ss.

donación disimulada por teñir su causa de ilicitud y aplicarse entonces el art. 1.275, C. c.

4.º Que la donación disimulada no lesione legítima alguna, por lo cual no sea preciso revocarla ni reducirla.

Conforme al art. 1.276, no basta probar la causa *verdadera*, es necesario además demostrar que es *lícita*. Licitud que es normal en las causas “*de pura beneficencia*” y de “*mera liberalidad del bienhechor*” señaladas como típicas de los negocios de pura beneficencia en el art. 1.274 C. c., ya que de por sí no se hallan incluidos entre las causas ilícitas que define el art. 1.275, ap. 2.º, al decir: “*Es ilícita la causa cuando se opone a las leyes o a la moral*”. Oposición que, en su caso, habrá de ser demostrada probando la ilicitud del motivo determinante: *causa torpe* (art. 1.306) o *fraude de la Ley* (art. 4.º, § 1.º C. c.)

Pero además, como la causa se encarna en un negocio jurídico, típico o atípico, éste deberá reunir los requisitos necesarios para su validez: capacidad de las partes, objeto, forma, no inclusión en prohibición legal alguna, etc.

Esta natural exigencia, referida a un acto gratuito disimulado nos conduce al problema de determinar si la donación disimulada en una compraventa, o en otro negocio oneroso disimulado, debe reunir los requisitos de forma exigidos por las donaciones en el Código civil y de cuál es el alcance de esa exigencia formal.

La cuestión, referida a nuestro tema, se centra en dilucidar si estas donaciones disimuladas son reducibles en caso de inoficiosidad, como cualquier donación ostensible, o bien si no es preciso recurrir a ella porque ni siquiera es válida tal donación. Veamos cuál es el planteamiento de esta discutida materia.

105. La exigencia de que la donación disimulada reúna todos los requisitos personales, reales y formales exigidos en la regulación de las donaciones descubiertas, ha planteado entre otras cuestiones muy debatidas la sustancial relativa al alcance de los requisitos de forma impuestos en los artículos 632 y, en especial, 633 del Código civil. Aquél requiere la entrega simultánea de la cosa mueble o que la donación y su aceptación consten por escrito. Este exige el otorgamiento en escritura pública de la donación de cosa inmueble y de su aceptación; requisitos que han sido considerados de forma *ad substantiam* o *ad solemnitatem*, que escapan a la posibilidad de que su cumplimiento sea exigido por el donatario, al contrario de lo que ocurre, conforme el art. 1.279, en los supuestos incluidos en el artículo 1.280.

Sin olvidarse de esta exigencia, bastantes autores (621) no han

(621) No han dudado de que debe estimarse válida la donación encubierta en una compraventa en cuanto no lesione legítima alguna: FRANCISCO BONET RAMÓN, *Comentario* a la S. de 12 de abril de 1944, en R.D.P. XXVIII, junio 1944, n. 551; JULIÁN DÁVILA GARCÍA, “Herederos o legitimarios. Actos y contratos simulados”, en R.C.D.I., XXI, febrero de 1945, pp. 107 y ss.; FRANCISCO VIRGILI SORRIBAS, “Herederos forzoso y heredero voluntario”, su-

puesto en duda que la compraventa simulada que oculta una donación disimulada pueda valer en cuanto valiere ésta, de no estar teñida de ilicitud su causa y en cuanto no lesione legítima alguna. A su juicio, la forma notarial de la escritura pública de compraventa cubrirá la forma exigida, en el art. 633 C. c., para la donación de bienes inmuebles, en cuanto se considere exigible el cumplimiento de ese requisito formal para la validez de la donación disimulada (622).

Sin embargo, se ha insistido en que una compraventa simulada de cosa inmueble, aunque esté formalizada en escritura pública, no puede con ésta llenar el requisito de forma exigido en el art. 633 C. c. Esta ha sido la tesis de nuestro querido e ilustre maestro, Federico de Castro (623). Su criterio se funda en que "la donación oculta debe reunir todos los requisitos exigidos para la donación descubierta: es decir, que no podrá eximirse de los requisitos de forma porque no puede hacerse indirectamente lo que no puede hacerse directamente", y el requisito de forma de una donación exige "que cubra todos los elementos esenciales del contrato" incluidos en el art. 1.261, de los cuales "no es posible excluir la causa; que precisamente es la determinante del tipo de negocio" y que, por consiguiente, la forma debe expresarla, con la manifestación de donar y de aceptar la donación.

Es de notar que tanto la jurisprudencia francesa (624) como la

condición jurídica", 3, B, en R.C.D.I. XXI, julio-agosto 1945, pp. 491 y s.; en cuanto no están viciadas por ilicitud de la causa, Amadeo DE FUENMAYOR, loc. últ. cit., pp. 50 a 57; Luis GÓMEZ MORÁN, "Tratado Teórico y Práctico de particiones", Madrid, 1950, pp. 330 y ss.; TORRELLA MAS DE XAXÁS, "La forma en las donaciones simuladas de inmuebles", tesis doctoral inédita citada por Federico DE CASTRO, que la califica de "sobresaliente" (nota 3, de "La simulación y el requisito de la donación de cosa inmueble", en A.D.C. VI-IV, octubre-diciembre 1953, p. 1014); Javier CABAÑAS, *Observaciones a la S. de 28 de febrero de 1953*, en A.D.C. VI-III, julio-septiembre 1953, p. 742; Federico PUIG PEÑA, "Tratado...", V-II, cap. XII, 5, 3.º, pp. 395 y s.; José PUIG BRUTAU, "Fundamentos...", V-III, cap. II, 2, C, pp. 196 y ss.

(622) Notemos, no obstante, que el supuesto a que BONET RAMÓN, loc. últ. cit., refería en su comentario, es decir, el contemplado en la S. de 12 de abril de 1944, consistía en una venta simulada de varias fincas rústicas otorgada en documento privado que encubría una donación.

(623) Federico DE CASTRO, "La simulación y el requisito de la donación de cosa inmueble", Comentario a la Sentencia de 23 de junio de 1953, en A.D.C. IV-IV, pp. 1003 y ss., y "El negocio jurídico", cit., § 436, pp. 353 y ss. Antes que él, recogió la posición de la S. de 3 de marzo de 1932 y 22 de febrero de 1940, CASTÁN TOBEÑAS, "Derecho civil...", I-II, Madrid, 1952, § XXXV-IV, 1, D, c, c', p. 507. Acepta la opinión de CASTRO y se adhiere a ella GARCÍA-BERNARDO, "Formalismo jurídico y documento notarial", en R.D. Not. XXXVI, abril-junio 1962, p. 83, y "La legítima en el...", pp. 153 y siguientes. También muestra su identificación con este criterio Manuel ALBALADEJO, "Derecho civil", I, Barcelona, 1970; cap. V, n. 86, nota 79, p. 515.

(624) Cfr. PLANIOL RIPERT TRASBOT Y LOUSSOUARN, "Traité Pratique de Droit civil Français", vol. V, 2.º ed., París, 1957, n. 425 bis, p. 550. La jurisprudencia francesa distingue los requisitos de fondo, que exige sean los de las donaciones, y los de forma, que requiere sean los correspondientes al acto a título oneroso simulado.

italiana (625), ésta influida decisivamente por el peso de las opiniones de Ferrara (626) y de Betti (627), han seguido el criterio de considerar válida la donación disimulada bajo la apariencia de una compraventa simulada, considerando la italiana que se dan los requisitos de fondo y forma exigidos para la validez de las donaciones, con tal de que la compraventa simulada se haya otorgado en escritura pública para que ese requisito formal de la donación se considere cumplido.

Pero Federico de Castro (628) ha discutido las construcciones doctrinales de ambos ilustres juristas italianos.

Contra la opinión de Ferrara, afirma que sus razones no son convincentes: "a) porque la forma no se impone sólo ni primordialmente en favor del donante, y porque hasta la protección misma de éste queda disminuida, al no consultar abiertamente con el notario y al no quedar garantizada debidamente la facultad de revocación (no se le harán las advertencias legales, art. 194, R. N.); b), se afirma lo que es cuestión, pues se trata de saber si la ley exige que la misma donación se otorgue en escritura pública; c), aquí no se trata de aplicar los principios del fraude de ley, sino la nulidad de los actos contra la ley; d), porque la desaparición de un uso, la condena de una figura basada en la mentira y la amenaza de interés nacida precisamente por poner en peligro otros intereses superiores (del Fisco, de la familia, de los acreedores y demás terceros) no parecen motivos suficientes para adoptar la solución propuesta".

Sin embargo, los legítimos intereses del propio donante, del Fisco, de los legitimarios, y, en general, de la familia del donante y de los acreedores, no quedan perjudicados por la validez de la donación disimulada, pues como Ferrara (629) dice, sus efectos serán los mismos que produciría de haber sido estipulado de un modo manifiesto:

— de estar teñida de causa ilícita, seguirá siendo nula, despejado el manto que lo encubre.

— de producirse una causa de revocación (ingratitude, sobrevivencia o supervinencia de los hijos), será revocable como verdadera donación.

(625) Cfr. BIONDO BIONDI, "Le donazioni", Torino, 1961, n. 193, p. 579, que en nota 2 recoge la jurisprudencia más fundamental. A juicio suyo, ésta se resume diciendo que la donación disimulada es válida siempre que sean respetados los requisitos de forma y sustancia requeridos por la ley para la donación y que ésta no se halle viciada; y su disciplina no diverge de la general de los negocios jurídicos disimulados, incluida la posible incidencia de fraude.

(626) FRANCISCO FERRARA, "La simulación de los negocios jurídicos", trad. al castellano por Rafael Atard y Juan A. de la Puente, 3.ª ed., Madrid, 1953, nn. 36 a 38, pp. 236 y ss. y n. 57, pp. 292 y s.

(627) EMILIO BETTI, "Teoría general del negocio jurídico", traducido al castellano por A. Martín Pérez, Madrid, s.f., n. 51, pp. 303 y ss.

(628) DE CASTRO, "La simulación y el requisito de ...", 4 y 5, en A.D.C. VI-IV, pp. 1007 y ss.

(629) FERRARA, op. cit., n. 57, p. 293.

— si lesiona alguna legítima, será reducible en cuanto sea inoficiosa.

—si la simulación se hizo para eludir una ley fiscal, deberá satisfacerse el impuesto con la multa correspondiente.

—añadiremos que, respecto de los acreedores y a efectos de la acción revocatoria y a la responsabilidad del adquirente por las deudas anteriores del transmitente, serán de aplicación las normas correspondientes a las transmisiones a título gratuito, para lo cual la fecha de la escritura indicará con certeza el instante de la donación.

¿Por qué llevar más lejos la ineficacia del acto? Todo depende del ámbito del requisito de la forma sustancial de las donaciones, que merece que lo analicemos cuidadosamente.

106. La tesis que exige en las donaciones disimuladas los requisitos formales del art. 633 C. c., requiriendo que en la misma escritura pública se exprese el *animus donandi*, o sea, la causa liberal del negocio, creemos que parte del presupuesto de que la donación, en nuestro Código civil, es un contrato y de que la forma exigida en el art. 633 se refiere al contrato de donación.

Ambas premisas nos parecen inexactas.

Recordemos que, como destacó Arangio Ruiz (630), “donación no era entre romanos el nombre de un negocio jurídico que tenía propia forma y propios efectos; más bien era la indicación de un fin práctico, al cual podrían servir variados negocios”.

Nosotros, hace años (631), indicamos que el concepto de donación ha oscilado a través de la historia, mostrándose bien sea como *causa* —significando, en este caso, causa el “*animus*” justificante o fin inmediato perseguido con el negocio de que se trate—, como modo y como título. Centrado el concepto de la donación como modo, aparece la *donación traditoria*; centrado como título, resulta la *donación promisoria*. La primera se da “*quando nulla praecedente promissione vel obligatione quis tradit rem suam alteri, causa donationis: quia tunc statim valet, et perficitur donatio et transit dominium et plenum ius rei in acipientem ex illo titulo, et causa donationis*”, (632). Y ésta fue considerada como la donación en sentido estricto (633).

El Código civil español no sitúa la donación entre los contratos sino entre los *modos de adquirir la propiedad*, en el Título II del Libro III, y la define en el art. 618 diciendo que “*es un acto de liberalidad por el cual una persona dispone gratuitamente de una cosa*

(630) Vincenzo ARANGIO RUIZ, “Instituzioni di Diritto Romano”, Nápoles, 1943, p. 578.

(631) “Donación, condición y conversión jurídica material”, 1, 2, 3 y 4, en A.D.C. V-IV, octubre-diciembre 1952, pp. 1210 y ss.

(632) Antonio GÓMEZ, “*Variae...*”, Lib. II, cap. IV, n. 1, 243.

(633) Luis DE MOLINA, “*De Iustitiae...*”, Disp. CCLIV, n. 14, y Disp. CCLXXIII, nn. 2 y 3; cfr. ed. Colloniae Allobrogum 1.733, vol. II, pp. 9 y 52, y vers. en castellano de Fraga Iribarne, Madrid, 1943, T. II, vol. I, p. 221 y pp. 393 y ss.

en favor de otra, que la acepta", centrándola en la palabra "dispone", esto es como *acto traslativo de una cosa o derecho* (634). Los arts. 632 y 633 sitúan como forma de las donaciones lo que para la compraventa significa cumplimiento de la obligación de entregar la cosa vendida, conforme los arts. 1.462 a 1.464, es decir, el modo con valor traditorio (635).

La forma de la donación no es la forma de un contrato típico, sino la forma traditoria que es necesaria formalmente para consumir el acto de liberalidad, que sin ella no pasaría de ser un simple proyecto. El requisito formal no se refiere al *animus donandi* y al *occi-piendi*, ni a la causa liberal, sino a la *realidad de la transmisión*. Trata de discernir el tránsito entre el intrascendente "*te daré*" y el trascendente "*te doy*", y da fijeza a este acto asegurando su seriedad.

