

## Legados otorgados a legitimarios. Función, imputación y asunción de la carga en el Derecho español e italiano

VINCENZO BARBA

Catedrático de Derecho civil  
Universidad de Roma «La Sapienza»

### RESUMEN

*El objeto de este estudio es analizar, distinguiendo todos los supuestos posibles, la regulación de los legados a favor del legitimario en el Derecho español e italiano, con el fin de ofrecer una visión clara y dar indicaciones útiles a la hora de otorgar testamento.*

*Tras un breve análisis de las legislaciones italiana y española, se aclara que los legados ordenados a favor de legitimarios plantean dos tipos de problemas diferentes: el relativo a la relación entre el legado y legítima (para aclarar si existe o no una lesión del legitimario) y el relativo a la relación del legado con la posición del legitimario-heredero (para aclarar sobre qué personas debe recaer el legado). La combinación de estos distintos elementos genera una multiplicidad de supuestos que se analizan detenidamente, proponiendo también ejemplos con el fin de aclarar las diferencias que determina una u otra elección.*

*Por lo que se refiere a la cuestión de las personas sobre las que debe recaer el legado, la respuesta que ofrece el Derecho italiano y el español es sustancialmente la misma, de modo que en ambos ordenamientos jurídicos pueden distinguirse tres supuestos según que el legado grava a todos los herederos (prelegado), o a personas distintas del beneficiario, o, finalmente, al propio beneficiario.*

*Por lo que se refiere a la imputación del legado, la respuesta ofrecida por el Derecho español y el italiano es parcialmente diferente. En el Derecho italiano, en el que no existe la mejora, el legado otorgado a favor del legitimario puede ordenarse con o sin dispensa de imputación. En el Derecho español, en cambio, limitadamente a los legados otorgados a favor de descendientes, las posibilidades son más amplias, ya que es necesario establecer si el legado se debe imputar a mejora, legítima corta, o tercio de libre disposición. Se identifican así seis posibles casos.*

*De la combinación de uno y otro surge un panorama complejo, que da lugar a ocho supuestos en Derecho italiano y en el Derecho español limitadamente a los legados otorgados a favor del cónyuge o de ascendientes y a*

*dieciocho supuestos en Derecho español en el supuesto de legados otorgados a favor de descendientes.*

*En la última parte, se examina una figura expresamente regulada en el Derecho italiano y no regulada en el Derecho español, cual es el legado en sustitución de la legítima, también con el objetivo de comprobar si puede ser útil en el Derecho español.*

### PALABRAS CLAVE

*Legado; legítima; herencia; heredero; herederos forzosos; legitimarios; mejora; imputación; tercio de libre disposición; prelegado; derecho de sucesiones.*

## Legacies granted to legitimate beneficiaries. Function, imputation and assumption of the burden in Spanish and Italian law

### ABSTRACT

*The purpose of this study is to analyse, distinguishing all possible cases, the regulation of bequests in favour of the legitimated in Spanish and Italian law, to offer a clear vision and give useful indications when making a will.*

*After a brief analysis of Italian and Spanish legislation, it is made clear that bequests ordered in favour of legitimated beneficiaries raise two different sets of problems: that concerning the relationship between the bequest and the legitimated share (to clarify whether or not there is injury to the legitimated beneficiary) and that concerning the relationship between the bequest and the position of the legitimated heir (to clarify on which persons the burden of the bequest should fall). The combination of these different elements generates a multiplicity of cases that are analysed in detail, with examples also being proposed to clarify the differences that determine one or the other choice.*

*As regards the question of the persons on whom the legacy should fall, the answer offered by Italian and Spanish law is substantially the same, so that in both legal systems three cases can be distinguished according to whether the testator makes the legacy fall on all the heirs (prelegato), or on persons other than the beneficiary, or, finally, on the beneficiary himself.*

*As regards the imputation of the legacy, the answer offered by Spanish and Italian law is partially different. In Italian law, where there is no improvement, the legacy in favour of the legatee can be ordered with or without a waiver of imputation. In Spanish law, on the other hand, limited to bequests ordered in favour of descendants, the possibilities that can be given are wider, since it is necessary to establish whether the legacy is to be imputed to «mejora, legítima corta, o tercio de libre disposición». Four possible cases are thus identified.*

*A complex picture emerges from the combination of one and the other, which gives rise to eight cases in Italian law and in Spanish law, limited to legacies granted in favour of the spouse or ascendants, and 16 cases in Spanish law in the case of legacies granted in favour of descendants.*

*In the last part, a figure expressly regulated in Italian Law and not regulated in Spanish Law is examined, which is the legacy in substitution of the legitimate, also with the aim of checking whether it can be useful in Spanish Law.*

## KEYWORDS

*Legacy; Legacy; heir; heirs; forced heirs; legitimated heirs; improvement; imputation; third of free disposition; pre-legacy; inheritance law.*

SUMARIO: I. Introducción.–II. Normas esenciales del derecho italiano y español para reconstruir la regulación de los legados a favor de legitimarios.–III. El legado a favor del legitimario que no sea heredero 3.1 El caso en cuestión. 3.2 Renuncia al legado por parte del legatario-legitimario, que no sea heredero. 3.3 Aceptación del legado por el legatario-legitimario, que no sea heredero. 3.3.1 El Derecho italiano. 3.3.2 El Derecho español: el supuesto de legado a favor del cónyuge o de ascendientes. 3.3.3 El Derecho español: el supuesto de legados a favor de descendientes.–IV. El legado a favor del legitimario que sea heredero (por ley o por testamento). 4.1 El caso en cuestión. 4.2 Renuncia del legado por parte del legatario-legitimario, que sea heredero. 4.3 Aceptación del legado por el legatario-legitimario, que no sea heredero. 4.4 Legado a favor de un legatario heredero: identificación de las consecuencias en función de la persona sobre la que recae el legado. 4.4.1 Supuesto a): prelegado: es decir legado que grava a todos los herederos (incluido, por lo tanto, al legatario-heredero). 4.4.2 Supuesto b): legado que non grava al legatario-heredero. 4.4.3 Supuesto c) legado que grava sólo al legatario-heredero. 4.5 Los posibles supuestos que se plantean al combinar la cuestión de la persona obligada al cumplimiento del legado con la de su imputación. 4.5.1 Legado a favor del legitimario-heredero en Derecho italiano. 4.5.1 A. Prelegado. 4.5.1 B. Legado a favor del legitimario-heredero que grava a personas distintas del beneficiario. 4.5.1 C. Legado a favor del legitimario-heredero que grava al propio beneficiario. 4.5.1 D. Síntesis. 4.5.2 Legado a favor del legitimario-heredero en Derecho español: legado a favor del cónyuge o de ascendientes. 4.5.2 A. Prelegado. 4.5.2 B. Legado a favor del legitimario-heredero que grava a personas distintas del beneficiario. 4.5.2 C. Legado a favor del legitimario-heredero que grava al propio beneficiario. 4.5.2 D. Síntesis. 4.5.3. Legado a favor del legitimario-heredero en Derecho español: legado a favor de descendientes. 4.5.3. A. Prelegado. 4.5.3. B. Legado a favor del legitimario-heredero que grava a personas distintas del beneficiario. 4.5.3. C. Legado a favor del legitimario-heredero que grava al propio beneficiario. 4.5.3 D. Síntesis.–V. Una figura típica del derecho italiano: el legado en sustitución de la legítima. 5.1 Función del legado en sustitución de la legítima. 5.2 Derecho a elegir entre obtener el legado o renunciar a él. 5.3 La

elección de obtener el legado en sustitución de la legítima. 5.4 El legítimo-legatario que consigue el legado en sustitución de la legítima sigue siendo considerado legítimo. 5.5 El legado en sustitución de la legítima y el legado *ex lege* que corresponde al cónyuge *ex* artículo 540.2 CCIt (derecho de habitación sobre la vivienda familiar). 5.6 Elección de renunciar al legado y reclamar la legítima. 5.7 Legado en sustitución de legítima y cautela sociniana. 5.8 Legado en sustitución de la legítima con facultad de solicitar el complemento de la legítima.—Bibliografía. Resoluciones de los tribunales.

## I. INTRODUCCIÓN

El legado ordenado a favor del legítimo exige que el intérprete coordine las normas generales sobre legados con las relativas a la protección de los legítimos y a la sucesión, de modo que esta combinación puede constituir un prisma privilegiado para estudiar el derecho de sucesiones.

Con independencia del ordenamiento jurídico concreto que se tome como punto de referencia, dentro de los que reconocen la legítima<sup>1</sup>, la investigación debe partir de la consideración de que

<sup>1</sup> Haciendo una ejemplificación conspicua, incapaz de captar la complejidad del fenómeno sucesorio, podría decirse que la regulación de la legítima puede responder, desde un punto de vista puramente funcional, a dos lógicas profundamente distintas, aunque en muchos aspectos capaces de entrecruzarse. Por un lado, la legítima como atribución hereditaria forzosa y, por otro, la legítima como regulación negativa. En algunos sistemas jurídicos, la legítima ha tenido y sigue teniendo la función predominante de asegurar a los legítimos la cualidad de heredero, mientras que en otros tiene la función predominante de asegurar a los legítimos una parte del haber hereditario. En un caso, el interés protegido es la obtención de la cualidad de heredero y la legítima constituye una *pars hereditatis*. Los legítimos son herederos necesarios en el sentido de que la ley establece mecanismos para asegurar su llamamiento a la sucesión *ipso iure*, es decir, con independencia de la voluntad del causante y de una demanda. De ello se desprende que la legítima debe considerarse un verdadero tipo de sucesión, autónoma con respecto tanto a la sucesión intestada como a la sucesión testamentaria.

Desde otra perspectiva, en la que la doctrina mayoritaria sitúa tanto al Derecho italiano como al español, el interés protegido es que los legítimos consigan una parte del caudal hereditario, con independencia de que adquieran también la condición de herederos. Ello no excluye que en algunos casos los legítimos, tras el ejercicio de la acción de reducción, adquieran también la condición de herederos, pero ello sólo es instrumental para obtener una parte de la herencia. Al legislador no le importa que los legítimos se conviertan en herederos, sino que logren una participación en la herencia, siendo esencialmente irrelevante el título de adquisición de esta *pars bonorum*. Según esta concepción, la legítima tiene una función de freno o regulación negativa. Los medios técnicos por los que la ley garantiza al legítimo una parte del haber hereditario dependen de la forma en que cada ordenamiento jurídico considere la legítima o, más exactamente, su contenido. En este sentido, también a modo de ejemplo, pueden aislarse al menos cuatro sistemas diferentes, según se entienda la legítima como *pars valoris*, como *pars valoris bonorum*, como *pars valoris bonorum qua in specie heres solvere debet*, como *pars bonorum*. (Para profundizar esta distinción v. BARBA, *La successione dei legittimari*, 2020, pp. 11-32). En el primer caso se atribuye al legítimo un mero derecho de crédito, que también puede ser

en materia de legados a favor de un legitimario se superponen inevitablemente dos órdenes de valoración distintos, según que, respecto del legatario-beneficiario, se considere la posición de here-

satisfecho con dinero no hereditario; en el segundo caso se atribuye al legitimario el derecho a una parte del valor de la herencia garantizado por los propios bienes que la integran; en el tercer caso se atribuye al legitimario el derecho a un valor fijo que debe ser satisfecho con bienes de la herencia; en el último caso se atribuye a los legitimarios una copropiedad de los bienes hereditarios (v. RIVAS MARTÍNEZ, 2009, pp. 1405-1460).

En el Derecho italiano, la doctrina mayoritaria considera la legítima como *pars valoris bonorum*, ya que atribuye al legitimario no sólo el derecho a conseguir una parte del haber hereditario, sino también el derecho de satisfacer esta pretensión con bienes hereditarios. Sentada esta premisa, es posible detener algunas consideraciones: la protección de los legitimarios no constituye un tercer tipo de sucesión; los legitimarios no deben, necesariamente, adquirir la cualidad de heredero; la cualidad de heredero es instrumental para conseguir una *pars bonorum*; las denominadas cuotas de reserva o legítimas no son cuotas de herencia, sino cuotas de los bienes. Una doctrina distinguida, pero aislada, ha sostenido que la legítima confiere la cualidad de heredero (CICU, 1943, p. 147 ss.).

En el Derecho español se encuentra un vivo debate, en el que se han planteado básicamente tres tesis.

Según la tesis dominante, que yo comparto, la legítima sería una *pars bonorum*; la ley no atribuiría al legitimario la cualidad de heredero, sino un derecho a percibir una cuota líquida del caudal relicto. La legítima se calcula exclusivamente sobre el activo patrimonial remanente una vez liquidadas las deudas, y añadidas las donaciones: será por tanto una fracción del caudal exento de deudas, y no una parte de la herencia, que integra en sí bienes y cargas. (Así, VALLET DE GOYTISOLO, 1974, p. 180 ss.; VALLET DE GOYTISOLO, 1974, p. 549; LACRUZ BERDEJO, 2009, p. 309 ss.; GARCÍA RUBIO, 1989, p. 85 ss.; TORRES GARCÍA y DOMÍNGUEZ LUELMO, «La legítima en el Código civil (I)», 2012, p. 25, 28, 49 ss.; REAL PÉREZ, 1988, p. 80 ss. MENÉNDEZ MATO, 2012, p. 51 ss.). Según ROCA SASTRE, 1944, p. 35 ss., cuya tesis quedó aislada, la legítima es una cuota de valor del activo patrimonial líquido, realizable *in natura*, que se encuentra garantizada por una especial afección sobre los bienes, es decir una *pars valoris bonorum*. Finalmente, según una parte de la doctrina española la legítima sería una *pars hereditatis*, y el legitimario un verdadero heredero forzoso, que tiene derecho a que se le atribuya por este título una parte de los bienes que corresponden a su causante. La cualidad de legitimario no atribuye simplemente el derecho a la percepción de una cuota de bienes, sino que otorga la plenitud de facultades personales y patrimoniales que corresponden al heredero. En este sentido, PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, 1985, p. 849 ss.; PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, 1986, p. 571 ss. MIQUEL GONZÁLEZ, 2014, pp. 983, 988; MIQUEL GONZÁLEZ, 2009, p. 500 ss.; ESPEJO LERDO DE TEJADA, 1996, pp. 217 ss., 360 ss.; RODRÍGUEZ-ROSADO, 2017, pp. 113 ss. Este último autor, afirma a p. 118: «A pesar de todo, creo que, si se analiza con detenimiento el Código civil, es posible descubrir que éste concibe la legítima como un derecho a ser instituido heredero en la sucesión del causante. Y es que, como ha dicho José María Miquel, hay una serie de artículos que adquieren pleno sentido si se acepta esa concepción, y que de otro modo resultan escasamente fundados». Precisa a la p. 113: «Como bien ha dicho José María Miquel, la posición de legitimario es una posición compleja, que comprende fundamentalmente tres aspectos: el derecho a una porción de bienes (legítima material); un cierto derecho –técnicamente una carga– a ser mencionado en el testamento de su causante (legítima formal); y el derecho, frente al resto de herederos forzosos, a que éstos computen en sus respectivas cuotas las atribuciones que recibieron del causante en vida de éste, salvo disposición expresa en contrario (colación)».

Este trabajo parte de la premisa de que la legítima constituye una regulación negativa, aunque la mayoría de las conclusiones que se desarrollan, si bien con algunos matices, pueden ser válidas también si se quiere adherir a la tesis que considera la legítima una *pars hereditatis*. Incluso desde esta perspectiva, bien podría darse la situación de un legatario-legitimario que no fuera heredero, si su legítima hubiera sido satisfecha íntegramente por el legado o por donaciones anteriores. En cualquier caso, incluso si, adhiriéndose a tal reconstrucción, se descartara la posibilidad de que el legitimario no fuera heredero, todas las consideraciones, que son las que prevalecen y las que han motivado esencialmente este estudio, relativas al caso de un legitimario que también es heredero, permanecerían ciertamente inalteradas.

dero (y, por tanto, su cuota hereditaria) o la condición de legitimario (y, por tanto, su legítima)<sup>2</sup>.

No es casualidad, aunque a menudo se ha infravalorado este hecho, que en la regulación tanto del CC italiano como del CC español sobre los legados se utilicen dos expresiones verbales distintas, según se pretenda hacer referencia a uno u otro problema: «gravar» (arts. 858 CCEs; 662 CCIt) e «imputar» (arts. 1035, 819, 828 CCEs; 564.2 CCIt).

Los dos verbos evocan dos fenómenos totalmente distintos, ya que el primero se utiliza para establecer la carga del legado, es decir, en la cuota hereditaria de quién grava el legado, mientras que el segundo se utiliza para establecer la relación entre la atribución patrimonial del legado y la legítima<sup>3</sup> y, por tanto, si esta atribución patrimonial debe o no tenerse en cuenta para determinar la legítima que corresponde al legitimario<sup>4</sup>. Ese aspecto adquiere connotaciones aún más particulares en el Derecho español en el que, como es sabido, se distingue, limitadamente a los descendientes, entre legítima estricta o corta y mejora y, por tanto, se precisa establecer si y cuándo el legado debe atribuirse a la legítima estricta o a la mejora<sup>5</sup>.

Más allá de esta distinción, que hay que subrayar, conviene señalar, en un plano más general, que existe una diferencia sustancial entre la cuota hereditaria y la legítima, ya que la primera indica

---

<sup>2</sup> Por todos, CICU, 1952, p. 277 ss., según el cual, aunque no se puede prescindir en la comprensión de su pensamiento de su idea de reserva y de legítima, hay que mantener los dos aspectos distintos. «Il non distinguere le due quote, porta la dottrina a vedere i nomi donazione o legato fatto al legittimario, donazione o legato fatto un conto del diritto che la legge gli attribuisce».

<sup>3</sup> STS 210/2008, de 24 de enero, Ponente: Xavier O'callaghan Muñoz (ECLI: ES:TS:2008:210), en el fundamento núm. 1, se lee: «La imputación es el colocar a cuenta de la legítima lo que un legitimario ha recibido de su causante como heredero, como legatario o como donatario. A ella se refieren las sentencias citadas, de 31 de abril de 1990 y 28 de septiembre de 2005. Artículo 819 del Código civil, que se refiere a la imputación de las donaciones».

<sup>4</sup> MENGONI, 2000, p. 118); VIRGILIO y DAL RI, 2013, p. 323. TORRES GARCÍA y DOMÍNGUEZ LUELMO, La legítima en el Código civil (I), 2016, p. 373 «A través de la imputación se colocan en la parte de legítima o en la parte libre las donaciones, legados e instituciones *ex re certa* realizados por el causante, tanto a favor de legitimarios como de extraños, con el objeto de comprobar si resultan o no inoficiosos, lo que en su caso dará lugar al ejercicio de la correspondiente acción de reducción».

<sup>5</sup> TORRES GARCÍA y DOMÍNGUEZ LUELMO, «La legítima en el Código civil (I)», 2012, TORRES GARCÍA y DOMÍNGUEZ LUELMO, La legítima en el Código civil (I), 2016; VELA SÁNCHEZ, 2018, p. 334 s., «la imputación consiste en la atribución contable de las donaciones y de las disposiciones por causa de muerte del causante a la parte de legítima estricta, al tercio de mejora –cuando existan descendientes en la herencia– o a la parte de libre disposición de la herencia<sup>2</sup>. Pues bien, a pesar de la trascendencia de esta cuestión de la imputación de donaciones y legados –o instituciones *ex re certa*, a tenor del artículo 768 CC– en el haber hereditario, no existe una sistematización de la misma, ni en el propio Código Civil, ni en la doctrina civilista. Hay sólo una serie de preceptos sueltos en nuestro cuerpo legal y alguna que otra aproximación en los autores especializados, pero no una clasificación pormenorizada, organizada y práctica».

la parte abstracta del haber hereditario en la que el heredero sucede al causante, con todas las consecuencias que ello conlleva en cuanto a las normas de la sucesión (fuerza expansiva, responsabilidad por las deudas hereditarias, facultades más amplias, colación, etc.), mientras que la segunda expresa la parte del caudal hereditario que la ley reserva a los legitimarios, es decir, el valor o la cantidad de bienes que ellos tienen derecho a percibir<sup>6</sup>.

Aunque ambas se expresan en forma de fracciones de la masa hereditaria, enuncian magnitudes radicalmente distintas, porque el denominador es diferente: en el caso de la cuota hereditaria, se hace referencia exclusivamente al haber hereditario neto, es decir, al *relictum* menos el *debitum*, mientras que en el caso de la legítima se hace referencia a la masa hereditaria ficticia, es decir, al caudal hereditario calculada conforme a los criterios establecidos en las normas de la reunión ficticia, es decir *relictum* menos *debitum* más *donatum* (arts. 818 CCEs; 556 CCIt.).

Dicho de otro modo,  $\frac{1}{2}$  de la legítima no corresponde necesariamente a  $\frac{1}{2}$  de la cuota hereditaria, porque el legitimario que obtiene  $\frac{1}{2}$  de la legítima puede convertirse en heredero por una parte aún mayor<sup>7</sup>.

<sup>6</sup> BARBA, *La successione dei legittimari*, 2020, p. 199 ss.

<sup>7</sup> Un caso puede ayudar a comprender el fenómeno. Imaginemos que D. Pedro fallece dejando un solo hijo y un testamento en el que instituye heredero universal a su amigo Carlos. El testamento perjudica manifiestamente la posición del hijo que, como legitimario, conforme al artículo 537.1 CCIt, tendría derecho a una legítima de  $\frac{1}{2}$ . La cuestión es si esta legítima de  $\frac{1}{2}$  se corresponde con la cuota en la que debe ser considerado heredero.

En caso de que no haya *donatum*, esa legítima corresponde a la cuota hereditaria. Esto se debe a que las cantidades consideradas pasan a ser, en esencia, iguales. Por el contrario, en caso de que exista *donatum*, dicha legítima no se corresponde con la cuota de la herencia. Ello se debe a que las dos magnitudes consideradas son sustancialmente diferentes.

Comencemos por el primer supuesto.

Supongamos un *relictum* de 100, un *debitum* de 40. El hijo, como legitimario, tiene derecho a una legítima de  $\frac{1}{2}$ , es decir 30 ( $\frac{1}{2}$  de 100-40+0). Si dijéramos que D. Pedro es heredero por  $\frac{1}{2}$  del haber hereditario, obtendría bienes por un valor exactamente igual a su legítima, porque participaría por mitad en el *relictum* y en el *debitum*, con lo que al final obtendría una ganancia neta de 30 (tendría derecho a la mitad del *relictum*, es decir 50, pero tendría que contribuir al pago de la mitad de las deudas de la herencia, es decir 20). En ausencia del *donatum*, podemos decir que la legítima corresponde con la cuota hereditaria.

Analicemos, ahora, el segundo supuesto, es decir que haya *donatum*.

Supongamos un *relictum* de 100, un *debitum* de 20 y un *donatum* de 60. El hijo, como legitimario, tiene derecho a una legítima de  $\frac{1}{2}$  es decir 70 ( $\frac{1}{2}$  de 100-20+60). Si dijéramos que D. Pedro es heredero de  $\frac{1}{2}$  del haber hereditario, no recibiría bienes por el valor correspondiente a su legítima, porque conseguiría la mitad del *relictum* (100) y el *debitum* (20), con lo que al final obtendría una ganancia neta de 40. Esto demuestra que la legítima de  $\frac{1}{2}$ , es decir, 70, no confiere a D. Pedro la condición de heredero en la  $\frac{1}{2}$  del haber hereditario, sino en una parte mucho mayor. Le atribuye una cuota hereditaria de  $\frac{7}{8}$  de la herencia (en el *relictum* toma  $\frac{7}{8}$  de 100, es decir, 87,5; como *debitum* paga  $\frac{7}{8}$  de 20, es decir, 17,5, con lo que consigue un beneficio neto de 70, es decir, 87,5 - 17,5), con la consecuencia de que D. Pedro será heredero en  $\frac{7}{8}$ , mientras que, después de la reducción Carlos será heredero en  $\frac{1}{8}$  del haber hereditario.

La diferencia que existe entre la porción hereditaria y la legítima obliga, cuando se ordena un legado a favor del legitimario, a mantener muy diferenciados los dos problemas: por un lado, el inherente a la satisfacción de la legítima y, por otro, el inherente a su condición de heredero.

En primer lugar, hay que establecer si el legitimario a cuyo favor el testador ha ordenado el legado es heredero (por ley o por testamento) o no.

Si el legitimario está excluido de la sucesión (lo que puede ocurrir tanto en el caso de preterición, o sea un testamento que instituya a otras personas como herederos en la totalidad de la herencia, como en el caso de un testamento que desherede expresamente a dicho legitimario<sup>8</sup>), el legado otorgado en su favor sólo puede ser relevante con referencia a la legítima que le corresponde.

En Derecho italiano, a diferencia del español, se pueden dar sólo dos supuestos. El primero, que el legado se disponga en sustitución de la legítima (figura expresamente tipificada); el segundo, que se trate de un legado no sustitutivo. En el primer caso, se aplican en Italia las normas específicas previstas en el artículo 551 del Código Civil, mientras que en el segundo se trata de un legado ordenado a favor de un legitimario preterido y, por tanto, debe establecerse previamente la relación entre el legado y su legítima.

Si, por el contrario, el legado se dispone a favor de un legitimario que también es heredero (por ley o testamento), se plantean dos problemas distintos: en primer lugar, establecer en qué medida el legado interfiere en la legítima que le corresponde y, en segundo lugar, determinar a quién y cómo debe gravar el legado.

En las páginas que siguen, intentaré analizar cada uno de los supuestos con el fin de aclarar la relación entre legatario y legitimario, diferenciando cuando sea necesario entre el Derecho italiano y español.

---

Este ejemplo pone de manifiesto que, en presencia de un *donatum*, la legítima no se corresponde con la cuota hereditaria. En estos supuestos se hace imprescindible averiguar según qué criterios y mediante qué procedimiento es posible establecer la cuota en la que el legitimario debe ser considerado heredero. Debe entenderse, de entrada, que la cuota en la que el legitimario será heredero no se corresponde exactamente con la cuota de legítima y que dicha parte deberá determinarse en cada caso concreto comparando lo efectivamente conseguido con el haber hereditario.

<sup>8</sup> Cabe señalar que en el Derecho italiano no se prevé explícitamente la posibilidad de desheredar a un legitimario. La doctrina ha cuestionado durante mucho tiempo la validez de una disposición testamentaria de desheredación del legitimario. Durante mucho tiempo se pensó que la disposición testamentaria de desheredación debía considerarse nula. Más recientemente, se ha propuesto por el redactor BARBA, «La disposizione testamentaria di diseredazione», 2012, p. 763 ss. y aceptado por la doctrina que la desheredación de un legitimario no es nula, sino meramente susceptible de reducción.

Preliminarmente, con el único fin de aclarar aspectos de diferencias y similitudes, esbozaré, sin pretensión de exhaustividad, algunas líneas del Derecho italiano y español (apartado 2).

A continuación, analizaré el caso de un legado a favor de un legitimario que no es heredero. En este supuesto, el único problema que se plantea es la relación entre la atribución del legatario y la legítima, distinguiendo debidamente entre el Derecho italiano y el español (apartado 3).

Posteriormente, consideraré el caso en que el legatario-beneficiario es heredero, de modo que al problema anterior se añade también el de determinar sobre quién recae el legado, con el fin de demostrar que ello puede alterar significativamente la estructura general de la sucesión (apartado 4).

Por último, analizaré el legado en sustitución de la legítima, figura explícitamente tipificada en el Derecho italiano y no prevista en el Derecho español, también con el fin de comprobar si puede ser útilmente empleada en el Derecho español (apartado 5).

## **II. NORMAS ESENCIALES DEL DERECHO ITALIANO Y ESPAÑOL PARA RECONSTRUIR LA REGULACIÓN DE LOS LEGADOS A FAVOR DE LEGITIMARIOS**

En materia de legados, la diferencia entre el Derecho italiano y el español es muy limitada, hasta el punto de que es posible afirmar que existen normas sustancialmente comunes.

En cuanto al sujeto sobre el que recae el legado, las normas son sustancialmente similares. A falta de indicación expresa del testador, el legado recae sobre todos los herederos en proporción a sus cuotas (arts. 859.2 CCEs; 662 CCIt). No obstante, el testador puede establecer que el legado recaiga sobre un legatario, dando lugar a la figura del llamado sublegado, o que recaiga sobre uno o varios herederos determinados (arts. 858.1; 859.1 CCEs; 662 CCIt).

El legado a favor de un heredero, que recae sobre todos los herederos, es la conocida figura del prelegato, regulada expresamente en el Derecho italiano (art. 661 CCIt) e implícitamente en el Derecho español (art. 890.2 CCEs). Su rasgo característico es que el beneficiario soporta también la carga de su legado en proporción a su cuota hereditaria.

El legatario adquiere el derecho de forma automática, sin necesidad de aceptación (arts. 881 CCEs; 649 CCIt) y la persona gravada con el legado sólo queda obligada dentro de los límites del valor de la cosa legada (arts. 858.2 CCEs; 671 CCIt).

Por último, cabe señalar que un legado que tenga por objeto un derecho real determina la adquisición inmediata y automática del derecho por parte del legatario, afirmándose así que el legado produce efectos reales (arts. 882 CCEs; 649 CCIt). Esta precisión es poco relevante en el Derecho italiano, donde existe el principio de la transmisión de la propiedad puramente consensual (véase el art. 1376 CCIt), mientras que es especialmente significativa en el Derecho español, donde constituye una excepción al sistema de la transmisión mediante *traditio* que se aplica en materia contractual (art. 609.2 CCEs).

Significativamente diferente es, sin embargo, la regulación de la legítima entre el Derecho italiano y el español. El análisis, que por su exhaustividad requeriría un estudio monográfico autónomo, sugiere aquí sólo trazar, a grandes rasgos, los aspectos más relevantes para el estudio de los legados a favor de legitimarios. No obstante, debo señalar que, entre ambos sistemas, considero claramente preferible el español, aunque son posibles ciertas mejoras o cambios.

La legítima<sup>9</sup> en su conjunto no es muy diferente en ambos ordenamientos, aunque hay que señalar que en el italiano tiende a ser mayor<sup>10</sup>, que el cónyuge supérstite tiene derecho a la legítima com-

<sup>9</sup> La cuestión de si la sucesión de los herederos forzosos constituya o no un tercer tipo de vocación distinta de la legal y testamentaria sigue siendo problemática. En Derecho italiano ha prevalecido la solución negativa y para todos, véase, más recientemente, BARBA, *La successione dei legittimari*, 2020, pp. 11 ss. En Derecho español, aunque la posición negativa ha tenido una importancia considerable, la idea de que la sucesión de los herederos forzosos constituye un tercer tipo ha sido defendida por el profesor Lacruz desde los años setenta. Se trataría, más exactamente de un título específico de adquisición mortis causa en aquellos casos en los que se ha producido un incumplimiento de la legítima. Abogan por esta reconstrucción, TORRES GARCÍA y DOMÍNGUEZ LUELMO, «La legítima en el Código civil (I)», 2012, p. 33, «Se admite que esta vocación legitimaria a diferencia de la sucesión intestada opera llamando al legitimado perjudicado directamente y no a los restantes sucesores legales y además se abre en la medida del perjuicio que sufra, manteniéndose el testamento en lo restante. No es efectivamente un llamamiento ab intestato ya que si lo fuera entrarían en el reparto no solo el perjudicado sino todos los llamados».

<sup>10</sup> Se propone aquí un cuadro de síntesis:

		Derecho italiano		Derecho español	
	Herederos	Cuota Sucesión legal	Legítima	Cuota Sucesión legal	Legítima
1	Cónyuge	1 (583 c.c.)	½ (540.1 c.c.)	1 (944 c.c.)	Usufructo 2/3 (838 c.c.)
2	Solo un hijo	1 (566 c.c.)	½ (537.1 c.c.)	1 (artt. 931, 932 c.c.)	2/3 (808 c.c.)
3	Dos o más hijos	1 (566 c.c.)	2/3 (537.1 c.c.)	1 (artt. 931, 932 c.c.)	2/3 (808 c.c.)

pleta en propiedad y no sólo al usufructo, que el cónyuge separado conserva su legítima salvo que la separación le sea imputable<sup>11</sup>, que los legitimarios tienen derecho a la legítima en natura<sup>12</sup> e incluso tie-

	Herederos	Derecho italiano		Derecho español	
		Cuota Sucesión legal	Legítima	Cuota Sucesión legal	Legítima
4	Ascendentes	1 (568 e 569 c.c.)	1/3 (538.1 c.c.)	1 (935 c.c.)	½ (809 c.c.)
5	Cónyuge +	½	1/3	—	Usufructo 1/3 mejora (834 c.c.)
	Solo un hijo	½ (581 c.c.)	1/3 (542.1, c.c.)	1 (artt. 931, 932 c.c.)	2/3 (808 c.c.)
6	Cónyuge +	1/3	¼	—	Usufructo 1/3 mejora (834 c.c.)
	Dos o más hijos	2/3 (581c.c.)	½ (542.2 c.c.)	1 (artt. 931, 932 c.c.)	2/3 (808 c.c.)
7	Cónyuge +	2/3	½	1 (artt. 931, 932 c.c.)	Usufructo 1/2 (837 c.c.)
	Ascendentes	1/3 (582 c.c.)	¼ (544.1 c.c.)	—	1/3 (809 c.c.)
8	Cónyuge +	2/3	½ (540.1 c.c.)	1 (944 c.c.)	Usufructo 2/3 (838 c.c.)
	Hermanos y/o Hermanas	1/3 (582 c.c.)	—	—	—
9	Cónyuge +	2/3	½	—	1/3 (809 c.c.)
	Ascendente + Hermanos y/o Hermanas +	{ 1/3 (582 c.c.)	¼ (544.1 c.c.)	1 (935 c.c.)	Usufructo 1/2 (837 c.c.)
10	Ascendente + Colaterales	No menos de ½	1/3 (538.1, c.c.)	1 (935 c.c.)	½ (809 c.c.)
		Lo demás (571 c.c.)	—	—	—

<sup>11</sup> Diversamente, en Derecho español, el cónyuge separado, aunque sólo sea de hecho, pierde el derecho a la legitimación. para todos, véase TORRES GARCÍA y DOMÍNGUEZ LUELMO, «La legítima en el Código civil (II)» 2012, p. 114 ss.