La S. 3 marzo 1932 señala que los requisitos formales o solemnidades de la donación de inmuebles son requeridos para "que protejan al transferente contra sus desordenados impulsos, a su cónyuge, herederos forzosos y acreedores contra las lesiones de los derechos que el régimen económico familiar, la ley sucesoria o el principio patrimonial les confieren, y al donatario contra los riesgos de una adquisición en apariencia precaria o, por lo menos, desprovista de las defensas que las obligaciones recíprocas y los actos formales ponen en juego". Es decir, es preciso que quede clara la transmisión y su contenido: el objeto, con individualizada determinación de los bienes, las condiciones y cargas, para que no haya dudas acerca de todo ello, ni de la fecha que puede ser trascendental para los acreedores.

Si el significado de los requisitos formales de carácter sustancial exigidos en los arts. 632 y 633 C. c., es el que nosotros hemos aplicado, es decir, si se halla referido al modo transmisivo bastará para la validez formal de la donación disimulada la entrega simultánea de la cosa donada o que la transmisión y su aceptación consten por escrito, si el objeto es mueble, o que sean otorgadas en una o varias escrituras públicas tanto la transmisión de la cosa inmueble como su aceptación, en las que no falte la expresión individual de los bienes transmitidos y del valor de las cargas a satisfacer por el adquirente. Por faltar la determinación de los bienes, fue invalidada una donación disimulada de inmuebles, por la S. 23 octubre

(634) El carácter traditorio de la donación en el Código civil es expresado en la S. de 6 de junio de 1908 al señalar su primer considerando, "que del concepto de la donación, según lo establecen los artículos 618 y 619 del Código civil, se desprende que constituyendo un acto de liberalidad no basta la simple promesa de disponer de una cosa en favor de otra persona, aunque fuese aquella aceptada, porque siendo la mera voluntad ambulatoria lo que determina la naturaleza de estos actos, es indispensable para su efectividad la acción o realización del acto por el donante y la aceptación probada de parte del donatario en la forma o términos que establece el artículo 632 del mencionado Código" (para la donación de bienes muebles).

(635) Cfr. nuestro últ cit. trabajo, "Donación...", I, 4, pp. 1224 y ss.

1929; y porque la revocabilidad convenida no figuró en escritura pública, lo fue la contravertida en S. 31 enero 1955.

107. El Tribunal Supremo no parece que haya mantenido siempre idéntica posición en el tema que nos ocupa.

En líneas generales se observan tres grupos genéricos de sentencias (636).

a) Las que admiten la validez de la donación disimulada en la compraventa simulada si queda demostrada la licitud de su causa y si en escritura pública se contienen la voluntad traslativa y la aceptación, así como la perfecta determinación del contenido transmitido, tanto de los bienes como de las condiciones y cargas impuestas por el transmitente.

b) Las que invocan el incumplimiento del requisito formal del art. 633 si en la escritura no se expresa la voluntad de donar y la de aceptar la donación, o sea, si no resulta expresada y aceptada la causa de liberalidad determinante de la transmisión.

c) Y las que, aún admitiendo dicho criterio formalista, o al menos no discutiéndolo, niegan al heredero voluntario, que no sea legitimario, la legitimación precisa para impugnar la compraventa relativamente simulada.

Pero estas tres líneas jurisprudenciales, más o menos contradictorias entre sí en sus rasgos generales, resultan complicadas y difuminadas, en muchos casos, en su análisis detenido, como luego veremos.

Por ello conviene penetrar en él para observar y distinguir:

— Los supuestos en que la impugnación es efectuada por el propio transmitente, por sus herederos voluntarios o por legitimarios suyos.

— Los casos en que la donación disimulada es *mortis causa*, aquéllos en que es *inter vivos* pura y simple, los supuestos en que, si bien *inter vivos*, es condicional, revocable o con cargas, y los casos en que es *inter vivos* pero remuneratoria.

— Las posibles interferencias de ilicitud en la causa, o bien de carencia o de limitación de la facultad de disponer a título gratuito por parte del transmitente.

— Así como los términos en que quedó planteada la *litis*, los hechos que fueron dados como probados por el Tribunal *a quo* y el modo como fue interpuesto el recurso de casación.

108. Cuando antes hemos repasado la opinión de los autores castellanos en torno a los reconocimientos y compraventas simulados que encubrían una donación, les hemos visto discutir o proponer su nulidad por ilicitud de la causa o su rescisión en cuanto lesionaran alguna legítima, según los supuestos planteados. Sin embargo, no hemos hallado alegada, por ninguno, la nulidad por defecto de

(636) Cfr. nuestro reciente estudio, "Las donaciones de bienes inmuebles disimulados...", nn. 9 y ss. en A.D.C., XXV-III, pp. 681 y ss.

forma de las compraventas simuladas en las cuales la transmisión quedaba probada por escritura pública, a pesar de que —como recordó García Goyena (637)— por Derecho romano las donaciones que excedieran de 500 sueldos de oro requerían la insinuación judicial (Dig. XXXII-III, 25 y LIX-V, 7 pr. y Cod. VIII-LIV 27 y 36, § 3) a la que no se sometían las compraventas, y de que la ley 9, tít. V, Partida 5.^a, para la validez de las donaciones de más de 500 maravedises de oro, exigió en términos generales que el donante “*lo fiziesse con carta e con sabiduría del mayor juzgador del lugar*”, con el objeto de “evitar fraudes y prodigalidades indiscretas”, quedando la donación de inmuebles “sujeta a escritura y a la toma de razón en el oficio de hipotecas desde su creación, título, libro, 10, Novísima Recopilación”.

Tampoco en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, hasta la S. 3 marzo 1932, de la que después nos ocuparemos, ni siquiera se había planteado que la donación disimulada, en una escritura pública en la que se simulase una compraventa, no pudiera valer por el defecto formal de no constar en ella el *animus donandi*.

Así, vemos estimado que la compraventa simulada, respectivamente en cuestión, encubría una donación, y que como tal ésta es valorada, en Ss. 10 diciembre 1904, 27 junio 1914, 5 diciembre 1916, 29 enero 1945, 19 enero 1950, 16 noviembre 1956, 15 enero 1959, 22 marzo 1961.

También hallamos una serie de sentencias en las cuales se discute y resuelve como si se diera por presupuesta la posible validez de la donación disimulada, aunque la sentencia no lo declare por otras diversas circunstancias, sustantivas o procesales. Así:

— Se hace notar que sólo se ha declarado la nulidad del negocio simulado sin haberse entrado a discutir, por no haberse planteado debidamente, la existencia y validez de la donación disimulada, en Ss. 12 noviembre 1920, 19 marzo 1932, 29 marzo 1952.

— Se observa que la simulación declarada por la sentencia recurrida es absoluta, sin haberse mantenido antes del recurso ni por tanto probado la existencia de una donación disimulada, en S. 19 diciembre 1960.

— Se declara la ilicitud de la donación disimulada o de la causa real, sin aludirse siquiera a la cuestión formal que nos ocupa, en Ss. 2 abril y 12 junio 1941, 12 abril 1944, 12 abril 1946, 24 marzo 1954, 28 febrero 1953.

— Se parte de la validez de la donación disimulada en una compraventa formalizada en escritura pública; pero, en el caso de autos se decreta la invalidez de la donación, por no describirse en la escritura, los bienes ni determinarse el valor de las cargas, en S. 23 octubre 1929; o por falta de escritura pública, pues las ventas se hicieron en documento privado, en S. 7 enero 1966; o porque el negocio simulado se encubrió en una escritura pública de compraventa y en

(637) GARCÍA GOYENA, op. cit., vol. II, art. 946, p. 292.

un documento privado de reconocimiento de deuda, por lo cual se estimó que la operación no se encubría totalmente en escritura pública, sino sólo en parte, en S. 31 enero 1955; o bien, fue rechazada la invalidez, solicitada por no haberse formalizado el negocio disimulado en escritura pública, al calificarse el contrato disimulado de cesión de bienes condicional, en S. 26 octubre 1926.

De las referidas sentencias, la de mayor interés para el tema que estudiamos es la de 29 enero 1945, de la que fue Ponente el Magistrado Celestino Valledor. Su doctrina está contenida en los considerandos 2.º, 4.º y primera mitad del 5.º, que conviene releer en su tenor literal y dicen así:

“... Considerando que la discordancia entre la voluntad interna y la voluntad exteriorizada desemboca frecuentemente en negocios simulados, que ofrecen como denominador común ficción, mediante la cual los contratantes se proponen alcanzar una finalidad distinta de la que es propia del contrato aparentemente celebrado, unas veces, para agotar con la declaración fingida todo el intento de engaño a tercero, generalmente fraudulento, que resume y compendia el móvil principal —*causa finalis*— y el móvil accidental y estipulante —*causa impulsiva*—, que abrigan los otorgantes en la simulación absoluta, y otras veces para tapar y cobijar un negocio distinto, que es el realmente querido —*simulación relativa*—, y si en la primera hipótesis el descubrimiento de la voluntad interna pone de relieve el artificio de su exteriorización y vuelve inexistente o sin contenido jurídico al negocio aparente por carencia de real y verdadero consentimiento, objeto y causa, en la segunda hipótesis, al ser levantado el velo de la ficción y enfrentarse el juzgador con la intención seria de celebrar otro contrato; cobra todo su vigor la voluntad interna, que actúa con plena eficacia si es reveladora de la concurrencia de los requisitos esenciales del negocio jurídico que se ha querido realizar, y en este aspecto entran en juego y aprovechan los actos de los contratantes, siquiera hayan sido efectuados de modo indirecto o a través de una voluntad aparente o falsamente declarada sin móvil fraudulento, porque entonces basta el acto interno para purificarlos y hacerlos surgir a la vida del Derecho”.

“Considerando que la aplicación de la precedente doctrina al caso de autos, lleva a la conclusión de que si la compraventa encubrió una donación con causa lícita y verdadera, según estima la sentencia recurrida, sin impugnación de este aspecto en el recurso, y si, además, resulta que tanto el “*animus donandi*” como la aceptación y la designación de la cosa inmueble donada se hicieron constar, sin móvil fraudulento, que ni siquiera fue alegado, en escritura pública de fingida compraventa, que sirve, para amparar la voluntad interna de liberalidad y la de aceptación, el contrato realmente celebrado reviste los caracteres de una donación perfecta e irrevocable, porque concurren todos los requisitos de fondo y forma exigidos por los arts. 1.261 y 633, en relación con el 1.276 y con el 1.258 del Código civil.

”Considerando que por ser perfecto el contrato de donación y no haberse alegado, ni vislumbrarse la existencia de vicio alguno en sus requisitos esenciales que pudiera invalidarlo por vía de anulabilidad, regulada en los arts. 1.300 y siguientes del Código civil, ni aún concretamente por el cauce de la causa falsa del contrato de compraventa, puesto que la donación de que se trata tiene causa verdadera y lícita que le sirve de soporte, quiebra la tesis de la sentencia recurrida en cuanto, por un lado, afirma la carencia de requisitos esenciales en la donación por falta de escritura pública en que *sin disfraz* se expresase el consentimiento para donar y para aceptar, lo que equivaldría a negar la eficacia que en nuestro Derecho puede tener en sí mismo el negocio encubierto...”

En consecuencia, el 6.º considerando comienza por sentar que “por lo expuesto, concurriendo en la donación los elementos esenciales propios de este contrato, carece de base la tesis de la donación inexistente, con secuela de nulidad imprescriptible...”.

109. Frente al grupo de sentencias, a que acabamos de referirnos, hay otra serie que es invocada para sostener que la donación de bienes inmuebles debe ser reflejada, con su *animus donandi* y el *animus accipiendi* del donatario, o sea, con su *causa liberal*, en la escritura pública, en la que debe aparecer *sin disfraz*.

De las aducidas, debemos comenzar por rechazar algunas porque su decisión obedece a una *ratio decidendi* basada en una hipótesis distinta. Así ocurre: con la S. 23 junio 1953, que parte del supuesto de que “no existió *animus donandi*” y de que el contrato subyacente “está fundado en una causa ilícita”; con la 5 octubre 1957, en la cual el recurso de casación se centró en torno a la ilicitud de la causa de la donación encubierta, que el demandante había disimulado en una compraventa que, en una escritura pública en la que no intervino, se formalizó y otorgó a favor de la demandada; con la S. 11 febrero 1959, que rechazó la casación contra una sentencia en que la Audiencia había declarado la incapacidad del pretendido donante, su falta de consentimiento, la ilicitud de la causa y no haberse reservado en propiedad ni en usufructo lo necesario para vivir, contraviendo el art. 644 C. c., y con la S. de 12 febrero 1966, que califica el supuesto como de simulación absoluta.

De las demás, hemos de separar y destacar la de 29 de octubre de 1956, en cuanto califica de donación *mortis causa* la disimulada bajo la compraventa simulada que la propia donante quiso revocar. Aún cuando, en su tercer considerando, dice que es doctrina de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo la contenida en Ss. de 3 de marzo de 1932, 22 de febrero de 1940 y 23 de junio de 1953 (en esta última se declaró la falta de *animus donandi*), centra específicamente su *ratio decidendi*, en los considerandos 5 y 7; en el hecho de que la donación *mortis causa* disimulada no se otorgó en forma testamentaria y en que esta forma es requisito esencial para este tipo de donaciones. Criterio este último contra el cual reiteradamente hemos

razonado nuestra radical disconformidad (638), pero sin que esto obste, a juicio nuestro, en modo alguno la justicia del fallo, puesto que evidentemente la donante había revocado dicha donación *mortis causa*, dejándola así invalidada por ser ese tipo de donaciones esencialmente revocables (639).

La primera de las sentencias que se aducen como sustentadoras del criterio de que falta el requisito de forma, exigido en el artículo 633 C. c. para las donaciones de inmuebles, en una compraventa simulada en escritura pública que encubría una donación *inter vivos*, por no expresarse en ella la voluntad de donar y la de aceptar la donación, es decir, por no reflejar la causa liberal, es la Sentencia de 3 de marzo de 1932. Esta casó, por interpretación errónea del artículo 633 C. c. la sentencia recurrida, en la cual se declara simulada la venta, pero válida y eficaz para transmitir el dominio de bienes inmuebles la donación *inter vivos* disimulada en la escritura pública en la que fue formalizada aquélla. En ponencia del Magistrado Aurelio Ballesteros, el Tribunal Supremo lo razonó del siguiente modo:

“Considerando que si bien al amparo del artículo 1.276 del Código civil pueden ser admitidos los negocios disimulados, o sea, los actos jurídicos válidos y lícitos encubiertos por contratos aparentes, pero privados de la causa específica a que va unida su existencia, es necesario para que aquéllos produzcan plenos efectos que se justifique no sólo la concurrencia de los indispensables elementos personales de capacidad y consentimiento, así como la existencia del objeto en que han de apoyarse las relaciones obligatorias o reales ciertamente concertadas, sino también la causa verdadera y lícita en que se funde el acto que las partes han querido ocultar y el cumplimiento de las formalidades que la ley exigiría a quienes actuaran paladinamente;

”Considerando que esta rigurosa doctrina ha de ser especialmente ímpuesta, con arreglo a la tradición española, en el campo de las donaciones puras y simples de inmuebles por reflejar las hechas *inter vivos* más que un modo abstracto e independiente de transferir la propiedad, un acto liberal que atribuye el dominio al donatario gratuitamente y que por significar una merma, sin contraprestación del patrimonio del donante y un enriquecimiento sin gravamen del beneficiario, requieren requisitos y solemnidades que protejan al transfe-

(638) Cfr. nuestros estudios: “La donación *mortis causa* en el Código civil español”, en Anales de la Ac. Matr. del Notariado, vol. V, Madrid, 1950, pp. 633 y ss. —donde desarrollamos una idea que nos había sugerido nuestro querido compañero José González Palomino—; “Donación, condición y conversión jurídica material”, en A.D.C. V-IV, octubre-diciembre 1952, pp. 1205 y siguientes; “La donación *mortis causa* y el Código civil”, en R.C.D.I., XXVIII, 1952, pp. 321 y ss., y “«Las donaciones que hayan de producir efectos por muerte del donante», del artículo 620 del Código civil”, en R.C.D.I., XXXVIII, 1965, pp. 225 y ss.

(639) El 6.º considerando de la S. de 29 de octubre de 1956, que analiza las donaciones *mortis causa* y su revocabilidad, destaca que la tercera manera de ser revocadas consiste en el *arrepentimiento del donante* (ley 11, tít. IV, Partida 5.ª), que examina especialmente.

rente contra sus desordenados impulsos, a su cónyuge, herederos forzosos y acreedores contra las lesiones de los derechos que el régimen económico familiar, la ley sucesoria o el principio de responsabilidad patrimonial les confieren, y al donatario contra los riesgos de una adquisición en apariencia precaria o por lo menos desprovista de las defensas que las obligaciones recíprocas y los actos formales ponen en juego;

"Considerando que, a tenor del artículo 633 del Código civil para que sea válida la donación de cosa inmueble ha de hacerse en escritura pública con expresión de los bienes donados y el valor de las cargas que deba satisfacer el donatario, pudiendo formalizarse la aceptación en la misma escritura, o en otra separada, y aunque con tales preceptos no se cierre el paso a toda donación que pretenda llevarse a cabo en un instrumento público de compraventa, los intereses más arriba mencionados no quedan a salvo si los elementos jurídicos que integran el acto disimulado y en especial el acuerdo de voluntades sobre la gratuidad, alcance y condiciones de la transferencia no son puestos de relieve de una manera indiscutible y auténtica."

Creemos sinceramente, que estos considerandos distan mucho de resolver en el sentido alegado, y con la rotundidad que luego se ha atribuido a esta sentencia, el problema doctrinal de la necesaria insuficiencia de la forma pública de una venta simulada para cubrir formalmente la donación por ésta disimulada. Basta subrayar que su tercer considerando, después de aducir los requisitos formales precisos para la validez de las donaciones de inmuebles, añade: *"aunque con tales preceptos no se cierre el paso a toda donación que pretenda llevarse a cabo en un instrumento público de compraventa, los intereses más arriba mencionados no quedan a salvo si los elementos jurídicos que integran el negocio disimulado y en especial el acuerdo de voluntades sobre la gratuidad, alcance y condiciones de la transferencia no son puestos de relieve de una manera indiscutible y auténtica."*

¿Hubiera sido, pues, otro el fallo si en el pleito hubiese resultado auténticamente reconocida por ambas partes, y acreditada la existencia y el contenido de la donación disimulada?

El análisis de la S. de 3 de febrero de 1932, así como también el de los siguientes de 22 de febrero de 1940 y 12 de julio de 1941, confirman lo ajustado que fue a la realidad el tercer considerando de la S. de 29 de enero de 1945 al subrayar que entre su propio caso y los examinados por aquéllas: *"existe tal diversidad de hechos enjuiciados que si en el presente se opera sobre donación perfecta... en aquellos otros casos se ofrecieron a examen de la Sala donaciones, unas veces con causa ilícita y otras en forma condicional, con retractación oportuna del donante, y no se puede pretender que una misma norma regule la estructura jurídica de hechos dispares o contradictorios."*

Como réplica a esta S. de 29 de enero de 1945, se presenta la

de 23 de junio de 1953, que, sin embargo, decidió que en el supuesto por ella juzgado no existía *animus donandi*.

La S. de 5 de noviembre de 1956, vuelve a repetir en su segundo considerando el razonamiento tan repetido de la "doctrina rigurosa", pero, en su supuesto, la posible donación encubierta se verificaba mediante la interposición de tercera persona a través de dos ventas simuladas, en la primera de las cuales se formalizaba una venta de bienes gananciales de su primer matrimonio que hizo el viudo estando por segunda vez casado, quien con su primera esposa había otorgado testamento mancomunado, regido por la legislación aragonesa, en el cual se habían instituido recíprocamente herederos con la limitación de no poder disponer *mortis causa* de los bienes que heredaren, el destino de los cuales fue determinado para los que quedaren de cada uno al fallecimiento de ambos. Hechos que no dan un apoyo demasiado firme, pese a lo dicho en algunos de los considerandos, a la doctrina formalista.

Tampoco el supuesto de hecho ni la *ratio decidendi* de la S. de 7 de octubre de 1958 la apoyan realmente, a pesar de que en su cuarto considerando repitió las consideraciones acerca del rigor formal exigido para las donaciones por las sentencias citadas, pues el supuesto de hecho contemplaba una donación universal, hecha a través de persona interpuesta, de la totalidad del patrimonio en beneficio de un nieto, pero con despojo de los demás descendientes legitimarios, lo que el primer considerando de la sentencia calificó de "maquinación ilícita determinante de la nulidad que se decreta y que no sólo priva de validez a los contratos simulados, sino también a la donación subyacente, carente de causa, y que, además, no resulta hecha ni aceptada por modo expreso en escritura pública, con infracción del artículo 644 del Código civil".

La S. de 19 de octubre de 1959 contempló un supuesto en el cual el Juzgado de Primera Instancia y la Audiencia Territorial de Barcelona habían declarado rescindida por lesión *ultra dimidium* una venta que el causante había otorgado a sus hermanas, a quienes, fallecido aquél, demandó su viuda, como heredera universal del mismo, instituida en su último y válido testamento. El Tribunal Supremo rechazó el recurso, que invocaba la existencia de una donación onerosa disimulada, porque la apreciación de la cuestión de hecho por la sentencia recurrida, al no ser contraria a la lógica o criterio humano, debe prevalecer sobre la del recurrente. Pero, a mayor abundamiento, consideró la misma doctrina rigorista acerca de la aplicación del artículo 633 a las donaciones disimuladas.

Las sentencias que verdaderamente y de un modo rotundo y decisivo han aplicado la más rigurosa doctrina, *formulada hasta ellas más bien en los considerandos que empleaba como "ratio decidendi"*, han sido las Ss. de 10 de octubre de 1961, 1 de diciembre de 1964 y 14 de mayo de 1966. De éstas, en la primera y la tercera fueron demandantes los herederos del disimulado donante y en la segunda este mismo.

110. El rigor formalista, decididamente agravado por la S. de 10 de octubre de 1961, movió posiblemente a la Sala 1.^a del Tribunal Supremo, preocupada siempre por la solución justa del caso, a contrapesarla e iniciar una tercera posición que han negado *a priori* la legitimación procesal activa a los herederos voluntarios de quien hubiera otorgado una compraventa simulada que encubriese una donación disimulada.

Se trata de una postura menos restrictiva de la impugnabilidad que la que sólo acepta la posibilidad de reducir, en cuanto fueran inoficiosas, las donaciones *inter vivos* disimuladas, libremente consentidas y con causa lícita. Pero, por otra parte, la restringe más, pues al negar la legitimación a los herederos voluntarios, resulta que éstos no pueden impugnar las donaciones disimuladas como compraventas, ni aún cuando éstas hayan sido simuladas en documentos privados.

Inició la aplicación de esta doctrina la S. de 3 de abril de 1962, negando la legitimación a los herederos voluntarios para impugnar la simulación relativa efectuada en una compraventa. En la S. de 22 de abril de 1963 fue aplicada a un supuesto en que se habían simulado compraventas de inmuebles y valores, en sendos documentos privados, que disimulaban una donación universal. También la S. de 21 de marzo de 1964 la aplicó ante la simulación que el causante efectuó de una venta de todas sus fincas, en documento privado, a favor de uno de sus sobrinos, a quien demandaron los demás. La de 16 de octubre de 1965 la refirió a un supuesto en que la donación disimulada era remuneratoria. Y la de 30 de mayo de 1968 estimó que, aun cuando la venta hubiese sido simulada en documento privado, no cabía duda de que contenía “un negocio simulado de liberalidad, que es el que quisieron encubrir los intervinientes, siquiera no lo supieran adornar con los requisitos de forma precisos para su eficacia traslativa de la propiedad...”, negando que la demandante tuviera acción para impugnarla porque no era legitimaria de ninguno de los que aparecían como enajenantes.

Realmente, las sentencias que acabamos de referir tienen precedente en la S. de 30 de junio de 1944, en cuanto ésta consideró que “para el ejercicio eficaz de la acción de simulación de contratos no basta justificar que el negocio en litigio se ha efectuado de modo aparente con ausencia real de los requisitos esenciales del contrato, sino que es preciso, además, que quien actúa procesalmente con dicha finalidad tenga un interés jurídico tutelable por el órgano jurisdiccional, esto es, que sea titular de un derecho subjetivo o de una situación jurídica que el negocio simulado vulnera o amenaza”, y que el demandante de autos “no es parte legítima, por falta de interés jurídico para accionar sobre simulación de venta de bienes de la exclusiva propiedad de su hermana doña ..., que ésta haya transmitido a los demandados por acto real de liberalidad encubierto por causa onerosa de compraventa, pues, si bien es cierto que el demandante como heredero voluntario de su citada hermana, le convendría y le sería de utilidad que se acrecentase el haber hereditario trayendo a

la masa repartible los bienes que la causante enajenó, no lo es menos que lo que la ley tutela no es la mera conveniencia, sino el derecho actual del accionante que necesita ser defendido frente al acto simulado que lo lesiona, y es manifiesto que en el caso de autos no hay posibilidad de lesión de ningún derecho del actor...”.

Resulta clara la posición de esta S. de 30 de junio de 1944 al negar la legitimación a un heredero voluntario para impugnar una transmisión que, si bien se disfrazó en la compraventa simulada, ocultaba una donación que la sentencia recurrida estimó válida, ya que el propio transmitente, por igual razón, también hubiese hallado cerrado el paso para impugnar la transmisión por él efectuada (640).

En este mismo sentido la S. de 3 de abril de 1963, consideró “que los herederos voluntarios no vienen legitimados para la impugnación de la simulación relativa por no asistir este derecho a su causante”... “y consiguientemente no haberseles podido transmitir *mortis causa*”. Y la de 22 de abril de 1963 reiteró, puesto que no se hallaba ante un caso de simulación absoluta, “sino a lo sumo relativa”, que “es doctrina de esta Sala a través de distintas resoluciones”... “que los herederos voluntarios, supuesto que concurre en la recurrente, no vienen legitimados para la impugnación de contratos celebrados por el causante en los supuestos de simulación relativa, por no asistirles más derechos que los correspondientes a aquél, como sucesores de su personalidad en el aspecto patrimonial”.

Pero el problema de estas dos últimas sentencias, y de las que luego han seguido esta misma doctrina, estriba en que partiendo de estas consideraciones no pueden soslayar su contradicción con la jurisprudencia que ha declarado nulas las donaciones disimuladas de inmuebles que no reunieran los requisitos de forma exigidos en el artículo 633 C. c., y que, consiguientemente, habrían sido impugnables por el propio donante, con el agravante de que la compraventa simulada, que encubrió la donación en el supuesto de la S. de 22 de abril de 1963 había sido otorgada en documento privado. Aquí, en ese último caso, parece evidente que el causante hubiese tenido acción para impugnar la donación disimulada, por lo cual el considerando que hemos transcrito queda completamente en el aire.