<sup>12</sup> TORRES GARCÍA y DOMÍNGUEZ LUELMO, «La legítima en el Código civil (I)», 2012, p. 24 «Se mantiene como posición central de nuestro derecho de sucesiones con base en el artículo 806 CC el que en él la legítima es *pars hereditatis* debiendo ser satisfecha

nen derecho a obtener los bienes donados, aunque hayan sido enajenados a terceros (cfr. artículo 563 CCI) y, por último, que el cónyuge superviviente tiene derecho, además de a la legítima, al derecho de habitación sobre la vivienda familiar y al derecho de uso de los muebles.

En ambos ordenamientos rige el principio de intangibilidad cuantitativa de la legítima (arts. 813, CCEs; 549 CCI)<sup>13</sup>, mientras que se discute si existe también un principio de intangibilidad cualitativa, respecto del cual puede afirmarse, haciendo alguna simplificación, que en el Derecho italiano el legitimario debe conformarse con los bienes hereditarios, ya que la liquidación en metálico no es posible en ningún caso. Esto implica que el testador no puede hacer una división, atribuyendo al legitimario un derecho de crédito frente a otros herederos o liquidando su parte, y que el testador, también en virtud de la norma sobre la llamada *cautela socini* (art. 550 CCI), no puede satisfacer la parte del legitimario atribuyéndole sólo el derecho de usufructo o la nuda propiedad<sup>14</sup>.

El elemento que marca una importante diferencia entre el Derecho italiano y el español y que constituye, en mi opinión, un instrumento de gran importancia y ductilidad se refiere a la mejora<sup>15</sup>. En el Derecho italiano no existe distinción entre legítima en sentido

---

con bienes hereditarios, teniendo el legitimario derecho a una cuota del activo y del pasivo patrimonial del que era titular el causante en el momento de la apertura de la sucesión. De ello se deriva el que la porción legítima es parte de la herencia que tiene que ser recibida en bienes herenciales de ahí la denominación como *pars hereditatis* y en consecuencia el legitimario en cuanto cotitular de ellos, heredero además de sucesor universal, artículos 660 CC». TORRES GARCÍA y DOMÍNGUEZ LUELMO, «La legítima en el Código civil (I)», 2016, pp. 356, 378 ss. «Con ello se quiere poner de relieve que la legítima tiene que ser pagada con bienes de la herencia, esto es in natura, y el legitimario debe recibir una parte del activo líquido, deducidas las deudas, y no necesariamente en concepto de heredero sino por cualquier otro título, como el legado o la donación (artículo 815 CC)».

<sup>13</sup> En la STS 2854/2019, de 17 de septiembre, Ponente: Jose Luis Seoane Spiegelberg, (ECLI: ES: TS:2019:2854), se lee en el fundamento de derecho 3.1: «En definitiva, como dicen las SSTs 695/2005, de 28 de septiembre y 863/2011, de 21 de noviembre, las legítimas constituyen un sistema de reglamentación negativo, dado que la ley deja al causante disponer de sus bienes en la confianza de que va a cumplir voluntariamente, y por cualquier título, el deber de respetarlas, confiriendo al legitimario (artículo 763.2 del Código Civil), para el caso de que se superen en su perjuicio los límites establecidos, la facultad de ejercitar las acciones de defensa cuantitativa de las mismas, con la reclamación del complemento (artículo 815 del Código Civil), la reducción de legados excesivos (artículos 817 y 820 del Código Civil y sentencia de 24 de julio de 1986) o, en su caso, de las donaciones inoficiosas (artículos 634, 651, 819 y 820 del Código Civil), incluso aunque estén ocultas bajo negocios aparentemente onerosos (STS de 676/1986, de 14 de noviembre)».

<sup>14</sup> Del mismo modo, TORRES GARCÍA y DOMÍNGUEZ LUELMO, «La legítima en el Código civil (II)», 2016, p. 376.

<sup>15</sup> RODRÍGUEZ-ROSADO, 2017, p. 185, precisa que: «para no incurrir en confusión, se debe distinguir el tercio de mejora, como base contable máxima de que puede disponer el causante para hacer atribuciones a favor de sus hijos o descendientes reduciendo la legítima, la mejora como atribución patrimonial a título de donación, herencia o legado que se imputa a ese tercio, y la cualidad de mejora que se predica de cualquiera de dichas atribuciones. Distinguir cada uno de esos sentidos permite una mejor comprensión de toda esta materia».

estricto y mejora, con la consecuencia de que no es posible mejorar a ningún descendiente, ni siquiera si tuviera una discapacidad, y que la legítima debe dividirse siempre entre las hijas y los hijos a partes iguales. Esto significa que la única posibilidad de «favorecer» o, más correctamente, mejorar la posición de una hija o un hijo, es disponer a su favor de la parte de libre disposición<sup>16</sup>. En Derecho español, como es bien sabido, la legítima debida a los descendientes, igual a 2/3, se divide idealmente en dos partes: 1/3 de legítima estricta, que corresponde a los descendientes por partes iguales, y 1/3 de mejora, con la que el testador puede favorecer libremente a uno o varios descendientes<sup>17</sup>.

Este dato es muy importante a efectos de entender la materia de legados otorgados a favor de legitimarios, ya que, en Derecho italiano, para estudiar su relación con la legítima, solo hay que preguntarse si debe imputarse a la legítima o a la cuota de libre disposición, mientras que en Derecho español hay que preguntarse si debe imputarse a la legítima estricta, a la mejora o al tercio de libre disposición. En este sentido, es de significativa importancia el principio de que la mejora no se presume y que cualquier atribución patrimonial sólo se entenderá realizada a título de mejora si el disponente así lo ha declarado expresamente (véanse arts. 825, 828 CCEs).

Las normas de protección del legitimario, aparte de que los herederos forzosos siempre tienen derecho a la legítima en natura, presentan similitudes, pero también importantes diferencias.

El testador sólo puede disponer efectivamente de la parte de libre disposición, mientras que no puede menoscabar la legítima de los herederos forzosos (arts. 763, 817, 819.3 CCEs; 554, 555 CCIt). Las

<sup>16</sup> Cabe señalar que la mejora tiene una función de recompensa mucho más eficaz que el tercio de libre disposición, hasta el punto de que puede crear una diferencia sustancial en el tratamiento de los descendientes. RODRÍGUEZ-ROSADO, 2017, p. 186, precisa que: «su diferencia respecto a las atribuciones a los descendientes realizadas con cargo a la parte de libre disposición radica en que con ellas no sólo se favorece a un descendiente, sino que a la vez se disminuye la expectativa de los legitimarios a una mayor asignación igualitaria. En ese sentido debe decirse que las atribuciones a cargo de la mejora tienen un aspecto perjudicial para la legítima del resto de legitimarios que no tienen las atribuciones a cargo de la parte libre. Éstas últimas podrán ciertamente beneficiar a un legitimario, pero no serán en sentido técnico mejora –ni se les aplicarán por tanto sus reglas– porque no reducen la legítima del resto».

<sup>17</sup> TORRES GARCÍA Y DOMÍNGUEZ LUELMO, «La legítima en el Código civil (II)» 2012, p. 94 ss.; TORRES GARCÍA Y DOMÍNGUEZ LUELMO, «La legítima en el Código civil (II)», 2016, p. 422 ss., «Como se destaca en la STS 22 de noviembre de 1991 (RJ 1991, 8477), la finalidad de la mejora es desigualar los descendientes, por lo que de manera esencial su aplicación exige que exista una pluralidad de descendientes. Así pues, no existirá mejora (sino legítima amplia o larga), aunque se utilice esta palabra en el testamento, si se reparte igualitariamente entre todos ellos. No debe confundirse tercio de mejora con mejora efectiva. El tercio de mejora no es más que una unidad contable, que constituye el máximo en que se puede favorecer a unos legitimarios descendientes frente a los demás. En cambio, solo se puede considerar mejora la parte del tercio utilizada efectivamente para mejorar (desigualar). El resto tiene la consideración de legítima estricta».

disposiciones testamentarias y las donaciones que mengüen la legítima quedan sin efecto a instancia de los legitimarios. No obstante, existe una diferencia en cuanto a las modalidades de reducción.

En el Derecho español, la reducción se produce siempre a instancia de los legitimarios y afecta, por orden, en primer lugar a las instituciones hereditarias, después a los legados, mejora y demás disposiciones testamentarias (art. 814.1 CCEs)<sup>18</sup>, y por último a las donaciones, precisando que las disposiciones testamentarias se reducen a prorrata y que el testador puede establecer disposiciones de preferencia (art. 820 CCEs), mientras que las donaciones se reducen empezando por las últimas y retrotrayéndose a las anteriores<sup>19</sup>.

En el Derecho italiano, en la sucesión intestada, en el supuesto de concurso de legitimarios con otros herederos, en caso de lesión, la cuota de estos últimos se reduce automáticamente sin que los primeros tengan que pedirlo (art. 553 CCIt), hasta el punto de que se habla de reducción automática. En todos los demás supuestos, la reducción opera a petición de los legitimarios perjudicados. La reducción afecta en primer lugar a las disposiciones testamentarias, sin diferenciar entre instituciones de herederos, legados y otras disposiciones testamentarias (art. 554 CCIt) y todas se reducen a prorrata (art. 558 CCIt), después se reducen las donaciones (art. 555 CCIt), empezando por las más recientes y retrocediendo a las anteriores, sin límite temporal (art. 559 CCIt). También en Derecho italiano, el testador puede establecer una cláusula de pre-

---

<sup>18</sup> TORRES GARCÍA y DOMÍNGUEZ LUELMO, «La legítima en el Código civil (I)», 2016, p. 382, «Según el artículo 817 CC, «las disposiciones testamentarias que mengüen la legítima de los herederos forzosos se reducirán, a petición de éstos, en lo que fueren inoficiosas o excesivas». Con esta acción se protege la intangibilidad cuantitativa de las legítimas individuales. El precepto se refiere a cualquier disposición testamentaria, sea a título de herencia o legado. Siguiendo el criterio del artículo 814 CC, la reducción debe afectar en principio a la institución de heredero, respetando los legados en tanto en cuanto no sean inoficiosos. Esta acción puede utilizarse de forma mixta junto con la acción de complemento del artículo 815; pero puede aparecer como acción autónoma cuando el testador se limite a reconocer su derecho a un legitimario (lo que excluye la preterición del artículo 814 CC) y agote todo el caudal con disposiciones testamentarias a favor de otras personas, sean extraños o legitimarios distintos al perjudicado».

<sup>19</sup> TORRES GARCÍA y DOMÍNGUEZ LUELMO, «La legítima en el Código civil (I)», 2016, p. 373 ss.; TORRES GARCÍA y DOMÍNGUEZ LUELMO, «La legítima en el Código civil (I)», 2012, p. 44 «para determinar si se ha cumplido o no con el deber correspondiente respecto de cada uno de los legitimarios, debe procederse a realizar una operación diferente: la imputación de lo recibido *inter vivos* o *mortis causa* por cada uno de ellos a su cuota respectiva (arts. 819, 825 y 828 CC; y STS 15.2.2001, RJ 4148). Por ello es perfectamente posible que no se aprecie ninguna lesión a la legítima global, con arreglo al artículo 818 CC, pero que, dentro del colectivo de legitimarios, unos hayan recibido una porción superior en perjuicio de otros, lo que se pondrá de relieve con la imputación de lo recibido por cada uno de ellos a su cuota individual, sea a título de herencia, legado o donación. De todos los supuestos posibles, el más problemático es el de imputación de donaciones, operación a las que se dedica el artículo 819 CC»; VELA SÁNCHEZ, 2018, p. 349, «debe destacarse que, como se acaba de apuntar, primero se imputan las donaciones al haber hereditario y después los legados, de modo que aquéllas son preferentes a éstos (ex art. 820.1.º CC)».

ferencia (art. 558 CCI), en virtud de la cual esa disposición no se reduce hasta que todas las demás se hayan reducido totalmente. Es obvio que la cláusula de preferencia sólo permite preferir una o varias disposiciones testamentarias sobre las demás o el orden en que deben reducirse las disposiciones testamentarias, pero en ningún caso permite posponerlas a las donaciones.

Por último, en relación con el tema que nos ocupa, es indispensable mencionar la forma en que se instituye heredero. En el Derecho italiano, la institución de heredero puede hacerse bien en cuota expresa, indicando una fracción o porcentaje, bien a través del mecanismo de la institución *ex re certa* (art. 588 CCI), que consiste en la atribución de un bien concreto, con la intención de instituir a la persona como heredera. En el caso de una atribución a título particular, para establecer si se trata de un legado, es decir, de una disposición a título particular, o de una institución *ex re certa*, es decir, de una disposición a título universal, es necesario averiguar la intención del testador y, en particular, si él pretendía o no atribuir ese bien o conjunto de bienes concretos como cuota hereditaria. Por otra parte, no se admite el legado de parte alícuota, con la consecuencia de que siempre que el testador asigne una cuota de su herencia al beneficiario, la disposición debe considerarse una institución de heredero.

El Derecho español es, en cambio, mucho más complejo. Existe una diferencia entre la institución de heredero en cuota expresa y la institución *ex re certa*. El artículo 768 CCE, al establecer que el heredero en cosa cierta y determinada será considerado legatario, se limita a presumir la intención del testador de ordenar un legado, pero ello no puede excluir que el testador quiso hacer una institución de heredero<sup>20</sup>. Existe, por otra parte, el legatario de parte alí-

---

<sup>20</sup> Por todos, GARCÍA RUBIO, 1989, p. 253 s., «si nos mantenemos apegados al puro texto de la ley, un patrimonio integralmente distribuido en instituciones *ex re certa* re sería reenviado al artículo 891 del CC. Tal conclusión peca, sin embargo, de prematura, pues en opinión de la mayor parte de los autores la calificación del artículo 768 del CC actúa como mero canon interpretativo susceptible de ser contradicho demostrando la voluntad del testador de hacer heredero y no legatario al favorecido con una *certa res*; el problema está entonces en discriminar cuándo existe y cuándo no existe esta última voluntad». En jurisprudencia, v. STS 1393/1993, de 9 de marzo, Ponente: D. Pedro González Poveda (ECLI:ES:TS:1993:1393), en cuyo fundamentos de derecho segundo se lee: «en la actualidad, de acuerdo con la doctrina científica mayoritaria, no puede atribuirse al artículo 768 citado un carácter imperativo sino interpretativo, ofreciéndose en él criterios hermenéuticos que ha de utilizar el Juzgador en su tarea de búsqueda de la verdadera voluntad del testador cuando para ello no sea bastante el sentido literal de la disposición testamentaria; dicho precepto tiene, por otra parte, carácter presuntivo en cuanto en él se contiene una presunción *iuris tantum* en virtud de la cual si a una persona se la deja una cosa determinada se ha de entender como voluntad del testador la de que esa persona le suceda en la herencia como legatario, aunque en la institución se le designe como heredero». V., además, la Resolución de 23 de octubre de 2019, de la DRRN Dirección General de los Registros y del Notariado, «BOE» núm. 281, de 22 de noviembre de 2019, pp.128863-128876,

cuota (arg. ex arts. 655.3 CCEs; 782.1, 783.2, 784.1, 792.2.º, 792.2.º LECs; 42.6.º-7.º LH; 146.3, 152 RH), que, aunque con derecho a una parte de la herencia, debe seguir siendo considerado legatario<sup>21</sup>, pues tiene derecho a la parte que le haya sido asignada, deducidas las deudas, de las que no responde en ningún caso. Sin embargo, forma parte de la comunidad hereditaria y puede solicitar la partición, tiene derecho a los frutos desde la apertura de la sucesión, pero no puede tomar posesión de los bienes hasta que se haya determinado su parte.

En Derecho español, a diferencia del italiano, una disposición testamentaria que asigna una cuota abstracta de la herencia puede, por tanto, ser tanto una institución de heredero como un legado de parte alícuota<sup>22</sup>; en cambio, una disposición que asigna un bien concreto puede ser tanto un legado como una institución de heredero *ex re certa*. No basta, por lo tanto, con atender al contenido de la disposición (el llamado criterio objetivo arg. ex arts. 660, 768 CCEs),

---

en cuyos fundamentos núm. 8 se lee: «El artículo 768 del Código Civil señala que «el heredero instituido en cosa cierta y determinada será considerado como legatario». Ciertamente, como alega el recurrente, frente a la doctrina que considera este precepto como norma imperativa, está la que entiende que estamos ante una mera norma de interpretación de la voluntad del testador, y no impide que éste exprese su voluntad de que el instituido en cosa cierta sea a todos los efectos heredero. Pero como se ha dicho y razonado antes, la interpretación de la voluntad del testador ha sido otra. Así pues, la institución en cosa cierta, a priori, es un llamamiento a título singular y por tanto en general, no tiene naturaleza de cláusula particional. Pero ello no impide que, de la voluntad concreta del testador, lo que no ha ocurrido en este expediente, pueda resultar lo contrario».

<sup>21</sup> Por todos, GARCÍA RUBIO, 1989, p. 219 ss, «pensamos, con la mayor parte de la doctrina, que sólo existirá un verdadero legado parciario si éste se conceptúa, o como legado del remanente o de una fracción del mismo después de pagadas las deudas. En cualquier caso, el beneficiario de la disposición no será responsable del pasivo, que sólo le afectará en la medida en que disminuye la cuantía económica de la asignación». En jurisprudencia, más recientemente, STS 1507/2020 de 26 de mayo, Ponente: Juan María Díaz Fraile, (ECLI:ES:TS:2020:1507), en cuyos fundamentos tercero 1.2, se lee: «como dijo la clásica sentencia de esta sala de 16 de octubre de 1940, y han repetido recientemente otros pronunciamientos de los tribunales de apelación, aunque nuestro derecho positivo ( arts. 782 LEC - 1.038 LEC de 1881 - y 42.7o LH), en desacuerdo con una corriente doctrinal muy nutrida, admite la calificación de legado dada por el testador a la institución en una cuota parte del as hereditario en su porción libre, «esta modalidad irregular de la institución constituye una figura intermedia o *sui generis* entre el legado y la herencia propiamente dichos, con múltiples aspectos de coincidencia entre uno y otra por la nota común que los preside de atribución de bienes indeterminadamente». Y esa nota común se traduce singularmente en que a la muerte del causante, el legatario como el heredero «adquiere un derecho abstracto que es preciso concretar o determinar mediante la partición, para poder fijar materialmente el contenido económico de la herencia y del legado, previa deducción de cargas y gravámenes, quedando así equiparados en este aspecto por idéntico interés, el heredero y el legatario de parte alícuota a los que afecta por igual la responsabilidad referente a gastos comunes de la partición». Derecho que es «abstracto» en el sentido de que, como dice la sentencia de esta sala de 25 de junio de 2008, la cuota que corresponde a los herederos (y legatarios de parte alícuota) «recae sobre el global del caudal hereditario», de forma que «sólo la partición atribuirá» el dominio de bienes concretos pertenecientes a la herencia». Asimismo, Resolución de 22 marzo de 2007, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en BOE núm. 96, de 21 abril 2007, pp. 17740-17741.

<sup>22</sup> VALLET DE GOYTISOLO, 1948, p. 320 s., afirma que «tanto la cuota como la parte alícuota son partes del todo, con la particularidad para estas últimas que lo dividen exactamente».

sino que es necesario considerar cuál fue la intención del testador (la llamada teoría subjetiva arg. *ex arts.* 688.2, 675 CCEs).

Por último, es importante señalar que mientras en el Derecho español la distribución de la totalidad de la herencia a través de legados determina que los legatarios prorratarán las deudas y gravámenes a proporción a sus cuotas (art. 891 CCEs)<sup>23</sup>, en el Derecho italiano la distribución de la totalidad de la herencia a través de legados no excluye la necesidad de identificar a un heredero, aunque no sea destinatario de ninguna atribución patrimonial y tenga una función sustancial de liquidación. Dado que siempre debe identificarse a un heredero, los legatarios no responderán de las obligaciones en ningún caso.

### III. EL LEGADO A FAVOR DEL LEGITIMARIO QUE NO SEA HEREDERO

#### 3.1 EL CASO EN CUESTIÓN

Comencemos nuestro análisis por el caso más sencillo, que ayuda a analizar el fenómeno, es decir, el supuesto en que el legitimario beneficiario del legado no es heredero. Esto presupone que existe una sucesión testada y que el testador ha excluido expresamente al legitimario de su propia sucesión o simplemente que ha instituido herederos a otras personas<sup>24</sup>.

<sup>23</sup> Por todos, GARCÍA RUBIO, 1989, p. 219 ss.

<sup>24</sup> Desde un punto de vista técnico, esta última puede o no considerarse un supuesto de preterición. Pues, si asignamos a la palabra «preterición» su sentido propio, habría que considerar el supuesto como una auténtica preterición, ya que indicaría la exclusión, como heredero, de una persona que según las normas sobre sucesión intestada debería ser heredero. Si, por el contrario, asignamos a la palabra «preterición» un significado más amplio, destinado a incluir el caso de una persona que ha sido excluida, por la razón que sea, de una sucesión, entonces el legitimario, que no ha sido instituido heredero pero que sí es beneficiario de un legado, no puede considerarse un supuesto de preterición. TORRES GARCÍA y DOMÍNGUEZ LUELMO, «La legítima en el Código civil (I)», 2012, p. 60 ss., «Desde el punto de vista formal, los legitimarios tienen, en principio derecho a ser tenidos en cuenta en el testamento, aunque sea para ser desheredados, ya que, en caso contrario, se incurre en preterición. La preterición, regulada en el artículo 814 CC, es pues la omisión de un legitimario en el testamento. No obstante, no debe acogerse un concepto estricto de preterición, debiendo considerarse que no existe tal cuando el legitimario, aunque no haya sido mencionado en el testamento, ha recibido en vida del causante donaciones por cuenta de su legítima, aunque no se aluda a ello en la disposición testamentaria.» Parece de opinión contraria LACRUZ BERDEJO, 2009, p. 322: «el legitimario favorecido con un legado podrá reclamar suplemento de legítima cuando la manda fuera insuficiente, pero no repudiar el legado y reclamar la legítima, salvo que dicho legado sea cualitativamente inepto para satisfacerla (legado de usufructo, por ejemplo). Pues no se trata de una atribución que se ofrezca al legitimario y que pueda é este rechazar reclamando sus derechos legales, o bien aceptar a cambio de ellos, sino precisamente un modo lícito y vinculante de satisfacerlos».

Si, de hecho, la sucesión fuera, aunque solo en parte legal, el heredero forzoso sería heredero. Por otra parte, cabe señalar que el hecho de que el testador haya excluido expresamente de su sucesión a ese heredero forzoso concreto no significa necesariamente que éste haya sufrido una lesión, puesto que puede haber recibido ya su legítima mediante donaciones anteriores o incluso a través de un legado.

Partiendo de la base de que el legitimario beneficiario del legado no es heredero, el principal problema que se plantea es valorar cuál es la posible relación de dicho legado con su legítima.

El análisis parte, pues, de la relación entre legado y legítima, que constituye el primer problema que se plantea siempre en el caso de un legado ordenado a favor de un legitimario.

### 3.2 RENUNCIA AL LEGADO POR PARTE DEL LEGATARIO-LEGITIMARIO, QUE NO SEA HEREDERO

En primer lugar, debe observarse que el legitimario beneficiario de un legado puede aceptar o renunciar libremente el legado (arts. 890 CCEs; 649.1 CCIIt), siendo irrelevante a estos efectos su condición de legitimario.

La posibilidad de renuncia y, por tanto, la circunstancia de que el legitimario no esté obligado a aceptar<sup>25</sup> y, por tanto, a componer su legítima con esa concreta atribución patrimonial, permite afirmar que el legado no tiene por qué tener por objeto bienes de la herencia<sup>26</sup> y que podría tener por objeto cualquier bien y, entre otros, un derecho de crédito respecto de un heredero, o un bien gravado por un derecho real<sup>27</sup>.

<sup>25</sup> Parece de opinión contraria LACRUZ BERDEJO, 2009, p. 322: «el legitimario favorecido con un legad podrá reclamar suplemento de legítima cuando la manda fuera insuficiente, pero no repudiar el legado y reclamar la legítima, salvo que dicho legado sea cualitativamente inepto para satisfacerla (legado de usufructo, por ejemplo). Pues no se trata de una atribución que se ofrezca al legitimario y que pueda é este rechazar reclamando sus derechos legales, o bien aceptar a cambio de ellos, sino precisamente un modo lícito y vinculante de satisfacerlos».

<sup>26</sup> La resolución de la Comisión de Estudios del Consejo Nacional del Notariado CNN núm. 594-2014/C, si bien recomienda prudencia, se adhiere a la posición de MENGONI, 2000, p. 12 y afirma esta posibilidad: «oggetto del legato in conto può essere anche una cosa altrui (art. 651). Non è incompatibile col concetto di quota che questa sia formata con un diritto di credito verso i coeredi. (...). L'erede legittimario, al quale il testatore abbia lasciato in conto della quota un legato (obbligatorio) di cosa altrui, può rifiutarlo, e far valere il diritto alla legittima in natura. Se lo accetta, consente che la sua quota sia formata (mediante imputazione del legato) con un diritto di credito verso i coeredi, avente per oggetto il trasferimento della proprietà della cosa legata (salva la facoltà dell'onerato di pagarne il giusto prezzo se la cosa appartiene a un terzo)».

<sup>27</sup> La resolución de la Comisión de Estudios del Consejo Nacional del Notariado CNN núm. 594-2014/C, si bien recomienda prudencia, se adhiere a la posición de

Esta aclaración, que podría parecer de poca importancia en el Derecho español, es de gran relevancia en el Derecho italiano donde, como he dicho, rige la regla de que la legítima debe siempre satisfacerse con bienes hereditarios.

En el caso de que el legatario legitimario renuncie al legado, no se plantea ningún problema acerca de la relación entre el legado y la legítima.

El legatario legitimario puede interponer una acción de reducción para que se determine su condición de heredero y se reduzcan las disposiciones testamentarias lesivas, de modo que pueda conseguir su legítima.

### 3.3 ACEPTACIÓN DEL LEGADO POR EL LEGATARIO-LEGITIMARIO, QUE NO SEA HEREDERO

En el supuesto de que el legatario acepte el legado, se plantea el problema de establecer la relación entre la atribución patrimonial del legado y la legítima, es decir, si debe sumarse a la legítima que le corresponde o imputarse a esta<sup>28</sup>.

La cuestión se plantea de forma parcialmente distinta en el Derecho italiano y en el Derecho español, por la sencilla razón de que en el Derecho italiano sólo es necesario determinar si esta atribución debe o no tenerse en cuenta en la legítima, mientras que en el Derecho español la cuestión se enriquece, al menos con respecto a los descendientes, con el tema de la mejora.

---

MENNONI, 2000, p. 12 y afirma esta posibilidad: «oggetto del legato in conto può essere anche una cosa altrui (art. 651). Non è incompatibile col concetto di quota che questa sia formata con un diritto di credito verso i coeredi. (...) L'erede legittimario, al quale il testatore abbia lasciato in conto della quota un legato (obbligatorio) di cosa altrui, può rifiutarlo, e far valere il diritto alla legittima in natura. Se lo accetta, consente che la sua quota sia formata (mediante imputazione del legato) con un diritto di credito verso i coeredi, avente per oggetto il trasferimento della proprietà della cosa legata (salva la facoltà dell'onerato di pagarne il giusto prezzo se la cosa appartiene a un terzo)».

<sup>28</sup> Según MENNONI, 2000, p. 137 el concepto de legado en concepto de legítima y el de preterición serían incompatibles, en la medida en que el legado en concepto de legítima presupone necesariamente una vocación hereditaria. Esta observación se puede compartir en la medida en que se argumenta que la imputación presupone que la persona adquiere la cualidad de heredero, pero no en el sentido de que el legitimario deba, necesariamente, ser llamado a la sucesión por ley o por testamento. El ejemplo propuesto en el texto, creo, sirve para demostrar este supuesto. No cabe duda de que el concepto de legatario-legitimario es relevante cuando se plantea la sucesión en la legítima. Incluso si el legitimario beneficiario del legado fuera preterido, ello no excluye la relevancia del concepto de legítima. Un legitimario preterido que actuara en reducción (aunque fuera preterido) tendría que imputar lo que hubiera recibido a su legítima, con el resultado de que tendría derecho a recibir bienes por valor de la diferencia entre su legítima y lo que hubiera recibido en concepto de legado.

### 3.3.1 El Derecho italiano

En el Derecho italiano, en el que la legítima es siempre estricta, existen básicamente dos supuestos: según que la atribución deba o no imputarse a la porción reservada.

La norma que se aplica en Derecho italiano es que un legado hecho a un legitimario, a falta de voluntad precisa y expresa del disponente, debe considerarse otorgado sin dispensa de imputación, es decir, en pago de la legítima. La norma se recoge en el artículo 564.2. CCIt, según la cual el legitimario que solicita la reducción debe imputar a su legítima las donaciones y los legados, salvo que haya sido dispensado «expresamente».

El acto jurídico por el que el disponente establece que la atribución patrimonial (donación o legado) no se acumule a la legítima es la dispensa de imputación. Se trata, por lo tanto, de un negocio unilateral de última voluntad, por el que el disponente exige al beneficiario de imputar la atribución patrimonial a su legítima. Dado que se trata de un negocio que debe realizarse «expresamente», no se permite una dispensa implícita, a diferencia de lo que ocurre en el caso de la dispensa de colación<sup>29</sup>. Esto significa que, a falta de una voluntad «expresa» o en caso de duda sobre la voluntad explícita del disponente, la donación o el legado debe considerarse sin dispensa de imputación.

La idea que subyace a esta opción normativa es sencilla. Las donaciones y legados realizados a favor del legitimario deben con-

---

<sup>29</sup> La norma del artículo 564.2 CCIt establece que la dispensa de imputación debe ser «expresa», a diferencia de la norma del artículo 737.1 CCIt, que no exige para la dispensa de colación que el heredero esté «expresamente» dispensado. Por ello se dice que si bien la dispensa de colación (v. BARBA, 2016, p. 1 ss.) también puede deducirse implícitamente, en cambio la dispensa de imputación no puede deducirse implícitamente y debe ser expresa. Desde este punto de vista y en relación con la doctrina española, debe considerarse la autorizada opinión de CÁMARA LAPUENTE, «Comentario artículo 828», 2011, p. 904 s., según la cual, lo contrario de declaración expresa no es implícita sino presunta (v. nota n. 52). Sobre la base de esta afirmación, el autor concluye que cuando la ley prescribe que una declaración debe ser expresa ello no significa que no pueda inferirse implícitamente. Aunque no se puede ocultar el atractivo de esta reconstrucción, creo que necesita alguna aclaración. No cabe duda de que esa opinión debe compartirse en la medida en que precisa que no es necesario el uso de la expresión técnica y, por tanto, que puede otorgarse una dispensa expresa, aunque el testador no haya utilizado la expresión técnica «dispensar de imputación», sino cualquier otra expresión de la que sea posible inferir la intención inequívoca del testador de dispensarle de imputación. Sin embargo, y en este aspecto discrepo en parte con la opinión del Autor, estoy convencido de que cuando el legislador dispone que una declaración debe hacerse «expresamente», quiere dejar claro que la intención de conseguir ese efecto jurídico concreto debe resultar inmediata y directamente del texto y que no basta con que pueda deducirse del mismo. La referencia a la declaración hecha de modo «expreso» alude, creo, a la circunstancia de que la interpretación del texto permita deducir esa voluntad inmediata y directamente y que una voluntad que pueda deducirse solo mediata e indirectamente de un texto no puede considerarse expresa.

siderarse anticipos de la legítima y, por tanto, salvo una voluntad expresa en contrario, a ella deben imputarse.

A la luz de esta consideración, es fácil comprender que en el Derecho italiano existen dos hipótesis:

- a) bien que se trate de un legado sin dispensa de imputación (supuesto que se da en ausencia de voluntad expresa en tal sentido);
- b) o bien que se trata de un legado con dispensa de imputación (aunque este supuesto es difícil de imaginar en un caso en el que el legitimario está excluido de la sucesión)<sup>30</sup>.

Cuando se hace esta distinción, se trata simplemente de determinar si la atribución patrimonial hecha a favor del legatario-legitimario debe o no sopesarse para establecer la legítima que le corresponde<sup>31</sup>.

En el caso de un legado con dispensa de imputación, el legatario-legitimario, si actúa en reducción, tiene derecho a obtener bienes por un valor correspondiente a su legítima, ya que lo que ha recibido en concepto de legado debe considerarse atribuido a mayores o además de su cuota reservada.

En el caso de un legado sin dispensa de imputación, es decir, un legado con carga de imputación, el legatario debe considerar lo recibido en concepto de legado en su legítima. Esto significa que sólo puede actuar en reducción si ha recibido como legado un bien con un valor inferior a su legítima (pues, no puede pedir el complemento ni la reducción si el valor del legado es igual o superior a su legítima)<sup>32</sup> y que, en tal caso, puede reclamar solamente la diferencia<sup>33</sup> entre su legítima y lo que ha recibido a título de legado<sup>34</sup>.

---

<sup>30</sup> La dispensa de imputación se traduce en una ventaja para el legitimario, por lo que es difícil imaginar que el testador, que excluyó a dicho legitimario de la sucesión, convirtiéndolo en único destinatario del legado, pretendiera beneficiarle.

<sup>31</sup> IUDICA, 2009, p. 300 ss., habla por ello de un legado imputable a efectos de reducción. VIRGILIO, 2017, p. 114, señala que la calificación de legado en concepto de legítima «rileva nella misura in cui il legittimario venga alla successione come tale: solo in caso di successione nella legittima, può tecnicamente parlarsi di imputazione ad essa di un'attribuzione determinata».

<sup>32</sup> Parto de la base de que el legitimario ha aceptado el legado. Ni que decir tiene que el legitimario puede rechazar el legado, solicitar la comprobación de su condición de heredero y pedir su legítima.

<sup>33</sup> Precisa VIRGILIO, 2017, p. 119: «diviene in tal modo meno teorica e maggiormente percepibile la rilevanza dell'indagine innanzi svolta sull'uso delle locuzioni «in conto di legittima» e «imputabile fini della riduzione». Il legato in favore del legittimario è *naturaliter* una disposizione imputabile ai fini della riduzione. È (*rectius* diviene) in conto di legittima nell'ipotesi di vittorioso esperimento dell'azione di riduzione o quando vi sia un'espressa volontà testamentaria diretta connotare in tal senso l'attribuzione patrimoniale».

<sup>34</sup> Un ejemplo facilita la comprensión.

Imaginemos que D. Pedro fallece dejando dos hijos, María y Carlos, un *relictum* de 90, sin deudas ni donaciones. Supongamos que la sucesión de D. Pedro se rige por un testamento por el que D. Pedro instituye heredero universal a su hijo María y ordena un

En resumen, los legados otorgados a favor de un legitimario pueden ser con dispensa de imputación o sin dispensa de imputación. Esta distinción sólo es relevante a efectos del cálculo de la legítima, entendiendo que el legado con dispensa de imputación debe considerarse atribuido además de la cuota reservada, mientras que el legado sin dispensa de imputación debe considerarse atribuido en pago de la legítima.

El legado con dispensa de imputación y el legado sin dispensa de imputación (o legado a cuenta de la legítima o legado en pago de la legítima) requieren la comprobación de la relación entre la atribución del legado y la legítima.

Esta distinción sólo es relevante a efectos del cálculo de la cuota reservada que les corresponde a los legitimarios, entendiendo que el legado con dispensa de imputación debe considerarse atribuido además de la cuota reservada, mientras que el legado sin dispensa de imputación debe considerarse atribuido en pago de la legítima. El legado con dispensa de imputación y del legado sin dispensa de imputación (o legado en pago de la legítima) solo requieren comprobar la relación entre legado y legítima, a fin de establecer lo que pueda corresponder al heredero forzoso<sup>35</sup>.

---

legado a favor de su hijo Carlos por valor de 20. Conforme al artículo 537.2 CCIt, la legítima de los hijos es de  $\frac{2}{3}$  (es decir,  $\frac{60}{2/3}$  de  $90-0+0$ ), por lo que a cada hijo le corresponde una legítima de 30. Dicho esto, es necesario establecer si el legado ordenado a favor de Carlos es con dispensa de imputación o sin dispensa de imputación.

En el caso de que el legado otorgado a favor de Carlos fuera sin dispensa de imputación, Carlos debería sumar esta atribución patrimonial para determinar si puede o no considerarse perjudicado. En el presente supuesto, él tiene derecho a recibir bienes por importe de 30, mientras que ha recibido, aunque a título especial, bienes por importe de 20. Existe, por tanto, una lesión de 10, por lo que Carlos puede pedir un complemento o una reducción, solicitando la constatación de su cualidad de heredero, con la especificación de que del *relictum* podría obtener bienes por 10, ya que debe «imputar» a su legítima el valor de 20 obtenidos en concepto de legado (Si el legado otorgado a favor de Carlos hubiera tenido un valor de 30, Carlos no habría podido ejercitar la acción de reducción, pues ni siquiera podría considerarse perjudicado, ya que habría recibido, aunque a título especial, bienes por un valor exactamente correspondiente a su legítima).

Si el legado se hubiera otorgado con dispensa de imputación, el resultado sería bien distinto. La dispensa de imputación eximiría a Carlos de considerar en su legítima lo recibido con el legado. Carlos, cuya legítima asciende a 30, a pesar de haber recibido 20 en concepto de legado, tiene derecho a recibir bienes por importe de 30 del *relictum*, ya que no tiene que imputar el legado a su legítima. Si pidiera el complemento o la reducción, recibiría 30 del *relictum*, que se sumarían a los 20 recibidos en concepto de legado, con lo que recibiría bienes por un valor total de 50.

En ambos casos, Carlos obtiene el legado, pero en el primer supuesto consigue del *relictum* solo 10, mientras que en el segundo obtiene del *relictum* 30.

<sup>35</sup> Precisa MENGONI, 2000, pp. 130 ss. que la carga de la imputación es independiente de la impugnación de disposiciones testamentarias lesivas. «A essa si deve far luogo anche in casi in cui non si pone una questione di riduzione: ad esempio, per conoscere in quale misura sia privo di effetto, ai sensi dell'art. 549, un peso imposto all'istituzione del legittimario in una quota di eredità. Il caso piú importante è previsto dall'articolo 553 in riferimento al concorso, nella successione intestata, di successibili legittimari con altri successibili».

### 3.3.2 El Derecho español: el supuesto de legado a favor del cónyuge o de ascendientes

En el supuesto de legados a favor del cónyuge<sup>36</sup> o de ascendientes, se plantean en Derecho español problemas similares a los del Derecho italiano, ya que es necesario establecer si el legado debe considerarse con o sin dispensa de imputación.

Aunque en Derecho español no existe una regla expresa en materia de dispensa de imputación similar a la que existe en Derecho italiano (art. 564.2 CCI), no creo, debido a los principios que rigen la sucesión de los herederos forzosos, que la regla pueda ser sustancialmente distinta.

A falta de una declaración del testador, un legado hecho a favor del legitimario debe considerarse imputado a la legítima y, por tanto, la atribución patrimonial debe considerarse en pago de su legítima<sup>37</sup>.

Si el testador manifiesta su voluntad de eximir al legitimario de la imputación del legado, entonces la atribución no se tendrá en consideración a efectos del cálculo de la legítima que le corresponde.

El aspecto que diferencia el Derecho español del italiano se refiere a la forma de la dispensa de imputación. En el Derecho

---

<sup>36</sup> No cabe duda de que el cónyuge debe ser considerado heredero legítimo, mientras que, habida cuenta de la legitimación que se le reserva, cabe preguntarse si puede o no ser considerado heredero. Por todos, TORRES GARCÍA y DOMÍNGUEZ LUELMO, «La legítima en el Código civil (II)» 2012, p. 118 «la naturaleza del derecho sucesorio del viudo o viuda como un usufructo sobre una cuota del activo hereditario neto pone en duda su condición de heredero, no obstante, ello no impide que resulte factible considerarle como legitimario, aunque su cuota sea conmutable (arts. 839 y 840 CC) y a pesar de que la regulación de su legítima se desplaza del lugar asignado a las legítimas de hijos o de padres y ascendientes».

<sup>37</sup> GÓMEZ-SALVAGO SÁNCHEZ, 2017, pp. 23 ss., mantiene la tesis que, en el supuesto de legado a favor del cónyuge, considerando la naturaleza de su legítima, no se puede aplicar analógicamente la norma recogida en el artículo 828 CCEs. En el caso de legado a favor del cónyuge cuando no se ha especificado su imputación, debe acumularse a la legítima que le corresponde y no colocarse en su legítima. La tesis, por fascinante que sea y por mucho que tenga el gran mérito de aclarar la importancia de considerar la posición del cónyuge como destinatario de una legítima que, por su naturaleza, debe ser distinta de la de los hijos y de los ascendientes, no creo que pueda ser plenamente respaldada. La circunstancia de que el legado dispuesto a favor del cónyuge, que no ha recibido su legítima, deba imputarse primariamente a su legítima, en lugar de ser el resultado de una doble aplicación analógica, constituye, a mi juicio, el resultado de la aplicación de un principio técnico que se puede desprender del sistema sucesorio en su conjunto. Estimando, pues, que la legítima constituye un límite a la libertad de disposición, en la medida en que las disposiciones que excedan de la legítima pueden quedar sin efecto, y que el principio de conservación de la voluntad testamentaria es fundamental en materia sucesoria, es inevitable afirmar, en el supuesto de un legado otorgado al cónyuge, que no haya recibido de otro modo la legítima, que ese legado deba imputarse a ella. De todas formas, la reflexión de la Autora citada es, sin lugar a duda, importante porque lleva a reflexionar sobre la conveniencia de que la dispensa de imputación, especialmente cuando se trata del cónyuge, sea valorada con especial favor. No es en absoluto necesario que el testador haya dispensado expresamente al cónyuge de la imputación, bastando que el cónyuge haya recibido la legítima, o que del conjunto del testamento se desprenda que el testador pretendía beneficiar al cónyuge con dicho legado adicional. A falta de una indicación en este sentido y en el caso de que el cónyuge no hubiera recibido la legítima, considero que el legado debería imputarse a ella.

italiano, la regla del artículo 564.2 CCIt exige que la dispensa de imputación sea «expresa», con la consecuencia de que no podría haber dispensa tácita. En el Derecho español, en cambio, a falta de una norma del mismo contenido, debe considerarse aplicable el principio de libertad de forma, con la consecuencia de que la dispensa de imputación no tiene por qué ser «expresa» y puede ser también tácita. Si el testador hubiera instituido heredero al legitimario en su legítima (supuesto éste ajeno al presente caso, que parte de la base de que el legitimario no es heredero) y además hubiera ordenado un legado a su favor, no cabe duda de que este último debe considerarse hecho con dispensa de imputación. De razonar lo contrario, se produciría una incongruencia entre la institución de heredero en la porción reservada y el legado concomitante.

Me parece, por tanto, que puede afirmarse que el principio técnico en virtud del cual el legado hecho al legitimario ha de imputarse a la legítima, a falta de voluntad distinta del disponente, se aplica a ambos ordenamientos jurídicos. La diferencia está en la forma de la dispensa de la imputación: en Derecho italiano esta declaración debe ser siempre expresa y explícita (véase art. 564.2 CCIt); en Derecho español, en cambio, la dispensa de la imputación puede desprenderse también implícitamente. Esto significa que aumenta mucho la posibilidad de que un legado a favor del legitimario sea con dispensa de imputación.

Más allá de esta diferencia, aunque importante, que afecta significativamente a la estructura general, el principio técnico básico es el mismo, con la consecuencia de que respecto de los legados a favor del cónyuge o de ascendientes se pueden dar dos supuestos

a) bien que se trate de un legado sin dispensa de imputación (supuesto que se da cuando el testador lo haya dicho expresamente o cuando no ha declarado nada y cuando no puede inferirse de otro modo su intención de dispensar)<sup>38</sup>;

b) o que se trate de un legado con dispensa de imputación (supuesto que puede darse tanto si existe una declaración expresa de dispensa como si puede deducirse de otro modo del testamento o del reglamento testamentario<sup>39</sup>).

<sup>38</sup> ALVENTOSA DEL RÍO, y OTROS, 2017, p. 696: «cuando el cónyuge haya sido instituido legatario, sin una regla específica de imputación por parte del testador, se debe entender que el legado debe imputarse a la cuota viudal legitimaria y en lo que exceda, a la parte libre».

<sup>39</sup> VELA SÁNCHEZ, 2018, p. 353, «Entiendo que aquí sería aplicable también –por existir analogía– el mismo criterio que vimos respecto de los descendientes legitimarios legatarios. Así, si el ascendiente o cónyuge superviviente legatario fuese nombrado heredero o legatario de su legítima, o la recibió expresamente mediante una donación inter vivos (ex art. 815 CC), parece evidente que el testador quiso que el prelegado –legado hecho al heredero– o el otro legado se imputase primero en la parte libre de la herencia y el exceso a la

En el caso de un legado con dispensa de imputación, el legatario-legitimario, si pide el complemento o la reducción, tiene derecho a conseguir integralmente su legítima, ya que lo que ha recibido en concepto de legado debe considerarse asignado en exceso a la legítima que le corresponde.

En el supuesto de legado sin dispensa de imputación, es decir, un legado con carga de imputación, el legatario debe considerar en su legítima lo que ha recibido en concepto de legado. Esto significa que sólo podrá pedir el complemento o la reducción si ha recibido en concepto de legado un bien de valor inferior a su legítima y que podrá reclamar la diferencia entre su legítima y lo que ha recibido en concepto de legado.

Para una mejor comprensión del fenómeno, basta recordar los dos casos expuestos en el apartado anterior, que también se aplican en estos supuestos.

### 3.3.3 El Derecho español: el supuesto de legados a favor de descendientes

En el supuesto de legados a favor de descendientes<sup>40</sup> el problema tiende a complicarse, ya que además de averiguar si el legado debe

---

cuota legitimaria, reduciéndose el resto por inoficioso (ex art. 817 CC); razonamiento que no sería posible si el ascendiente o el cónyuge viudo hubiere recibido el legado sin más –sin estar cubierta su cuota legitimaria por algún título (ex art. 815 CC)–, en cuyo caso, se imputaría a su parte de legítima».

<sup>40</sup> Aunque el apartado se titula legados a favor de descendientes, consideraré el caso de los legados a favor de hijos. En el caso de los legados a favor de descendientes que no sean legitimarios la solución es en parte distinta, y, en algunos aspectos, algo más sencilla, ya que pueden ser destinatarios de la mejora, pero no de la legítima corta, lo que significa que un legado dispuesto a favor de un descendiente que no sea legitimario puede imputarse exclusivamente bien a la mejora, bien al tercio de libre disposición. Si el testador ha excluido expresamente que se impute a mejora, el legado se imputa al tercio de libre disposición y, por el excedente, existiendo una voluntad expresa del testador, está sujeto a reducción. Si el testador no ha declarado nada sobre la mejora, el legado debe imputarse al tercio de libre disposición. Si su valor excede de esa cuota, a falta de una voluntad en contrario, debe operar la presunción del artículo 828 CCEs y, por tanto, el legado deberá imputarse a mejora por la parte que no quepa. Finalmente, si el legado se ordena en concepto de mejora, no cabe duda de que debe imputarse a mejora. En el caso de que su valor exceda la mejora, es razonable suponer que, a falta de una voluntad expresa en contrario por parte del testador, el legado debe imputarse por el exceso al tercio de libre disposición. Se pueden dar tres supuestos: a) el testador declara que no desea mejorar al descendiente: el legado se imputa al tercio de libre disposición y por el exceso es inoficioso; b) el testador no dice nada: el legado se imputa al tercio de libre disposición y por el exceso a mejora; c) el testador declara que desea mejorar al descendiente: el legado se imputa a mejora y por el exceso al tercio de libre disposición. Claramente, aunque no contempla el caso a), VELA SÁNCHEZ, 2018, p. 354 s., «si no tiene carácter expreso de mejora,... el legado se imputará al tercio de libre disposición y si superara dicha porción hereditaria, en función del ya indicado y fundamental artículo 828 del Código Civil, se imputará al tercio de mejora... Por otra parte, si el legado... tiene el carácter expreso de mejora,...el legado se imputará, en primer término, obviamente, al tercio de mejora.... La cuestión que surge aquí es qué sucede si excediera el

imputarse a la legítima estricta o al tercio de libre disposición<sup>41</sup>, también es necesario establecer si debe considerarse o no ordenado a título de mejora<sup>42</sup>.

Sin perjuicio de la regla de dispensa de imputación y, por tanto, de la regla de que, a falta de una intención distinta del disponente, que también puede ser tácita<sup>43</sup>, el legado debe imputarse a la legítima

legado dicha parte de mejora...no parece lógico que un descendiente no legitimario, que haya sido mejorado explícitamente por el testador con un legado, sea de peor condición que otro descendiente no legitimario que recibió un legado que no tenía carácter expreso de mejora. Por tanto, se puede concluir que, en estas hipótesis, puede entenderse que la índole de mejora de la disposición a título particular del testador supone, obviamente, una voluntad de beneficiar al legatario, de manera que podría imputarse el exceso en el tercio de libre disposición de la herencia<sup>41</sup>, reduciéndose el resto por inoficioso». Por todos, TORRES GARCÍA y DOMÍNGUEZ LUELMO, «La legítima en el Código civil (II)», 2016, p. 429 ss. «Como hemos admitido la posibilidad de mejorar a los nietos en vida debe tenerse en cuenta que el legado hecho a un nieto no se puede imputar a su legítima porque no tiene derecho a la misma (en vida de sus padres lo nietos no son legitimarios). Así pues, en este caso lo procedente será imputarlo al tercio de mejora cuando no quepa en la parte libre (VALLET, Com. MJ, I, 2.a ed., 1993, p. 2053), salvo que otra cosa se desprenda del contenido del testamento. En cualquiera de los casos, de no permitir el artículo 828 CC la imputación del exceso al tercio de mejora, el legado debería ser objeto de reducción, atendiendo a la presumible intención del testador, como se desprende de la STS 12 de junio de 2006 (RJ 2006, 3364)».

<sup>41</sup> GÓMEZ-SALVAGO SÁNCHEZ, 2017, p. 30: «el legado ordenado a un hijo sin haberle dejado su cuota legitimaria ni a título de heredero o legatario no aparece expresamente regulado por el artículo 828 CC, pero se acepta por la mayoría de la doctrina que se debe imputar a su legítima, por analogía con la solución que brinda el artículo 819.1 para las donaciones hechas a los hijos sin darles el carácter de mejora». Aunque no existe en el Derecho español una norma específica al respecto, no creo que sea posible, teniendo en cuenta la función de la legítima y el Derecho de sucesiones en su conjunto, proponer una solución distinta. Considerando que la legítima constituye una limitación o freno a la libertad de disposición, en la medida en que deben considerarse inoficiosas las disposiciones que excedan de la cuota de libre disposición, no cabe duda de que cualquier atribución patrimonial que se realice a favor de legitimarios debe, en primer lugar y a falta de una voluntad distinta, imputarse a la legítima, con la misma finalidad de preservar la eficacia de la misma atribución patrimonial. La cuestión, al menos en Derecho español, podría ser parcialmente distinta en el caso de que el legado se otorgara a favor de un legitimario que ya hubiera recibido su legítima. En este supuesto, dado que la dispensa de imputación no tiene por qué ser expresa, cabe suponer que existe una dispensa implícita de imputación, con la consecuencia de que el legado debe imputarse primero al tercio de libre disposición y por el exceso a la legítima. De hecho, descartar esto supondría correr el riesgo de dejar sin efecto dicha disposición, sin olvidar que, si el testador ya ha otorgado al legitimario su legítima y, a pesar de ello, ordena un legado a su favor, cabe presumir que implícitamente ha querido prescindir de ella. No se trata, pues, en mi opinión, de una simple aplicación analógica, sino de la aplicación de un principio general en materia de sucesión forzosa que debe derivarse del cuerpo normativo existente

<sup>42</sup> LACRUZ BERDEJO, 2009, p. 337 s.: «la mejora no es una disposición, como el legado o la donación, o la institución de heredero, sino una cualificación de cualquier disposición, exclusivamente a efectos del cómputo, señalamiento y cumplimiento de la legítima... Una calidad añadida, que no desnaturaliza la atribución correspondiente: el instituto heredero en calidad de mejora, sin perjuicio de imputar contablemente lo recibido del causante en el tercio hipotético de mejora, en cualquier caso, y con independencia de su condición de legitimario (si la herencia es activa), ed deudor de las deudas hereditarias como cualquier otro heredero (*ultra vires* o *intra vires*, según acepte sin o con beneficio), y sólo frente a los legados puede oponer aquella condición. En cambio, el legatario no responde de las deudas, aunque el legado tenga la calidad de mejora».

<sup>43</sup> (Vallet De Goytisolo 1991, 2045), «Al legitimario a quién no se la instituya heredero, sino tan sólo se le atribuya un legado, sin expresar su imputación, no cabe duda de

ma estricta, en materia de mejora el caso se rige esencialmente por la norma recogida en el artículo 828 CCEs<sup>44</sup>.

Según dicha norma, los legados hechos por el testador a hijas o hijos o descendientes no se consideran mejora salvo que la persona del testador así lo haya declarado «expresamente»<sup>45</sup> o que el legado no quepa en la parte libre<sup>46</sup>.

Del artículo anterior se deduce, sin perjuicio de una explicación que se hará más adelante, que la declaración de mejora debe ser expresa y, por tanto, que, en principio, no se admite una voluntad tácita de mejorar.

Esto significa que, en ausencia de voluntad expresa de mejorar, el legado no se puede considerar ordenado en concepto de mejora.

---

que se le imputa primero a su legítima. En cambio, en caso de que tal legitimario sea instituido heredero en cuota que cubra su legítima, su legado –es decir, su prelegado– implicará una mejora, por lo menos en sentido lato». Aunque estoy de acuerdo con el pensamiento del autor en su conjunto, la referencia al prelegado no parece convincente, ya que esta figura no sólo indica un legado otorgado a favor de un heredero, sino también un legado que recae proporcionalmente sobre todos los herederos, incluido el beneficiario. En la página del A., la referencia al prelegado sólo sirve para indicar que el beneficiario del legado es un heredero. Sin embargo, el rasgo característico del prelegado no es sólo éste, ya que es decisivo que el legado recaiga sobre todos los herederos. De hecho, un legado a favor de un legitimario también puede gravar a otro legatario (sublegado) o uno o varios herederos distintos del beneficiario o incluso el propio legatario. Salvo este último caso, que puede presentar ciertas particularidades, no creo que en todos los demás casos que he propuesto, que técnicamente difieren del prelegado, pueda o deba extraerse una conclusión distinta en cuanto a la imputación. Un legado dispuesto a favor de un legitimario, que ha sido instituido heredero en su legítima, debe imputarse al tercio de libre disposición y no a la legítima, con independencia de que se trate de un prelegado o de un sublegado o de un legado que recaiga sobre herederos distintos del beneficiario.

<sup>44</sup> CÁMARA LAPUENTE, «Comentario artículo 828», 2011, p. 921: «La necesidad de carácter expreso de la mejora no excluye las mejoras tácitas, siempre que correspondan a una voluntad real e inequívoca del causante, aunque no emplee formalmente el término «mejora» (ambas se consideran «expresas» a los efectos de este artículo)». Por tanto, no puede deducirse inductivamente, sino que siempre debe deducirse deductivamente; el uso de la expresión técnica no es relevante. V, también las consideraciones de la nota núm. 26.

<sup>45</sup> CÁMARA LAPUENTE, «Comentario artículo 828», 2011, p. 921: «La necesidad de carácter expreso de la mejora no excluye las mejoras tácitas, siempre que correspondan a una voluntad real e inequívoca del causante, aunque no emplee formalmente el término «mejora» (ambas se consideran «expresas» a los efectos de este artículo)». Por tanto, no puede deducirse inductivamente, sino que siempre debe deducirse deductivamente; el uso de la expresión técnica no es relevante. V, también las consideraciones de la nota núm. 29.

<sup>46</sup> TORRES GARCÍA y DOMÍNGUEZ LUELMO, «La legítima en el Código civil (II)», 2016, p. 429 s., «Debe entenderse que el artículo 828 CC está admitiendo la posible existencia de una mejora tácita, teniendo en cuenta que el orden de imputación a los diferentes tercios es el siguiente: primero, a la legítima estricta, después, a la parte libre, y finalmente, al tercio de mejora. En aquellos casos en que, tras ser imputado en la legítima del beneficiario del mismo, el valor de la cosa legada no cabe en la parte libre, el exceso se debe imputar al tercio de mejora. Pero bien entendido, siempre que ello sea posible porque no existan donaciones en concepto de mejora ni otras mejoras expresas en el testamento que puedan haber ocupado dicho tercio ... Así pues, a efectos de la admisión de posibles mejoras tácitas, la solución del artículo 828 CC para los legados e instituciones *ex re certa*, difiere de la que recoge el artículo 825 para las donaciones». CÁMARA LAPUENTE, «Comentario artículo 828», 2011, p. 921: «la presunción de existir una mejora en caso de no haber la imputación del legado en el tercio de libre disposición es una conjetura legal basada en una voluntad probable».

Se plantea entonces la cuestión de si el legado que no debe imputarse a una mejora debe imputarse a la legítima estricta o al tercio de libre disposición.

Dependiendo de si existe una declaración «expresa» de querer o no querer mejorar y/o una declaración expresa o tácita de dispensa de imputación de una declaración expresa de no querer dispensar de la imputación, pueden plantearse seis supuestos diferentes:

a) Ausencia de una declaración expresa de mejorar y ausencia de una declaración expresa o implícita<sup>47</sup> de dispensar el legatario-legitimario de imputar el legado a la legítima estricta<sup>48</sup>.

A falta de una declaración expresa de mejorar a la persona del descendiente, el legado no vale como mejora y a falta de una declaración expresa o tácita de dispensar de la imputación, el legado debe considerarse hecho en pago de la legítima<sup>49</sup>.

<sup>47</sup> Aunque no concierne al supuesto que estamos considerando, porque suponemos, de momento, que el legitimario no ha sido instituido heredero, cabe considerar que de la simultánea institución del descendiente como heredero en la legítima puede inferirse un supuesto de dispensa de imputación tácita. En tal caso, es evidente que el legado debe considerarse, sin voluntad expresa en contrario por parte del testador, ordenado con dispensa de imputación. V. ALVENTOSA DEL RÍO, y OTROS, 2017, p. 695 s., que afirma: «Hay que distinguir diversas situaciones. En primer lugar, cuando el legado es en favor de un legitimario, en el supuesto de que todos ellos hayan sido instituidos herederos, la doctrina (VALLET) interpreta que el legado representa un incremento en relación con la institución de heredero. Por lo tanto, el legado debe imputarse en primer lugar a la parte de libre disposición, en lo que excediere al tercio de mejora y en última instancia, al tercio de legítima estricta (Cfr. art. 828 en relación con el 829 CC)».

<sup>48</sup> VELA SÁNCHEZ, 2018, p. 349, «En principio, como sucede respecto de las donaciones (ex art. 819 CC), la regla general debería ser que el legado realizado a favor de uno de los legitimarios descendientes habría de imputarse primeramente a su legítima estricta, salvo que el testador expresamente le hubiere dado carácter de mejora u ordenado su pago con la parte de libre disposición de la herencia».

<sup>49</sup> ALVENTOSA DEL RÍO, y OTROS, 2017, p. 696: «cuando el legado se ha realizado en favor de un legitimario que no haya sido instituido heredero, sin que el testador haya concretado una regla de imputación específica, habría que interpretar que el legado lo es en pago de la legítima. Cfr. STS 21 enero 2010 (Tol 1773349). En el testamento el testador ordena que se impute al pago de la legítima estricta o corta de su hijo Carlos José la deuda que éste tiene contraída con el testador. Se trata de un legado de liberación (art. 870 CC), con lo que existe una regla de imputación establecida por el testador. Respecto de esta cuestión entiende el TS: “Respecto de la primera de las cláusulas no contraviene ninguna norma ni es un caso expresamente prevenido en el Código civil, como dice su artículo 743. Es un caso de atribución, como pago de la legítima, que se hace mediante el legado de liberación, como antes se ha apuntado y se ha observado el artículo 815. Que la deuda realmente exista o sea inferior lo contempla el artículo 870 al establecer que tal legado sólo surtirá efecto en la parte del crédito o de la deuda subsistente al tiempo de morir el testador. Lo cual no ha sido objeto del presente proceso y, por ello, al resolverlo la sentencia de instancia, se ha declarado incongruente. La deuda existió, lo cual es reconocido por todos: la parte que esté subsistente se puede discutir y asimismo se puede discutir si la legítima estricta del demandante ha sido perjudicada o si es inoficiosa la donación, pero ello se hará en la partición de la herencia, como dicen las sentencias de 8 de marzo de 1989 y 4 de junio de 1991 o en la acción declarativa que corresponda, pero no es objeto de la litis. Por ello, la demanda se desestima en este primer extremo”».

En este caso, la atribución patrimonial se considera hecha en pago de la legítima estricta, con la consecuencia de que el legitimario, si esta atribución fuera menor de su legítima, sólo podría reclamar la diferencia entre lo obtenido con el legado y el valor de su legítima corta.

Por tanto, el legado se imputa a la legítima estricta, por regla general, y el exceso parece que no debería, en principio, imputarse ni al tercio de libre disposición ni a la mejora. Sin embargo, si el valor del legado supera la legítima corta, es razonable suponer, a menos que el testador haya dicho lo contrario, que el legado no debe reducirse y, por tanto, que debe imputarse al tercio de libre disposición, en la medida de lo posible.

En definitiva, el legado debe imputarse a la legítima estricta<sup>50</sup> y para el excedente, salvo voluntad contraria del testador, al tercio de libre disposición.

b) declaración expresa de no querer mejorar al legatario-legitimario y declaración expresa o implícita<sup>51</sup> de dispensar al beneficiario de imputar el legado a legítima estricta.

Para que se dé este supuesto es necesario que el testador no sólo declare, implícita o explícitamente, que quiere dispensar al legatario de la imputación a la legítima estricta, sino que debe, además declare expresamente que no quiere mejorarlo. Si no hiciera esta declaración expresa o simplemente omitiera decir algo sobre la mejora, se daría el supuesto de mejora presunta del artículo 828 CCEs, con la consecuencia de que el supuesto coincidiría con el contemplado en el subapartado e)<sup>52</sup> siguiente.

<sup>50</sup> CÁMARA LAPUENTE, «Comentario artículo 828», 2011, p. 921: «Legados a hijos o descendientes legitimarios si no se atribuye expresamente el carácter de mejora a la atribución «mortis causa». El orden de imputación es 1º a la legítima estricta, 2º a la parte libre y 3º a la mejora. Este orden merece las siguientes precisiones: en primer lugar, pese al tenor literal del final del artículo 828, es pacífico entender que el legado no comienza por imputarse al tercio libre, sino primero a la legítima estricta (regla general *ex* artículo 819.1), si ésta no está ya cubierta por otra atribución patrimonial. En segundo lugar, la imputación del legado en el tercio libre sólo procede respecto a la parte de éste que no esté ocupada por otras disposiciones testamentarias o por donaciones a extraños *ex* artículo 819.2; no procedería la reducción de éstos para hacer sitio al legado en favor del descendiente, no sólo por aplicación del artículo 820.1º (reducir legados antes que donaciones) y del artículo 820.2º (reducción de legados a prorrata, «sin distinción alguna», sin preferencia legal alguna para los legados en favor de descendientes), sino también porque tal reducción sería contraria a la voluntad expresa del testador, máxime cuando aún es posible salvar el legado acudiendo al tercio de mejora de acuerdo con el artículo 828 y con ello no se perjudica el resto de legítimas estrictas como para proceder a reducciones».

<sup>51</sup> V. nota núm. 43.

<sup>52</sup> VELA SÁNCHEZ, 2018, p. 349 s., «a la luz del fundamental, en esta sede, artículo 828 CC..., que consagraría un supuesto especial de mejora tácita o presunta que por excepción admite el Código Civil (STS (1.ª) 19 mayo 1951), se ha considerado que el legado no se imputará, en primer lugar, a la legítima estricta, cuando del testamento se deduzca claramente que con el legado no se ha querido mermar dicha cuota legitimaria del

En presencia de una declaración expresa de no querer mejorar al descendiente, el legado no se imputa a mejora, mientras que la presencia de una declaración expresa o tácita de dispensar el legatario-legitimario de la imputación, obliga a considerar que el legado no debe acumularse a la legítima estricta.

En este supuesto, la atribución patrimonial no puede considerarse mejora en sentido técnico, porque el testador lo ha excluido expresamente, pero debe considerarse hecha además de la legítima corta, con la consecuencia de que no se debe sumar a la hora de valorar la legítima corta que le corresponde al legatario-legitimario. Por tanto, el legado se imputa al tercio de libre disposición. En el caso de que su valor sea superior, por el exceso se imputa a la legítima estricta, y nunca puede afectar a la mejora.