Es cierto que la últimamente citada sentencia, en el considerando anterior al que contiene el razonamiento que antes hemos transcrito, dice, a su vez, “que la recurrente no se halla asistida de acción para impugnar aquellos contratos, toda vez que la situación de heredera voluntaria no le atribuye otro derecho que el comprendido en el marco de la institución, que le impone acatamiento a la voluntad de su causante, reflejada en aquellos documentos o contratos objeto de impugnación”.

(640) Es decir, que, a juicio de esta sentencia la falta de acción del actor no se fundaba sólo en que era heredero voluntario de la transmitente, sino en la validez de la transmisión. Cfr. José PUIG BRUTAU, “Estudios de Derecho Comparado.—La doctrina de los actos propios”, Barcelona, 1951, cap. III, 8, pp. 126 y s., y Luis DÍEZ PICAZO PONCE DE LEÓN, “La doctrina de los actos propios”, Barcelona, 1961, cap. IX, pp. 193.

Significa esto que las donaciones encubiertas faltas de la forma de escritura pública que el disimulado donante hubiese podido impugnar, ¿deben, en cambio, acatarlas sus herederos voluntarios si aquél murió sin haber iniciado su impugnación? ¿Se produce una convalidación *mortis causa*, sin necesidad de forma testamentaria ni de las formalidades exigidas para las donaciones?

La también citada S. de 3 de abril de 1962 trata de exponer en la forma más general la doctrina de la jurisprudencia acerca de la legitimación del heredero voluntario para impugnar los negocios simulados por su causante, al considerar:

“... que el heredero voluntario puede impugnar los actos de simulación absoluta, ya que respecto a ellos estaba asistido de la correspondiente acción su causante al reducirse el negocio afecto a ese vicio a una mera apariencia, que le priva de todos sus efectos y obsta a la posibilidad de confirmación, pues como proclama la sentencia de 28 de noviembre de 1958, siguiendo la doctrina de las de 30 de junio de 1931, 19 de mayo de 1932 y 25 de junio de 1946, sí es indudable que los herederos voluntarios deben su entrada en la sucesión al expresado llamamiento del causante, cuando sigue la adición hereditaria, resulta evidente que pueden ejercitar las acciones judiciales de demanda de la inexistencia de los actos realizados por aquél, dado que la herencia a ellos transmitida comprende el conjunto de los bienes, derechos y obligaciones del *de cuius* que no se extinguen por su muerte según el artículo 659, y suceden en toda la titularidad, que el óbito no termina, como lo expresa el artículo 661 del propio cuerpo legal, doctrina conforme con la de la sentencia⁶⁴¹ de 23 de mayo de 1956.”

111. Pero, pese a esta distinción entre simulación absoluta —en la que se da como indudable que los herederos voluntarios están facultados para impugnarla— y simulación relativa —que parece se trata de contraponerla a aquélla a efectos de aplicarle la solución adecuada—, parece que, con ella, no se agota el problema, ya que si el causante pudo impugnar el contrato disimulado por falta de alguno de sus requisitos esenciales determinantes de su nulidad, no se ve la razón por la cual, en ese caso, conforme la doctrina al principio expuesta, pueda negarse la legitimación al heredero voluntario (641).

El problema lo ha expuesto con sencillez y claridad Santamaría Amsa (642). El heredero voluntario “como tal, está obligado a respetar los actos propios del causante, eficaces en Derecho, como lo estaría el mismo causante si viviera, y no puede impugnarlos por la simple circunstancia de que por ellos se haya minorado el patrimonio de la sucesión y se haya perjudicado su interés en la herencia”. “Pero

(641) Cfr. PUIG BRUTAU, “Fundamentos...”, VIII, cap. II, 2, II, A, b, p. 181 y s.

(642) Juan SANTAMARÍA ANSA, “Legitimación del sucesor hereditario para la impugnación de los actos jurídicos de su causante”, 3, en R.D.P. XLV, abril 1961, p. 271.

—añade— estará legitimado para impugnarlos cuando lo haga en ejercicio de acciones que hubiese podido articular el propio causante, acciones que como heredero de éste le asisten en virtud de la transmisión sucesoria” (643). Así podrá ejercitar:

— “las acciones de anulabilidad, por vicio del consentimiento, cuando el causante lo hubiese prestado por error, dolo, violencia o intimidación, y no mediare confirmación o sanación ni tales acciones hubieran prescrito”.

— “... las acciones rescisorias por lesión en los casos en que la ley las tuviera establecidas en favor del causante”.

— “Las acciones de impugnación por simulación que hubieran podido asistir al causante cuando se pretendiera dar al acto simulado una realidad jurídica que efectivamente no tuviera, podrán también ser ejercitadas por los herederos.”

— “Las acciones de nulidad por defecto de forma podrán o no ser articuladas por los herederos según la naturaleza del defecto de forma imputado al acto constituyera o no para el causante un motivo de impugnación.”

Subrayemos que, concretamente, en tema de simulación:

a) *Si ésta es absoluta*, con el éxito de la impugnación del acto simulado, éste quedará totalmente cancelado. Así, “en el caso de enajenación simulada llevada a cabo por el causante para poner a salvo las fincas enajenadas contra posibles responsabilidades, cualquiera que sea la condición del heredero, la acción tenderá a la invalidación total de la enajenación y a la reintegración a la herencia de todas las fincas que fueron objeto de ella”.

b) *Si fue relativa*, le asistirá, no sólo las acciones que corresponderían contra quien “pretendiera dar al acto simulado una realidad que efectivamente no tuviera”, sino también las de anulabilidad —nulidad por ilicitud de la causa o defecto de forma y rescisorias— por lesión que al causante hubiera podido actuar.

112. Para la validez de la donación disimulada no sólo es preciso que sea probada la real existencia de ésta, cubierta por la forma exigida por los artículos 632 ó 633, según sea su objeto un bien mueble o inmueble, sino que, además, es necesario: que esa donación no esté viciada de defecto en la facultad dispositiva del donante: ni teñida por alguna prohibición legal de disponer a título gratuito en favor del donatario; ni de ilicitud o inmoralidad del motivo determinante, elevado a causa por esa razón; ni por el carácter fraudulento de la operación en su conjunto, que la vicie totalmente por implicar la intención de burlar alguna norma de Derecho.

Notemos que, en cualquiera de estos supuestos, la intención perseguida por la simulación relativa puede perseguir una finalidad de defraudar a alguien: sea a los protegidos por una limitación de la facultad dispositiva impuesta en una institución de residuo o semejante; sea a los legitimarios, o bien de burlar (*fraus legis*) una norma

(643) SANTAMARÍA ANSA, loc. cit., p. 282.

prohibitiva de donar a determinadas personas o prohibitiva de sobrepasar estos límites dispositivos, o, en fin, de enmarcar la causa inmoral o ilícita de una disposición. Así estos supuestos pueden enlazarse entre sí, implicándose, en uno sólo, el fraude de ley, la intención de defraudar a alguna persona y la finalidad inmoral.

Sin embargo, conviene que tratemos de diseccionar algunos supuestos típicos de simulación relativa, que encubren donaciones, que impliquen sólo alguna de las vulneraciones que hemos apuntado.

a) *Falta de facultad dispositiva a título gratuito del simulado vendedor o permutante*, como ocurrió en los supuestos contemplados en las recientes Ss. de 19 de diciembre de 1960, 23 de noviembre de 1971 y 11 de febrero de 1972, en los cuales simuló la venta un heredero gravado con fideicomiso de residuo que podía disponer a título oneroso, pero no gratuitamente.

b) *Efectuarse la donación disimulada a favor de persona inhábil para recibir donaciones del simulado vendedor*, como es el caso del cónyuge (644) respecto de su consorte (art. 1.334 C. c.) (645), y de los hijos que éste tenga de otro matrimonio o de las personas de quienes sea heredero presunto al tiempo de la donación (art. 1.335 C. c.) incluso en el caso de que se hagan a la persona inhábil "*simuladamente, bajo apariencia de otro contrato, por persona interpuesta*" (art. 628 C. c.), o en Cataluña, si con ello se trata de burlar las incapacidades sucesorias de los números 2.º y 3.º del artículo 252 de la Compilación catalana, respecto de la persona culpable de trato sacrílego, adulterino o incestuoso con el causante, extendida a todos los grados de la línea recta de consanguinidad o afinidad, o hasta el segundo grado civil de la colateral por consanguinidad, y de los hijos nacidos de las indicadas uniones y los padres en la sucesión de estos hijos, con las atenuaciones que el mismo apartado expresa.

c) *Ser inmoral o torpe el motivo determinante, así causalizado, de la donación disimulada*, como en el supuesto de la S. de 22 de febrero de 1940 y 5 de octubre de 1957.

d) *Tener la finalidad de burlar la legítima de todos o alguno de quienes tenga derecho a ella.*

(644) Notemos que la prohibición de donar del art. 1.334 puede ir desconectada de la de venderse del art. 1.448, puesto que ésta no rige si entre los cónyuges se ha pactado la separación de bienes.

(645) Respecto del sentido limitado que atribuimos a la prohibición de las donaciones entre cónyuges del art. 1.334, circunscribiendo la nulidad "durante el matrimonio", por lo cual quedarían convalidadas *mortis causa* de haber sido mantenidas por el donante hasta su muerte sin revocarlas, conforme la doctrina romana, cfr. nuestros estudios: "La donación *mortis causa* en el Código civil español", XIV, en Anales Ac. Matr. del Not. V, pp. 794 y ss.; "Dictamen acerca de los requisitos necesarios para inscribir la transmisión a tercero de un inmueble adquirido por mujer casada con metálico que confiesa ser parafernial", E., en A.D.C. II-II, abril-junio 1944, pp. 660 y ss.; «Donación, condición y conversión jurídica material», IV, en A.D.C. V-IV, pp. 1286 y ss., y, en brevísima síntesis, en "Panorama del Derecho civil", Barcelona, 1963, tema X, II, 1.º, a, pp. 249 y s., donde citamos un *obiter dictum* de la S. 7 de junio de 1960 que parece efectuar la misma interpretación del art. 1.334 C. c.

Nos hallamos ante el supuesto que concretamente tiene mayor interés concreto para el objeto de nuestro estudio. El tema se sitúa en el umbral de la vieja distinción, no recogida en el Código civil, pero que hemos visto sostenida por numerosos autores de Derecho común, entre las donaciones inoficiosas *re tantum*, solamente reducibles en cuanto lo fueran, y las inoficiosas *re et consilio*, a las que se aplicaba igual doctrina si el donatario era un descendiente del donante y que se invalidaban totalmente si habían sido otorgadas a favor de un extraño, presumiéndose en las donaciones universales que la inoficiosidad era *re et consilio*.

Pese a que, en nuestro actual ordenamiento, es indudable que esta doctrina, tan discutida en el Derecho intermedio, no está vigente para las donaciones descubiertas, ha sido aplicada por nuestro Tribunal Supremo a donaciones disimuladas con compraventas o permutas simuladas. Así puede comprobarse en las Ss. de 12 noviembre 1920, 12 julio 1941, 12 abril 1946, 24 marzo 1950, 29 febrero 1953, 23 junio 1953 y 7 octubre 1958.

En cambio, tenemos otras sentencias en las que se rechaza que el legitimario pueda pedir la nulidad de donaciones simuladas encubiertas en ventas simuladas, sino tan solo su rescisión en cuanto perjudique a sus derechos legitimarios. En ese sentido se citan las siguientes:

La S. 6 mayo 1902, aunque no referida únicamente a un supuesto de lesión en la legítima del actor en la herencia de la vendedora, pues aquél, que era hijo de ésta, demandó, a su tío que aparecía como comprador de la misma, solicitando que se declarase nula por simulación la compraventa o, subsidiariamente, rescindida para que pudiera cobrar lo que se le debía por completo pago de la legítima paterna y por la cantidad reservable que debía percibir: el Tribunal Supremo, razonó en el 2.º considerando de esta sentencia, que a mayor abundamiento “si por consecuencia de la enajenación hubiere quedado doña... [la hija reclamante] defraudada en sus legítimos derechos, la acción procedente no sería la de nulidad por ilicitud de causa, sino la de rescisión de un contrato válido celebrado en su perjuicio, acción rescisoria...” La S. 12 noviembre 1920 que como hemos visto, después de confirmar la nulidad e ilicitud de la causante de una permuta simulada dejó a salvo la cuestión de la nulidad o validez, con aplicación del art. 808 C. c., de la posible donación disimulada, sobre la cual explicó que no había versado el pleito.

Y la S. 19 enero 1950 que confirmó la sentencia de instancia que había declarado inexistente la compraventa simulada, y declaró “que el contrato de donación que encubría fue, en cambio, perfectamente válido y eficaz, en tanto no perjudicara los derechos legitimarios de la actora doña..., con reserva a la misma de cuantos pudieran asistirle para interesar la reducción de la donación”.

113. Amadeo de Fuenmayor (646), a la vista de la jurisprudencia anterior a 1948, por él contemplado, llegó a la conclusión de que “la donación disimulada bajo un contrato de compraventa y realizada con objeto de burlar los derechos legitimarios de los herederos forzosos del otorgante, rebasando el área de los contratos simulados, penetra en el campo de los negocios ilícitos y con ello adquiere el carácter de absolutamente nula”. Pero circunscribe ese resultado a los supuestos en que la simulación obedece a esta finalidad, mientras que admite la validez, aunque sujeta en su caso a reducción, “en el caso de celebrarse una donación disimulada sin el propósito de burlar los derechos sucesorios del donante”.