En definitiva, el legado se imputa al tercio de libre disposición y, por el exceso, a la legítima corta.

c) declaración expresa de mejorar y declaración expresa o implícita<sup>53</sup> (que se puede desprender de la misma ausencia de esta declaración)<sup>54</sup>, de dispensar de imputar el legado a legítima estricta.

Las dos declaraciones obligan a considerar el legado no sólo hecho a título de mejora, sino también con dispensa de imputación. Esto significa que el legado debe imputarse en primer lugar a la mejora y por el excedente al tercio de libre disposición.

Al igual que en el caso anterior, el legado no debe considerarse en la legítima corta, con la consecuencia de que el legitimario tiene derecho a reclamarla en su totalidad prescindiendo de lo que ha recibido en concepto de legado. A diferencia del caso anterior, en el que el legado se imputa primero al tercio de libre disposición y luego a la legítima corta, en este caso, el legado debe imputarse primero a mejora y luego al tercio de libre disposición.

Si el valor del legado fuera igual o correspondiera al tercio de libre disposición, no habría diferencia sustancial entre el caso anterior y éste, ya que el legitimario que ha recibido el legado siempre tiene derecho a reclamar la legítima estricta. La diferencia entre ambos casos se percibe si el valor del legado supera el valor del tercio de libre disposición. En el primer supuesto, dado que el excedente se imputa a la legítima corta, el legitimario tiene derecho a reclamar solo la diferencia entre la legítima

---

beneficiario, sino favorecerlo respecto de los demás legitimarios imputándolo en los otros tercios hereditarios».

<sup>53</sup> V. nota núm. 43

<sup>54</sup> V. nota núm. 51.

estricta y el valor del legado que excede el tercio de libre disposición. En este caso, en cambio, aunque existiera tal exceso, el legitimario seguiría teniendo derecho a reclamar íntegramente la legítima corta.

En definitiva, el legado se imputa a la mejora y, por el excedente, al tercio de libre disposición.

Aunque pueda parecer peculiar, podría darse el supuesto de:

d) declaración expresa de mejora y declaración expresa de no dispensar al legatario-legitimario de imputar el legado a la legítima corta.

Para que se dé este supuesto, es necesario no sólo que exista una declaración expresa de mejorar, sino también que exista una declaración expresa de no querer dispensar de imputar el legado a la legítima estricta, ya que, a falta de tal última declaración, hay que suponer que la declaración de mejorar vale también implícitamente como dispensa de imputación, pues sería irracional que el testador hubiera pretendido mejorar y luego hubiera colocado al beneficiario en peor situación<sup>55</sup>.

El legado se imputa a la mejora en primer lugar y, para el sobrante, a la legítima estricta, ya que no puede imputarse al tercio de libre disposición. El legado ha de considerarse mejora, pero debe considerarse realizado, en lo que eventualmente excediera, en pago de la legítima estricta. Esto quiere decir que: si el valor del legado es igual o inferior a la mejora, el legatario-legitimario tiene derecho a reclamar la totalidad de la legítima estricta; por el contrario, si el valor del legado es superior a la mejora, el exceso se imputa a la legítima estricta, con la consecuencia de que sólo podrá reclamar la diferencia entre la legítima corta y el exceso del valor del legado sobre la mejora.

En definitiva, el legado se imputa a la mejora y, por el exceso, a la legítima estricta.

---

<sup>55</sup> VELA SÁNCHEZ, 2018, p. 352 s., afirma que si el testador dejó expresamente el legado en concepto de mejora se plantea el problema del qué pasa si excediera el legado dicha parte de mejora. «A mi juicio, no parece lógico que un descendiente legitimario, que haya sido mejorado explícitamente por el testador con un legado, sea de peor condición que otro descendiente heredero forzoso que recibió un legado que no tenía carácter expreso de mejora. Por lo tanto, a pesar de la dicción del mencionado artículo 829 CC, concluyo que el descendiente legitimario que haya sido mejorado expresamente mediante un legado puede imputarlo, en primer lugar, y por voluntad expresa del testador, al tercio de mejora y el exceso, a la parte de libre disposición y después a la legítima, reduciéndose el resto por inoficioso (ex artículo 817 CC). En esta sede, para argumentar mejor esta inteligencia defendida, puede también acudir al principio general del Derecho de quien puede lo más –imputar el legado al tercio de mejora si excediera el tercio de libre disposición de la herencia (ex art. 828 CC)– puede lo menos –imputar el legado a la parte libre si el tercio de mejora está totalmente cubierto por otros legados preferentes o donaciones».

Luego, puede darse el supuesto de mejora presunta<sup>56</sup> *ex* artículo 828<sup>57</sup> CCEs<sup>58</sup>, es decir:

<sup>56</sup> CÁMARA LAPUENTE, «Comentario artículo 825», 2011, p. 904 s.: «En definitiva, «expreso» no se opone a «tácito», sino a «presunto» o meramente conjetural. Mejora expresa será aquella en la que el mejorante usa ese término y con ello ordena la imputación de la mejora precisamente dentro del tercio de mejora. En la mejora tácita, igualmente válida, el mejorante no utiliza esas palabras, pero su voluntad en este sentido se infiere claramente de sus actos conscientes y expresos. Tanto la mejora expresa *sensu stricto* como la manifestada tácitamente se consideran mejoras expresas. En cambio, en la mejora «presunta» no existe una voluntad comprobada del concreto causante de querer mejorar, sino que supone la conjetura más verosímil entre las posibles, pero no absolutamente segura, de lo que podría querer un donante cuando la liberalidad excede de lo que cabe imputar en la parte de libre disposición. Mientras la voluntad tácita se basa en *facta concludentia* y a ella se llega de forma concluyente y única, la voluntad presunta se basa en una *praesumptio voluntatis* establecida legalmente: no existe una voluntad contrastada, sino probable, para evitar que una donación querida pierda parcialmente su eficacia. Con la presunción se salva la real voluntad de donar, pero inventando o conjeturando una hipotética voluntad de mejorar, contraria a las reglas generales del Derecho sucesorio (v. gr. arts. 675 y 687), que sólo puede admitirse si un precepto consagra esta excepción. El art. 828 in fine claramente introduce un supuesto excepcional de mejora presunta para el legado «cuando no quepa en la parte libre», pero el artículo 825, paralelo a aquél en la consagración de la regla de que la mejora debe ser expresa, omite la excepción final de mejora presunta para las donaciones». Véanse a este respecto las consideraciones hechas en la nota núm. 26.

<sup>57</sup> CÁMARA LAPUENTE, «Comentario artículo 828», 2011, p. 921: «Este precepto constituye una norma de imputación de los legados hechos a los hijos o descendientes («se reputará» mejora) y no tanto una norma de interpretación de la voluntad del testador. Contiene una regla idéntica a la establecida para la imputación de donaciones en el art. 825 (la mejora por legado debe ser expresa) y una excepción genuina para el caso de los legados (mejora presunta en caso de exceder la imputación al tercio libre: v. gr., STS 19 mayo 1951 [RJ 1951, 1618]).».

<sup>58</sup> La norma del artículo 828 CCEs, en la parte que dice que «La manda o legado hecho por el testador a uno de los hijos o descendientes no se reputará mejora sino cuando el testador haya declarado expresamente ser ésta su voluntad, o cuando no quepa en la parte libre», creo que debe entenderse en el sentido de que el legado debe considerarse otorgado en concepto de mejora, cuando el testador no lo ha dicho (en este sentido, se trata de una mejora presunta), pero ha dispuesto que el legado se impute al tercio de libre disposición. Por tanto, entiendo que el precepto legal significa que el legado afecta a la mejora, aun a falta de una declaración «expresa», cuando el testador manifiesta su intención de que el legado se impute al tercio de libre disposición, es decir, cuando se ordena con dispensa de imputación. En tal caso, si el tercio de libre disposición fuera insuficiente, debería, como regla general, imputarse a la legítima estricta, ya que no puede imputarse a mejora a falta de una declaración expresa. Sin embargo, interviene esta norma que establece que, aunque no exista una voluntad expresa de imputar este legado a mejora, la ley lo presume. No me parece, en cambio, que pueda darse un caso de mejora presunta si el testador ha indicado expresamente que el legado deba imputarse a la legítima estricta (porque ello sería contrario a la idea de imputación a la mejora), ni tampoco si el testador hubiera declarado que el legado debe imputarse a mejora (se trataría de un supuesto de mejora expresa). En consecuencia, el único supuesto posible es que no exista una voluntad expresa de mejorar, pero el testador ha querido que el legado se impute al tercio de libre disposición y, por tanto, ha dispensado, implícita o explícitamente, al legatario-legitimario de imputar el legado a la legítima estricta. Entendido así, comparto la opinión de ALVENTOSA DEL RÍO, y OTROS, 2017, p. 627 s., cuando afirman que si el legitimario ha sido instituido heredero «el legado representa un incremento en relación con la institución de heredero. Por lo tanto, el legado debe imputarse en primer lugar a la parte de libre disposición, en lo que excediere al tercio de mejora y en última instancia, al tercio de legítima estricta (cfr. art. 828 en relación con el 829 CC)». En el mismo sentido VELA SÁNCHEZ, 2018, p. 350 s., quien afirma que: «si el legado se hace a un hijo o descendiente que sea legitimario y ya el testador le hubiere dejado la cuota que le corresponde por legítima estricta por institución de heredero –lo que se ha llamado tradicionalmente prelegado–, debería interpretarse razo-

e) ausencia de una declaración expresa de mejorar y declaración expresa o implícita<sup>59</sup> de dispensar al legitimario-legatario de imputar el legado a legítima estricta.

La ausencia de una declaración de querer mejorar al descendiente debería conllevar la imposibilidad de imputar el legado a mejora. La presencia de una declaración expresa o tácita de dispensar al legitimario de la imputación a la legítima estricta lleva a considerar que el legado debe imputarse en primer lugar al tercio de libre disposición. Sin embargo, interviene la presunción, según la cual la parte sobrante debe imputarse excepcionalmente a mejora, aunque no exista una declaración «expresa» en este sentido, suponiendo que se pueda o deba presumir tal voluntad del testador. En definitiva, el legado se imputa al tercio de libre disposición y, por el exceso, a mejora.

Finalmente, aunque el caso pueda parecer extraño a primera vista, el legado puede ser ordenado:

f) con una declaración expresa de que el legado debe imputarse a la legítima corta (es decir, la declaración de que el legado se hace en pago de la legítima estricta), indicando, no obstante, que lo que exceda debe imputarse a mejora.

La presencia de una declaración que dilucide la intención de considerar el legado ordenado en pago de la legítima impone que el legado se deba imputar en primer lugar a la legítima corta. Para que se alcance este resultado, es esencial no solo que no exista una declaración expresa que exima al legatario de la imputación, sino también que dicha declaración no pueda deducirse implícitamente. Si el testador hubiera instituido heredero al legitimario-legatario en su legítima y posteriormente hubiera ordenado el legado a su favor, eso valdría como dispensa implícita. Si el testador quiere que el legado se considere en pago de la legítima, debe declararlo expresamente. A falta de tal declaración expresa, tendría que considerarse implícitamente dispensado de la imputación y, por tanto, estaríamos en el supuesto e).

Además de tal declaración, debe existir una manifestación expresa de voluntad por la que se pretende imputar a mejora la parte que excediera la legítima estricta. En otras palabras, es como si el testador dijera que tiene la intención de hacer al legitimario-

---

nablemente, como así lo hace tanto la doctrina, como la jurisprudencia del Tribunal Supremo y la jurisprudencia menor, criterio que comparto, debería entenderse, repito, que el causante quería beneficiar a dicho legitimario, de ahí que, conforme al citado artículo 828 del Código Civil, dicho prelegado –legado hecho al descendiente legitimario instituido heredero por el causante–, se imputaría primero a la parte de libre disposición, después al tercio de mejora –ésta sería la mejora tácita o presunta a la que se refiere el indicado artículo 828 CC– y, finalmente, a la legítima estricta del legatario».

<sup>59</sup> V. nota núm. 43.

legatario esa atribución en pago de la legítima, pero que si tuviera un mayor valor por el excedente debería considerarse mejora. En definitiva, el legado se imputa a la legítima estricta y, por el exceso, a mejora.

Un ejemplo numérico ayuda a comprender las consecuencias prácticas que surgen en los seis supuestos planteados.

Para que las consecuencias sean más claras, supondré para cada supuesto bien que el valor del legado sea menor o igual a la cuota a la que debe imputarse, bien que su valor exceda esa cuota.

Imaginemos la sucesión de D. Pedro, que deja tres hijos, María, Carlos, Rocío. Imaginemos que el caudal hereditario ficticio es de 90, que la legítima corta colectiva, correspondiente a  $1/3$ , es de 30, que la mejora, correspondiente a  $1/3$ , es de 30, y que el tercio de libre disposición es de 30. La legítima corta de cada hijo es 10.

En cada caso, imaginemos que D. Pedro otorgue un legado a favor de María (que no es heredero)<sup>60</sup> y que dicho legado vale en un caso 8, o sea menos de la misma legítima corta, y en otro 32, o sea más que la legítima corta o que la mejora o que el tercio de libre disposición.

**Supuesto a)** el legado se imputa a la legítima corta y, por el sobrante, salvo voluntad en contrario del testador, al tercio de libre disposición.

En el caso de que el legado hecho a María tenga un valor de 8, el legado se imputará a la legítima estricta. Esto significa que María podrá reclamar el complemento de la legítima por 2 y que finalmente, suponiendo que no sea beneficiario de la mejora, María conseguirá **10**.

En el caso de que el legado hecho a María valga 32, el legado se imputará íntegramente a la legítima corta, por lo que María no podrá reclamar nada. Pero hay más. Es discutible si el excedente debe o no imputarse al tercio de libre disposición. En principio tendríamos que decir que sí, ya que sería irracional que el testador beneficiara al legitimario con un legado que vale más que la legítima que le corresponde y luego no quisiera que obtuviera nada del tercio de libre disposición. A falta de testamento en contrario, debe presumirse que el excedente debe imputarse al tercio de libre disposición. Esto significa que María puede quedarse con **32**, entendiéndose, no obstante, que en caso de lesión de otros legitimarios

---

<sup>60</sup> El supuesto que me planteo es que el legitimario beneficiario del legado no sea un heredero. Para que esto ocurra, es necesario que exista una institución de heredero a favor de otras personas, o sea una preterición. Por otro lado, debemos excluir el supuesto de desheredación del legitimario, ya que, si existiera una desheredación válida, María ni siquiera sería legitimario o, más exactamente, no tendría derecho a la legítima y, por tanto, no se plantearían los problemas que estamos comentando.

esta disposición está sujeta a reducción en la medida de 22, es decir, en la medida en que exceda de la legítima corta de María.

**Supuesto b)** el legado se imputa al tercio de libre disposición y, por el sobrante, a la legítima estricta.

En el caso de que el legado hecho a María tenga un valor de 8, el legado se imputará al tercio de libre disposición. Esto significa que María podrá reclamar el complemento de la legítima por 10 y que finalmente, suponiendo que no sea beneficiario de la mejora, obtendrá **18**.

En el caso de que el legado hecho a María tenga un valor de 32, el legado se imputará al tercio de libre disposición y por el exceso de 2 a la legítima corta. Esto significa que María podrá reclamar el complemento de la legítima por 8 y que finalmente, suponiendo que no sea beneficiario de la mejora, obtendrá **40**.

**Supuesto c)** el legado se imputa a la mejora y, por el excedente, al tercio de libre disposición.

En el caso de que el legado hecho a María tenga un valor de 8, el legado se imputará a mejora. Esto significa que María podrá reclamar el complemento de la legítima corta por 10 y recibirá, finalmente, **18**.

En el caso de que el legado hecho a María valga 32, el legado se imputará a mejora y por el exceso de 2 al tercio de libre disposición. Esto significa que María podrá reclamar el complemento de la legítima por 10 y que finalmente obtendrá **42**.

**Supuesto d)** el legado se imputa a la mejora y, por el excedente, a la legítima estricta.

En el caso de que el legado hecho a María valga 8, el legado se imputará a mejora. Esto significa que María podrá reclamar el complemento de la legítima por 10 y obtendrá finalmente **18**.

En el caso de que el legado hecho a María valga 32, el legado se imputará a mejora y el exceso de 2 a la legítima corta. Esto significa que María podrá reclamar el complemento de la legítima por 8 y que finalmente obtendrá **40**.

**Supuesto e)** el legado se imputa al tercio de libre disposición y, por el exceso, a mejora.

En el caso de que el legado hecho a María valga 8, el legado se imputará al tercio de libre disposición. Esto significa que María podrá reclamar el complemento de la legítima por 10 y obtendrá finalmente **18**.

En el caso de que el legado hecho a María valga 32, el legado se imputará por 30 al tercio de libre disposición y el exceso de 2 a mejora. Esto significa que María podrá reclamar el complemento de la legítima por 10 y que finalmente obtendrá **42**.

**Supuesto f)** el legado se imputa a la legítima estricta y, por el exceso, a mejora.

En el caso de que el legado hecho a María valga 8, el legado se imputará a la legítima estricta. Esto significa que María podrá reclamar el complemento de la legítima por 2 y obtendrá finalmente **10**.

En el caso de que el legado hecho a María valga 32, el legado se imputará por 10 a legítima estricta y el exceso de 22 a mejora. Esto significa que María no podrá reclamar el complemento de la legítima, porque ha conseguido su legítima, pero puede retener la totalidad del legado, sin riesgo de sufrir reducción alguna, porque lo que ha recibido en exceso de su legítima corta se considera otorgado en concepto de mejora. Al final, obtendrá **32**.

Los ejemplos numéricos propuestos nos permiten percibir que siempre que el valor del legado esté incluido dentro del valor de la legítima corta, salvo en los supuesto a y f) en los que el legatario-legitimario consigue bienes por un valor correspondiente a la legítima estricta (10), en todos los demás casos obtiene bienes por un valor igual a la suma de la legítima corta y el legado (18). La diferencia entre las distintas hipótesis no es, pues, muy evidente.

En cambio, si el legado tiene un valor superior y en el caso que nos ocupa superior a la propia mejora o al tercio de libre disposición, la diferencia es muy clara, ya que en los supuestos a) y f) alcanza 32, con riesgo de sufrir la reducción, en los supuestos b) y d) alcanza 40 y en los supuestos c) y e) alcanza incluso 42.

Esto demuestra la importancia, a la hora de redactar el testamento y ordenar un legado a favor del legitimario, de aclarar si el legado se va a considerar otorgado: con o sin dispensa de imputación y con o sin intención de mejorar. Con la aclaración adicional de que la intención de mejorar debe resultar «expresamente», salvo en el caso de mejora presunta del artículo 828 CCEs.

#### **IV. EL LEGADO A FAVOR DEL LEGITIMARIO QUE SEA HEREDERO (POR LEY O POR TESTAMENTO)**

##### **4.1 EL CASO EN CUESTIÓN**

Para reconstruir las reglas a aplicar en el supuesto de un legado ordenado a favor del legitimario, es necesario analizar ahora el caso más complejo en el que el heredero forzoso beneficiario del legado es también heredero, bien por testamento, bien por la sucesión legal.

En este supuesto, sin perjuicio del problema anteriormente expuesto (si el legado debe o no acumularse a la legítima que le corresponde al legitimario), se plantea otro y más, pues es necesario averiguar a quién «grava» el legado ordenado a favor del legitimario y, por tanto, cuál es la relación de este legado con las cuotas hereditarias.

Investigando la relación entre el legado ordenado a favor del heredero-legitimario<sup>61</sup> y su cuota hereditaria, pueden darse en abstracto tres supuestos diferentes, cuya diversidad puede captarse considerando la persona o las personas sobre las que pesa el legado<sup>62</sup>:

- a) que el legado grava a todos los herederos (este supuesto se da en todos los casos en que el testador no ha dicho quién debe recaer el legado; arts. 859.2 CCEs; 662 CCIt);
- b) que el legado no grave al beneficiario (en cuyo caso puede gravar a un solo heredero o a varios, o a un legatario; arts. 858.1, 859.1 CCEs; 662, 663 CCIt)
- c) que el legado grava únicamente al beneficiario (Arts. 858.1, 859.1 CCEs; 662, 663 CCIt).

#### 4.2 RENUNCIA DEL LEGADO POR PARTE DEL LEGATARIO-LEGITIMARIO, QUE SEA HEREDERO

En primer lugar, debe observarse que el legatario-legitimario, aunque sea heredero, puede aceptar o renunciar libremente al legado (arts. 890.2 CCEs; 649.1, 552 CCIt), siendo irrelevante a estos efectos no solo que sea legitimario, sino también que sea heredero, pues la renuncia al legado no afecta a estas dos circunstancias.

Una vez aclarado que el legatario-legitimario puede aceptar o renunciar libremente al legado, hay que señalar que en el supuesto de renuncia existe una importante diferencia entre el Derecho italiano y el español.

En el Derecho italiano, si el legatario-legitimario renuncia al legado atribuido para satisfacer su legítima, conserva todos los derechos que le reserva la ley. El hecho de que renuncie al legado no impide, pues, al legitimario reclamar el complemento de la legítima o interponer una acción de reducción. Es decir, la renuncia al

<sup>61</sup> Se trata de una cuestión que afecta, de forma más general, a los legados otorgados a favor de un heredero, aunque éste no sea legitimario.

<sup>62</sup> En los ejemplos anteriores y al plantearse la relación entre el legado y la legítima, no se esboza el problema del sujeto sobre el que recae el legado, ya que la legítima, al ser una cuota ideal, que no hace sino expresar el valor mínimo que la ley reserva a los legitimarios, no plantea este tipo de problemas, siendo la única cuestión si lo que se recibe en concepto de legado debe o no restarse de lo que el legitimario tiene derecho a reclamar en concepto de legítima.

legado ordenado para satisfacer su legítima no excluye el derecho a la legítima. Esto significa que el legatario es como si fuera libre de decidir arbitrariamente si su legítima se satisface o no con los bienes que el testador le ha asignado con el legado.

Por el contrario, en Derecho español, con una solución que, en ciertos aspectos, me parece mucho más razonable, si el legatario-legitimario renuncia al legado, pierde el derecho a reclamar el complemento de la legítima o a interponer una acción de reducción<sup>63</sup>.

#### 4.3 ACEPTACIÓN DEL LEGADO POR EL LEGATARIO-LEGITIMARIO, QUE SEA HEREDERO

En el supuesto de que el heredero legitimario acepte el legado, no solo se debe indagar la relación entre legado y legítima (respecto de lo cual son de aplicación las conclusiones a las que se ha llegado en el apartado anterior), sino que, además, hay que averiguar sobre quién recae el gravamen del legado; cuestión que puede acarrear consecuencias relevantes.

#### 4.4 LEGADO A FAVOR DE UN LEGATARIO HEREDERO: IDENTIFICACIÓN DE LAS CONSECUENCIAS EN FUNCIÓN DE LA PERSONA SOBRE LA QUE RECAE EL LEGADO

Como ya se ha dicho, el legado a favor de un legitimario que es también heredero tiene consecuencias diferentes según la persona sobre la que recaiga el legado.

A la hora de analizar esta cuestión, considerando la similitud entre el Derecho español y el italiano, podemos prescindir de hacer una distinción, ya que se plantea en ambos ordenamientos jurídicos de forma sustancialmente idéntica.

Examinemos, por tanto, los tres supuestos que pueden plantearse:

a) que el legado grave a todos los herederos (este supuesto se da en todos los casos en que el testador no ha dicho sobre quién debe recaer el legado; arts. 859.2 CCEs; 662 CCIt);

---

<sup>63</sup> Por todos, LACRUZ BERDEJO, 2009, p. 322: «el legitimario favorecido con un legado podrá reclamar suplemento de legítima cuando la manda fuera insuficiente, pero no repudiar el legado y reclamar la legítima, salvo que dicho legado sea cualitativamente inepto para satisfacerla (legado de usufructo, por ejemplo). Pues no se trata de una atribución que se ofrezca al legitimario y que pueda éste rechazar reclamando en cambio sus derechos legales, o bien aceptar a cambio de ellos, sino precisamente un modo lícito y vinculante de satisfacerlos».

b) que el legado no grave al beneficiario (en cuyo caso puede gravar a un solo heredero o a varios herederos, o a un legatario; arts. 858.1, 859.1 CCEs; 662, 663 CCIIt)

c) que el legado grave únicamente al beneficiario (Arts. 858.1, 859.1 CCEs; 662, 663 CCIIt).

#### 4.4.1 **Supuesto a): prelegado: es decir legado que grava a todos los herederos (incluido, por lo tanto, al legatario-heredero)**

Si el legado grava a todos los herederos, surge la figura del prelegado<sup>64</sup>, ya que se trata de un legado a favor de un heredero que recae a prorrata sobre todos los herederos. En tal caso, no cabe duda de que lo atribuido al heredero-legatario se considera atribuido además de su cuota hereditaria (no de su legítima), con la advertencia de que este legado, al gravar a todos los herederos, grava también al propio beneficiario a prorrata<sup>65</sup>.

Se trata, por tanto, de una adición a su cuota hereditaria, neto de lo que deba soportar su propia cuota hereditaria. La división en el caso de un prelegado es muy sencilla: basta con restar del *relictum* lo que se haya atribuido al legatario, repartiendo la masa restante entre los herederos en proporción a sus cuotas.

Un ejemplo ayuda a comprenderlo.

Imaginemos que D. Pedro fallece dejando un *relictum* de 90, sin deudas ni donaciones. Imaginemos que deja tres hijos, María, Rocío y Carlos, y que su sucesión se rige por un testamento por el que instituye herederos a sus propios hijos, cada uno en la cuota de 1/3, legando a Carlos el bien inmueble X con un valor de 20. Dado que el testador ha dispuesto de un legado a favor de uno de sus herederos, que grava la totalidad de la herencia (es decir, todos los herederos), no cabe duda de que se trata de un prelegado.

---

<sup>64</sup> V. VALLET DE GOYTISOLO, 1948, p. 322 ss.; BARBA, «El prelegato», 2012, p. 889 ss.; GERBO, 1996, p. 3 ss.; BONILINI, 2006, p. 373 ss.

<sup>65</sup> La cuestión en Derecho italiano no presenta ningún tipo de duda, dado el tenor literal del artículo 661 CCIIt, que establece que «Il legato a favore di uno dei coeredi e a carico di tutta l'eredità si considera come legato per l'intero ammontare». En el Derecho español, aunque se ha contemplado una solución diferente, según la cual el legado no debe en ningún caso ser soportado por el beneficiario, debe considerarse preferible considerar que el legado grava a todos los herederos, incluido el beneficiario. V. CÁMARA LAPUENTE, 2022, p. 188. VALLET DE GOYTISOLO, 1948, p. 322, afirma: «Instituido un hijo único en dos tercios de la herencia y un extraño en el otro tercio, el legado hecho a aquél, sin determinar quién de ellos quedaba gravado con su cumplimiento, deberán soportarlo los dos en la misma proporción en que han sido instituidos. O sea que, satisfecho el legado extrayéndolo de la masa, el caudal remanente deberá ser distribuidos entre el legitimario y el extraño en la proporción en que son herederos».

Esto significa que antes de repartir el *relictum* entre los herederos, es necesario deducir previamente el legado. Carlos obtiene, inmediatamente la finca X del valor de 20 objeto del legado. El *relictum* a repartir entre los herederos, habiéndose prededucido el bien legado, será de 70 (90-20). Cada hijo, al tener derecho a 1/3 de la herencia, tiene derecho a recibir bienes por valor de 23,33 (1/3 de 70).

En definitiva, María obtiene bienes del *relictum* por valor de 23,33, Rocío obtiene bienes del *relictum* por valor de 23,33, mientras que Carlos obtiene el bien X por valor de 20 en concepto de legado, más bienes del *relictum*, en concepto de herencia, por valor de 23,33.

Carlos recibe 43,33, es decir, bienes por un valor significativamente superior a los recibidos por los otros dos hermanos, a pesar de ser todos herederos en la misma cuota. Esta diferencia surge precisamente del llamado prelegado, que permite al heredero recibir un bien además de su parte en la herencia.

En el caso del prelegado, el heredero forzoso obtiene un bien además de su parte. Cabe señalar que se trata de una adición parcial, ya que este legado también corre a cargo del propio heredero. La salida del bien del *relictum* determina, de hecho, a pesar de la simplicidad de la operación realizada, que, a prorrata, el legado grava también la cuota del heredero-legitimario<sup>66</sup>. En definitiva, en el caso de un prelegado, el bien se añade a la cuota hereditaria del heredero legatario, una vez deducido lo que soporta su propia cuota hereditaria.

La referencia al prelegado es pertinente, exclusivamente, a efectos de comprender la relación entre el bien legado y la cuota hereditaria, mientras que deja de lado cualquier otra cuestión sobre la relación entre el legado y la legítima.

---

<sup>66</sup> También podría razonarse del siguiente modo. El *relictum* de 90, debe repartirse entre los herederos a prorrata. En el presente caso, los tres hijos de D. Pedro, María, Carlos y Rocío, son herederos, cada uno en la cuota de 1/3. A cada uno le corresponde 1/3 del *relictum* y, por tanto, 30. María sucede en el caudal relicto por 30, Carlos sucede en el caudal relicto por 30 y Rocío sucede en el caudal relicto por 30. Una vez que todos los herederos han obtenido los bienes, es necesario determinar sobre quién recae el legado. En el presente caso, al tratarse de un prelegado, recaerá sobre todos los herederos a prorrata. El legado de 20 recaerá 1/3 sobre la parte de María, 1/3 sobre la parte de Rocío y 1/3 también sobre la parte de Carlos. Esto significa que grava a cada uno de los herederos por 6,66 (1/3 de 20). La parte de 30 que corresponde a cada heredero se reduce a 23,33 (30-6,66), de modo que al final cada heredero obtiene 23,33, mientras que Carlos consigue también 20 en concepto de legado. En este ejemplo, está claro que el legado de 20 también recae proporcionalmente sobre la parte de Carlos. Está claro que el legado es un añadido a la cuota hereditaria del legatario, entendiéndose que es un añadido neto de lo que no debe soportar en su propia cuota. Obviamente, si el legado fuera a cargo únicamente de los demás herederos (o de María y Rocío o de uno solo de ellos; si, por tanto, no fuera a cargo del beneficiario) sería una adición completa.

#### 4.4.2 Supuesto b): legado que no grava al legatario-heredero

Si el testador deseara que el legado se añadiera, en su totalidad, a la cuota hereditaria del legatario-heredero, tendría que estipular que el legado no corriera a cargo del beneficiario.

El testador podría estipular que gravara únicamente a algunos herederos, con exclusión del beneficiario, o a uno o más legatarios<sup>67</sup> (sublegado).

Se trata de un legado simple, que se añade, en su totalidad, a la cuota hereditaria del legatario-heredero, y que grava únicamente la cuota hereditaria de la persona o personas a las que se impone la carga del legado.

También para entender la diferencia de resultado respecto al prelegado, se propone el mismo ejemplo anterior.

Imaginemos que D. Pedro fallece dejando un *relictum* de 90, sin deudas ni donaciones. Imaginemos que deja tres hijos, María, Rocío y Carlos, y que su sucesión se rige por un testamento por el que instituye herederos a sus hijos, cada uno en la proporción de 1/3, atribuyendo a Carlos el bien inmueble X de valor 20 en concepto de legado, que pone a cargo exclusivo de María y Rocío. Cada uno de los hijos es heredero, por testamento, en la cuota de 1/3.

Al no tratarse de un prelegado, es necesario primero dividir la masa y luego restar el valor del legado de la cuota de las personas obligadas a su cumplimiento.

El *relictum* de 90 debe dividirse entre los tres hijos, de modo que a cada uno le correspondan 30. La parte de María y Rocío, sin embargo, lleva el legado de 20, de modo que este legado recae sobre sus partes en proporción a sus cuotas<sup>68</sup>. Cada uno soportará el legado en su parte correspondiente a 10.

<sup>67</sup> El supuesto no me parece tenido en debida consideración en el extenso trabajo de IUDICA, 2009, pp. 287 ss., quien, sin embargo, propone una de las reconstrucciones más eficaces de legados dispuestos a favor del legitimario, ni en la obra de VIRGILIO y DAL RI, 2013, pp. 309 ss.

<sup>68</sup> Para determinar en qué medida cada uno soporta el peso del legado, será necesario hacer el siguiente cálculo. Llamemos: *D* la deuda o legado; *Qc* la parte de la herencia de María; *Qm* la parte de la herencia de Rocío; *Xc* la medida en que María debe soportar la deuda o legado en proporción a su parte; *Xm* la medida en que Rocío debe soportar la deuda o legado en proporción a su parte. Entonces:  $D: Xc = (Qc+Qm): Qc$ , con lo que

deduzco que  $Xc = \frac{D \cdot Qc}{Qc+Qm}$ . Es decir,  $Xc = \frac{1}{-} \frac{20}{-} = 10$ .

En consecuencia, llamando *D* a la deuda o legado; *Xn* a la medida en que el heredero *n* debe contribuir al pago de las deudas y *Qn* a la cuota hereditaria del heredero *n*; *Qn1*, a la cuota hereditaria del heredero *n1* y así sucesivamente, se impone la siguiente proporción:

$D: Xn = (Qn+ Qn1+ Qnx):Qn$ . Da cui  $Xn = \frac{D \cdot Qn}{Qn+ Qn1+ Qnx}$ .

En resumen, María recibe bienes del *relictum* por valor de 20 (recibe 30, pero soporta el legado por 10), Rocío recibe bienes del *relictum* por valor de 20 (recibe 30, pero soporta el legado por 10), mientras que Carlos recibe el bien X por valor de 20 en concepto de legado, más bienes del *relictum* por valor de 30. Carlos obtiene, pues, 50.

En comparación con el caso del prelegado, Carlos obtiene bienes por un valor superior (en este caso obtiene bienes por valor de 50, mientras que en el caso del prelegado habría obtenido, en total, bienes por valor de 43,33). Esto se debe al hecho de que, en el supuesto de prelegado, el mismo beneficiario queda obligado a prorrata al cumplimiento del legado, mientras que, en el caso de un legado que no grava al beneficiario (es decir, que corre a cargo de uno o varios herederos o de un legatario), la atribución del legado se añade íntegramente a la cuota hereditaria.

Obviamente, incluso en el caso de un legado que no es soportado por el beneficiario, si nos situamos en la perspectiva del legítimo, es necesario establecer (con independencia de que el legado se añada o no a su cuota hereditaria), si la atribución se añade o no a legítima y, por tanto, cuál es la relación entre legado y cuota reservada.

#### 4.4.3 Supuesto c): legado que grava sólo al legatario-heredero

Si el testador quisiera que lo legado no se añadiera a la cuota hereditaria del legatario-heredero, entonces tendría que hacer recaer la carga del legado sobre la propia cuota del beneficiario<sup>69</sup>.

<sup>69</sup> Este supuesto se denomina «legado ordenado en pago de la herencia», sobre el que v. IUDICA, 2009, p. 293; VIRGILIO y DAL RI, 2013, p. 352. En la jurisprudencia española muy interesante, STS 4852/1998 de 18 de julio, Ponente: Francisco Morales Morales, (ECLI: ES: TS:1998:4852), en cuyo fundamento séptimo se lee: «a sentencia aquí recurrida interpreta dicha cláusula séptima del testamento, expuesta sintéticamente su extensa y peculiar argumentación, en el sentido de que, en el caso de que el valor (sin estimar el artístico, histórico e incluso de afección) de la mitad del Palacio de Fefiñanes con todo lo accesorio e inherente a dicha mitad en huerta, corral y demás dependiente exceda del valor del tercio (son tres los herederos) de todo el caudal hereditario de la causante Doña Lorenza, sólo en dicho caso, repetimos, la testadora hace en favor de Don Tomás una institución de heredero y un legado y que, partiendo del supuesto de que la propia testadora ordena (como norma particional) que la mitad del Palacio de Fefiñanes con todos sus referidos anejos (que pertenecía a la causante Doña Constanza) sea adjudicada íntegramente al referido Don Tomás (por lo que Don Íñigo y Don Alfredo solamente pueden recibir su parte igualitaria de herencia de los restantes bienes integrantes del caudal hereditario de dicha causante), entiende (la referida sentencia) que a Don Tomás le corresponde, a título de herencia, aquella parte de la mitad del Palacio y sus anejos, cuyo valor (sin tener en cuenta el artístico, histórico e incluso de afección) sea equivalente a la mitad del valor de los restantes bienes del caudal relicto (que son los únicos que deben recibir, por mitad, Don Íñigo y Don Alfredo) y, a título de legado, toda aquella otra parte de la mitad del Palacio y sus

El legado sirve, pues, para realizar o componer la cuota hereditaria y su ventaja es que el legitimario consigue ese bien.

Se propone el mismo ejemplo ya expuesto para entender la diferencia en el resultado. Imaginemos que D. Pedro fallece dejando un *relictum* de 90, sin deudas ni donaciones. Imaginemos que deja tres hijos, María, Rocío y Carlos, y que su sucesión se rige por un testamento por el que instituye herederos a sus hijos, cada uno en la proporción de un tercio, legando a Carlos el bien inmueble X de valor 20, que pone a cargo exclusivo del mismo Carlos.

El *relictum* de 90 se reparte entre los tres hijos, de modo que a cada uno le corresponde 30. La parte de Carlos, sin embargo, lleva el legado de 20. En definitiva, María recibe bienes relictos por valor de 30, Rocío recibe bienes relictos por valor de 30, Carlos recibe bienes relictos por valor de 30. Sin embargo, el legado ordenado a favor de Carlos corre a cargo del propio Carlos, por lo que solo él queda obligado a su cumplimiento. Esto concretamente significa que Carlos recibe el bien X por valor de 20 en concepto de legado, más bienes del *relictum* por valor de 10. Carlos recibe bienes por un total de 30.

En comparación con el caso de un prelegado (Carlos recibe 46,66) y un legado al que queda obligado una persona diferente del beneficiario (Carlos recibe 50), en el caso de un legado a cargo del mismo beneficiario, Carlos recibe bienes por un total de 30.

A pesar de que se ha ordenado un legado a favor de Carlos, éste no recibe más que su parte de la herencia, precisamente porque este legado, que podríamos decir que se ordena en su parte de herencia, no se añade, sino que compone esencialmente su herencia. Este supuesto, que podría considerarse una alternativa a la partición de herencia por el propio testador<sup>70</sup>, se produce cuando el testador desea, en esencia, completar la cuota hereditaria con un determinado bien y cuando quiere que ese bien sea inmediatamente adquirido por el heredero, incluso con independencia de la aceptación de la herencia<sup>71</sup>.

---

anejos, cuyo valor (sin tener en cuenta el artístico, histórico e incluso de afección) exceda del valor de la mitad de los restantes bienes de la herencia de la referida causante».

<sup>70</sup> IUDICA, 2009, p. 293.

<sup>71</sup> Si el testador hubiera optado por realizar una atribución concreta con función divisoria (véase art. 734 CCI), el beneficiario sólo habría obtenido el bien atribuido si hubiera aceptado la herencia. Si el llamado renuncia a la herencia, no obtiene el bien. En cambio, en el caso de un legado para componer su cuota, el beneficiario consigue lo asignado en concepto de legado (salvo que lo rechace), aunque decida renunciar a la herencia. V. VIRGILIO y DAL RI, 2013, pp. 327-330. Los Autores, en conclusión del trabajo, afirman «unicamente in tal senso si può parlare di legato *divisionis causa*: pur mantenendo ferme natura, alterità ed entità delle delazioni, tale disposizione sembra atteggiarsi, ove ricorra pluralità di eredi ed unicamente rapporti interni a questi, quale ha posizionamento divisionale, di cui condivide raggiungere taluni effetti pratici». La situación habría sido distinta si el testador hubiera hecho una institución *ex re certa*, ya que el bien o conjunto de bienes atribuidos

También en este supuesto, como ya hemos dicho respecto de los dos anteriores, es preciso averiguar, situándose en la perspectiva del legitimario, si el legado (con independencia de que se añada, o no a la cuota hereditaria) ha de ser o no considerado a efectos del cálculo de la legítima que le corresponde al beneficiario.

#### 4.5 LOS POSIBLES SUPUESTOS QUE SE PLANTEAN AL COMBINAR LA CUESTIÓN DE LA PERSONA OBLIGADA AL CUMPLIMIENTO DEL LEGADO CON LA DE SU IMPUTACIÓN

En el supuesto de legado otorgado a favor del legitimario-heredero se plantea no sólo el problema de la imputación del legado y, por tanto, de cómo la atribución del legado interfiere en el cálculo de la legítima, sino también el problema de la persona que debe cumplir el legado. Por lo tanto, es necesario combinar estas dos variables e identificar los supuestos que pueden plantearse en la práctica.

Los legados ordenados a favor del legitimario-heredero pueden gravar toda la herencia; o a personas distintas del beneficiario, o, finalmente, exclusivamente al propio beneficiario. Esta distinción sólo sirve para establecer la relación entre el legado y la cuota hereditaria, es decir, para determinar si el legado se añade o no a la cuota hereditaria del legitimario-heredero y quién debe cumplir el legado.

Esta distinción es irrelevante a efectos de apreciar si la legítima del legitimario-heredero se ha visto perjudicada y, por tanto, si lo que ha recibido en concepto de legado debe sumarse a efectos del cálculo de su legítima. Para resolver esta última cuestión, con independencia de quién debe cumplir el legado, es necesario determinar la relación del legado con la legítima.

Mientras que la cuestión de sobre quién debe recaer el legado se resuelve, como hemos visto en el apartado 4.4. anterior, de la misma forma en el Derecho civil italiano y en el español, la cuestión de la imputación del legado a la legítima se presenta de forma diferente entre ambos ordenamientos jurídicos, razón por la que será necesario distinguir uno de otro. Además, teniendo en consideración que en el Derecho español la cuestión de la imputación

---

como cuota, si bien se asigna inmediatamente al beneficiario, que lo adquiere, como consecuencia de la aceptación de la herencia, cae en comunidad hereditaria. Precisa SCHIAVONE, 2012, p. 79: «mentre i beni assegnati funzione di quota cadono nella comunione ereditaria, e perciò sono compresi nella stessa secondo il loro valore al tempo della divisione, i beni attribuiti a titolo di legato in conto non cadono in comunione e sono imputati alla quota del legatario secondo il loro valore al tempo dell'aperta successione, quando cioè effettivamente avviene l'acquisto».

difiere según que el beneficiario sea cónyuge, ascendiente o descendiente, será necesario diferenciar aún más estos supuestos.

#### 4.5.1 Legado a favor del legitimario-heredero en Derecho italiano

En Derecho italiano, en cuanto al sujeto sobre el que recae el legado, se pueden dar tres supuestos diferentes, según se trate de un prelegado o de un legado que no grave al beneficiario o de un legado que grave sólo al beneficiario, mientras que, en cuanto a la relación del legado con la legítima, se pueden dar dos casos según se trate de legado con dispensa de imputación o sin dispensa de imputación.

Combinando las distintas variables, se pueden dar seis casos, que trataremos de analizar a continuación.

##### 4.5.1.A PRELEGADO

El prelegado puede ordenarse:

- a) con dispensa de imputación;
- b) sin dispensa de imputación<sup>72</sup>.

Este aspecto adicional, sin perjuicio de lo ya dicho para el prelegado, es relevante para verificar una posible lesión del legitimario<sup>73</sup>. En el supuesto de *donatum* importante, podría, en efecto, producirse una lesión del legitimario-heredero, que podría obtener bienes insuficientes para satisfacer su legítima.

Supongamos que D. Pedro deja un *relictum* de 90, ninguna deuda y una donación hecha en vida a favor de Soledad de 90. Supongamos que D. Pedro deja un solo hijo, Carlos, y que su sucesión se rige por un testamento por el que instituye heredero a su hijo

<sup>72</sup> IUDICA, 2009, p. 290 s., quien precisa que la circunstancia de que el beneficiario sea un legitimario no impide la aplicación de las normas de los artículos 661 y 662 CCIt. En la p. 291 y ss. precisa: «in assenza di contrarie indicazioni del testatore [...] il legato in favore del coerede legittimario è un semplice prelegato, che, in sede di successione necessaria, esplica diversi effetti in ordine alla determinazione dell'*an* e del *quantum* della lesione della legittima, a seconda che il *de cuius* abbia o meno espressamente provveduto alla dispensa dall'imputazione». El Autor retoma esta idea en la p. 300 y ss., donde afirma que la falta de claridad es un obstáculo para entender la relación entre prelegado y legado ordenado en concepto de legítima.

<sup>73</sup> VIRGILIO, 2017, p. 116 s.: «legato in conto di legittima e prelegato non sono incompatibili nella misura in cui il primo si riferisce alla quota di legittima, mentre il secondo grava sull'eredità. Fin quando non vi sia «conversione» della quota di legittima in quota di eredità, a seguito della successione nella legittima, la disposizione a titolo particolare costituisce un'aggiunta rispetto alla quota ereditaria». Por este motivo, el autor considera más eficaz hablar de legado imputable a efectos de reducción. En el mismo sentido, VIRGILIO y DAL RI, 2013, p. 320.

en la cuota 1/3, al amigo María en la cuota 2/3, legando a su hijo, Carlos, el bien inmueble X por valor de 20 (se trata de un prelegado, ya que el testador grava con su legado a todos los herederos).

En este caso, Carlos adquiere inmediatamente el legado de 20. Del *relictum* restante de 70, Carlos recibe 23,33 (1/3 de 70), mientras que el amigo María recibe 46,66 (2/3 de 70). En resumen, Carlos recibe como legado un bien X por valor de 20, más bienes del *relictum* por valor de 23,33, lo que supone un total global de 43,33, mientras que María recibe bienes por valor de 46,66.

Como es fácil comprender, al tratarse de un prelegado, el valor de los bienes del legatario se suma a la cuota hereditaria del legítimo-heredero (entendiéndose que, en parte y a prorrata, dicho legado también recae sobre el propio beneficiario). Sobre la base de esta valoración, sólo se establece la relación entre el legado y la cuota hereditaria, determinándose en concreto, si el legado es o no adicional a la cuota hereditaria y quien queda obligado a su cumplimiento.

Esto es independiente de cualquier valoración sobre la relación entre el legado y la legítima. Para comprobar si el hijo Carlos ha sufrido una lesión, y para decretar si la atribución del legatario debe o no sumarse en el cálculo de la legítima que le corresponde, hay que comprobar si el legado es ordenado con dispensa de imputación o no.

En el presente caso, conforme a la ley italiana (art. 537.1 CCI), al hijo Carlos le corresponde una legítima de 1/2, por lo que tiene derecho a recibir bienes por un valor total de 90 (1/2 de 90-0+90).

Para determinar si Carlos ha sido perjudicado, es importante establecer si debe o no considerarse cuánto ha recibido en concepto de legado y, por tanto, si se ha ordenado el legado con dispensa de imputación o en concepto de legítima.

Si el legado se hubiera ordenado con dispensa de imputación, entonces habría que decir que Carlos, que de hecho ha obtenido bienes por valor de 43,33 por sucesión mortis causa, se considera que ha conseguido en concepto de legítima bienes por valor de 23,33 (no hay que tener en cuenta lo recibido por legado). Dado que tenía derecho a una legítima de 90, se considera lesionado por 66,67.

Si, por el contrario, el legado se hubiera ordenado sin dispensa de imputación (es decir, en pago de la legítima), se consideraría que todo lo que Carlos ha concretamente conseguido, también en concepto de legado, debe imputarse a su legítima. Esto quiere decir que habiendo conseguido 43,33, sufre una lesión de 45,67.

Este ejemplo sirve para demostrar los diferentes problemas que plantea un legado dispuesto a favor de un legitimario cuando su atribución se considera en relación con la cuota de la herencia (si se añade o no a la cuota de la herencia y quien debe cumplir el legado) y cuando se considera en relación con la legítima (si se computa a la legítima que le corresponde).

#### 4.5.1.B LEGADO A FAVOR DEL LEGITIMARIO-HEREDERO QUE GRAVA A PERSONAS DISTINTAS DEL BENEFICIARIO

El legado, que no grava al beneficiario y que se añade, por lo tanto, a su cuota hereditaria, puede, a efectos del cálculo de la legítima, ordenarse: a) con dispensa de imputación; b) sin dispensa de imputación.

La determinación de si el legado es con dispensa de imputación o no resulta necesaria para determinar si el beneficiario debe considerarse perjudicado y tiene derecho a ejercitar la acción de reducción.

Un ejemplo ayuda una vez más a la comprensión y en este sentido se propone el mismo ejemplo expuesto en el párrafo anterior con algunas ligeras modificaciones.

Supongamos que D. Pedro deja un *relictum* de 90, sin deudas y una donación hecha en vida a favor de Soledad de 90. Supongamos que D. Pedro deja un solo hijo, Carlos, y que su sucesión se rige por un testamento por el que instituye heredero a su hijo en la proporción de 1/3, al amigo María en la proporción de 2/3, legado a su hijo Carlos el bien inmueble X por valor de 20 y poniendo el legado a cargo de María.

El *relictum* de 90 se repartirá entre los dos herederos en proporción a sus partes: Carlos se queda con 30, mientras que María con 60. Dado que el legado sólo recae sobre la parte de María, sólo él debe cumplirlo y solo de su cuota debe deducirse lo necesario para que Carlos obtenga el legado. En resumen, Carlos obtiene un bien X por valor de 20 en concepto de legado, más los bienes del *relictum* por valor de 30, lo que supone un total de 50, mientras que María obtiene un bien por valor de 40 (60 del *relictum* menos 20 del legado que grava su parte).

El valor de los bienes del legado se añade, en su totalidad, a la parte de la herencia correspondiente al legitimario-heredero. Sobre la base de esta valoración, sólo se evalúa la relación entre el legado y la cuota hereditaria (en particular, si se añade o no a la cuota hereditaria y quién o quiénes quedan obligados al cumplimiento

del legado). Esto es independiente de cualquier valoración de la relación entre el legado y legítima.

Para determinar si el hijo Carlos sufre o no una lesión, y para establecer si la atribución del legado debe o no computarse a su legítima, se debe comprobar si el legado es con dispensa de imputación o no. De acuerdo con el artículo 537.1 CCIt, al hijo Carlos le corresponde una legítima de  $\frac{1}{2}$ , por lo que tiene derecho a recibir, en concepto de legítima, bienes por un valor total de 90 ( $\frac{1}{2}$  de  $90-0+90$ ). Para concretar si Carlos ha sido perjudicado, es importante determinar si se debe o no añadir lo recibido en concepto de legado y, por tanto, si el legado ha sido ordenado con o sin dispensa de imputación.

Si el legado se dispusiera con dispensa de imputación, entonces habría que decir que Carlos, que de hecho ha obtenido bienes por 50, se considera que ha obtenido, en concepto de legítima, bienes por valor de 30. Dado que tenía derecho a obtener bienes por valor de 90, se considera lesionado por 60.

Si, por el contrario, el legado se hubiera ordenado sin dispensa de imputación, entonces habría que decir que Carlos, que de hecho ha obtenido bienes por valor de 50, se considera que ha conseguido, en concepto de legítima, bienes por valor de 50. En consecuencia, Carlos es perjudicado por 40.

#### 4.5.1.C LEGADO A FAVOR DEL LEGITIMARIO-HEREDERO QUE GRAVA AL PROPIO BENEFICIARIO

El legado, que en este caso sirve para concretar la cuota hereditaria del legitimario-heredero, puede ordenarse: a) con dispensa de imputación; b) sin dispensa de imputación.

De nuevo, el ejemplo ya propuesto, convenientemente adaptado, resulta útil. Supongamos que D. Pedro deja un *relictum* de 90, sin deudas y una donación hecha en vida a favor de Soledad de 90. Supongamos que D. Pedro deja un solo hijo, Carlos, y que su sucesión se rige por un testamento por el que instituye heredero a su hijo en la cuota de  $\frac{1}{3}$ , al amigo María en la cuota de  $\frac{2}{3}$ , legando a su hijo Carlos el bien inmueble X, que vale 20, y poniendo el legado a cargo del propio Carlos.

El *relictum* de 90 se repartirá entre los dos herederos en proporción a sus cuotas: Carlos se queda con 30, mientras que María se queda con 60. Dado que el legado grava únicamente a Carlos, lo necesario para satisfacer el legado se toma de su misma parte.

En resumidas cuentas, Carlos obtiene un bien X por valor de 20 en concepto de legado, más bienes del *relictum* por valor de 10

(30 del *relictum* menos 20 del legado que grava su parte), lo que supone un total de 30, mientras que María obtiene bienes por valor de 60. Como es fácil comprender, el valor de los bienes legados no se añade a la parte de la herencia que corresponde al legitimario-heredero, sino que la compone. Sobre la base de esta valoración, solo se considera la relación entre el legado y la cuota hereditaria, es decir, quien debe cumplir el legado. Esto es independiente de cualquier valoración relativa a la relación entre el legado y la legítima.

Para determinar si el hijo Carlos está o no perjudicado, es preciso determinar si el legado debe o no computarse a su legítima, o sea, si el testador ha ordenado el legado con dispensa de imputación o en pago de la legítima. En el presente caso, de conformidad con el artículo 537.1 CCIt, al hijo Carlos le corresponde una legítima de  $\frac{1}{2}$ , por lo que tiene derecho a recibir bienes por un valor total de 90 (1/2 de 90-0+90). Para establecer si Carlos resulta perjudicado, hay que determinar si el legado es con dispensa de imputación o no.

Si el legado se hubiera dispuesto con dispensa de imputación, entonces habría que decir que Carlos, que de hecho ha obtenido bienes por valor de 30 por vía de herencia, se considera que ha obtenido en concepto de legítima bienes por valor de 10 (hay que restar lo recibido en concepto de legado con dispensa de imputación). Considerado que tenía derecho a una legítima de 90, se debe considerar lesionado por 80.

Por otra parte, si el legado se hubiera ordenado sin dispensa de imputación, entonces habría que decir que Carlos, que de hecho ha obtenido, en concepto de herencia, bienes por valor de 30, se considera que ha obtenido, en concepto de legítima, bienes por valor de 30. En consecuencia, Carlos resulta perjudicado en la cuantía de 60.

Al margen de este aspecto, el supuesto de un legado que grava únicamente la legítima podría plantear un problema de validez, pues cabría pensar que el legado debería ser considerado nulo por aplicación del artículo 549CCIt (correspondiente al artículo 813.2 CCEs), máxime si se instituye heredero al legitimario tan sólo en la legítima, por lo que un legado que grava totalmente su cuota puede parecer una verdadera carga en el sentido de los dos preceptos citados.

Creo, sin embargo, que hay razones para considerar válido ese legado.

En primer lugar, se debe pensar que la función de la prohibición del art. 549 CCIt y del artículo 813.2 CCEs)<sup>74</sup> es impedir la im-

---

<sup>74</sup> TORRES GARCÍA y DOMÍNGUEZ LUELMO, «La legítima en el Código civil (I)», 2012, p. 46, «Bajo dicha denominación se recoge el principio según el cual ninguna disposición del testador puede hacer que lo recibido por el legitimario resulte limitado cualitativamente; es la consecuencia se dice del carácter imperativo que tienen las normas que

sición de cargas sobre la legítima, cuando benefician a otras personas. En el presente caso, dicha norma no cumpliría su función, ya que la carga impuesta sobre la legítima acaba beneficiando únicamente al mismo legitimario sobre cuya cuota recae el legado. Si se afirmara la nulidad del legado, el legitimario no sólo no obtendría ninguna ventaja, sino que incluso podría verse perjudicado, ya que no podría adquirir el bien específicamente asignado, con la consecuencia de que formaría parte de la comunidad y podría atribuirse a otra persona o atribuírselo a él sólo a prorrata.

Desde otro punto de vista, tampoco es necesariamente cierto que una carga que pese sobre la legítima deba considerarse siempre nula<sup>75</sup>, pues la norma se limita a imponer una prohibición, con la consecuencia de que corresponde al intérprete identificar el remedio adecuado para realizar el interés subyacente en el caso concreto. Creo, por lo tanto, que en un caso como este la nulidad sería desproporcionada e irrazonable respecto de los intereses en juego<sup>76</sup> y que debería pensarse en otro remedio.

Por último, se debe considerar que, aun aceptando la tesis de la nulidad, creo que se trata de una nulidad que no opera de forma inmediata y automática, sino que necesita que la pida la parte interesada (es decir, el legitimario sobre cuya legítima recae la carga). En ausencia de cualquier actuación u objeción por parte de dicha parte no podría, en ningún caso, hacerse valer la nulidad. Con la ventaja, además, de que quedaría a la elección y valoración del mismo interesado objetar o no la posible nulidad del peso que recae sobre la legítima, a fin de poder identificar la solución que en el caso concreto mejor realice su interés.

#### 4.5.1.D SÍNTESIS

En resumen, hay seis supuestos posibles:

1.a Prelegado a favor del legitimario-heredero con dispensa de imputación;

---

regulan el sistema de legítimas en el Código Civil que frena la voluntad del testador imponiéndolo el recibir libre de cargas a aquella (STS 26.11.1968, RJ 5542). A ello se refiere el artículo 813. II CC».

<sup>75</sup> TORRES GARCÍA y DOMÍNGUEZ LUELMO, «La legítima en el Código civil (I)», 2012, p. 50 «Exceptuando las excepciones que a la intangibilidad cualitativa se contienen en el artículo 813. II CC y en otros preceptos del Código Civil, cuando se impone por el testador cualquier tipo de gravamen o condición o sustitución sobre la legítima se han defendido dos posturas: o bien considerarlas por el legitimario como no puestas en lo referente a la legítima, pero manteniendo o no que permanezcan sobre el exceso (STS de 18 de noviembre de 1930, RJ 1273) o bien entender que estamos ante un supuesto de nulidad de tales gravámenes».

<sup>76</sup> MENGONI, 2000, p. 261; PERFETTI, 2020, p. 199.

1.b Prelegado a favor del legitimario-heredero sin dispensa de imputación;

2.a Legado a favor del legitimario-heredero que grava a personas distintas del beneficiario con dispensa de imputación

2.b Legado a favor del legitimario-heredero que grava a personas distintas del beneficiario sin dispensa de imputación;

3.a Legado a favor del legitimario-heredero que grava al mismo beneficiario con dispensa de imputación;

3.b Legado a favor del legitimario-heredero que grava al mismo beneficiario sin dispensa de imputación.

La pluralidad de supuestos que pueden plantearse y las diferentes consecuencias que determinan en la distribución de la herencia, hace necesario tener en máxima consideración los distintos supuestos, de modo que, a la hora de ordenar un legado a favor de un legitimario, debe aclararse de la mejor manera posible la intención del testador tanto especificando sobre quién debe recaer el legado como si debe o no imputarse a la legítima.

#### **4.5.2 Legado a favor del legitimario-heredero en Derecho español: legado a favor del cónyuge o de ascendientes**

En el Derecho español, en cuanto a la persona sobre la que pesa el legado, se dan tres supuestos dependiendo de si se trata de un prelegado o de un legado que no grava al beneficiario o de un legado que grava únicamente al propio beneficiario, mientras que, en cuanto a la relación del legado con la legítima, se dan dos supuestos, dependiendo de si el legado es con o sin dispensa de imputación.

En este sentido, se puede decir que se produce una situación sustancialmente similar a la del Derecho italiano, con la única peculiaridad de que en el Derecho español la dispensa de imputación no debe ser necesariamente expresa.

Combinando las distintas variables se obtienen seis supuestos, que trataremos de analizar a continuación.

##### **4.5.2.A PRELEGADO**

El prelegado a favor del cónyuge o de ascendientes puede ordenarse: a) sin dispensa de imputación (que es el caso cuando el testador no ha declarado nada y no puede deducirse de otro modo la dispensa), b) con dispensa de imputación (lo que puede ocurrir cuando existe una declaración expresa de dispensa o cuando ésta

puede deducirse de otro modo del testamento o de las normas testamentarias).

Como ya se ha visto en el caso del Derecho italiano, las consecuencias son diferentes. A continuación, pondré un ejemplo para ilustrar cómo puede afectar esto a la cuestión.

Imaginemos que D. Pedro deja un *relictum* de 90, ninguna deuda y una donación hecha en vida a Soledad de 90. Supongamos que D. Pedro deja un único ascendiente, Carlos, y que su sucesión se rige por un testamento por el que instituye heredero a su propio progenitor en la cuota 1/3 y al amigo María en la cuota 2/3, legando a su propio ascendiente, Carlos, el bien inmueble X, que vale 20 (se trata de un prelegado, ya que es un legado a favor de un heredero y a cargo de todo el caudal relicto).

En este supuesto, D. Pedro adquiere inmediatamente el legado de 20. Del *relictum* restante de 70, Carlos adquiere 23,33 (1/3 de 70), mientras que el amigo María adquiere 46,66 (2/3 de 70). En definitiva, Carlos recibe como legado el bien X de 20, más bienes del *relictum* por 23,33, lo que supone un total general de 43,33, mientras que María recibe bienes por 46,66.

Para comprobar si el ascendiente Carlos está o no perjudicado, y para establecer si la atribución del legado debe o no imputarse a su legítima, es necesario averiguar si el legado está ordenado con dispensa de imputación o en pago de la legítima.

En el presente caso, conforme al Derecho español (art. 809 CCEs) el ascendiente Carlos tiene derecho a una legítima de 1/2, por lo que tiene derecho a recibir bienes por un valor total de 90 (1/2 de 90-0+90).

Si el legado se hubiera dispuesto con dispensa de imputación, entonces habría que decir que Carlos, que de hecho ha conseguido 43,33 (20+23,33), se considera que ha logrado en concepto de legítima solamente 23,33 (no hay que sumar lo que recibió en concepto de legado). Dado que tenía derecho a obtener una legítima de 90, ha sufrido una lesión por 66,67.

Si, por el contrario, el legado se hubiera ordenado sin dispensa de imputación (es decir, con carga de imputación del legado a la legítima), Carlos ha sufrido una lesión de 45,67.

#### 4.5.2.B LEGADO A FAVOR DEL LEGITIMARIO-HEREDERO QUE GRAVA A PERSONAS DISTINTAS DEL BENEFICIARIO

Incluso en el caso de legado a favor del legitimario-heredero, que no grava al propio legitimario, se dan dos supuestos, según que el legado se ordene con o sin dispensa de imputación.

Repitamos el ejemplo anterior, imaginando, sin embargo, que el testador ordena el legado a favor del ascendiente Carlos, estableciendo que queda obligado a su cumplimiento solo María.

El *relictum* de 90 se repartirá entre los dos herederos en proporción a sus cuotas: Carlos se queda con 30, mientras que María con 60. Como el legado grava únicamente la parte de María, sólo de su herencia debe deducirse lo necesario para que Carlos obtenga el legado. En definitiva, Carlos obtiene el bien X por valor de 20 en concepto de legado, más unos bienes del *relictum* por valor de 30, lo que hace un total general de 50, mientras que María obtiene unos bienes por valor de 40 (60 del *relictum* menos 20 del legado que grava su parte).

Conforme al artículo 809 CCEs, al ascendiente Carlos se le reserva una legítima de  $\frac{1}{2}$ , por lo que tiene derecho a recibir, en concepto de legítima, bienes por un valor total de 90 ( $\frac{1}{2}$  de 90 - 0 + 90). Para comprobar si Carlos ha sufrido una lesión, es preciso averiguar si debe o no añadir lo recibido en concepto de legado.

Si el legado se hubiera ordenado con dispensa de imputación, entonces habría que decir que Carlos, que ha obtenido de hecho, bienes por valor de 50, se considera que ha obtenido, en concepto de legítima, bienes por valor de 30 (no hay que considerar lo que él ha recibido por legado). Puesto que tenía derecho a una legítima de 90, puede pedir el complemento y/o la reducción por 60.

En cambio, si el legado se hubiera ordenado sin dispensa de imputación, habría que decir que Carlos, que de hecho ha obtenido bienes por valor de 50, ha sufrido una lesión por 40.

#### 4.5.2.C LEGADO A FAVOR DEL LEGITIMARIO-HEREDERO QUE GRAVA AL PROPIO BENEFICIARIO

En el supuesto de legado a favor del legitimario-heredero, que grava solamente al propio legitimario, existen dos supuestos, según que el legado se ordene con o sin dispensa de imputación.

Reproduzcamos el ejemplo anterior, imaginando, sin embargo, que el testador ordena el legado a favor del ascendiente Carlos, gravando exclusivamente al propio Carlos.

El *relictum* de 90 se repartirá entre los dos herederos en proporción a sus cuotas: Carlos recibe 30, mientras que María recibe 60. Dado que el legado grava únicamente la parte de Carlos, lo necesario para cumplir el legado se toma de su misma parte.

En resumen, Carlos obtiene un bien X de 20 en concepto de legado, más los bienes del *relictum* por valor de 10 (30 del *relictum*

menos 20 del legado que grava su cuota), por un total general de 30, mientras que María obtiene bienes por un total general de 60.

De conformidad con el artículo 809 CCE al ascendiente Carlos se le reserva una legítima de  $\frac{1}{2}$ , por lo que tiene derecho a obtener, en concepto de legítima, bienes por un valor total de 90 ( $\frac{1}{2}$  de 90-0+90). Para comprobar si Carlos ha sufrido una lesión, hay que establecer si el legado ha sido ordenado con o sin dispensa de imputación.

Si el legado hubiera sido dispuesto con dispensa de imputación, entonces habría que decir que Carlos, que de hecho ha obtenido bienes por valor de 30, se considera que ha obtenido, en concepto de legítima bienes por valor de 10. Puesto que su legítima asciende a 90, se ve perjudicado en 80.

Si, por el contrario, el legado se hubiera dispuesto sin dispensa de imputación, se considera que Carlos obtuvo, en concepto de legítima, bienes por valor de 30. En consecuencia, Carlos es perjudicado por 60.