También Javier Cabañas (647) comentó que, según la doctrina sentada por la jurisprudencia en Ss. 12 abril 1944, 12 abril 1946, 24 marzo 1950 y 28 febrero 1953: “Las donaciones con intención de defraudar las legítimas no se rigen por el artículo 654, C. c. que sólo ordena su reducción en la medida que sean inoficiosas, sino por el artículo 1.275; es decir, que por ilicitud de la causa del negocio hay lugar a la anulación total de la liberalidad...” (648).

Distinto punto de vista había mostrado Bonet Ramón (649) al comentar la S. 12 abril 1944: “Los legitimarios, como ha reconocido acertadamente el Tribunal Supremo en el caso que nos ocupa, son también terceros, porque, si bien son herederos, tienen un derecho intangible a la legítima que les es reconocido por la Ley y que pueden defender contra la malicia del causante”. Pero, matiza Bonet: “Cuando el legitimario, como tercero, impugna por simulación un acto lesivo de su causante, no puede sacar ventaja de la declaración de simulación del acto, más que hasta integrar su cuota legítima”.

Julián Dávila (650), partiendo de que el heredero no está legitimado para pedir la nulidad de la simulación relativa en cuanto ésta encubra una donación real y lícita —conforme había declarado la S. 30 junio 1944—, prosiguió que el legitimario, tanto si es heredero voluntario como si no lo es, carece de acción para pedir la nulidad de tal donación disimulada aunque lesione su legítima, pero que el legitimario como tal no puede ser perjudicado por la simulación relativa conforme declara la S. 12 abril 1944. Pero añade que esta sentencia fue demasiado lejos, pues lo que compete al legitimario para proteger la legítima, en esos casos, es “pedir la inoficiosidad (rescisión): y esto no puede hacer *a priori* sino *a posteriori*”; pues, el legitimario “pagado de su legítima, no puede pedir más, del

(646) Amadeo DE FUENMAYOR, “Intangibilidad de la legítima”, II, B, c, b, en A.D.C. I-I, pp. 56 y s.

(647) Javier CABAÑAS, *Observaciones a la S. de 29 de febrero de 1953*, en A.D.C. VI-III, julio-septiembre 1953, p. 742.

(648) PUIG BRUTAU, “Fundamentos...”, V-III, cap. II, 2, C, p. 197, recoge y comparte esta opinión.

(649) FRANCISCO BONET RAMÓN, *Comentario a la S. de 12 de abril de 1944*, en R.D.P. XXVIII, junio 1944, p. 551.

(650) Julián DÁVILA GARCÍA, “Herederos o legitimarios. Actos o contratos simulados”, en R.C.D. I, XXI, febrero 1945, pp. 106 y ss.

mismo modo que el acreedor defraudado que cobre, pierde su acción". En conclusión, a su juicio, el legitimario, como tal, "carece de acción de nulidad respecto del contrato simulado" y lo razona así:

"El legitimario que se considera perjudicado por un acto del causante puede obtener la *rescisión* del mismo. Pero rescindir es distinto de anular. Con la rescisión se obtiene solamente compensación por el daño económico sufrido (ineficacia suficiente). Con la nulidad se declara la inexistencia del acto (ineficacia absoluta) sin que la causa sea la existencia de un perjuicio. La acción de inoficiosidad es siempre acción rescisoria (arts. 654, 820 y siguientes del Código civil), y, por ello, se reducen sus actos hasta el límite necesario para completar la legítima, y en todo lo demás queda mantenido el acto o contrato. Y es que el acto o contrato que merma o disminuye la legítima no es nulo sino rescindible. De igual forma que el acreedor en la acción pauliana y en todos los supuestos de rescisión (Sentencia de 10 de diciembre de 1904)".

Y agota el argumento, aduciendo *ad absurdum*: "Si el legitimario tuviera acciones de nulidad resultarían favorecidos con el éxito de su acción todas las personas que tienen en el caudal hereditario parte alícuota. El heredero voluntario, el legatario de parte alícuota y el mismo legitimario, en cuanto participa en esta forma, sería beneficiada en la parte de libre disposición. Por ese camino, solicitando el legitimario la nulidad, se beneficiaría el heredero voluntario y el mismo, y solicitándolo el heredero voluntario se perdería el juicio" [conforme el criterio de la S. 30 junio 1944, que le consideró no legitimado para reclamarlo].

Este criterio fue mantenido también por Virgili Sorribes (651): "Supongamos que el testador simuló venta de parte de sus bienes para perjudicar la legítima de su heredero forzoso instituido heredero voluntario. ¿Podría impugnar tal acto el heredero voluntario—forzoso—? Como heredero voluntario, *no*; como heredero forzoso, *sí hasta cubrir su legítima*" (652).

114. Tal vez se alegue la posibilidad de que la *operación, en su conjunto pudo haberse efectuado en fraude de ley y, consiguientemente, en infracción del artículo 4.º del Código civil*.

Pero esto no puede ser así sino en la misma medida en que el negocio real, pero disimulado, infrinja una norma a la que escaparía el negocio simulado, como una prohibición o limitación de donar, ya sea emanada directamente de la ley, o bien derivada de la protección de que ésta inviste a la voluntad de un disponente anterior

(651) FRANCISCO VIRGILI SORRIBES, "Heredero forzoso y heredero voluntario: su condición jurídica (El llamado heredero forzoso no es heredero)", 3, B, en R.C.D.I. XXI, julio-agosto 1945, p. 491.

(652) Exponen las opiniones de BONET RAMÓN y DÁVILA GARCÍA, sin definir claramente su propio criterio, LUIS GÓMEZ MORÁN, "Tratado Teórico Práctico de Particiones", Madrid, 1950, cap. III, pp. 331 y s., y FEDERICO PUIG PEÑA, "Tratado...", V-III, cap. XIV, 5, A, nota 29, p. 397.

que hubiera limitado las facultades dispositivas que el simulante pretende traspasar. Así, vemos que el *fraus legis*, en materia de simulación relativa, efectuada para disimular una donación, nada añade a la nulidad absoluta de la donación disimulada dimanante de la falta de aptitud dispositiva del transmitente, o de su infracción de una prohibición de disponer a título gratuito. Y, tratándose de burlar las legítimas, cualquiera que sea la intención del disponente, no hay objetivamente fraude de ley, sino en tanto y en cuanto resulte lesionada alguna legítima; es decir, en cuanto la donación disimulada sea inoficiosa, será, reducible por esa razón.

Destruído el artificio simulado, y descubierto el negocio disimulado, también queda destruido el fraude, puesto que cara a cara de la ley queda el negocio disimulado al que directamente puede aplicársele ésta. En él no hay fraude; el fraude se intentó con la simulación que ha sido descubierta y, consiguientemente, destruida.

Por ello, no parece, pues, que deba ser hoy posible aplicar una invalidación por fraude a la donación disimulada en medida superior a la que le afectaría de haberse hecho sin disfraz. Y si, a ésta, ciertamente no le es aplicable la, un tiempo discutida, inoficiosidad *re et consilio*, no sabemos ver el cauce preciso para aplicarla a las donaciones disimuladas. Cosa distinta sería si la transmisión simulada no tuviera ni siquiera internamente *animus donandi*, sino que únicamente hubiera obedecido a la intención de defraudar alguna legítima, porque entonces no habría donación alguna disimulada y la simulación sería absoluta. Pero si, además de aquel *animus fraudanti*, hay un *animus donandi*: ambos recaen en la donación, pero aquél queda circunscrito tan sólo a la medida en que ésta sea inoficiosa, puesto que en los demás la donación es posible legalmente sin limitación alguna.

115. La legitimación del legitimario para impugnar los actos simulados por su *de cuius*, ha sido explicada en los considerandos comprendidos entre el 2.º y la mitad del 5.º de la citada S. 3 abril 1962, que declaran:

“...que, por aplicación del principio de respeto a los actos propios, el heredero no podrá atacar los actos del causante, que por ser jurídicamente eficaces en sí mismos resultarían inatacables para el propio causante, mientras el heredero actúe simplemente en ejercicio de los derechos del causante, y no cuando invoque derechos propios, que, aunque referidos a la herencia, le coloquen frente a ella en la posición de tercero, porque entonces el monomio causante-heredero se desdoblará y surgirá, en discriminación de las respectivas personalidades, el binomio heredero como sucesor del causante, por un lado, y, por otro, el heredero como titular frente al causante de un derecho que le autoriza a desconocer los actos de éste”.

“...que el heredero voluntario está obligado a respetar los actos propios del causante, eficaces en derecho, como estaría el mismo causante si viviera, y no puede impugnarlos por la simple circuns-

tancia de que por ello se haya minorado el patrimonio de la sucesión y se haya perjudicado su interés en la herencia, pero estará legitimado para impugnarlos cuando ejercite acciones que hubiese podido ejercitar el propio causante, acciones que como heredero de éste le asisten en virtud de la transmisión sucesoria, mientras el heredero forzoso, amparado por el principio de la inviolabilidad de la legítima, tiene acción para impugnar los actos de su causante que se hubiesen realizado en perjuicio de su derecho, no pudiendo oponérsele que como sucesor está obligado a pasar por dichos actos cuando precisamente éstos se simularon en menoscabo de su derecho de sucesión prestablecido en la Ley, y al no tener existencia real no podía prevalecer sobre este derecho”.

“...que la jurisprudencia siempre ha reconocido la legitimación del heredero forzoso para impunar por simulación absoluta o relativa los actos de su causante, habiendo proclamado la de 19 de enero de 1950, que como resulta de lo declarado en sentencias de 11 de octubre de 1943 y 12 de abril de 1944, el hecho de la sucesión con las consecuencias que de él se derivan, no puede impedir a un heredero forzoso impugnar por simulación los actos de su causante, cuando por tal simulación pueden resultar afectados los derechos legitimarios de aquél, porque en este caso los que le corresponden no derivan de la voluntad del testador, sino de la norma legal que se los otorga sin posibilidad de desconocerlos ni siquiera de disminuirlos, y en tal supuesto su condición jurídica no es, como sostiene la doctrina más autorizada, la de un continuador de la personalidad jurídica del *de cuius*, sino que se asimila en este aspecto a la de los terceros interesados en la impugnación, distinción razonable conforme al Derecho y a la equidad, que legitima al heredero forzoso para el ejercicio de la acción impugnatoria, con independencia del vínculo que para los demás efectos le ligue con el causante de la sucesión”.

“...como reconoce la sentencia de 11 de marzo de 1960, que aún cuando se haya puesto en tela de juicio la posibilidad de que un heredero voluntario, en calidad de sucesor del causante, pueda impugnar los actos del *de cuius*, no han dejado de ponerse a salvo para esos actos impugnatorios los intereses de los herederos legitimarios...”.

La S. de 19 de enero de 1950 afirmó que, “como resulta de lo declarado por este Tribunal en sus Ss. de 11 de octubre de 1943 y 12 de abril de 1944, el hecho de la sucesión, con las consecuencias que de él se derivan, no puede impedir a un heredero forzoso impugnar por simulación los actos de su causante, cuando por tal simulación puedan resultar afectados los derechos legitimarios de aquél, porque en este caso los que le corresponden no derivan de la voluntad del testador, sino de la norma legal que los otorgan sin posibilidad de desconocerlos ni siquiera de disimularlos, y en tal supuesto su condición jurídica no es, como sostiene la doctrina más autorizada, la de un continuador de la personalidad jurídica del *de cuius*, sino

que se asimila, en ese aspecto, a la de los terceros interesados en la impugnación, distinción razonable conforme al derecho y la equidad, que legitima al heredero forzoso para el ejercicio de la acción impugnatoria, con independencia del vínculo que para los demás efectos le ligue con el causante de la sucesión...”.

116. Es de destacar, que las consideraciones expuestas por el Tribunal Supremo en sus transcritos razonamientos muestran el distinto carácter de la legitimación que ostentan el heredero y el legitimario para impugnar los actos simulados por el causante:

a) El heredero voluntario lo está como sucesor de aquél y en la medida en que éste hubiera podido ejercitar las acciones consiguientes; y, como a él, le afectará la doctrina de los actos propios del mismo causante.

b) El legitimario en cambio, lo está como interesado, en virtud de un derecho propio derivado de la norma que preestablece los derechos sucesorios que deben corresponderle; es decir, en cuanto dimana del principio de inviolabilidad de su legítima (653). Por ello puede actuar como un tercero respecto del causante (654). Y por eso, como subraya Díez Picazo (655), este “ataque del legitimario a los actos del causante, no es un auténtico “venire contra factum proprium”, “no ejercita un derecho que el causante le haya transmitido, sino su propio derecho de legítima y las acciones que lo protegen”

O sea, como destaca Santamaría Ansa (656), la doctrina jurisprudencial “se asienta sobre la distinción entre interés legítimo amparado en un derecho establecido en la ley, que es el que ostenta el heredero forzoso en razón a la legítima, perjudicada por el acto del causante que se pretende impugnar, y el simple interés derivado de la institución a título voluntario, que no está amparada por ningún derecho extraño a la propia institución”. “El heredero forzoso, cuando actúa en defensa de su legítima, puede desenvolver su actuación frente a la voluntad del causante, porque esta voluntad debe entenderse ineficaz en Derecho; el heredero voluntario está obligado a las consecuencias de los actos propios de su causante, aunque perjudiquen su interés en la sucesión.”

Ahora bien, esta diferente legitimación está determinada por un *distinto interés jurídico*, en uno y otro caso, que si determina una diversidad de supuestos de posible actuación —dependiente para el heredero voluntario de las del causante e independientes las del legitimario—, también lógicamente debe determinar cuál ha de ser la

(653) PUIG BRUTAU, “Fundamentos...”, V-III, cap. III, 2, II, A, a, p. 181.

(654) En este sentido pueden citarse además de la S. de 3 de abril de 1962 —antes examinada—, las Ss. de 12 de abril de 1916, 11 de octubre de 1943, 12 de abril de 1944, 25 de junio de 1946, 19 de enero de 1950, 3 de diciembre de 1953, 11 de marzo de 1960, ampliamente comentadas por SANTAMARÍA ANSA, loc. cit., pp. 277 y ss.