Por razones similares a las que he indicado en el apartado 4.5.1. C, no creo que deba decirse que este legado es nulo por infracción de la norma del artículo 813.2 CCEs. Creo que los argumentos en favor de la validez de este legado esgrimidos respecto del Derecho italiano pueden ser también plenamente aplicables para el Derecho español. Cabe, pues, afirmar que al considerar nulo el legado a favor del legitimario-heredero se correría el riesgo de alcanzar un resultado contrario al interés del propio legitimario, que es el interés que la norma quiere proteger.

#### 4.5.2.D SÍNTESIS

En resumen, en caso de legado ordenado a favor del cónyuge o de ascendientes que sean herederos hay seis supuestos posibles:

1.a Prelegado a favor del legitimario-heredero (cónyuge o ascendientes) con dispensa de imputación;

1.b Prelegado a favor del legitimario-heredero sin dispensa de imputación;

2.a Legado a favor del legitimario-heredero que grava a personas distintas del beneficiario con dispensa de imputación

2.b Legado a favor del legitimario-heredero que grava a personas distintas del beneficiario sin dispensa de imputación;

3.a Legado a favor del legitimario-heredero que grava al propio beneficiario con dispensa de imputación;

3.b Legado a favor del legitimario-heredero que grava al propio beneficiario sin dispensa de imputación.

También en este supuesto es importante, a la hora de redactar el testamento, indicar con la mayor claridad posible si el legado a favor del legitimario-heredero se considera con o sin dispensa de imputación y aclarar sobre quién o quiénes recae concretamente el legado, con el fin de plasmar fielmente la intención del testador.

#### 4.5.3 Legado a favor del legitimario-heredero en Derecho español: legado a favor de descendientes<sup>77</sup>

En Derecho español, en cuanto a la persona sobre la que recae el legado, pueden darse tres supuestos, según se trate de legado que grava a todos los herederos, o a personas diferentes del beneficiario o, finalmente, al propio beneficiario, mientras que, en cuanto a la relación del legado con la legítima, en el caso de los descendientes, pueden darse seis supuestos. Retomando las conclusiones anteriores (párrafo 3.3.3.), en referencia a la imputación del legado, se pueden dar los siguientes supuestos<sup>78</sup>:

- a) ausencia de una declaración expresa de mejorar y ausencia de una declaración expresa o implícita<sup>79</sup> de dispensarlo de imputar el legado a legítima estricta<sup>80</sup>;
- b) declaración expresa de no querer mejorarlo y declaración expresa o implícita<sup>81</sup> de dispensarlo de imputar el legado a legítima estricta;
- c) declaración expresa de mejorar y declaración expresa o implícita<sup>82</sup> de dispensarlo de imputar el legado a legítima estricta.

<sup>77</sup> V. nota núm. 37.

<sup>78</sup> Según VALLET DE GOYTISOLO, 1991, p. 2045, solo pueden distinguirse «tres tipos de legados a favor de legitimarios con distintos problemas de imputación: 1 en o para pago de la legítima a legitimario no instituido heredero; 2, prelegado sin expresar que se otorgue como mejora; 3. legados en concepto de mejora o, lo que es lo mismo, mejora otorgada en testamento a título singular. Los tres supuestos plantean problemas de imputación: en los primeros sólo en cuanto al exceso del legado respecto de la legítima; en el otro respecto al orden de imputación preferente entre tercero y segundo tercio. En el tercer caso la mejora es expresa, en los otros dos es tácita en sentido lato y, también en sentido específico, sea en cuanto no quepa en el tercio de libre disposición, todo él, en el segundo caso, o en su exceso sobre la legítima, en el primero».

<sup>79</sup> Cabe recordar que la dispensa tácita también puede desprenderse de la propia institución de heredero en la legítima. Si el testador instituye heredero al descendiente en su legítima y además ordena un legado a su favor, el legado debe entenderse con dispensa de imputación.

<sup>80</sup> LACRUZ BERDEJO, 2009, p. 432: «los beneficios mortis causa, a semejanza de las donaciones inter vivos, han de imputarse primero a la legítima estricta: sería inimaginable, dada la orientación de Cc, presumir una atribución fuera de la legítima antes de iniciar la satisfacción de ésta. Ahora bien: si no hay espacio para imputar el legado en la legítima estricta o en la parte libre, antes de considerarlo como infracción de la legítima el legislador lo cuenta, siendo ello posible (no habiendo mejoras anteriores u otras expresas en el testamento) en el hipotético tercio de mejora, a fin de que no sea objeto de reducción».

<sup>81</sup> V. nota núm. 75.

<sup>82</sup> V. nota núm. 75.

En este supuesto, existiendo la declaración expresa de mejora, la dispensa de imputación se puede también desprender de la misma ausencia de la declaración y, entonces, en caso de ausencia de esa declaración<sup>83</sup>;

d) declaración expresa de mejorar y declaración expresa de no dispensarlo de imputar el legado a legítima estricta;

e) ausencia de una declaración expresa de mejorarlo y declaración expresa de dispensarlo de imputar el legado a legítima estricta, es decir, el caso de mejora presunta *ex* artículo 828 CCEs<sup>84</sup>;

f) con una declaración expresa de que el legado debe imputarse a la legítima corta (es decir, la declaración de que el legado se hace en pago de la legítima), indicando, no obstante, que lo que exceda de la legítima se imputa a mejora.

La combinación de las distintas variables da, por tanto, dieciocho supuestos, que trataré de analizar a continuación. Para ello, me serviré de un ejemplo básico, que propongo aquí para simplificar y facilitar el análisis posterior.

Supongamos que D. Pedro deja un *relictum* de 90, ninguna deuda y ninguna donación. Supongamos que D. Pedro deja tres hijos, María, Carlos y Rocío, y que su sucesión se rige por un testamento por el que instituye herederos a sus tres hijos en la misma cuota, legando a María el bien inmueble X de valor de 32.

La legítima colectiva, conforme al artículo 808.1 CCEs es igual a  $\frac{2}{3}$  y por tanto asciende a 60, con la consecuencia de que, si se repartiera entre todos los hijos, por partes iguales, por no haberse mejorado ninguno, sería igual a 20.

La mejora, según el artículo 808.2 CCEs puede llegar a ser igual a  $\frac{1}{3}$  del caudal hereditario y por tanto es igual a 30. En caso de que uno de los hijos tenga derecho a la mejora, la legítima corta de cada hijo sería igual a 10 y la legítima más la mejora igual a 40.

El tercio de libre disposición, conforme al artículo 808.3 CCEs es, precisamente,  $\frac{1}{3}$  y, por tanto, igual a 30<sup>85</sup>.

En los casos que siguen, cambia la persona o personas sobre las que recae el legado y la forma de imputación de este.

<sup>83</sup> V. nota núm. 51.

<sup>84</sup> V. nota núm. 54.

<sup>85</sup> El caso puede complicarse, aunque la solución se ajuste a los principios aquí expuestos, si el testador instituye también heredero a un extraño. En tal caso, el legado en la parte que se imputa al tercio de libre disposición podría entrar en conflicto con la institución del heredero del extraño, en la medida en que su suma supere el tercio de libre disposición. En tal caso, será necesario realizar ajustes.

#### 4.5.3.A PRELEGADO

Comencemos por el caso del prelegado, es decir, aquel en el que el legado a favor del descendiente grava a todos los herederos en proporción a sus cuotas<sup>86</sup>.

El prelegado, considerando las cuestiones relacionadas con la legítima, puede ser ordenado de todas las formas que se han reseñado en el apartado anterior (desde la letra a hasta la f)

Al tratarse de un prelegado, grava, a prorrata, a todos los herederos. Esto significa que el *relictum* de 90 debe repartirse entre los tres hijos, de modo que a cada uno de ellos le corresponden potencialmente 30. Sin embargo, la parte de cada uno soporta el legado a favor de María. Esto significa que cada uno, incluso María, soporta la carga del legado y, por tanto, que cada uno recibe 19,3 (30-10,66)<sup>87</sup>.

En consecuencia, Carlos y Rocío reciben 19,3 cada uno, mientras que María recibe 51,3, de los cuales 19,3 en concepto de herencia y 32 en concepto de legado. A falta de mejora destinada a uno de los tres hijos, la legítima de cada uno es de 20, con la consecuencia de que Carlos y Rocío deben considerarse perjudicados por 0,7. En el caso de que la mejora se atribuyera a favor de María, la legítima estricta de Carlos y Rocío sería de 10, con la consecuencia de que ninguno puede considerarse perjudicado.

Dicho esto, es preciso diferenciar los posibles supuestos según la imputación del legado.

En el supuesto a) el legado se imputa a la legítima corta y por el sobrante, salvo voluntad en contrario del testador, al tercio de libre disposición. El legado hecho a María grava la parte de la legítima; éste, habiendo obtenido más de 20 en concepto de legítima, no puede considerarse lesionado y, por tanto, no tiene derecho a reclamar el complemento.

Hay más. Es discutible si el excedente debe imputarse al tercio de libre disposición. En principio tendríamos que decir que sí, ya que sería irracional que el testador beneficiara al legitimario con un legado que vale más que la legítima que le corresponde y luego no quisiera que obtuviera nada sobre el tercio de libre disposición.

A falta de voluntad testamentaria contraria, debe presumirse que el excedente debe imputarse al tercio de libre disposición. En

---

<sup>86</sup> Es importante aclarar que se puede darse un supuesto de prelegado aunque haya un solo y único heredero que también sea beneficiario del legado. El supuesto más común es si hay una pluralidad de herederos y uno de ellos sea beneficiario del legado.

<sup>87</sup> Para calcular proporcionalmente el peso del legado, véase la fórmula de la nota n. 64.

todo caso, el derecho de María a quedarse con 32 está supeditado a que los demás legitimarios no actúen solicitando la reducción, ya que éstos, al haber obtenido sólo 19,3 y tener derecho a una legítima de 20, podrían pedir también la reducción del legado dentro de lo necesario para completar su legítima, con la consecuencia de que como resultado de la acción de reducción, Carlos y Rocío conseguirían 20 cada uno, mientras que María se quedaría con 50.

En el supuesto b) el legado se imputa al tercio de libre disposición y, por el sobrante, a la legítima estricta.

María deberá imputar el legado de 32 por 30 al tercio de libre disposición y por el exceso de 2 a la legítima estricta. Esto significa que María, que ha obtenido sobre el *relictum* 19,2 más 2 en concepto de legado, no puede considerarse lesionado. Él, suponiendo que nadie sea beneficiario de la mejora, alcanza potencialmente 51,3. También en este caso, si nadie es beneficiario de la mejora, María corre el riesgo de ser demandado en ejercicio de una acción de reducción por parte de sus hermanos, quienes, habiendo obtenido sólo 19,3 y teniendo derecho a 20, pueden pedir una reducción del legado de 0,8 cada uno. Como resultado de la acción de reducción, Carlos y Rocío obtienen 20 cada uno, mientras que María obtiene, en total, 50 (de los cuales 32 en concepto de legado, menos 1,6 para integrar la legítima y, por tanto, 31,4, más 19,2 del *relictum*).

En el supuesto c) el legado se imputa a la mejora y, por el excedente, al tercio de libre disposición.

María deberá imputar el legado de 32 por 30 a mejora y por el exceso de 2 al tercio de libre disposición. Esto significa que María, que ha obtenido 19,2 del *relictum*, podrá reclamar el complemento de la legítima por 0,8. Como resultado de la acción de reducción obtiene un total de 52.

En este supuesto su atribución no está sujeta a reducción alguna por parte de los demás legitimarios, que sólo son destinatarios de la legitimación corta (igual a 10) y, al haber obtenido 19,2, no pueden quejarse de perjuicio alguno.

En el supuesto d) el legado se imputa a la mejora y, por el excedente, a la legítima estricta.

María deberá imputar el legado de 32 por 30 a mejora y por el exceso de 2 a la legítima estricta. Habiendo obtenido 19,2 del *relictum*, más 2 en concepto de legado, no podrá reclamar el complemento de la legítima. Siendo, sin embargo, el beneficiario de la mejora obtiene 51,3, sin riesgo de sufrir una reducción.

En el Supuesto e) el legado se imputa al tercio de libre disposición y, por el exceso, a mejora.

María deberá imputar el legado de 32 por 30 al tercio de libre disposición (que queda agotado) y por el exceso de 2 a mejora. Habiendo obtenido 19,2 del *relictum*, podrá reclamar el complemento de la legítima por 0,8. Como resultado de la acción de reducción obtiene un total de 52. Su atribución no está sujeta a reducción alguna por parte de los demás legitimarios, que, si bien no están excluidos de la mejora, solo son beneficiarios de esta en la medida de lo que quede una vez satisfecho el legado, y, por tanto, no pueden actuar en reducción.

En el Supuesto f) el legado se imputa a la legítima estricta y, por el exceso, a mejora.

El legado hecho a María grava la parte de la legítima; éste, habiendo obtenido más de 20, en concepto de legítima, no puede considerarse lesionado y, por tanto, no tiene derecho a reclamar el complemento.

Sin embargo, dado que el excedente debe imputarse a mejora, María tiene derecho a retener la totalidad del legado, sin riesgo de reducción alguna por parte de los demás hermanos. En última instancia, María retiene 51,3.

Los ejemplos numéricos propuestos nos permiten advertir que cuando el legado tiene un valor superior a la mejora o al tercio de libre disposición, la imputación del legado conlleva unas diferencias significativas ya que en los supuestos a) y b) alcanza el 50, estando sujeto a la acción de reducción de los hermanos y, por tanto, inferior a lo que formalmente se le atribuyó en el testamento, en los supuestos d) y f) alcanza el 51,3 y en los supuestos c) y e) alcanza, incluso el 52.

Esto demuestra la importancia, a la hora de redactar el testamento y ordenar un legado a favor del legitimario, de aclarar si el legado debe considerarse hecho: con o sin dispensa de imputación y con o sin intención de mejorar. Con la aclaración adicional de que la intención de mejorar debe resultar «expresamente», salvo en el caso de mejora presunta del artículo 828 CCEs.

#### 4.5.3.B LEGADO A FAVOR DEL LEGITIMARIO-HEREDERO QUE GRAVA A PERSONAS DISTINTAS DEL BENEFICIARIO

Analicemos ahora el caso de un legado que grava a personas distintas del beneficiario del legado, de modo que el legado se añade a cuota de herencia.

De nuevo dicho legado puede ordenarse de las seis formas antecitadas y que se ha rubricado con las letras desde la a) hasta la f).

Dado que se trata de un legado que grava a herederos distintos del beneficiario, imaginemos que grave a Carlos y a Rocío. Esto significa que el *relictum* de 90 se repartirá entre los tres hijos, con la consecuencia de que a cada uno de ellos le corresponden 30. Sin embargo, el legado a favor de María grava únicamente la parte de la herencia de Carlos y Rocío, con la consecuencia de que cada uno de ellos obtiene 14 (30-16)<sup>88</sup> del *relictum*, mientras que María consigue 62 de los cuales 30 del *relictum* y 32 como legado.

Dicho esto, es necesario averiguar si María ha sufrido una lesión de su legítima. Hay que distinguir los siguientes supuestos:

**Supuesto a)** el legado se imputa a la legítima corta y por el sobrante, salvo voluntad en contrario del testador, al tercio de libre disposición.

El legado hecho a María se imputa a la legítima, por lo que como ha obtenido más de 20, no puede considerarse lesionado y, por tanto, no tiene derecho a reclamar el complemento.

Aun suponiendo que el excedente se imputa al tercio de libre disposición, el derecho de María a retener 32 está sujeto a que los otros legitimarios no actúen en reducción, ya que ellos, al haber obtenido sólo 14 y teniendo derecho a una legítima de 20, pueden pedir la reducción del legado dentro de lo necesario para complementar su legítima. Si los dos hermanos ejercitan la acción de reducción, el legado de 32 a favor de María debe reducirse en lo necesario para completar la legítima de los hermanos y, por tanto, se reduce en 12. Como consecuencia de la acción en reducción, Carlos y Rocío obtienen 20 cada uno (14 del *relictum* más 6 en concepto de reducción) mientras que María obtiene 50 (30 del *relictum* más 20 en concepto de legado, neto de su reducción).

En el supuesto b) el legado se imputa al tercio de libre disposición y, por el sobrante, a la legítima estricta.

María deberá imputar el legado de 32 por 30 al tercio de libre disposición y por el sobrante de 2 a la legítima estricta. En cualquier caso, hay que excluir que exista lesión. También en este caso, si María no es beneficiario de la mejora corre el riesgo de sufrir la reducción por parte de sus hermanos, con la consecuencia de que, él, como en el caso anterior, se quedaría con 50.

En el supuesto c) el legado se imputa a la mejora y, por el excedente, al tercio de libre disposición.

María imputará el legado de 32 por 30 a mejora y por el excedente de 2 al tercio de libre disposición. Esto significa que María, que ha obtenido 30 del *relictum* no resulta perjudicado. Sin embar-

<sup>88</sup> Para calcular proporcionalmente el peso de la aleación, véase la fórmula de la nota núm. 64.

go, puede retener el legado ya que constituye mejora y consigue, por lo tanto, 62.

Su asignación no está sujeta a ninguna reducción por parte de los demás legitimarios, que son beneficiarios de la única legítima corta (igual a 10) y al haber obtenido 14, no pueden quejarse de ninguna lesión.

En el supuesto d) el legado se imputa a la mejora y, por el excedente, a la legítima estricta.

María deberá imputar el legado de 32 por 30 a la mejora y por el excedente de 2 a la legítima estricta. Al haber obtenido 30 del *relictum* no es perjudicado en su legítima. Siendo, sin embargo, el beneficiario de la mejora alcanza 62, sin riesgo de sufrir una reducción.

En el supuesto e) el legado se imputa al tercio de libre disposición y, por el exceso, a la mejora.

María deberá imputar el legado de 32 por 30 al tercio de libre disposición y por el excedente de 2 a la mejora. Al haber obtenido 30 del *relictum* no es perjudicado en su legítima y no puede pedir ningún complemento. Siendo, sin embargo, el beneficiario del tercio de libre disposición y parcialmente de la mejora 62, sin riesgo de sufrir la reducción. Al no atribuirse íntegramente la mejora a María, los dos hermanos también pueden tener derecho a ella, pero sólo en la medida en que se satisfaga el legado.

En el supuesto f) el legado se imputa a la legítima estricta y, por el exceso, a la mejora.

El legado hecho a María se imputa a la legítima, por lo que María, que ha obtenido más de 10, no puede considerarse lesionado y, por tanto, no tiene derecho a reclamar el complemento. Sin embargo, dado que el excedente (22) debe imputarse a mejora, María tiene derecho a retener la totalidad del legado, sin riesgo de reducción alguna por parte de los demás hermanos. En última instancia, María retiene 62.

Los ejemplos numéricos propuestos nos permiten advertir que cuando el legado tiene un valor superior a la mejora o a la cuota de libre disposición, la imputación del legado conlleva algunas diferencias significativas ya que el legitimario-heredero beneficiario del legado en los supuestos a) y b) obtiene 50, estando sujeto a la posible acción de reducción de los hermanos y, por tanto, una cuantía inferior a lo que formalmente se le atribuyó en el testamento, mientras que en los supuestos c), d), e) y f) obtiene 62.

#### 4.5.3.C LEGADO A FAVOR DEL LEGITIMARIO-HEREDERO QUE GRAVA AL PROPIO BENEFICIARIO

Analicemos, finalmente, el supuesto de un legado que grava al propio beneficiario, de modo que el legado sirve para concretar su cuota hereditaria.

Dicho legado puede ordenarse en cualquiera de las hipótesis antes referidas con las letras que van de la a) hasta la f).

El *relictum* de 90 ha de repartirse entre los tres hijos, de modo que a cada uno de ellos le corresponde 30, pero el legado grava únicamente la parte de la herencia de María, por lo que es como si no ganara nada del *relictum*, ya que el valor del legado es incluso superior al valor de su parte de la herencia.

Aún hay más. Puesto que el valor del legado es superior a su parte de la herencia y puesto que el legado debe gravar únicamente a María, se plantea la cuestión de la mayor carga del legado. Es decir, hay que establecer si el valor de 2, que excede de la cuota hereditaria de María, debe ser soportado por la cuota de los demás herederos (que recibirían 29 cada uno) o si, en todo caso, debe ser soportado por María, que estaría obligado a compensar a los demás herederos pagando en metálico a cada uno de ellos el valor de 1.

Al ser heredero, salvo el supuesto de aceptación con beneficio de inventario, él puede y debe responder por más del valor de su cuota, con la consecuencia de que está obligado a pagar a los dos hermanos el exceso del legado. El resultado final es que cada uno de los hijos recibe 30, aunque María recibe del *relictum* 32, con la obligación de abonar 2 a los hermanos, y cada uno de los hermanos recibe del *relictum* 29 más el abono de 1 del hermano María.

Esta situación inicial cambia significativamente en función de cómo se vaya a imputar el legado. Hay que partir de la base de que cada uno de los hermanos, al haber obtenido 30, no puede considerarse lesionado.

**Supuesto a):** el legado se imputa a la legítima corta y por el sobrante, salvo voluntad en contrario del testador, al tercio de libre disposición.

El legado hecho a María grava la legítima, satisfaciéndola en su totalidad. María, al haber obtenido más de 20, en concepto de legítima, no puede considerarse perjudicado. María puede retener el legado de 32, pero debe abonar 2 a sus hermanos, por tanto, sólo obtiene 30.

**Supuesto b):** el legado se imputa al tercio de libre disposición y, por el sobrante, a la legítima estricta.

María deberá imputar el legado de 32 por 30 al tercio de libre disposición y por el sobrante de 2 a la legítima estricta. Se excluye, por lo tanto, la lesión. María podrá retener el legado de 32, pero deberá abonar 2 a sus hermanos, por lo tanto, sólo obtendrá 30.

**Supuesto c):** el legado se imputa a la mejora y, por el excedente, al tercio de libre disposición.

María imputará el legado de 32 por 30 a la mejora y por el excedente de 2 al tercio de libre disposición. Esto significa que María, que sólo ha obtenido 32 es como si hubiese sufrido una lesión de 8. Puede, pues, actuar en reducción contra sus hermanos. María tiene derecho a la totalidad de la mejora, igual a 30, más la legítima corta, igual a 10. Al haber obtenido potencialmente sólo 32, no solo ya no está obligado a compensar sus hermanos, sino que tiene derecho a reclamarles, en concepto de legítima y mejora, la cantidad de 8. Esto significa que como consecuencia de la acción de reducción María recibirá un total de 40, de los cuales 32 en concepto de legado y 8 por el ejercicio de la acción de reducción contra los dos hermanos.

**Supuesto d):** el legado se imputa a la mejora y, por el excedente, a la legítima estricta.

María deberá imputar el legado de 32 por 30 a la mejora y por el excedente de 2 a la legítima estricta. Esto significa que María, que sólo ha obtenido 32 es perjudicado por 8 y puede actuar en reducción contra sus hermanos. Como en el caso anterior, María va a conseguir 40.

**Supuesto e):** el legado se imputa al tercio de libre disposición y, por el exceso, a mejora.

María deberá imputar el legado de 32 por 30 al tercio de libre disposición y por el excedente de 2 a mejora.

Esto significa que María, si bien ha obtenido 32 es como si hubiese sufrido una lesión de 10, porque el legado no puede imputarse a la legítima corta. María tiene derecho a la totalidad del tercio de libre disposición, igual a 30, más 2 de mejora, más la legítima corta, igual a 10. Al haber obtenido potencialmente sólo 32, no solo ya no está obligado a compensar sus hermanos, sino que tiene derecho a reclamarles, en concepto de legítima, la cantidad de 10. Esto significa que como consecuencia de la acción de reducción María recibirá un total de 42, de los cuales 32 en concepto de legado y 10 por el ejercicio de la acción de reducción contra los dos hermanos.

**Supuesto f):** el legado se imputa a la legítima estricta y, por el exceso, a mejora.

El legado hecho a María grava la legítima corta, satisfaciéndola en su totalidad. María, al haber obtenido más de 10, en concepto de legítima corta, no puede considerarse perjudicado. El 22 que excede, debe imputarse a mejora. La circunstancia de que María también fuera mejorado excluye desde mi punto de vista, a pesar de la forma en que el legado debe gravar la parte de los otros hermanos, que deba pagarles la diferencia, con la consecuencia de que puede retener 32 sin estar obligado a pagar la diferencia. Si realmente tuviera que pagar la diferencia a sus hermanos, se produciría una incongruencia parcial, porque la mejora no sería efectiva. Lo cierto es que el caso es crítico en sí mismo, ya que la idea de que el legado debe completar sustancialmente la parte de la herencia correspondiente al beneficiario tiende a ser incompatible con la misma voluntad de mejora. Para superar esta criticidad debe, por tanto, aceptarse que, aunque el legado grava al propio beneficiario, éste tiene derecho a retener el sobrante en concepto de mejora, sin obligación de pagar a los hermanos la diferencia.

Los ejemplos numéricos propuestos nos permiten advertir que cuando el legado tiene un valor superior a la mejora o al tercio de libre disposición, la imputación del legado conlleva unas diferencias significativas ya que en los supuestos a) y b) obtiene 30, quedando sujeto a la acción de reducción de los hermanos y, por tanto, inferior a lo que formalmente se le atribuyó en el testamento, en el supuesto f) consigue 32 y en los supuestos c y d) obtiene 40 y en el supuesto e) consigue 42.

#### 4.5.3.D SÍNTESIS

Resumiendo, tomando en consideración todas las variables barajadas, se pueden dar dieciocho supuestos:

1.a Prelegado a favor del descendiente sin declaración expresa de mejora y sin declaración expresa o implícita<sup>89</sup> de dispensarlo de imputar el legado a legítima estricta;

1.b Prelegado a favor del descendiente con declaración expresa de no mejorarlo y con declaración expresa o implícita<sup>90</sup> de dispensarlo de imputar el legado a legítima estricta;

1.c Prelegado a favor del descendiente sin declaración expresa de mejora y con declaración expresa o implícita<sup>91</sup> de dispensarlo de imputar el legado a legítima estricta;

<sup>89</sup> V. nota núm. 75.

<sup>90</sup> V. nota núm. 75.

<sup>91</sup> V. nota núm. 75.

1.d Prelegado a favor del descendiente con declaración expresa de mejora y con declaración expresa de no dispensarlo de imputar el legado a legítima estricta;

1.e Prelegado a favor del descendiente sin una declaración expresa de mejorarlo y con declaración expresa de dispensarlo de imputar el legado a legítima estricta;

1.f Prelegado a favor del descendiente con una declaración expresa de que el legado debe imputarse a la legítima corta y declaración expresa de que lo que exceda debe imputarse a mejora;

2.a Legado a favor del descendiente que no grava al beneficiario sin declaración expresa de mejora y sin declaración expresa o implícita<sup>92</sup> de dispensarlo de imputar el legado a legítima estricta;

2.b Legado a favor del descendiente que no grava al beneficiario con declaración expresa de no mejorarlo y con declaración expresa o implícita<sup>93</sup> de dispensarlo de imputar el legado a legítima estricta;

2.c Legado a favor del descendiente que no grava al beneficiario sin declaración expresa de mejora y con declaración expresa o implícita<sup>94</sup> de dispensarlo de imputar el legado a legítima estricta;

2.d Legado a favor del descendiente que no grava al beneficiario con declaración expresa de mejora y con declaración expresa de no dispensarlo de imputar el legado a legítima estricta;

2.e Legado a favor del descendiente que no grava al beneficiario sin una declaración expresa de mejorarlo y con declaración expresa de dispensarlo de imputar el legado a legítima estricta;

2.f Legado a favor del descendiente que no grava al beneficiario con una declaración expresa de que el legado debe imputarse a la legítima corta y declaración expresa de que lo que exceda debe imputarse a mejora;

3.a Legado a favor del descendiente que grava al mismo beneficiario sin declaración expresa de mejora y sin declaración expresa o implícita<sup>95</sup> de dispensarlo de imputar el legado a legítima estricta;

3.b Legado a favor del descendiente que grava al mismo beneficiario con declaración expresa de no mejorarlo y con declaración expresa o implícita<sup>96</sup> de dispensarlo de imputar el legado a legítima estricta;

---

<sup>92</sup> V. nota núm. 75.

<sup>93</sup> V. nota núm. 75.

<sup>94</sup> V. nota núm. 75.

<sup>95</sup> V. nota núm. 75.

<sup>96</sup> V. nota núm. 75.

3.c Legado a favor del descendiente que grava al mismo beneficiario sin declaración expresa de mejora y con declaración expresa o implícita<sup>97</sup> de dispensarlo de imputar el legado a legítima estricta;

3.d Legado a favor del descendiente que grava al mismo beneficiario con declaración expresa de mejora y con declaración expresa de no dispensarlo de imputar el legado a legítima estricta;

3.e Legado a favor del descendiente que grava al mismo beneficiario sin una declaración expresa de mejorarlo y con declaración expresa de dispensarlo de imputar el legado a legítima estricta;

3.f Legado a favor del descendiente que grava al mismo beneficiario con una declaración expresa de que el legado debe imputarse a la legítima corta y declaración expresa de que lo que exceda debe imputarse a mejora.

Los resultados económicos en su globalidad son muy diferentes y para dar una visión de conjunto, indico a continuación el importe total que le corresponde a María en los diferentes casos:

2.c; 2.d; 2e; 2f . . . . .	62
1.c; 1e. . . . .	52
1.b; 1d; 1f; . . . . .	51,3 (salvo que se reduzca a 50)
1.a; 2.a; 2.b. . . . .	50
3.e. . . . .	42
3.c; 3.d . . . . .	40
3.f. . . . .	32
3.a; 3.b . . . . .	30

Se confirma, a la hora de redactar el testamento, que es imprescindible en los legados otorgados a legitimarios indicar muy claramente tanto las personas sobre las que debe recaer el legado como la forma en que debe imputarse. Ante un testamento idéntico, en el que solo cambian la persona la cuya cuota hereditaria grava el legado y la forma en la que el beneficiario-legatario debe imputarlo, pueden producirse resultados económicos globales muy dispares.

<sup>97</sup> V. nota núm. 75.

## V. UNA FIGURA TÍPICA DEL DERECHO ITALIANO: EL LEGADO EN SUSTITUCIÓN DE LA LEGÍTIMA

### 5.1 FUNCIÓN DEL LEGADO EN SUSTITUCIÓN DE LA LEGÍTIMA

El Código civil italiano de 1942, a diferencia del Código Civil italiano de 1865, partiendo de una práctica muy extendida<sup>98</sup>, ha regulado explícitamente el legado en sustitución de legítima<sup>99</sup>.

Se trata de un legado dispuesto a favor de un legitimario, cuya función es asegurar que el beneficiario reciba únicamente la atribución patrimonial objeto del legado, excluyéndole, en cambio, de la herencia<sup>100</sup> y privándole del derecho a pedir el complemento o de actuar en reducción<sup>101</sup>. Para que pueda darse un legado en sustitución de legítima es necesario que el beneficiario no haya sido instituido heredero por el testador<sup>102</sup> y que exista una institución de herederos en la universalidad a favor de otras y distintas personas<sup>103</sup>.

---

<sup>98</sup> ASCOLI, 1922, p. 602; SANTORO-PASSARELLI, 1935, p. 249 ss. Según GANGI, 1933, p. 432, el legado en sustitución de la legítima debe considerarse un legado sujeto a condición resolutoria, mientras que según VOCINO, 1932, p. 49, se trata de un legado modal. Para un análisis de las principales posiciones, véase el estudio de AZZARITI, 1972, pp. 121-130, que recoge las distintas reconstrucciones del siguiente modo: a) el legitimario que acepta el legado en sustitución de la legítima conserva su condición de heredero; b) el legitimario que acepta el legado en sustitución de la legítima es solo legatario; c) la aceptación del legado en sustitución de la legítima es causa de exclusión de la sucesión *ope legis*; d) acumulación de la condición de heredero y legatario; f) el legitimario no es heredero.

<sup>99</sup> Según el enfoque tradicional, tal legado constituiría una excepción al principio de intangibilidad de la legítima, porque la sucesión del legitimario tendría lugar mediante un título especial.

<sup>100</sup> Según MENGONI, 2000, p. 113 ss. el legado en sustitución de la legítima se caracteriza por la «volontà (negativa) di escludere il legittimario dall'eredità, manifestata mediante l'istituzione *ex asse* di altra o altre persone».

<sup>101</sup> FERRI, 1981, p. 129: «nel legato sostitutivo io ravviso pertanto un mezzo per soddisfare il legittimario della sua legittima. Quando egli accetta tale legato viene escluso dalla successione come erede, ma acquista il legato nella veste di legittimario, tanto che, come si è detto, lo deve imputare alla quota legittima e tanto che egli viene compreso fra i legittimari».

<sup>102</sup> V. SCHIAVONE, 2006, p. 217 s.; SCHIAVONE, 2012, p. 92 s., según la cual el legitimario debe ser premuerto, pero no desheredado. No creo, sin embargo, que una desheredación del legitimario excluya la calificación del legado. Más bien tendría el efecto de impedir que el legitimario pudiera ser llamado a la sucesión en el caso de que el instituido no pudiera o no quisiera aceptar la herencia y no hubiera posibilidad de representación o sustitución. No creo, por tanto, que una posible desheredación del legitimario destinatario de un legado en sustitución de legítima pueda excluir que el legado asuma esta condición. En este sentido, FERRI, 1981, p. 125, según el cual «è quindi giusto ritenere che il legato sostitutivo implichi che il beneficiario debba considerarsi escluso dalla successione o preterito».

<sup>103</sup> Creo que es necesario que el testador haga, al mismo tiempo que el legado en sustitución de la legítima, una institución universal de heredero a favor de personas distintas del legitimario beneficiario del legado. Si la sucesión se rigiera por el testamento solo en parte, en el sentido de que el testador instituye herederos en proporción inferior a uno (cualquiera que sea la fracción o el porcentaje), se abriría la sucesión legal. El legitimario que recibiera el legado en sustitución de la legítima sería, pues, llamado a la sucesión por

No es preciso el empleo de fórmulas sacramentales, ni el uso de la expresión «legado en sustitución de la legítima» o cualquier otra equivalente, pero es indispensable que sea inequívoca<sup>104</sup> la intención del testador de atribuir a título particular el legado con el fin de excluir al legitimario de la herencia<sup>105</sup>. Al tratarse de una disposición a título especial, la atribución puede consistir también en un mero derecho de crédito o en la atribución de un bien no perteneciente al causante, con la aclaración adicional de que no sería de aplicación la norma del artículo 549 CCI y que el legado podría estar gravado con cargas y condiciones<sup>106</sup>.

La función del legado en sustitución de la legítima es silenciar cualquier pretensión hereditaria del legitimario mediante una atribución particular, excluyéndole de la herencia. Ello no permite establecer, al margen de una valoración del caso concreto, qué intereses ha perseguido realmente el testador<sup>107</sup> y, sobre todo, si tal legado se traduce para el legatario en una ventaja o, como erróneamente se cree, en una desventaja. Para realizar esta apreciación es necesario considerar al menos dos aspectos: el valor de los bienes atribuidos a título de legado en relación con el valor de la herencia; la naturaleza de los bienes legados. El primer aspecto permite determinar si la atribución hecha al legatario es de valor superior, igual o inferior a la legítima. Cuanto mayor sea el valor de la atribución legada respecto a la legítima, más debe considerarse que el legado es económi-

---

la ley, y dicho legado no puede excluirle de la sucesión. Supongamos que D. Pedro al morir deja a su cónyuge y a un hijo y un testamento en el que dispone un legado en sustitución de la legítima a favor de su cónyuge y una institución hereditaria por  $\frac{3}{4}$  de su herencia a favor de su hijo. El testamento regula la sucesión sólo en parte, por lo que es necesario abrir la sucesión intestada para asignar la  $\frac{1}{4}$  parte vacante del haber hereditario. La parte vacante de la herencia debe repartirse entre los sucesores legales según las normas de la sucesión legal. Aplicando esas normas la cuota vacante corresponde en  $\frac{1}{2}$  al cónyuge y  $\frac{1}{2}$  al hijo. En consecuencia, el cónyuge, que también es beneficiario del legado en sustitución de la legítima, sería llamado a la sucesión, como heredero legal. Para excluir este resultado, habría que suponer que el legado sustitutivo de la legítima sirve también para excluir al beneficiario del legado de la sucesión legal. Sin embargo, la función de dicho legado no es la de excluir la persona de la sucesión legal, sino hacer una atribución al legitimario e impedirle actuar en reducción. Según BIANCA, 2001, p. 605 s., en el supuesto de que el beneficiario del legado en sustitución de la legítima sea instituido heredero por ley y a pesar de la institución de heredero y del legado reciba bienes por valor inferior a su legítima, ser destinatario del legado en sustitución de la legítima le impediría ejercitar la acción de reducción.

<sup>104</sup> MENGONI, 2000, p. 115, adhiriéndose a la opinión predominante (que yo mismo comparto), afirma que, a falta de voluntad inequívoca, el legado debe considerarse hecho en concepto de legítima y no en sustitución. Así, también VIRGLIO, 2017, p. 104.

<sup>105</sup> FERRARIO HERCOLANI, 2009, p. 327. Según BIANCA, 2001, p. 604, es indispensable que la intención del testador de impedir que el legatario ataque las demás disposiciones testamentarias y donaciones se manifieste claramente.

<sup>106</sup> SCHIAVONE, 2012, p. 98 ss.

<sup>107</sup> Sobre la variedad de intereses concretamente realizables, v. BUCELLI, 2016, pp. 375-377.

camente ventajoso para el legitimario; por el contrario, cuanto inferior sea el valor de la atribución legada respecto a la legítima, más debe considerarse que el legado es económicamente desventajoso para el legitimario. Con la advertencia adicional de que, en el caso de un legado, el testador también puede atribuir al legitimario bienes no hereditarios, como un derecho de crédito contra los herederos<sup>108</sup>. No obstante, este análisis de naturaleza puramente cuantitativa debe equilibrarse con otro juicio de naturaleza cualitativa. El legatario puede conseguir uno o varios bienes que, independientemente de su valor económico, pueden ser especialmente importantes para él, teniendo en cuenta también sus intereses (por ejemplo, una participación en una sociedad o un bien especialmente valioso).

A estas dos consideraciones, que atienden a una valoración cualitativa y cuantitativa de los bienes legados, hay que añadir finalmente que el legitimario, al no adquirir la cualidad de heredero, recibiría inmediatamente los bienes legados, no participaría en la partición de la herencia y no asumiría ninguna responsabilidad por las deudas de la herencia. Por otra parte, no puede pasarse por alto que la persona no adquiere la condición de heredero, que, según una tradición jurídica bien asentada, es un atributo muy importante, no desde una perspectiva puramente patrimonial, sino más bien existencial, ya que se considera que el heredero es quien «continúa» la personalidad del difunto<sup>109</sup>.

Si, por un lado, estas consideraciones permiten afirmar que la función de un legado en sustitución de la legítima es excluir al legitimario de la sucesión de la herencia, no permiten, sin embargo, afirmar, con independencia de una valoración del caso concreto, si tal legado supone una ventaja o una desventaja para el legitimario. Son, por tanto, significativas porque nos permiten alejar la idea que considera el legado en sustitución de la legítima siempre desventajosa o punitiva para el legitimario, constatando que, por el contrario, podría ser una disposición

<sup>108</sup> SCHIAVONE, 2006, p. 223 s.

<sup>109</sup> La cuestión de la importancia de la posición de heredero se plantea de forma similar en el Derecho español. Sobre este punto, por todos, véase GARCÍA RUBIO, 1989, p. 140 ss., que deja claro que, con el tiempo, se ha perdido la relevancia del perfil existencial moral. A p. 147 escribe: «no debe, pues, causar asombro que los últimos intentos de explicación del significado y función de la figura del heredero abandonen cualquier tinte personalista para limitarse a aducir razones de índole patrimonial. En tal sentido, son numerosos los autores para quienes la existencia del heredero simplemente viene a dar cumplida respuesta a lo que se ha llamado «la exigencia negativa de que un patrimonio no quede privado de titular». Olvidadas las viejas concepciones de origen romanista que inviste a la sucesión mortis causa de un halo de sacralidad, puede calificarse de consolidada la idea de que la razón de ser y el significado práctico del fenómeno sucesorio radican, pura y simplemente, en la necesidad de dar continuidad a las situaciones jurídicas trasmisibles a causa de muerte, dejadas vacantes por el difunto al morir».

verdaderamente gratificante y ventajosa, tanto más si meditamos que el propio legislador, al establecer que el legado grava la legítima del beneficiario y para el excedente la cuota disponible, ha asumido esencialmente que podría ser superior a la propia legítima<sup>110</sup>.

## 5.2 DERECHO A ELEGIR ENTRE OBTENER EL LEGADO O RENUNCIAR A ÉL

El legitimario a cuyo favor se haya dispuesto un legado en sustitución de la legítima podrá, en base a su propia decisión libre, arbitraria y discrecional<sup>111</sup>, bien conseguir el legado, bien renunciar al legado y reclamar su legítima.

Si el legitimario opta por obtener el legado, no adquiere la cualidad de heredero y no tiene derecho a la acción de reducción en el caso de que el valor del legado sea inferior a la legítima.

Si, por el contrario, el legitimario renuncia al legado, puede reclamar la legítima, es decir, puede interponer una acción para que, una vez comprobada su preterición, se reduzcan las disposiciones testamentarias hasta el punto de permitir al legitimario adquirir la condición de heredero y, como consecuencia de ello, recibir su legítima. Para que el legitimario obtenga su parte de la herencia es necesario, según el Derecho italiano, que ejercite la acción de reducción, no siendo suficiente que se limite a renunciar al legado y aceptar la herencia. Hay, pues, que descartar que el legado en sustitución de la legítima incluya una vocación universal y que esté condicionado al rechazo del legado<sup>112</sup>.

<sup>110</sup> SCHIAVONE, 2006, p. 219. Según el autor el legado en sustitución de la legítima «piú che essere una modalitá di attribuzione della legittima, appare lo strumento lasciato disposizione del testatore, per determinare, sia pure con il consenso delle legittimario, un'alternativa al sistema legale della riserva».

<sup>111</sup> Según VIRGLIO, 2017, p. 107, la preferencia no se realiza mediante un acto negociado, sino mediante un acto jurídico en sentido estricto. La pérdida del derecho a reclamar la legítima constituye un efecto indirecto y no inmediato, precisamente porque está impuesta por la ley y el legatario no tendría otra posibilidad.

<sup>112</sup> En este sentido AZZARITI, 1965, p. 311 ss.; AZZARITI, 1972, pp. 132, 134; AZZARITI, 1983, p. 55 ss.; AZZARITI, 1986, p. 4 ss., según el cual la atribución del legado en sustitución de la legítima incluye en sí misma la vocación testamentaria en la propia legítima, en sustitución de la cual se ofrecería al legitimario el legado. Existiría así una institución de heredero en la legítima condicionada a la no aceptación del legado. Si no se cumpliera la condición (aceptación del legado), como consecuencia de la no aceptación del legado, se consideraría que existe un llamamiento a la herencia del legitimario, que debe limitarse a aceptar la herencia, sin necesidad de que actúe en una acción de reducción. Según MARINARO, 2009, p. 223, el legado en sustitución de la legítima está sujeto a la condición resolutoria-potestativa de renuncia al mismo legado.

### 5.3 LA ELECCIÓN DE OBTENER EL LEGADO EN SUSTITUCIÓN DE LA LEGÍTIMA

En el caso de que el legitimario pretenda retener el legado, se discute si debe o no aceptarlo.

Al tratarse de un legado, deberían aplicarse las normas generales del legado (art. 649 CCIt), por lo que debería adquirirse automáticamente y sin necesidad de aceptación<sup>113</sup>.

Sin embargo, según una autorizada doctrina<sup>114</sup>, el legado en sustitución de la legítima no se adquiriría inmediatamente, por el mero hecho de la apertura de la sucesión, sino que su adquisición requeriría la mediación de un acto expreso de aceptación<sup>115</sup>. Según esta reconstrucción, que parte del cuestionable supuesto de que el legitimario preterido es heredero *ipso iure*, la adquisición del legado implicaría, de hecho, la eliminación de la delación y precisamente por ello requeriría la aceptación expresa.

La tesis de la necesidad de la aceptación expresa se ha argumentado más recientemente, reflexionando sobre la función concreta del legado en sustitución de la legítima, como disposición particular por la que se realiza una concreta atribución al legitimario<sup>116</sup>. Se dice que la aceptación debería producirse de forma expresa o, en todo caso, implícita o tácita, en la medida en que la adquisición del legado en sustitución de la legítima produce el efecto ulterior de la renuncia a la cualidad de heredero y a la correspondiente cuota hereditaria. La aceptación, en otras palabras, implicaría la aceptación del programa hereditario, con la consiguiente renuncia a la acción de reducción<sup>117</sup>.

Aunque esta reconstrucción no deja de captar un aspecto muy significativo del legado en sustitución de la legítima y de resolver un problema práctico importante, debe preferirse, sin dudas, la que postula la aplicabilidad de la regla general, con la consecuencia de que el legado en sustitución de la legítima se adquiere automáticamente y sin necesidad ninguna de aceptación, salvo la facultad del

<sup>113</sup> MARINARO, 2009, p. 225; FERRARIO HERCOLANI, 2009, p. 330; SCHIAVONE, 2012, p. 114.

<sup>114</sup> CICU, 1952, p. 283 s

<sup>115</sup> En este sentido, aunque desde una perspectiva diferente a la de Cicu, también FERRI, 1981, p. 134, quien escribe: «se si stesse alla lettera dell'art. 649, secondo il quale il legato si acquista senza bisogno di accettazione, si dovrebbe dire che avendo il legatario acquistato *ipso iure* il legato al momento stesso dell'apertura della successione, ogni scelta resta lui interdotta. Ciò renderebbe inoperante la norma in esame, ed è contraddetto dalla facoltà di rinunciare al legato ammessa poco dopo, facoltà che non può andare disgiunta da quella di accettarlo. Ora io penso che la locuzione del 2° comma dell'articolo in esame: «se preferisce conseguire il legato» vada intesa nel senso di «se accetta il legato»».

<sup>116</sup> MESSINEO, 1962, p. 531.

<sup>117</sup> ROMANO, 2008, p. 998; MIGLIACCIO, 2015, p. 116.

legatario de renunciar al legado<sup>118</sup>. Esta reconstrucción debe preferirse no sólo por razones literales, no sólo por razones funcionales (la aceptación expresa no es en modo alguno indispensable para la protección del interés del legatario, que queda adecuadamente protegido por la facultad de renuncia), sino también atendiendo al principio de economía de actos y declaraciones.

Desde otro punto de vista, no puede admitirse que legado en sustitución de la legítima pueda reconstruirse como una disposición testamentaria alternativa, suponiendo que el legatario-legitimario disponga de un derecho potestativo de opción, cuyo ejercicio consiste en una declaración negocial de preferencia, que se inferiría implícitamente en la solicitud del legitimario para obtener la legítima<sup>119</sup>, mientras que sería indispensable cuando el legitimario desea conservar el legado<sup>120</sup>.

Dos argumentos militan en contra de esta postura: no puede afirmarse que la mera declaración de elección sea también válida como manifestación de la voluntad de obtener el título de heredero, ya que ese efecto depende, exclusivamente, del ejercicio de la acción de reducción; no se explicaría por qué la renuncia al legado es condición de la acción de reducción<sup>121</sup>.

En conclusión, hay que afirmar que el legado en sustitución de la legítima también se adquiere automáticamente<sup>122</sup>, sin necesidad

---

<sup>118</sup> MENGONI, 2000, p. 120 s.

<sup>119</sup> Precisa SCHIAVONE, 2006, p. 233; SCHIAVONE, 2012, p. 110, que «non occorrebbe dunque un' accettazione del legato quanto una rinuncia ad esso qualora preferisse chiedere la legittima. Più che come meccanismo risolutivo in senso stretto, la mancata rinuncia al legato potrebbe essere riguardato come un elemento impeditivo dell' esercizio dei diritti di legittimario».

<sup>120</sup> TRABUCCHI, 1954, p. 914. Más recientemente, MORELLO, 1964, p. 1214. Según esta reconstrucción, para deducir que el legitimario tiene intención de conseguir el legado y renunciar a la legítima, no es necesario aceptar el legado sino hacer explícita la elección. La aceptación del legado sería indiferente a la declaración de preferencia a la legítima, con la consecuencia de que el legitimario que hubiera aceptado el legado no habría perdido por ello el derecho a reclamar el complemento. «Non può quindi sfuggire ad un interprete attento e sensibile la sostanziale autonomia dell' atto mediante il quale l' acquisto del legato si consolida e diviene definitivo, dal negozio di preferenza, che è invece espressione della scelta del legittimario tra legato e legittima. In conclusione, mentre nell' ipotesi di rinuncia al legato sostitutivo e di conseguente esercizio dell' azione di riduzione è il negozio di rinuncia che assorbe il negozio di preferenza per la legittima, al contrario, nell' ipotesi inversa è lo stesso negozio di preferenza che implica necessariamente la definitiva acquisizione del legato». Igualmente, FERRI, 1981, p. 135 s., según el cual el hecho de que no se trate de una renuncia al legado en sentido técnico quedaría demostrado por el hecho de que los descendientes del renunciante nunca podrían pretender suceder al legado por representación.

<sup>121</sup> MENGONI, 2000, p. 122.

<sup>122</sup> MARINARO, 2009, p. 226, precisa que la adquisición del legado y la eventual aceptación del mismo conlleva una renuncia implícita a la cualidad de heredero, pero no también una renuncia a la herencia, lo que ni siquiera sería posible si solo se considerara que el legitimario ni siquiera está llamado a heredar, siendo destinatario de una mera disposición testamentaria a título particular.

de aceptación expresa<sup>123</sup>, con la advertencia de que un acto de aceptación<sup>124</sup> no sería jurídicamente inútil o irrelevante, ya que impediría al legatario la facultad de renunciar, convirtiendo la adquisición en definitiva y atribuyendo certeza a la situación testamentaria<sup>125</sup>.

#### 5.4 EL LEGITIMARIO-LEGATARIO QUE CONSIGUE EL LEGADO EN SUSTITUCIÓN DE LA LEGÍTIMA SIGUE SIENDO CONSIDERADO LEGITIMARIO

En el supuesto de que el legatario-legitimario opte por retener el legado, se debate si debe ser contado entre los legitimarios, con la advertencia de que una solución afirmativa o negativa conlleva consecuencias especialmente importantes.

Se trata de una cuestión de carácter más general, que enlaza con el problema de la determinación e identificación de los legitimarios dejados por el causante. En relación con esta cuestión, creo que debe atenderse exclusivamente a los legitimarios existentes en el momento del fallecimiento, sin posibilidad de reconsiderar los legitimarios tras la posible renuncia o aceptación del legado en sustitución de la legítima. Es decir, creo que un legitimario que ha aceptado un legado en sustitución de la legítima debe, en todo caso, ser considerado entre los legitimarios, sin posibilidad de un nuevo cálculo de las legítimas, que no tenga en cuenta la existencia de él<sup>126</sup>.

<sup>123</sup> MENGONI, 2000, p. 118. Cass., Sez. un., 29 de marzo de 2011, núm. 7098, en *Leggi d'Italia*, que afirma este principio de derecho: «queste conclusioni vengono estese alla rinuncia al legato in sostituzione di legittima sulla base del rilievo che anche in questa ipotesi il legato si acquista di diritto all'apertura della successione, e l'automaticità dell'acquisto non è esclusa dalla facoltà alternativa attribuita al legittimario di rinunciare al legato e chiedere la quota di legittima, tale possibilità dimostrando soltanto che l'acquisto del legato a tacitazione della legittima è sottoposto alla condizione risolutiva costituita dalla rinuncia del beneficiario, condizione che però non sottrae quest'ultima, qualora riguardi beni immobili, alla forma scritta richiesta dalla esigenza fondamentale della certezza dei trasferimenti immobiliari».

<sup>124</sup> FERRARIO HERCOLANI, 2009, p. 331, señala que el acto de aceptación está sujeto a los principios generales en materia de anulación, de modo que podría impugnarse por fraude o violencia, mientras que no podría impugnarse por error, habida cuenta de que el principio de irrelevancia del error puede desprenderse del sistema en su conjunto.

<sup>125</sup> Así, Cass., 16 de mayo de 2007, núm. 11288, en *Leggi d'Italia*, que afirma este principio de derecho: «a tale effetto non può porsi rimedio neppure con eventuali atti successivi di respiscenza, giacché, in considerazione della definitività e della irretrattabilità degli effetti acquisitivi del lascito testamentario correlati a detta manifestazione di volontà, non è possibile la reviviscenza del diritto di scelta tra il legato sostitutivo e la richiesta della legittima, rimasto caducato al momento stesso in cui sia stata manifestata la volontà di conservare il legato».

<sup>126</sup> Así, AZZARITI, 1987, p. 1049 ss.; MENGONI, 2000, p. 124; GIANNATTASIO, 1959, p. 342. En sentido contrario, FERRARIO HERCOLANI, 2009, p. 335 s.; MARINARO, 2009, p. 226, si bien considera que, en el supuesto de renuncia del legitimario a la herencia, no

Al margen de esta consideración más general, no me parece que pueda ponerse en duda este supuesto en este caso concreto, si sopesamos que el artículo 551.3 CCIt establece que el legado en sustitución de la legítima se imputa a la legítima del beneficiario y por el excedente a la cuota de libre disposición<sup>127</sup>.

Si el causante ha dejado cónyuge y dos hijos, disponiendo a favor de uno de ellos de un legado en sustitución de la legítima, la legítima reservada a los demás legitimarios debe permanecer inalterada, aunque el hijo destinatario de ese legado decidiera recibirlo. Conforme al Derecho italiano, la legítima del cónyuge es de  $\frac{1}{4}$ , del mismo modo que la legítima del otro hijo es de  $\frac{1}{4}$ <sup>128</sup>. De lo contrario, si la persona que ha aceptado el legado en sustitución de la legítima no se considerara entre los legitimarios, habría que suponer que la legítima del cónyuge es de  $\frac{1}{3}$  y la del hijo de  $\frac{1}{3}$ .

De acuerdo con esta observación, debe excluirse categóricamente que pueda producirse un aumento de la legítima de los otros legitimarios por razón de la posible aceptación del legado en sustitución de la legítima<sup>129</sup>. Si el valor del legado en sustitución de la legítima es inferior a la legítima del legatario-legitimario, esa diferencia vale a incrementar la cuota de libre disposición y nunca la legítima de los demás legitimarios. Ellos pueden reclamar, en concepto de legítima, bienes por un valor exactamente correspondiente a su legítima, sin que quepa imaginar un «aumento» de la misma por el hecho de que el legatario acepte el legado como pago de su legítima. No puede aceptarse una solución contraria, también porque acabaría ofreciendo una interpretación del derecho sucesorio excesivamente desequilibrada a favor de los legitimarios y no acorde con los principios y valores normativos vigentes.

Supongamos que D. Pedro, al morir, deja un patrimonio de 100, sin deudas, sin donaciones, un cónyuge y dos hijos. Imaginemos que hace un testamento en el que dispone de un legado en sustitución de la legítima a favor de su hijo de 20. Este legado vale menos

---

debe tenerse en cuenta al legitimario y debe realizarse una nueva determinación de las cuotas de legítima, sin contar con dicho legitimario. En cambio, en el supuesto de aceptación del legado en sustitución de la legítima no debe realizarse ninguna nueva determinación de la legítima, ya que la aceptación de un legado tácito no vale como renuncia a la herencia. En el mismo sentido BUCELLI, 2016, p. 386 s.

<sup>127</sup> MENGONI, 2000, p. 126.

<sup>128</sup> V, nota núm. 9.

<sup>129</sup> En sentido contrario, MENGONI, 2000, p. 125 ss., según el cual la parte que deja vacante debe beneficiar a los demás legitimarios. Según el A., hay que distinguir entre el caso en que la parte que deja vacante es un hijo o el cónyuge. En el primer caso, dado que la vocación de los hijos es conjunta y colectiva, la parte del hijo realiza la de los demás. Por el contrario, si la parte vacante fuera la del cónyuge, aumentaría la cuota de libre disposición. Según otra doctrina, ni siquiera debe hacerse esta distinción y debe asumirse que la cuota del legitimario vacante siempre beneficia a los demás legitimarios. Así, incluso, FERRARIO HERCOLANI, 2009, p. 338 s.; BUCELLI, 2016, p. 388 s.

que la legítima del hijo, que tendría derecho a 25 (de conformidad con el artículo 542.2. CCIt la legítima de los hijos es 1/2, de modo que la legítima de cada hijo es 1/4). El hijo, al aceptar el legado en sustitución de la legítima, obtiene bienes por un valor inferior a su legítima. Esta circunstancia no permite suponer que la legítima del otro hijo pueda aumentarse. El otro hijo solo podrá reclamar 25 y nunca 30.

En otras palabras, la legítima que deja vacante el legitimario que recibe un legado en sustitución de la legítima de un valor inferior a su legítima, no beneficia a los demás legitimarios<sup>130</sup>, sino que incrementa a la cuota de libre disposición.

## 5.5 EL LEGADO EN SUSTITUCIÓN DE LA LEGÍTIMA Y EL LEGADO *EX LEGE* QUE CORRESPONDE AL CÓNYUGE *EX ART. 540.2 CCIT* (DERECHO DE HABITACIÓN SOBRE LA VIVIENDA FAMILIAR)

Se plantea la cuestión de si el cónyuge conserva el derecho de habitación de la vivienda familiar<sup>131</sup> cuando es beneficiario de un legado en sustitución de la legítima. El problema no se plantea, por supuesto, cuando el derecho atribuido mediante legado coincide o incluye también el derecho de habitación al que se refiere el artículo 540.2 CCIt (por ejemplo, un legado en sustitución por el que se atribuye al cónyuge el derecho de propiedad de la vivienda o el derecho de usufructo sobre dicha vivienda).

Aunque existen autorizadas opiniones doctrinales en el sentido de que el legado en sustitución de la legítima no afectaría al derecho de habitación de la vivienda familiar<sup>132</sup>, partiendo de la base de

---

<sup>130</sup> Hay que distinguir entre dos problemas que pueden plantearse en el supuesto de renuncia a la sucesión, de renuncia a la acción de reducción y/o de aceptación de un legado en sustitución de la legítima. El primer problema es si debe incluir al legitimario que no hereda, ya sea en su totalidad (en caso de renuncia a la sucesión o en caso de aceptación de un legado en sustitución de la legítima) o en parte (en caso de renuncia a la acción de reducción), a efectos de determinar e identificar a los legitimarios. A este primer problema hay que ofrecer una respuesta positiva. Una vez afirmado que se debe incluir al legitimario que no sucede en la herencia (por renuncia o por aceptación de un legado sustitutivo), se plantea la cuestión del destino de la legítima que el legitimario deja vacante, en todo (en caso de renuncia a la sucesión) o en parte (en caso de renuncia a la acción de reducción o en caso de aceptación de un legado en sustitución de la legítima de valor inferior a la legítima). En cuanto a esta segunda cuestión, en mi opinión, la legítima vacante va en beneficio del disponente y no en beneficio de los demás legitimarios. Debe excluirse, por lo tanto, que pueda aumentarse la legítima de los demás legitimarios.

<sup>131</sup> Sobre el legado *ex lege* relativo al derecho de habitación sobre la vivienda familiar que corresponde, en concepto de legítima, al viudo o a la viuda y sobre los principales problemas que plantea esta norma en el Derecho italiano, véase BARBA, «El legado *ex lege* de vivienda familiar a favor del cónyuge viudo en el Derecho italiano», 2020, p. 355 ss.

<sup>132</sup> MARINARO, 2009, p. 227.

que el legado en sustitución de la legítima solo sirve para compensar al cónyuge por su legítima y no por los demás derechos, creo que debe preferirse, sin lugar a dudas, la solución contraria<sup>133</sup>. La función del legado en sustitución de la legítima no es solo excluir al legitimario de la sucesión universal, sino también excluir que el legitimario tenga otros derechos adicionales<sup>134</sup>. En definitiva, considero que, a falta de una decisión expresa en este sentido, el legado en sustitución de la legítima a favor del cónyuge vale para excluir tanto el derecho a la legítima como los derechos del artículo 540.2 CCIt.

## 5.6 ELECCIÓN DE RENUNCIAR AL LEGADO Y RECLAMAR LA LEGÍTIMA

Si el legatario no quiere el legado, debe renunciar a él y reclamar su legítima<sup>135</sup>. Se debe hacer notar que, aunque el legitimario renuncie al legado, la representación<sup>136</sup> no opera precisamente porque pretende obtener su legítima.

Sin embargo, es discutible que el legatario pueda conservar la atribución del legado. Si se tratara de una renuncia pura al legado, habría que argumentar que el legitimario no puede retener el derecho; por el contrario, si se considerara un rechazo a la planificación sucesoria, entonces podría asumirse que el legitimario puede retener lo recibido en concepto de legado e imputarlo a su legítima.

Aunque esta última solución parece ampliamente favorecida en la doctrina italiana, incluso cuando considera que el rechazo se refiere al legado y no a la planificación sucesoria<sup>137</sup>, creo que debería preferirse la segunda solución. Si se permitiera al legitimario conservar, en todo caso, el derecho al legado, imputándolo

<sup>133</sup> Así, MENGONI, 2000, p. 166, nt. 26; FERRARIO HERCOLANI, 2009, p. 340; SCHIAVONE, 2006, p. 244 s.; SCHIAVONE, 2012, p. 128 ss.

<sup>134</sup> GRASSANO, 1990, p. 414 ss.

<sup>135</sup> Señala DI MAURO, 1991, p. 279 que el legitimario que recibe un legado en sustitución de la legítima es titular de una única vocación testamentaria respecto del legado. Si el legitimario renuncia al legado, quedando preterido (v. BERGAMO, 2000, p. 1801) deberá interponer una acción de reducción.

<sup>136</sup> Según MARINARO, 2009, p. 227, no se trataría de una verdadera renuncia al legado, sino de una elección para conseguir la legítima. Si se tratara de una verdadera renuncia al legado, tendría que operar la representación que, en el presente caso, queda, por el contrario, excluida. Merece la pena considerar la resolución de la Comisión de Estudios del Consejo Nacional del Notariado CNN núm. 23-2021/C, de 11 de febrero de 2022, que comparto, en la que se descarta la posibilidad de representación, en primer lugar, porque la voluntad tácita está estrechamente vinculada a la persona del legitimario al que se dirige el legado, en segundo lugar, porque no existe una verdadera renuncia sino una elección y, por último, porque el legatario renunciante conserva la condición de legitimario.

<sup>137</sup> Esta solución también parece ser la preferida por una parte de la doctrina que considera la renuncia un verdadero rechazo al legado.

a su legítima, se frustraría en sustancia el interés del testador. En un legado en sustitución de la legítima, la atribución particular se hace con el fin mismo de excluir al legitimario de la herencia y con el fin de impedir cualquier otra pretensión suya. Me parece, por tanto, más razonable asumir que en caso de renuncia al legado en sustitución de la legítima, los bienes deben considerarse como integrantes de la herencia, con la consecuencia de que el legitimario no puede conservar esa atribución y debe participar, con los demás herederos, en la partición de la herencia, asumiendo el riesgo de que esos bienes no le sean asignados o no le sean asignados en su totalidad<sup>138</sup>.

La renuncia al legado debe hacerse de forma expresa e inequívoca. Es posible siempre que el legatario no haya realizado un acto o un hecho que implique su aceptación, o del que se deduzca o deba deducirse que tiene intención de aceptar el legado y, en consecuencia, la planificación patrimonial realizada por el mismo. La renuncia al legado no puede inferirse ni de la interposición de la acción de reducción<sup>139</sup>, ni de la solicitud de la legítima<sup>140</sup>, ni de la mera adquisición del derecho legado<sup>141</sup>, ni de la solicitud de inventario y tasación de la herencia<sup>142</sup>, ni de la solicitud de rendición de cuenta<sup>143</sup>, ni de la mera declaración de rechazar las disposiciones testamentarias por perjudiciales<sup>144</sup>.

En caso de inercia por parte del legatario-legitimario, se admite que los interesados puedan actuar con la *actio interrogatoria*, para que el legatario-legitimario decida si quiere conseguir el legado o renunciar a él y pedir la legítima<sup>145</sup>. Por otra parte, el legitimario puede solicitar un inventario de la herencia, de conformidad con el

<sup>138</sup> Es discutible si en el caso de un legado en sustitución de la legítima ordenado a favor de dos legitimarios, sólo uno de ellos renuncia. Es discutible si procede o no el acrecimiento. En este sentido, si no puede operar la representación, creo que en principio tampoco puede el acrecimiento. Pues, es necesario averiguar cuál era la intención del testador y, por tanto, si el legado sustitutivo tenía una función de favorecer o no a los legitimarios. En este sentido también la resolución de la Comisión de Estudios del Consejo Nacional del Notariado CNN núm. 23-2021/C del 11 de febrero de 2022, que concluye de esta manera: «meno sicuro è se, in mancanza della rappresentazione, operi l'accrescimento, dovendosi condurre una verifica in concreto sulla volontà del testatore. Se così non fosse, a seguito della rinuncia al legato in sostituzione di legittima da parte di uno dei collegatari, non avendosi vacanza del bene (come per ogni altro legato ex art. 650 c.c.), si avrebbe il ritorno *ex tunc* dello stesso cespite nella massa ereditaria a disposizione degli eredi (nel caso di specie, la madre, quale erede universale)».

<sup>139</sup> Cass., 11 de noviembre de 2008, núm. 26955, en *Rivista del notariato*, 2009, p. 1607.

<sup>140</sup> Cass., 15 de marzo de 2006, núm. 5779, en *Rivista del notariato*, 2007, 1, II, pp. 198-200.

<sup>141</sup> Cass., 11 de noviembre de 2008, núm. 26955, cit., p. 1607.

<sup>142</sup> Cass., 22 de junio de 2010, núm. 15124, en *Leggi d'Italia*.