(655) DÍEZ PICAZO, op. y loc. últ. cit., p. 235.

(656) SANTAMARÍA ANSA, loc. cit., p. 281.

amplitud cuantitativa de los efectos de la respectiva acción, en caso de prosperar.

El heredero voluntario tendrá la misma acción de nulidad absoluta, anulabilidad, resolución o rescisión que asistía al causante y que, consiguientemente, éste transmitió a sus herederos. Puesto que su interés es el mismo de aquél a quien ha sucedido, idéntica será su legitimación, al menos en cuanto el causante, cumpliendo formalidades testamentarias, no le haya impuesto la aceptación y convalidación del acto que él pudiera impugnar.

En cambio, *el interés* que legitima al legitimario como tal para su impugnación, es, como hemos visto, un interés distinto, al que su propia *ratio*, le circunscribe cuantitativamente los límites de su reclamación. Así lo comprende Santamaría Ansa (657): “en el caso de la donación hecha en fraude de la legítima, bajo apariencia de una enajenación con causa simulada, el heredero forzoso que la impugne podrá pretender la invalidación de esta enajenación en cuanto merme su legítima, pero la donación libre y voluntariamente otorgada será eficaz en el resto”.

Con ello reconoce de hecho la razón de las afirmaciones de Bonet Ramón (658), de que el legitimario “no puede sacar ventaja de la declaración de simulación del acto más que hasta integrar su cuota legitimaria”; de Dávila García (659), de que el legitimario no puede pedir sino la rescisión por inoficiosidad de esas donaciones disimuladas, pero no la nulidad del contrato simulado, y de Virgili Sorribes (660), de que la impugnación que el heredero forzoso puede hacer como tal contra los negocios simulados por su causante en perjuicio de su legítima, queda circunscrita sólo “hasta cubrir su legítima”. El argumento *ab absurdum* de Dávila es correcto: ni el legitimario puede beneficiarse más de lo que importe su interés legítimo, ni lo actuado por él ha de beneficiar al heredero voluntario en cuanto éste carezca de interés legítimo para reclamarlo.

Esa distinción no desaparece cuando en una misma persona se reúnen las cualidades de heredero voluntario y de legitimario. Podrá actuar en un concepto o en el otro, puesto que éste no es absorbido por aquél (661). Pero, según cual sea el concepto en que actúe, vendrán predeterminadas sus posibilidades y el ámbito de su acción.

Por una parte, como declaró la S. de 12 de abril de 1944, ni la doctrina de los actos propios ni las consecuencias que se derivan del hecho de la sucesión, conforme a los artículos 659, 661, 1.257 y 1.258 del Código civil, “pueden impedir a un legitimario impugnar por simulación los actos de su causante que cedan en peculiar perjuicio de derechos sustraídos a la disposición del testador, so pena de contrariar el espíritu de las disposiciones encaminadas a velar por la

(657) SANTAMARÍA, op. cit., p. 282.

(658) BONET RAMÓN, cfr. supra nota 968.

(659) DÁVILA GARCÍA, *ibid.* nota 979.

(660) VIRGILI SORRIBES, *ibid.*, nota 980.

(661) Cfr. nuestro estudio “Atribución, concreción del contenido y extinción de las legítimas”, n. 13, A.D.C., XXV-I, pp. 48 y s.

defensa de la legítima, frente a los actos ilícitos encaminados a amminorarla o a hacerla totalmente ilusoria". Razonamiento al que Díez Picazo (662) ha glosado: "El hecho de ser heredero de la vendedora, no impide que un legitimario impugne la venta realizada precisamente en perjuicio de la legítima. La aceptación de la herencia no hace desaparecer las acciones encaminadas a la protección y defensa de los derechos legitimarios."

De otra parte, los actos que, como heredero del causante, no puede impugnar el legitimario, que en cambio está legitimado en este último concepto de legitimario para impugnarlos en cuanto perjudiquen a su legítima; si en ese concepto los impugna con éxito, no deben aprovecharle en mayor medida como heredero voluntario, puesto que su interés jurídicamente protegido tiene como límite aquel perjuicio.

XIII. SITUACION DE LOS LEGITIMARIOS RESPECTO DE LAS ENAJENACIONES A TITULO ONEROSO VERIFICADAS POR SU CAUSANTE DE BIENES A ELLOS PERTENECIENTES, O A ELLOS DESTINADOS POR OTRO TITULO

Nos hallamos ante la hipótesis típica de que el padre haya enajenado bienes del peculio de su hijo menor de edad, o bienes sometidos a fideicomiso o reserva y destinados por estos títulos al propio hijo. ¿Cuál será la situación de éste frente a estas enajenaciones? ¿Dependerá de que sea heredero, puro o a beneficio de inventario, o legatario del padre? ¿Qué juego tendrá aquí su condición de legitimario? La cuestión no es nueva, como vamos a ver.

A) PLANTEAMIENTO POR LOS AUTORES CASTELLANOS SIGUIENDO EL CRITERIO DE LOS AUTORES DE DERECHO COMÚN.

117. Estos autores distinguieron cuidadosamente según fuese o no herederos el hijo del padre enajenante de bienes que debía restituirle por cualquier causa (peculio adventicio, fideicomiso, feudo mayorazgo). Como ellos, separaremos ambos supuestos (663).

a) *Hijo no heredero del padre enajenante* (por renuncia, desheredación u otra causa).

Para esta hipótesis la cuestión se centró en torno al criterio de dos textos, la ley 1 *Cod. De bonis maternis* (VI-LX, 1) y la ley 24, tít. XIII, 5.^a Partida, versículos 3.^o y 4.^o.

La ley 1, *Cod. VI-LX*, ocupándose del peculio adventicio, concluye advirtiendo a quien adquiere bienes del mismo, enajenados por

(662) Díez PICAZO, op. últ. cit. Apéndice, 158, pp. 379 y s.

(663) Nos habíamos ocupado ampliamente de esas opiniones de estos autores en "La jurisprudencia del Tribunal Supremo y el artículo 811 del Código civil", vol. II, n. 44, A, Madrid, 1957, pp. 367 y ss

el padre, que no podrá oponer prescripción alguna a los hijos que los reivindiquen.

En cambio, los referidos versículos 3.º y 4.º de la ley 24, tít. XIII de la 5.ª Partida, declararon respecto de los mismos bienes: “E si por aventura los enajenasse, fincarían por ende obligados, e empeñados al fijo los bienes del padre, después de su muerte fasta que recibiese entrega dellos, de aquello que el padre lo ouiesse enagenado, o malmetido. E si por aventura, en los bienes del padre non se pudiesse entregar, porque fuessen tan pocos, que non compliessen, o que ouisse el padre embargados, o mal parados en alguna manera; entonces, puede demandar sus bienes a quien quier que los fallen, e deuelos cobrar.”

Algunos autores, como Antonio Genez (664) y Covarrubias (665), interpretaron literalmente la ley de Partidas, si bien el segundo la criticó duramente.

En cambio, Gregorio López (666) e Ibáñez de Faría (667) trataron de concordarlas, aunque con criterios distintos.

El primero, para conciliar ambos textos, propuso cuatro posibles soluciones:

1.ª Que se aplicará la ley de Partidas cuando el hijo prefiriera usar la acción personal contra los herederos del padre o la hipotecaria contra los poseedores de los bienes del mismo, a la de dominio contra los poseedores de la cosa de su propiedad enajenada por el padre.

2.ª Que sólo fuera aplicable cuando el padre realizara lícitamente la enajenación, pero no empleara el precio en provecho del hijo (pero él mismo rechazó esta segunda explicación: porque las palabras de la Ley se refieren al supuesto de ser la enajenación ilícita porque de ser lícita no parece aceptable que los adquirentes deban responder del correcto empleo del precio de los bienes).

3.ª Que esa Ley sólo era aplicable a la enajenación de cosas fungibles, conforme lo anotado por Angelo a la Novela 108, capítulo 2, versículo *ex illo supleri*.

4.ª Que únicamente se refería a las cosas dotales estimadas, mas no a las inestimadas.

Concluyendo, que “para poner de acuerdo esta ley de Partida con el Derecho común, y al efecto de evitar un absurdo, es preciso escoger entre la primera, la tercera o la cuarta interpretación, por más que parezcan algún tanto aventuradas”.

Ibáñez de Faría entendió que la ley 1, *De Bonis maternis*, del *Codex*, se ocupó del padre que enajenó como propios los bienes de

(664) ANTONIO GÓMEZ, “Opus... super legibus Tauri”, in *legem*, XLVIII, n. 16, fol. 245.

(665) COVARRUBIAS, “Variarum...”, Lib. I, Cap. VII, n. 5, in “Opera Omnia”, cit. vol. p. 197.

(666) GREGORIO LÓPEZ, gl. a la ley 24, tít. XIII, P. 5.º, cfr. ed. cit., vol. III, p. 316.

(667) IBÁÑEZ DE FARIÁ, *Adiciones a las Varias resoluciones de Covarrubias*, lib. I, cap. VII, nn. 32 y 33, ed. Collinae Allobrogum 1728, p. 50.

sus hijos, y la de Partidas de cuando al enajenarlos actuó como legítimo administrador de los mismos. Y estimó justas ambas soluciones aplicadas en estos términos, pues si el padre actuó como administrador de los bienes de los hijos, que en caso de necesidad podía enajenar, el hecho de que éste hubiese usado mal tal facultad, sería determinante de que resultase más razonable que primero respondieran los bienes del padre que los de los terceros poseedores.

También Gregorio López, hacia el final de la glosa referida, y apoyándose en la ley glosada, afirmó que si el padre ha fundado un mayorazgo a favor del hijo del segundo matrimonio con bienes comprados con dinero perteneciente a los hijos del primero, puede sostenerse que este mayorazgo subsistirá, limitándose el derecho de los hijos del primero a la demanda del dinero que les pertenecía. Criterio que estimó de acuerdo con lo anotado por Baldo en el § penúltimo de *his qui feud. dar. poss.*, cl. 4.

b) *Hijo heredero del padre enajenante.*

118. Si el hijo fue instituido heredero universal por su padre y aceptó la herencia sin utilizar el beneficio de inventario, la mayor parte de la doctrina entendió, que no podía reivindicar en caso alguno los bienes adventicios, ni los demás sujetos a restitución a su favor, que hubiese enajenado su padre y causante. No obstante, no faltaron quienes, para diversos supuestos, sostuvieron otras soluciones. Así:

1.º Pedro de Peralta (668) opinó que si la enajenación hecha por el causante es inválida, el heredero puede accionar contra ella. Criterio que el portugués Arias Pinelo (669) aplicó a la reivindicación de bienes de mayorazgo enajenados, y que limitaron Peláez de Mieres (670) y Hermenegildo de Roxas (671) al supuesto de que la enajenación se hubiera efectuado con ánimo fraudulento.

2.º Rodrigo Suárez (672), Gregorio López (673), Antonio Gó-

(668) Pedro DE PERALTA, in rubr. de hered. instit., núm. 79 y concretamente para los mayorazgos, núm. 95 y pág. 54 (citado por PELÁEZ DE MIERES).

(669) "Arii Pinelli lusitani, Iurisconsulti ad constitutiones Cod. De bonis maternis doctissime amplisimique Commentarii, quibus maternae successione iure felicitas explicantur" (Lugduni, 1560), Lex prima Tertia pars. núm. 99, pp. 572 y ss.

(670) Melchor PELÁEZ DE MIERES, op. cit., Cuarta pars, Quaest XIV, n. 2.º, fol. 449 vto., concluyó; "Quod primogenitus licet sit haeres patris, potest agere revocatoria, si pater in illius fraudem vendidit feudum primogeniturae".

(671) Hermenegildo DE ROXAS, "Tractatus de incompatibilitate Regnorum et Majoratum», Pars. V, cap. VI, cfr. ed. Dugduni, 1745, n. 26, "Nona limitatio: quando antecessor alienasset rem, vel. res ad Maioratus pertinentes, in fraudem filii primogeniti vel alterius successoris in Maioratu, qui postea sit successor et haeres patris antecessoris".

(672) RODRIGO SUÁREZ, "Repetitionis Legis Quoniam in Prioribus Cod. de inoff testamentum", *ampliatio septima*, n. 6. en "Opera Omnia", ed Duaci, 1614, pág. 398.

(673) Gregorio LÓPEZ, gil. últ. cit.: "Empero, si no hizo inventario, el hijo heredero universal deberá respetar las enajenaciones hechas por el padre.

mez (674), Covarruvias (675), el Dr. Luis de Molina Morales (676), Alfonso de Guzmán (677) y el portugués Alvaro Velasco (678) sostuvieron la total irreivindicabilidad por el heredero, apoyándose, de una parte, en la ley *Vindicantem* (Dig. XI-II, 17) y, de otra, en la *Heredem* (Dig. L-XVII, 59). Aquélla proclamó que el vendedor que reivindicaba la cosa que él mismo vendió puede ser repelido con la excepción de dolo, aunque haya adquirido el dominio por otro título de derecho, “porque sin probidad intenta hacer objeto de evicción una cosa vendida por él”. La segunda proclamó: “*Heredem eiusdem potestatis, iurisque, esse, cuius fuit defuntus, constat*”. Concretamente se halló una solución análoga en la ley *Filium*, 31 del título *De liberali causa* (Dig. XL-XII), que prohibía al hijo heredero del padre que reclamase la esclavitud del manumitido por su padre.

Frente al argumento de que, tratándose de una venta nula o prohibida por la ley, puede pedirse su nulidad incluso por los hijos que sean herederos del enajenante, ya que es posible ir contra los propios actos si fueron hechos contra ley, replicó Velasco (679), que sólo es inaplicable el axioma de que no es posible ir contra los propios actos si fueron hechos contra la ley, en dos casos: cuando la nulidad fue introducida en favor del enajenante, o bien cuando la ley la ordenó en interés público. Y que en los supuestos que discutimos, la prohibición no se dispuso a favor de aquél, sino *intuiti filiorum*, y éstos, como herederos de su padre, no pueden reclamar la nulidad de lo obrado por éste, puesto que el mismo padre no pudo demandarlo.

A los que estimaban admisible la reclamación entablada por el hijo, heredero de su padre, en el caso de que éste hubiere realizado la enajenación *para defraudarle*, se replicó (680): que no puede presumirse la intención fraudulenta; que el heredero aceptante, puesto que se lucra con la herencia, debe pechar con sus obligaciones, y que con la adición consiente los actos realizados por su causante, incluso los fraudulentos, de los que sin duda responde el aceptante como heredero suyo.

como si él las hubiese verificado, según BALDO en d. ley 6, Cod. Und. liber., col. 7.^o.

(674) ANTONIO GÓMEZ, op. últ. cit., in *legem XI Tauri*, n. 84, vers. *Iusta quod tamen notabiliter quero*, en el inciso en que afirma, “quod non tenetur stare contractui si non est successor eius universalis”.

(675) COVARRUVIAS, “In titulum de testamentis interpretatio”, *caput. Primum*, n. 13, en “Opera Omnia”, cit. vol. II, p. 26.

(676) LUIS DE MOLINA, “De primogeniorum hispanorum...”, cit., lib. IV, cap. I, n. 17, p. 572.

(677) ALFONSO DE GUZMÁN, “De evictionibus”, cfr. ed. Lugduni, 1676, Quaest. XXXVIII, n. 19, p. 215, donde apoyándose en la autoridad de BALDO y BARTOLO, afirma que “heres adeundo contrahit veram obligationem de observando disposita per defunctum, ita quod etiam si praetendat bona iure proprio vigore fideicommissi, exceptione repellatur”.

(678) ALVARO VELASCO, “Decisionum, consultationum ad rerum iudicatarum in Regno Lusitaniae”, Consult. LXIX, n. 10, cfr. ed. Coloniae Allabrogum, 1735, p. 144.

(679) VELASCO, n. 14, p. 145.

(680) VELASCO, n. 15, p. 146.

Si el hijo sólo heredó una cuota del *as* hereditario, se estimó que únicamente en la proporción correspondiente a esa cuota debía devengársele la reivindicación.

II. Si el hijo utilizó el *beneficio de inventario*, predominó la opinión (681) de que debía respetar la enajenación en cuanto montare el valor inventariado que le correspondiere.

III. Si el hijo sólo heredó a su padre la *legítima* y utilizó, además, el *beneficio de inventario*, la cuestión fue muy controvertida como ya lo había sido entre glosadores y comentaristas.

La opinión negativa de Baldo, Saliceto, Paulo, Alejandro, Jasón, Corneo y Jacovino, fue seguida por Rodrigo Suárez (682), Covarruvias (683), el Doctor Luis de Molina (684) y Alvaro Velasco (685), razonando el primero de estos cuatro que si el hijo venciera al comprador, éste resultaría acreedor de la herencia que le debería la evicción y, como tal acreedor, sería preferente el hijo incluso en su *legítima*.

La opinión de Angelo y Bartolo fue sustentada por Gregorio López (686) y Hermenegildo de Roxas (687), sosteniendo que en cuanto no hubiese cubierto su *legítima* el hijo podía contravenir lo obrado por su causante. Y Arias Pinelo (688), abundando en este criterio, opuso a los argumentos de Rodrigo Suárez que, ciertamente, al resultar el comprador vencido acreedor de la herencia, disminuiría el montante de la *legítima* en el precio e intereses de la evicción, pero que de esto sólo resultaba que, una vez computada la *legítima* con deducción de las deudas de la herencia, incluyéndose entre ellas la obligación de prestar evicción, el legitimario podía vindicar la cosa sin que su acción pudiese ser rechazada, sino por cuanto hubiese recibido él por encima de su *legítima*.

Como ya hicimos notar en el estudio a que venimos refiriéndonos, la disparidad de ambas tesis radica en que respectivamente se refieren, la primera, a un supuesto de *legítima* recibida como *pars hereditatis* y, la segunda al supuesto de obtenerse como *pars bonorum* o activo líquido.

IV. Si el hijo recibió la *legítima* a título de legado, o como ins-

(681) Ver: RODRIGO SUÁREZ, loc. cit., n. 7, p. 399; Gregorio LÓPEZ, glo. y loc. últ. cit.; Antonio GÓMEZ, op. últ. cit., in legem XLVIII, n. 16, fol. 245 (“nisi talis filiis sit heredes patris”: “quia tunc pro ea parte pro qua est heres, non potest agere”); ARIAS PINELO, op. cit., n. 79, vers. “Eadem conclusio”, pp. 513 y ss.; PELÁEZ DE MIERES, loc. últ. cit., n. 3, fol. 450; Hermenegildo de ROXAS, loc. cit., n. 25, p. 250 (este autor explicó: “Ratio es quia heres raepresentat personam sui antecessoris pro ea parte quam est haeres: quod vero ad aliis partes, dicitur extraneus”). VALASCO, loc. cit., nn. 9 y 10.

(682) Rodrigo SUÁREZ, loc. cit., n. II, p. 399.

(683) COVARRUVIAS, “In tit. de Testam.”, cap. I, n. 13 (vol. cit., p. 26), donde propone: “compensationis legitimae cum ista re alienata”.

(684) Luis DE MOLINA, “Primogeniarum...”, lib. y cap. cit., n. 26, p. 573.

(685) Alvaro VALASCO, loc. cit., n. 7, pp. 143 y ss. y n. 10, pp. 144 y ss.

(686) Gregorio LÓPEZ, loc. últ. cit.

(687) Hermenegildo DE ROXAS, loc. últ. cit., n. 27, *décima succedit*.

(688) ARIAS PINELO, op. cit., n. 80, pp. 516 y ss.

tituido "in re certa" concurrido con otros llamados "ex asse", se estimó que su vindicación no podía ser rechazada, aunque con ella se reduciría el montante de su legítima al reducirse el líquido hereditario por la obligación de evicción consiguiente. Así lo vemos afirmado por Rodrigo Suárez (689), Alvaro Valasco (690), Hermenegildo de Roxas (691) y el Doctor Luis de Molina (692), quien después de afirmar que el legitimario heredero puede ser rechazado en su vindicación en proporción a su cuota, precisó que esto se entiende en el supuesto de haber sido instituido el hijo en su cuota, pero no así cuando en *quota bonorum*, o sea en su legítima como tal, o si en cosa cierta hubiese sido instituido concurriendo heredero universal, ya que en estos casos no sucede *iure hereditario*, ni se le transmiten las acciones activas ni pasivas, y, consecuentemente, ni puede rechazarse su reivindicación de las cosas enajenadas por su padre, aunque de su *quota bonorum* deba detraerse lo debido por la evicción que la disminuye consiguientemente.

119. En el siglo XVII, Febrero (693) aplicó el criterio de la referida ley de Partidas, con cita de Covarruvias y Arias Pinelo, para afirmar que los reservatarios tampoco pueden reivindicar los bienes reservables, después de muerto el padre bínubo, si aceptan su herencia sin hacer previa excusión en los paternos, pues como herederos universales están obligados a observar los contratos celebrados por su causante; y, así, sólo en lo que les falte para completar el valor de los bienes reservables podrá repetir contra el poseedor; pero, si la renuncian, no necesitan hacer excusión para intentar su repetición. Igual criterio vemos mantenido, cerca de un siglo después, por Benito Gutiérrez Fernández (694), que insistió en la aplicación de la ley 24, tít. XIII, P. 5.º, en contra del intento conciliatorio de Gregorio López e Ibáñez de Faría.

Sin embargo, el Tribunal Supremo, en la S. de 21 de mayo de 1861, lo limitó a no requerir la previa excusión de los bienes del padre para que el hijo, que renunció a la herencia del mismo, pudiese reclamar los bienes reservables enajenados por éste (695). Crite-

(689) Rodrigo SUÁREZ, loc. cit., n. 12, pp. 400 y ss.

(690) Alvaro VALASCO, loc. cit., n. 10, vers. Quintus casus est, p. 145.

(691) Hermenegildo DE ROXAS, op. y loc. cit., n. 34, p. 251.

(692) Doctor Luis DE MOLINA, loc. últ. cit., n. 27, p. 574.

(693) Josef FEBRERO, "Librería de escribanos", Parte segunda, t. II (Madrid, 1781), lib. II, cap. II, § II, n. 35, p. 357. Ver también la versión de Joseph MARCOS GUTIÉRREZ, "Febrero reformado y anotado", P. II, t. IV, p. 151, lib. II, cap. V, § 2, n. 32, y la de Eugenio DE TAPIA, en su versión "Febrero novísimo", t. I, p. 585, lib. II, tít. II, cap. XXIV, n. 32.

(694) Benito GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, op. cit., vol. III, p. 656, lib. III, cap. VI, sec. IV, final, art. 4.

(695) Así, después del Código civil los primeros colaboradores de MANRESA (cfr. en vol. III, p. 301 de la 6.ª ed. su referencia) y VALVERDE MARURI, basado en que los reservatarios sólo disponían de acción rescisoria y no de nulidad ni reivindicación contra las enajenaciones del reservista (cfr. la referencia de SCAEVOLA, op. cit., vol. XVIII, p. 288), siguieron opinando que el reservatario debía hacer previa excusión de los bienes del reservatario antes de dirigirse contra el adquirente de los bienes.

rio que también presupone, en un *obiter dictum*, el segundo considerando de la Sentencia de 16 de junio de 1862, pues afirma que los derechos que concede a los hijos la ley 24, tít. XIII, P. 5.^a, es para el caso de que el hijo no quiera ser heredero ni haber parte en los bienes del padre. Y que siguió la Sentencia de 26 de enero de 1874, al proclamar en su quinto considerando, “que D. J. F. S. al reivindicar, como dueño después del fallecimiento de su padre D. M. W. y después de haber renunciado la herencia del mismo, la casa sita en el pueblo de B., calle del P., número 17, objeto de este pleito, que su indicado padre había adquirido por sucesión intestada de su otro hijo del mismo matrimonio, D. M. L., ha estado en su perfecto derecho, así como lo ha estado al solicitar simultáneamente que se declare nula y de ningún valor ni efecto la venta que de dicha finca hizo el D. M. W. en 29 de octubre de 1850”.

Y, en cambio, la posibilidad de oponerse a la reivindicación intentada por el hijo que aceptó la herencia de su padre —el reservista enajenante—, la reiteró la Sentencia de 4 de julio de 1896 de acuerdo con la doctrina del Derecho común, al destacar su primer considerando que a los hijos sólo les es posible entablar la reclamación “cuando no fuesen herederos del mismo [padre enajenante], pues si quisiesen heredarle carecerían de acción para hacer dicha reclamación porque en tal caso están obligados a guardar todos los pleitos derechos que al padre hubiese hecho y no ir contra ellos, [lo cual] se funda evidentemente en el principio consignado en las mismas leyes de que quien hereda sucede en todos los bienes del difunto, y así en sus derechos como en sus obligaciones, porque sería contradictorio que quien como heredero tiene el deber de salir a la defensa del que contrató con su causante cuando un tercero le perturbe en la posesión del derecho adquirido, fuese quien le perturbare, no siendo por una acción que el difunto hubiese podido ejercitar en vida”.

B) EL PROBLEMA DESPUÉS DE PROMULGADO EL CÓDIGO CIVIL.

120. Antes de abordar el tema debemos delimitar su exacto contenido, para lo cual hemos de excluir de nuestro objeto las enajenaciones total o parcialmente simuladas y las verificadas en fraude, sea de la relación de que se trate o bien de la legítima, así como las enajenaciones que se hallen sometidas a la condición o al término resolutorio de la no consolidación del derecho del transferente. El problema se centra en el examen de las enajenaciones verificadas sin simulación alguna ni fraude compartido por transmitente y adquirente, sino realizadas con ánimo dispositivo definitivo, pero sobrepasando el poder dispositivo del transferente. Razón por la cual, los destinatarios de estos bienes pueden reclamar la ineficacia de la enajenación; pero los herederos del transmitente han de responder de evicción al adquirente que sufra la reivindicación.

Hemos visto que el Tribunal Supremo, con posterioridad a la vigencia del Código civil, aunque referente a un caso anterior en la Sentencia de 4 de julio de 1896, negó al hijo heredero del padre

enajenante la reivindicación de bienes reservables que éste había vendido. Sin embargo, esa referencia al Derecho anterior al Código, como notó Scaevola (696): “La mayor importancia de esta doctrina es la de haber sido publicada varios años después el Código sin que el Tribunal Supremo se preocupara de la posibilidad de su derogación. Por el contrario, la sentencia se refiere a principios jurídicos constantes, y saca deducciones de la propia naturaleza del derecho hereditario, que no ha sufrido modificación en el Código, y hace creer que el Tribunal Supremo sostiene la misma opinión después de derogada la ley 24, tít. XIII, de la Partida 5.^a”

La Sentencia de 6 de mayo de 1902, en un supuesto en que se reclamaba la nulidad de la venta de una finca y de una participación indivisa de otra, adquiridas con dinero que se afirmaba reservable y que no cubría la herencia de la reservista, declaró en su tercer considerando, que:

“Aún en el supuesto de que el mencionado móvil [de defraudar a los reservatarios] pudiese estimarse como causa de la venta, doña J. M. [la reservataria] carecería de acción para reclamar la restitución de las fincas enajenadas, porque siendo continuadora de la personalidad jurídica de su madre en el concepto de heredera de la misma, siquiera se hubiera acogido al beneficio de inventario, que no produce otros efectos que los establecidos en el artículo 1.023 del Código civil, le alcanza la regla 2.^a del artículo 1.306, que niega al culpable la facultad de repetir lo que hubiere dado a virtud del contrato ni pedir el cumplimiento de lo que se le hubiere ofrecido, cuando, como sucede en el caso actual, el otro contratante estuviese exento de culpa, doctrina que, con relación a un caso análogo, ha sido declarada por este Tribunal Supremo en la Sentencia de 4 de julio de 1896, alegada en el recurso.”