<sup>143</sup> Cass., 22 de junio de 2010, núm. 15124, cit.

<sup>144</sup> Cass., 22 de junio de 2010, núm. 15124, cit.

<sup>145</sup> MARINARO, 2009, p. 228.

artículo 769 del «Codice di procedura civile» italiano, a fin de disponer de elementos adecuados para poder decidir si aceptar o rechazar el legado.

La ley no prescribe ningún requisito formal para la renuncia al legado, por lo que tiende a ser válida, aunque se haga verbalmente o *per facta*. No obstante, cabe señalar que, según una doctrina<sup>146</sup>, confirmada por una sentencia de pleno de la Corte de casación italiana<sup>147</sup>, la renuncia a un legado relativo a derechos sobre bienes inmuebles o muebles registrados debe hacerse por escrito so pena de nulidad, resolviéndose en un acto de desprendimiento de la propiedad sobre bienes ya adquiridos por el renunciante<sup>148</sup>.

Sólo después de que el legatario-legitimario haya rechazado el legado en sustitución de la legítima podrá interponer una acción de reducción. La renuncia al legado debe manifestarse antes del inicio de la acción de reducción o, a más tardar, con la misma demanda judicial de reducción<sup>149</sup>. La mera presentación de una solicitud de reducción no constituye un acto de renuncia al legado en sustitución de la legítima<sup>150</sup>, por lo que, a falta de un documento del que pueda deducirse inequívocamente, la solicitud del legitimario debe desestimarse<sup>151</sup>. La demanda de reducción debe ser desestimada<sup>152</sup> si el legitimario no declara expresamente que ha renunciado al legado o no acredita que ha efectivamente renunciado, en su caso cumpliendo las formalidades que sean necesarias en relación con

<sup>146</sup> Cosí, FERRARIO HERCOLANI, 2009, p. 335.

<sup>147</sup> Cass., Sez. un., 29 de marzo de 2011, núm. 7098, cit., que afirma este principio de derecho: «Il legato si acquista senza bisogno di accettazione e la rinuncia al legato avente ad oggetto beni immobili, risolvendosi in un atto di dismissione della proprietà su beni già acquisiti al patrimonio del rinunciante per i quali non è richiesta l'accettazione, ai sensi dell'art. 1350, núm. 5, c.c., deve essere redatta espressamente per iscritto a pena di nullità».

<sup>148</sup> En sentido contrario, FERRI, 1960, p. 11, según el cual tampoco la renuncia a un legado que confiera derechos sobre un bien inmueble estaría sujeta a ningún requisito formal. El argumento del autor puede explicarse si se considera que, en su opinión, también la adquisición de un legado, al igual que la adquisición de la herencia, no es automática, sino que requiere un acto de aceptación. Desde esta perspectiva, la renuncia al legado no tiene un efecto eliminatorio, es decir, no eliminaría una adquisición que ya se hubiera realizado a favor del legitimario, sino que impediría que se realizara.

<sup>149</sup> Cass., 22 de junio de 2005, núm. 13380, en *Rep. foro it.*, 2005, *Successione ereditaria*, núm. 127; Cass., 18 de abril de 2000, núm. 4971, en *Giurisprudenza italiana*, 2001, I, p. 30; App. Roma, 10 de febrero de 1995, en *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 1996, I, p. 382, con nota de CALISSONI, 1996; T. Monza, 7 de marzo de 1985, en *Giurisprudenza italiana*, 1986, I, 2, c. 104.

<sup>150</sup> Señala MENGONI, 2000, p. 119 que la mera interposición de la acción de reducción no constituye un acto inequívoco de renuncia del legado. «Il legittimario potrebbe reclamare la legittima con l'intenzione di trattenere il legato in conto: ciò che la legge in conformità della volontà del testatore, non consente, e appunto per questo esige un atto autonomo di rinuncia allegato come condizione dell'azione riduzione».

<sup>151</sup> Cass., 15 de marzo de 2006, núm. 5779, en *Rivista del notariato*, 2007, I, II, pp. 198 e ss., con nota de MUSOLINO, 2007, p. 200 ss.

<sup>152</sup> MENGONI, 2000, p. 118.

el derecho objeto del legado. La renuncia al legado constituye una condición o presupuesto de la acción de reducción; puede ser declarada de oficio y plantearse por primera vez incluso en el procedimiento de segundo grado.

## 5.7 LEGADO EN SUSTITUCIÓN DE LEGÍTIMA Y CAUTELA SOCINIANA

Se discute si la norma en materia de legado en sustitución de la legítima interfiere con la norma de la cautela sociniana, recogida en el artículo 550 CCIt. En particular, se discute cuál es el destino del legado en sustitución de la legítima, que atribuye al legitimario sólo el usufructo o sólo la nuda propiedad del bien o sólo la renta vitalicia.

A este respecto, creo que el problema no existe si se considera que en el caso del legado en sustitución de la legítima el beneficiario es un legatario y, sobre todo, si se reflexiona que el interés del legitimario, que en el supuesto de la cautela sociniana está protegido por la facultad concedida al legitimario de abandonar la nuda propiedad o el usufructo o la renta y reclamar la plena propiedad, en el caso del legado en sustitución de la legítima está suficientemente garantizado por la facultad de rechazar el legado y reclamar la legítima.

El interés que plasman las normas es evitar que el legitimario se vea sometido a una atribución forzosa de bienes no en plena propiedad. Este interés, que en la cautela sociniana solo podía realizarse mediante el abandono del patrimonio disponible, en el caso del legado en sustitución de la legítima puede realizarse mediante el rechazo del legado. Existiendo un instrumento que permite proteger el interés del legatario-legitimario, no me parece de posible aplicación el remedio del artículo 550 CCIt.

## 5.8 LEGADO EN SUSTITUCIÓN DE LA LEGÍTIMA CON FACULTAD DE SOLICITAR EL COMPLEMENTO DE LA LEGÍTIMA

El artículo 551.2 CCIt establece que el testador puede disponer de un legado en sustitución de la legítima, concediendo también al legatario-legitimario el «derecho a pedir el complemento». En tal supuesto, si el legado en sustitución de la legítima tiene un valor inferior a la legítima, el legitimario beneficiario del legado podrá

pedir el complemento, es decir, la diferencia entre el valor de la legítima que le corresponde y el valor del bien legado.

Esta norma ha suscitado numerosas reflexiones, por lo que se hace necesario indagar cuáles son las consecuencias de la previsión específica de la facultad de solicitar el complemento, con la advertencia de que de ello se desprenden consecuencias práctico-aplicativas muy importantes.

Según una línea doctrinal amplia, consolidada y tradicional, la previsión específica de la facultad de solicitar el complemento tendría la función de modificar la propia naturaleza del legado. En efecto, no se podría seguir considerando esta atribución como un legado en sustitución de la legítima, sino que debería considerarse como un verdadero legado en pago de legítima. La facultad de solicitar el complemento sería lógicamente incompatible con un legado en sustitución de la legítima, también porque el legitimario adquiriría la condición de heredero precisamente solicitando el complemento, es decir, interponiendo una acción de reducción<sup>153</sup>.

Según esta reconstrucción, el legitimario podría retener lo recibido con el legado en sustitución de la legítima y, al mismo tiempo, solicitar que se reconociera su condición de heredero forzoso para obtener su legítima<sup>154</sup>.

La cuestión es más bien si la facultad de solicitar el complemento cuenta como institución hereditaria en la legítima, entendiéndose que el legatario sería satisfecho en parte por el legado y por el resto a título de heredero<sup>155</sup>, o si la facultad de pedir el complemento vale como institución hereditaria en una cuota (menor de la legítima en sí) igual a la diferencia entre el valor del legado y el valor de la legítima<sup>156</sup>.

---

<sup>153</sup> Según AZZARITI, 1983, p. 57; AZZARITI, 1972, p. 135, el legitimario ni siquiera debería tener que interponer una acción de reducción, ya que el derecho a reclamar el suplemento sería válido por sí mismo como institución de la herencia en la legítima, de modo que el legatario sólo tendría que aceptar la herencia. AZZARITI, MARTINEZ Y AZZARITI, 1973, p. 231 s.: «l'attribuzione del legato in sostituzione comprende in sé la vocazione testamentaria nella quota di riserva a titolo universale, in sostituzione però della quale si offre un legato tacitativo [... il riservatario] ha a suo favore una devoluzione testamentaria a titolo universale subordinata alla sua mancata accettazione del legato sostitutivo, ove accetti invece il legato impedirà che entri in funzione quella vocazione testamentaria e acquisterà la figura del legatario senza che abbia comunque luogo la necessità di una sua rinuncia all'eredità [...] ma se invece la condizione non si verifici per la mancata accettazione del legato, entra in funzione la vocazione testamentaria a titolo universale, ed il legitimario acquista la qualità di erede».

<sup>154</sup> MARINARO, 2009, p. 232.

<sup>155</sup> CICU, 1952, p. 283; CICU, 1954, p. 244; SANTORO-PASSARELLI, 1941, p. 302; FERRI, 1981, p. 126; MESSINEO, 1962, p. 531; BIGLIAZZI GERI, Y OTROS, 1996, p. 245; DI MAURO, 1991, p. 2793.

<sup>156</sup> Así, PINO, 1954, p. 112. Según el autor, si no se aceptara esta reconstrucción, la norma del artículo 551.2 CCI, en la parte en que prevé un legado en sustitución de la legítima con derecho a pedir el complemento, se consideraría una superfluidad normativa innecesaria, pues se limitaría a seguir la disciplina del artículo 564.2 CCI. Según esta

Para entender la diferencia entre ambas reconstrucciones, considere el siguiente caso.

Imaginemos que D. Pedro fallece dejando un *relictum* de 100, sin deudas ni donaciones. Imaginemos que D. Pedro deja una esposa, Mengana, y dos hijos, Rocío y Carlos. Imaginemos que D. Pedro hace testamento, por el que instituye herederos universales a Mengana y Rocío, disponiendo de un legado en sustitución de la legítima a favor de Carlos, por valor de 20, con facultad de solicitar el complemento. De conformidad con el artículo 542 CCIt, la legítima del cónyuge es de  $\frac{1}{4}$  (es decir, 25) y legítima de los hijos es de  $\frac{1}{2}$  (es decir, 50), a dividir por partes iguales (25 cada uno).

El hijo Carlos recibe, en concepto de legado, un bien por valor de 20; por tanto, recibe un bien inferior a su legítima, que asciende a 25. Dado que tiene facultad de solicitar el complemento, no cabe duda de que tiene derecho a bienes adicionales por un valor total de 5. La cuestión es, sin embargo, si Carlos, actuando en reducción, pretende que se le reconozca su condición de heredero en cuanto a su legítima, es decir,  $\frac{1}{4}$ <sup>157</sup>, entendiéndolo que ya ha sido satisfecho en parte por el legado, o si pretende que se le reconozca su condición de heredero en cuanto a una parte correspondiente a la diferencia entre lo que ha obtenido (20) y la legítima (25), es decir,  $\frac{1}{20}$  ( $\frac{5}{100}$ ), entendiéndolo que el legado se considera a cargo de los demás herederos.

En ambos casos, no cabe duda de que Carlos recibe 5, además de los 20 que le corresponden en virtud del legado. Sin embargo, en el primer supuesto se le considera heredero en la proporción de  $\frac{1}{4}$ <sup>158</sup>, mientras que en el segundo en la proporción de  $\frac{1}{20}$ <sup>159</sup>.

En cualquier caso, según estas reconstrucciones el legitimario adquiere la condición de heredero y, como tal, tiene derecho a bienes por un importe igual a su legítima, participando en la partición de la herencia y con derecho a satisfacerse con bienes hereditarios.

Aunque esta reconstrucción no deja de contar con una aprobación generalizada, creo que debería preferirse una solución diferente, que permita que en el supuesto de legado en sustitución de la legítima el legatario-legitimario conserve su condición de legatario, si bien tenga la facultad de pedir el complemento.

La facultad de solicitar el complemento, lejos de calificarse como una disposición que otorga al legatario-legitimario el dere-

---

reconstrucción, el artículo 551.2 CCIt prevé un legado en sustitución de la legítima para el que el testador habría desactivado la previsión legal de la pérdida del derecho a actuar en reducción.

<sup>157</sup> En el presente caso, al no existir *debitum* y, sobre todo, *donatum*, no cabe duda de que existe coincidencia entre la legítima y la cuota hereditaria (v. nota núm. 6).

<sup>158</sup> V. nota núm. 149.

<sup>159</sup> V. nota núm. 150.

cho a solicitar la legítima, es decir, el derecho a convertirse en heredero debe, a mi parecer, considerarse como un legado más ordenado a favor del legitimario<sup>160</sup>.

Si realmente se quisiera preservar la función propia del legado en sustitución de la legítima y evitar afirmar que se traduce básicamente en un legado en pago de legítima, habría que partir de la base de que el legatario-legitimario es beneficiario de dos legados distintos. Un primer legado, que es el legado sustitutivo en sentido propio, y un segundo legado cuyo valor, determinado *per relationem*, es igual a la diferencia entre el valor de la legítima y el valor del legado en sustitución<sup>161</sup>.

Según esta reconstrucción, el testador podía prever que los herederos pudieran satisfacer al legatario tanto con bienes hereditarios como no hereditarios y, por tanto, que también pudieran liquidar al legitimario con su propio dinero<sup>162</sup>.

Razonando de este modo, se podría preservar la función del legado en sustitución de la legítima, porque el legatario-legitimario seguiría siendo un legatario, aunque cuando pidiese el complemento.

Aunque esta solución me parece preferible, tanto porque evita vaciar de contenido la previsión legal del artículo 551.2 CCIt, como porque es coherente con el tenor literal del artículo 551 CCIt, que distingue entre el derecho a pedir el complemento y la facultad de pedir el complemento<sup>163</sup>, y, sobre todo, porque es coherente con la función del legado en sustitución de la legítima, también hay que decir que no es necesariamente incompatible con la otra reconstrucción.

Con carácter general, cuando el testador ordena un legado en sustitución de la legítima con facultad de solicitar el complemento, debe entenderse que el primer legado es un verdadero legado en sustitución de la legítima y que la facultad de solicitar el complemento da lugar al derecho del legitimario a reclamar de todos los demás herederos, obligados a ello, bienes por el valor de la diferencia entre la legítima y lo recibido en concepto de legado. Entendiendo que se trata de un derecho de crédito y que, a falta de una

<sup>160</sup> En Derecho español, aunque no se conozca la figura, en este supuesto, según LACRUZ BERDEJO, 2009, p. 317 ss., el legatario sería, por esa parte, heredero.

<sup>161</sup> MENGONI, 2000, p. 128; BIANCA, 2001, p. 605.

<sup>162</sup> La jurisprudencia deja claro que la acción por la que el legatario solicita el suplemento es una *actio in personam* y no una acción de reducción. V. Cass., 27 de noviembre de 2018, núm. 30702, en *Diritto delle successioni e della famiglia*, 2019, p. 549 ss., con nota de DI MAURO, 2019, p. 549.

<sup>163</sup> Así, MENGONI, 2000, p. 128: «la «facoltà di chiedere il supplemento», fatta salva quando è espressamente attribuita al testatore, non è il «diritto di chiedere il supplemento» negato dalla disposizione precedente al legitimario che preferisce di conseguire il legato».

decisión precisa, también podría satisfacerse en dinero, sin que el legitimario sea parte de la partición de la herencia, de la que queda excluido por no adquirir la cualidad de heredero.

Aunque esta configuración deba considerarse la preferible, no puede descartarse, sin embargo, que la facultad de pedir el complemento tenga la función de transformar el legado en sustitución de la legítima en un verdadero legado en pago de la legítima<sup>164</sup>, con la consecuencia de que la facultad de pedir el complemento se traduce en una institución de heredero en la legítima<sup>165</sup>.

Es necesario indagar cuál fue la real intención del testador y averiguar si pretendía, más allá de las expresiones o palabras utilizadas, disponer de un legado en sustitución de la legítima en sentido propio o instituir heredero al legitimario.

No creo que pueda ponerse en duda que, como regla general, la facultad de pedir el complemento a que se refiere el artículo 551.2 CCIt debe considerarse como un verdadero y propio legado ordenado a favor del legitimario y en detrimento de los demás herederos, como tampoco puede descartarse que el testador, a pesar de utilizar las expresiones legado en sustitución de la legitimación y facultad de pedir el complemento o equivalentes, pretendiera hacer una institución de heredero.

## BIBLIOGRAFÍA

- ALVENTOSA DEL RÍO, Josefina; COBAS COBIELLA, María Elena; MONTES RODRÍGUEZ, María Pilar; MARTÍNEZ VELENCOSO, Luz María: «Aspectos sustantivos del derecho hereditario», *Derecho de Sucesiones*, Josefina Alventosa del Río y María Elena Cobas Cobiella, (Dirs.), Valencia: Tirant Lo Blanch, 2017.
- ASCOLI, Alfredo: «Legato a tacitazione della legittima» *Rivista di diritto civile*, 1922, pp. 602-605.
- AZZARITI, Francesco Saverio, MARTINEZ, Giovanni, y AZZARITI, Giuseppe: *Successioni per causa di morte e donazione*, 6.<sup>a</sup> ed., Padova, Cedam, 1973.
- AZZARITI, Giuseppe: «Criteri per il calcolo della riserva in caso di rinuncia da parte di alcuni degli aventi diritto», *Giustizia civile*, 1987, I, pp. 1049-1055.
- «Disposizione testamentaria, sostituzione fedecommissaria, legato a tacitazione della legittima», *Giurisprudenza di merito*, 1986, pp. 4-7.
- «Il legato in sostituzione di legittima», *Giurisprudenza italiana*, 1965, I, 2, pp. 311-320.
- «Sul legato in sostituzione di legittima», *Giustizia civile*, 1983, I, pp. 55-59.

---

<sup>164</sup> Según SCHIAVONE, 2006, p. 228 s.; SCHIAVONE, 2012, p. 104, la situación se invertiría con respecto a la que he propuesto en el texto. «Allorquando nella disposizione sia inserita la clausola suppletoria, si deve *presumere* che il legato sia voluto in conto di legittima; se però il lascito è stato espressamente qualificato come in sostituzione di legittima, la facoltà di supplemento avrà valenza obbligatoria».

<sup>165</sup> MENGONI, 2000, p. 129; VIRGILIO, 2017, p. 107; FERRARIO HERCOLANI, 2009, p. 343; IUDICA, 2003, p. 296 s.

- AZZARITI, Giuseppe: *Successioni dei legittimari e successioni dei legittimi*, Torino, Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1972.
- BARBA, Vincenzo: «El legado *ex lege* de vivienda familiar a favor del cónyuge viudo en el Derecho italiano», *Cuestiones actuales en materia de mediación, familia y sucesiones*, Manuel García Mayo (coord.), Madrid, Wolters Kluwer España, 2020, pp. 355-368.
- «Il prelegato», *Le disposizioni testamentarie*, Giovanni Bonilini y Vincenzo Barba (dirs.), Assiago (MI), Wolters Kluwer Italia, 2012.
- «La dispensa da collazione», *Diritto delle successioni e della famiglia*, 2016, pp. 1-45.
- «La disposizione testamentaria di diseredazione» *Famiglia, Persone e Successioni*, 2012, 11, pp. 763-787.
- *La successione dei legittimari*, Napoli, Edizioni scientifiche italiane, 2020.
- BERGAMO, Elio: «Brevi cenni su un'ipotesi di diseredazione anomala implicita» *Giurisprudenza italiana*, 2000, 10, pp. 1801-1801.
- BIANCA, Cesare Massimo: *Diritto civile, 2, La famiglia. Le successioni*, 3° ed., Milano, Giuffrè, 2001.
- BIGLIAZZI GERI, Lina, BRECCIA, Umberto, BUSNELLI, Francesco Donato, NATOLI, Ugo: *Le successioni a causa di morte*, Torino, Utet, 1996.
- BONILINI, Giovanni: *Dei legati*, 2.° ed., Milano, Giuffrè, 2006.
- BUCELLI, Andrea: «Legato in sostituzione e diritto al supplemento» *Diritto delle successioni e della famiglia*, 2016, 2, pp. 371-396.
- CALISSONI, G. M.: «Azione di riduzione e rinuncia tacita ad un legato in sostituzione di legittima avente ad oggetto beni immobili» *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 1996, I, pp. 382 ss.
- CÁMARA LAPUENTE, Sergio: «Comentario artículo 825» *Código civil comentado*, Ana Cañizares Laso, D. Pedro de Pablo Contreras, Javier Orduña Moreno y Rosario Valpuesta Fernández (dirs.), Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2011, pp. 903-908.
- «Comentario art. 828». *Código civil comentado*, Ana Cañizares Laso, D. Pedro de Pablo Contreras, Javier Orduña Moreno y Rosario Valpuesta Fernández (dirs.), Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2011, pp. 921-923.
- «Los legados» *Derecho de sucesiones. Curso de derecho civil (V)*, Sergio Cámara Lapuente, Carlos Martínez de Aguirre Aldaz, D. Pedro de Pablo Contreras y Miguel Ángel Pérez Álvarez (coord.), Madrid, Edisofer s.l., 2022.
- CICU, Antonio: «Legato in conto o sostituzione di legittima e usufrutto del coniuge superstite», *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1952, pp. 277-289.
- *Successione legittima e dei legittimari*, 2ª ed., Milano, Giuffrè, 1943.
- *Successioni per causa di morte: Parte generale. Delazione e acquisto dell'eredita*, Milano, Giuffrè, 1954.
- DI MAURO, Ettore William. «La facoltà di chiedere il supplemento nel legato in sostituzione di legittima e l'interpretazione del testamento» *Diritto delle successioni e della famiglia*, 2019, 2, pp. 549-561.
- DI MAURO, Nicola. «Legato in sostituzione di legittima e legato in conto di legittima», *Giustizia civile*, 1991, 11, pp. 2788-2794.
- ESPEJO LERDO DE TEJADA, Manuel, *La legítima en la sucesión intestada*, Madrid, Marcial Pons, 1996.
- FERRARIO HERCOLANI, Michele. «Il legato in sostituzione di legittima», *Trattato di diritto delle successioni e delle donazioni*, Vol. III, Giovanni Bonilini (dir.), Milano, 2009, pp. 325-346.

- FERRI, Luigi: *Dei legittimari: art. 536-564*, Roma-Bologna, Soc. ed. del Foro italiano-Zanichelli, 1981.
- *Rinunzia e rifiuto nel diritto privato*, Milano, Giuffré, 1960.
- GANGI, Calogero: *I legati nel diritto civile italiano: con riguardo alla giurisprudenza, al diritto romano, ed alle moderne legislazioni*, Vol. I, *Parte generale*. Padova, Cedam, 1933.
- GARCÍA RUBIO, María Paz: *La distribución de toda la herencia en legados. Un supuesto de herencia sin heredero*. Madrid, Civitas, 1989.
- GERBO, Francesco: *Prelegato e funzione del contenuto testamentario*, Padova, Cedam, 1996.
- GIANNATTASIO, Carlo: *Delle successioni. Disposizioni generali – Successioni legittime*, Torino, Unione tipografica editrice torinese, 1959.
- GÓMEZ-SALVAGO SÁNCHEZ, Cecilia: «Imputación de legado a favor del cónyuge viudo: una (falsa) analogía sobre analogía», *Revista de Derecho Privado*, 2017, 6, pp. 23-42.
- GRASSANO, Nicola. «Legato al coniuje in sostituzione di legittima», *Rivista del notariato*, 1990, pp. 403-425.
- IUDICA GIOVANNI: «Il legato in conto di legittima» nel sistema dei legati in favore del legittimario» *Familia*, 2003, 2, pp. 287-310.
- «Il legato in conto di legittima», *Trattato di diritto delle successioni e donazioni. Vol. III. La successione legittima*, Giovanni Bonilini (dir.), Milano, Giuffré, 2009, p. 300ss.
- LACRUZ BERDEJO, José Luis: *Elementos de derecho civil V. Sucesión*, 4 ed., Madrid: Dykinson, 2009.
- MARINARO, Gabriele: *La successione necessaria*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2009.
- MENÉNDEZ MATO, Juan C.: *El legado de legítima estricta en el Derecho común español*, Madrid, Dykinson, 2012.
- MENGONI, Luigi: *Successioni per causa di morte. Parte speciale. Successione necessaria*, 4º ed., Milano, Giuffré, 2000.
- MESSINEO, Francesco: *Manuale di diritto civile e commerciale*, VI, *Diritto delle successioni per causa di morte*, 9.ª ed., Milano, Giuffré, 1962.
- MIGLIACCIO, Emanuela: *Funzione e vicende dei legati. Il legato di debito*, Napoli, Edizioni Scientifiche italiane, 2015.
- MIQUEL GONZÁLEZ, José María: «Legítima material y legítima formal», *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, 49, 2009, pp. 493-560.
- «Reflexiones sobre la legítima», en DOMÍNGUEZ LUELMO y GARCÍA RUBIO (Dirs.), *Estudios de Derecho de sucesiones – Liber Amicorum Teodora F. Torres*, Madrid, La Ley, 2014, pp. 983-1001.
- MORELLO, Umberto: «Accettazione o preferenza del legato in sostituzione di legittima», *Foro italiano*, 1964, I, pp. 1210-1217.
- MUSOLINO, Giuseppe: «Il legato in sostituzione di legittima», *La Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2007, 3, pp. 79-89.
- PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, Manuel: «La naturaleza de la legítima – nota final», *Anuario de Derecho Civil*, 1986-2, pp. 571-579.
- «La naturaleza de la legítima», *Anuario de Derecho Civil*, 1985-4, pp. 849-907.
- PERFETTI, Ubaldo: *Dei legittimari*, Roma-Bologna, Zanichelli, 2020.
- PINO, Augusto: *La tutela del legittimario*, Padova, Cedam, 1954.
- REAL PÉREZ, Alicia: *Intangibilidad cualitativa de la legítima*, Madrid, Civitas, 1988.
- RIVAS MARTÍNEZ, Juan José: *Derecho de sucesiones. Común y foral*, II, 4 ed., Madrid, Dykinson 2009.

- ROCA SASTRE, Ramón María, «Naturaleza jurídica de la legítima», *Revista de Derecho Privado*, 1944, pp. 184-209.
- RODRÍGUEZ-ROSADO, Bruno, *Heredero y legitimario*, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2017.
- ROMANO, Carmine: «I legati», *Diritto delle successioni*, Giovanni Perlingieri y Roberto Calvo (coords.), Napoli, Edizioni Scientifiche italiane, 2008, 998 ss.
- SANTORO-PASSARELLI, Francesco: «Legato privativo di legittima», *Rivista di diritto civile*, 1935, pp. 249-286.
- *Dei legittimari: art. 82-110*, Firenze, Barbera, 1941.
- SCHIAVONE, Giovanni: «Il legato in luogo di legittima: modalità di acquisto e ambito della funzione sostitutiva» *Familia*, 2006, pp. 215-255.
- *Le disposizioni testamentarie dirette ai legittimari*, Milano, Giuffrè, 2012.
- TORRES GARCÍA, Teodora F., DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés «La legítima en el Código civil (I)». *Tratado de Derecho de Sucesiones (Código civil y normativa civil autonómica: Aragón, Baleares, Cataluña. Galicia, Navarra, País Vasco)*, vol. II, María del Carmen Gete-Alonso y Calera (Dir.) y Judith Solé Resina (coord.). Cizur Menor, Civitas-Thomson Reuters, 2.ª ed., 2016, pp. 355-416.
- «La legítima en el Código civil (I)» *Tratado de legítimas*, Teodora F. Torres García (coord.), Barcelona, Atelier Civil, 2012, pp. 21-86.
- «La legítima en el Código civil (II)», *Tratado de legítimas*, Teodora F. Torres García (coord.), Barcelona, Atelier Civil, 2012, pp. 87-151.
- «La legítima en el Código civil (II)», *Tratado de Derecho de Sucesiones (Código civil y normativa civil autonómica: Aragón, Baleares, Cataluña. Galicia, Navarra, País Vasco)*, vol. II, María del Carmen Gete-Alonso y Calera (Dir.) y Judith Solé Resina (coord.). Cizur Menor: Civitas-Thomson Reuters, 2.ª ed., 2016, pp. 417-476.
- TRABUCCHI, Alberto: «Forme necessarie per la rinuncia al legato immobiliare e natura della rinuncia al legato sostitutivo», *Giurisprudenza italiana*, 1954, I, 1, pp. 914.
- VALLET DE GOYTISOLO, Juan B: «Comentario al artículo 828 CC», *Comentario del Código civil*, Candido Paz-Ares Rodríguez, Rodrigo Bercovitz, Luis Díez-Picazo Ponce de Leon y Pablo Salvador Coderch (dirs.), Madrid, Ministerio de Justicia Secretaría General Técnica, 1991, pp. 2045-2048.
- «Imputación de legados otorgados a favor de legitimarios» *Revista de Derecho Privado*, 1948, pp. 318-355.
- *Limitaciones de Derecho sucesorio a la facultad de disponer. Las legítimas. VOL. I*, Madrid, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, 1974.
- *Panorama del Derecho de sucesiones, I*, Madrid, Civitas, 1982.
- VELA SÁNCHEZ, Antonio J: «Claves para la imputación de donaciones y legados en el haber hereditario», *Revista de Derecho Civil*, 2018, 4, pp. 333-360.
- VIRGLIO, Nicola, DAL RI, Francesco: «Il (pre)legato in conto di quota ereditaria: analisi del rapporto giuridico unisoggettivo», *Rivista del notariato*, 2013, pp. 309-353.
- «I legati in favore dei legittimari», *La successione dei legittimari*, Fabrizio Volpe (coord.), Milano, Giuffrè, 2017, pp. 101-122.
- VOCINO, C: «Quali le conseguenze dell'accettazione, da parte del legittimario, di un legato a tacitazione della legittima (nota a Cass. 27 luglio 1931)» *Sinossi giuridica*, 1932, 501, pp. 49.

## RESOLUCIONES DE LOS TRIBUNALES

### RESOLUCIONES DE LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES

- STS 2409/1968 de 26 de noviembre. P. Francisco Bonet Ramón. (ECLI: ES: TS:1968:2409).
- STS 51/1982, de 18 de junio. P. Jose Maria Gomez De La Barcena Lopez. (ECLI: ES: TS:1982:51).
- STS 7832/1986, de 14 de noviembre. P. Antonio Sanchez Jauregui. (ECLI: ES: TS:1986:7832).
- STS 6528/1991, de 22 de noviembre. P. Antonio Fernandez Rodriguez. (ECLI: ES: TS:1991:6528).
- STS 4852/1998 de 18 de julio. P. Francisco Morales Morales. (ECLI: ES: TS:1998:4852).
- STS 1393/1993, de 9 de marzo. P. D. Pedro González Poveda (ECLI: ES: TS:1993:1393).
- STS 1026/2001, de 15 de febrero. P. Xavier O'callaghan Muñoz. (ECLI: ES: TS:2001:1026).
- STS 5646/2005, de 28 de septiembre. P. Jose Ramon Ferrandiz Gabriel. (ECLI: ES: TS:2005:5646).
- STS 3727/2006, de 12 de junio. P. Antonio Salas Carceller. (ECLI: ES: TS:2006:3727).
- STS 210/2008, de 24 de enero. P. Xavier O'callaghan Muñoz. (ECLI: ES: TS:2008:210).
- STS 43/2010, 21 de enero. P. Xavier O'callaghan Muñoz. (ECLI: ES: TS:2010:43).
- STS 8159/2011, de 21 de noviembre. P. Xavier O'callaghan Muñoz. (ECLI: ES: TS:2011:8159).
- STS 2854/2019, de 17 de septiembre, P. Jose Luis Seoane Spiegelberg, (ECLI: ES: TS:2019:2854).
- STS 1507/2020 de 26 de mayo. P. Juan Maria Diaz Fraile. (ECLI: ES: TS:2020:1507).

### RESOLUCIONES DE LOS TRIBUNALES ITALIANOS

#### Corte de Casación italiana

- Cass., 18 de abril de 2000, núm. 4971, en *Giurisprudenza italiana*, 2001, I, p. 30.
- Cass., 22 de junio de 2005, núm. 13380, en *Rep. foro it.*, 2005, *Successione ereditaria*, núm. 127.
- Cass., 15 de marzo de 2006, núm. 5779, en *Rivista del notariato*, 2007, 1, II, p. 198.
- Cass., 16 de mayo de 2007, núm. 11288, en *Leggi d'Italia*.
- Cass., 11 de noviembre de 2008, núm. 26955, en *Rivista del notariato*, 2009, p. 1607.
- Cass., 22 de junio de 2010, núm. 15124, en *Leggi d'Italia*.

- Cass., Sez. un., 29 de marzo de 2011, núm. 7098, en *Leggi d'Italia*.
- Cass., 27 de noviembre de 2018, núm. 30702, en *Diritto delle successioni e della famiglia*, 2019, pp. 549 ss.

### Otras resoluciones

- Tribunale Monza, 7 de marzo de 1985, en *Giurisprudenza italiana*, 1986, I, 2, c. 104.
- Corte di Appello Roma, 10 de febrero de 1995, en *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 1996, I, p. 382.