121. Contra el criterio de esta jurisprudencia se han manifestado Scaevola (697), De Diego (698), De Buen (699), Marín Monroy (700), Sols García (701), Ruiz Artacho (702), Santamaría (703) y Castán Tobeñas (704). Estos dos últimos autores han entendido que la antigua doctrina del Tribunal Supremo ha sido superada por la

(696) MUCIUS SCAEVOLA, op. cit., vol. XVII, arts. 974, 975 y 976, D, 2.º, p. 292.

(697) SCAEVOLA, loc. últ. cit., pp. 292 y ss.

(698) Felipe CLEMENTE DE DIEGO, “Dictámenes...”, vol. cit., dict. n. 42, p. 42.

(699) DE BUEN, *Notas* al “Curso...” de Colin y Capitant, vol. cit., p. 392.

(700) Antonio MARÍN MONROY, “La reserva llamada tradicional u ordinaria. Su evolución”, en R.C.D.I. VI, diciembre 1930, pp. 904 y ss. y nota 185.

(701) Pedro SOLS GARCÍA, “El heredero; ideas para su estudio”, en R.C.D.I. XX, septiembre 1944, pp. 575 y ss.

(702) J. RUIZ ARTACHO, “Algo más sobre las reservas”, en R.C.A.I. XXVII, junio 1951, pp. 435 y ss.

(703) J. SANTAMARÍA, “Comentarios...”, art. 975, vol. I, p. 920, y Juan SANTAMARÍA ANSA, “Legitimación del ...”, loc. cit., p. 282.

(704) José CASTÁN TOBEÑAS, “Derecho civil...”, vol. VI, 1.º, 7.ª ed., Madrid, 1960, § CX, II, 5, C, b, p. 198.

general relativa a los actos en perjuicio de la legítima, que debe aplicarse también a la reserva, y que con arreglo a la doctrina sentada por la S. de 19 de enero de 1950, los reservatarios, cuando defienden sus derechos a los bienes reservables, se asimilan a los terceros con personalidad distinta a la del reservista.

Pero los argumentos esgrimidos por estos autores se detienen en un punto de la cuestión sin profundizar más en ella. En efecto:

1.º El argumento de la diversidad de títulos, prescinde de que el heredero del enajenante sufre su deber de evicción.

2.º El de la ineficacia de los actos del difunto perjudiciales a sus herederos por haber violado un precepto legal, prescinde de los derechos del adquirente por la evicción que pesará sobre el caudal hereditario, y confunde estas enajenaciones con las simuladas o en fraude de ley.

3.º En general, olvidan que los derechohabientes, que no puedan reclamar a quien compró los bienes que les correspondían, tienen en cambio, conforme al artículo 1.085 C. c., derecho a reclamar a sus coherederos que no tuvieran derecho a la cosa, indebidamente enajenada por el *de cuius*, la parte a ellos correspondiente en su valor del que se lucrarían injustificadamente en caso contrario. La obligación de evicción corresponde a todos los herederos y no sólo a quienes tenían el derecho a reclamar que pierden por tener esa condición de herederos. Por eso, es evidente que pueden reclamar a los demás coherederos la parte correspondiente a su cuota respectiva de la obligación de evicción que el *de cuius* tendría sólo a favor de los por él despojados.

4.º La reacción a la S. de 19 de enero de 1950 no parece ajustada a la cuestión, puesto que se refiere al derecho a obtener su legítima, pidiendo la reducción de las donaciones disimuladas como podrían exigir la de cualquier otra donación inoficiosa. Algo que en ningún caso niegan los sustentadores de la otra tesis, pues el supuesto en cuestión se refiere a la impugnación de una enajenación onerosa, de cuya evicción responde la herencia del enajenante, por lo cual a los herederos les corresponde esta responsabilidad, aunque por otro título tengan derecho a impugnar la enajenación, y sin perjuicio de que en las relaciones internas entre los coherederos debe compensarse al heredero perjudicado por la enajenación.

122. Por esas razones, y por las positivas que luego referiremos, se han mostrado de acuerdo con la jurisprudencia clásica, Manresa (705), Sánchez Román (706), Díaz Cobeña (707), Valverde Valverde

(705) MANRESA, "Comentarios...", vol. VII, arts. 968 a 980, II, pp. 290 y siguientes.

(706) SÁNCHEZ ROMÁN, "Curso...", vol. VI-II, cap. n. 161, e), pp. 1041 y siguientes.

(707) Luis DÍAZ COBEÑA, "Dictámenes", Madrid, 1919, dict. XV, D (20 de abril de 1908), p. 243.

de (708), Borrell y Soler (709), Royo Martínez (710), si bien éste sólo se limitó a recoger la doctrina del Tribunal Supremo, Dávila García (711), Virgili Sorribes (712), de cuyas opiniones nos hemos ocupado con detalle en nuestro estudio últimamente citado (713).

Díez Picazo (714) ha aclarado bien el alcance, en este punto, de la doctrina de los actos propios una vez distinguidos el derecho del causante y el derecho propio del heredero derivado de otro título diverso del de herencia, al observar:

“Ocurre, sin embargo, en ocasiones, que el ejercicio del derecho propio del heredero queda impedido por la aceptación de la herencia del causante, cuando la situación jurídica del causante era contraria al ejercicio de este derecho. Tomemos el siguiente ejemplo: el padre ha enajenado irregular e indebidamente los bienes del hijo; el hijo es titular de una acción dirigida a impugnar esta enajenación y a obtener la restitución de los bienes; si, antes de ejercitar esta acción, fallece el padre y el hijo acepta la herencia, el ejercicio de la acción de impugnación queda impedido. Al entablar la acción, se dice, el heredero viene contra los actos del difunto, que, como heredero está obligado a respetar. Así como el padre enajenante no podía impugnar la enajenación, tampoco puede ya hacerlo el hijo. Aquí, en rigor, no se da ninguno de los supuestos típicos de inadmisibilidad del “venire contra factum proprium”, que suponían, como hemos visto, que la pretensión y el derecho en que se funda hubieran sido transmitidos por el causante al heredero. Aquí hay una pretensión originaria del heredero, que queda impedida al aceptar la herencia del causante. Es un fenómeno semejante al de la confusión de derechos, aunque no idéntico. La confusión supone la reunión de las dos cualidades o de las dos titularidades de una relación jurídica —v. gr., acreedor y deudor— en la persona del heredero. Si el causante era acreedor y el heredero deudor, el crédito se extingue con el fenómeno sucesorio. En nuestro caso la acción se dirige contra un tercero: el adquirente de los bienes. Esta acción queda impedida por reunirse en una sola persona, a través de una sucesión “mortis causa”, la cualidad del

(708) VALVERDE VALVERDE, op. y vol. cits., p. 480, nota 1.

(709) Antoni M. BORRELL I SOLER, *Miscel·lania Jurídica*, Rev. Jur. de Cat., XXXII, cit., p. 300.

(710) ROYO MARTÍNEZ, op. cit., cap. XX, pp. 234 y ss.: “En cuanto a los reservatarios, pueden ejercitar las acciones de impugnación de las enajenaciones a que se refiere el artículo 975, pero si tienen además el carácter de herederos del reservista, las Sentencias de 4 de julio de 1896 y 6 de mayo de 1902 han declarado que, en cuanto tales herederos, no les es lícito impugnar los actos realizados por el causante.”

(711) Julián DÁVILA GARCÍA, “Herederos y legitimarios (Donde hay herencia no hay legítima)”, R.C.D.I. XIV, octubre 1943, pp. 667 y ss. y 670.

(712) Francisco VIRGILI SORRIBES, “Heredero forzoso y heredero voluntario: su condición jurídica (El llamado heredero forzoso no es heredero)”, en R.C.D.I. XVIII, julio-agosto 1945, pp. 488, 489 y 492 y ss.

(713) “La Jurisprudencia del Tribunal Supremo y...”. loc. cit., pp. 379 a 382.

(714) Luis Díez PICAZO, “La doctrina de los actos propios”, cap. IX, IV, pp. 235 y s.

titular de la acción de impugnación y la cualidad de sujeto especial-mente vinculado por el negocio, o por la situación jurídica, y obligado especialmente a respetarla. Esta "confusión" produce la extinción de la acción, siempre que con ello no quede perjudicada la legítima del heredero forzoso."

123. Nuestra opinión, concretamente con respecto a la posición de los reservatarios, la razonamos ampliamente en nuestro estudio del artículo 811 (715). Aquí nos interesa precisar, concretamente, el supuesto del reivindicante legitimario, según sea o no heredero del enajenante, supuestos respecto de los cuales recogemos las siguientes conclusiones:

a) *Si el reivindicante, que es legitimario, no es heredero del enajenante, sino legatario o simple legitimario.*

Es evidente que en este caso la reivindicación será posible y que el reclamante, por esa circunstancia de no ser heredero, no responderá de evicción (716). No obstante, aunque no esté obligado personalmente al saneamiento y la evicción, en cambio (como deuda que ésta es de la herencia, su montante disminuirá el activo líquido hereditario y, por ende, la cuantía de su legítima.

b) *Si el reivindicante, que es legitimario, es heredero del enajenante.*

En principio, como en el caso anterior, tendrá evidentemente, por una parte, derecho a los bienes indebidamente enajenados por el causante que le correspondían por otro título, y, como legitimario, al montante de su legítima. Ahora bien, la responsabilidad solidaria (art. 1.084) de todos los coherederos al saneamiento por evicción (arts. 1.461 y 1.478) de las enajenaciones de su causante (art. 661), le impedirá aquella reivindicación. A igual resultado se llega por el *principio de convalecencia*, del cual Jerónimo González (717) hace aplicación entre otros supuestos: "3. Si el mismo heredero enajenante es heredado por el verdadero titular, y éste responde ilimitadamente por las deudas de su propio causante."

No obstante, el heredero que por esta razón no pueda reivindicar los bienes que por otro título le correspondían, puede reclamarse conforme al artículo 1.085 C. c. a sus coherederos, a prorrata de las respectivas cuotas de éstos, la parte que a los mismos corresponda en la obligación de evicción y saneamiento que la herencia debe a su vez al heredero perjudicado en su derecho por no poder reclamar como tal contra la indevida enajenación del causante. Obligación que existe, aun sin necesidad de recurrir al artículo 1.083, pues esa obligación es deuda del caudal del causante, del cual debe restarse para

(715) "La Jurisprudencia...", loc. cit., pp. 384 y ss.

(716) Ver nuestros "Apuntes de Derecho Sucesorio", I, § 3.º, pp. 25 y ss., y II, § 6.º, F, pp. 298 y ss.

(717) Jerónimo GONZÁLEZ MARTÍNEZ, "Principios hipotecarios", IX, "Principio de tracto sucesivo", E, en "Estudios de Derecho hipotecario y Derecho civil", t. I, Madrid, 1948, pp. 421 a 424, y en R.C.D.I. III, septiembre 1927, pp. 683 y ss.

obtener el activo líquido. Y además, como legitimario, podrá éste reclamarles también, con el apoyo del artículo 815, el complemento preciso para que —además de reparársele su personal perjuicio— le quede íntegramente cubierta su legítima.

Su situación será mejor y más clara si acepta la herencia a beneficio de inventario. En ese caso, además de su derecho, frente al adquirente de los bienes indebidamente enajenados por el causante, a su valor en cuanto su adquisición hereditaria no se la cubra; deberá obtener su legítima naturalmente computada deduciendo del caudal, como integrante del pasivo, la obligación de saneamiento por los bienes indebidamente enajenados.

Pero, si no hace uso de este beneficio, sólo podrá reintegrarse repercutiendo contra los otros herederos a prorrata, en cuanto le sea posible obtenerlo. No debemos olvidar que el beneficio de inventario exige unas formalidades establecidas para garantizar a los acreedores del causante (y acreedor resulta todo comprador suyo vencido por evicción) de que no les serán ocultados ni distraídos bienes integrantes del activo hereditario:

H) NORMAS ESPECIALES DE LA COMPILACIÓN CATALANA RELACIONADAS CON ESTA MATERIA.

124. El artículo 209, § 2, dice que *“al fideicomisario no le vincularán como propios los actos que respecto del fideicomiso haya realizado el fiduciario, aunque sea su heredero, a no ser que éste le impusiere esta vinculación en el título sucesorio”*.

Pero, naturalmente, esta no vinculación no impide que el fideicomisario soporte su responsabilidad, como heredero, al saneamiento por evicción a favor del adquirente que resulte sujeto pasivo de su reivindicación, y que pueda reducir el montante de su legítima, en su caso.

Y el artículo 263 señala entre los efectos de la aceptación de la herencia a beneficio de inventario: *“4.º Al heredero le vincularán los actos propios de su causante, pero en cuanto ello implique deuda hereditaria se aplicará lo dispuesto en este artículo.”* Su aplicación creemos que lleva a resultados iguales, para el supuesto que nos ocupa, de los que antes hemos hallado al estudiarlo en el régimen del Código civil, si bien esta norma de la Compilación catalana es indudable que los especifica explícitamente.

