

Apuntes de Derecho sucesorio

(Posición y derechos de los legitimarios en el Código civil)

JUAN VALLET DE GOYTISOLO

Notario de Madrid

II

Medios de atribución y concreción de las legítimas y consecuencias de su respectiva atribución

(CONTINUACIÓN)

§ 4.º ATRIBUCION EXPRESA O TACITA DE LA LEGÍTIMA COMO LEGADO DE PARTE ALICUOTA

En la primera parte del presente trabajo llegamos, entre otras, a la conclusión de que el testador podía dejar las legítimas por cualquier título y, por lo tanto, mediante legados. E igualmente convenimos en que debía considerarse como legado de parte alicuota la atribución hecha al legitimario a quien el causante le dejase *lo que por legítima le corresponda*, o le hubiere dejado a salvo su derecho sin designarle heredero ni legarle bienes concretos para su satisfacción.

Con ello coincidimos con las tesis anteriormente defendidas por Borrell Soler (300), Sanz Fernández (301) y Puig Brutau (302).

(300) *Dret. civil vigent a Catalunya*, V-2.º (Barcelona, 1923), § 504, página 406. Refiriéndose más concretamente al legitimario catalán, dice que la condición jurídica del legitimario puede ser: «la del heredero, cuando el instituyente heredero el testador o la ley le llame a la sucesión abintestato en caso de preterición; la de legatario, cuando el testador hace una manda que le sirve para pagar la legítima; la de legatario *parciario*, cuando el testador le deja la legítima sin fijar su cuantía, o de otra manera, le llama sin designarlo heredero ni legatario, y como acreedor legal, cuando puede pedir el suplemento, por haberle dejado el padre menos de lo debido».

(301) *Op. cit.*, pág. 142. En opinión de ANGEL SANZ, la posición del legitimario puede variar por razón de que el art. 815 «admite la posibilidad de que la legítima pueda ser atribuida por cualquier título, que puede ser: 1.º Título de herencia... 2.º Legado de parte alicuota, lo que puede tener lugar bien expresamente haciendo un legado de esa naturaleza, *bien tácitamente, dejando al legitimario lo que por legítima le corresponde*... 3.º Legado de cosa específica y determinada... 4.º Donación intervivos que tenga carácter colacionable».

(302) Cap. IV, vol. II de los *Estudios de Derecho privado*, de ROCA SASTRE (capítulo debido a la pluma de PUIG), pág. 336.

El segundo ha apuntado que el legitimario, como legatario de parte alicuota, «sucede en una cuota abstracta de la masa hereditaria, puede incoar el juicio de testamentaria y está afectado por las deudas del causante, que reducen el valor e importe de su cuota: pero no responde de ellas con sus bienes propios, ni propiamente hablando, es un sucesor en las mismas». Concretando Puig Brutáu que la legítima «consiste en una parte alicuota del saldo activo de los bienes relictos. Por ello, el legitimario a quien no se haya instituido heredero, y a quien el testador no haya legado bienes concretos y determinados en pago de su derecho, tendrá un derecho cualitativamente igual al de un legatario de parte alicuota».

Ahora nos interesa, particularmente, comprobar esa calificación desde el ángulo visual opuesto. Para ver, de paso, si la legítima dejada, expresa o tácitamente, como legado de cuota presenta alguna variedad con la figura genérica del legado parciario (303).

A) *El legado de parte alicuota en el Derecho romano.*

Según testimonio de Cicerón, el legado de herencia se empleó en Roma desde fines de la República. Entonces no se había desarrollado aún el fideicomiso (304). Y al decir de Bachofen (305), Mommsen (306), Jörs-Kunkel (307) y otros, nació para salvar la prohibición de la Lex Voconia—que a quienes tuvieran un patrimonio superior a los diez mil ases les prohibía que instituyesen herederas a mujeres—. Biondi (308), aceptando esa posibilidad, añade que no debió ser ésta su única función, pues de lo contrario no sería posible explicar su sobrevivencia después de caer en desuso aquella ley. Ni su objeto fué siempre defraudar a la ley. Recoge, en prueba de su aserto, la loa que la *laudatio Murdiae*, en tiempo de Augusto, hace de la madre que trata igualmente a sus hijos, expresando dicha igualdad con estas palabras: «*omnes filios aequae fecit heredes partitione filiae data*», para deducir de ella que tal vez fué frecuente nombrar herederos a los hijos y asignar a las hijas la *partitio*. Por lo demás, en el frag. 39 pr.

(303) ROCA SASTRE (*Naturalidad jurídica de la legítima*, loc. cit., pág. 206 y nota 70), dice que cuando el causante deja en testamento al legitimario lo que por legítima corresponde a éste, «habrá también un verdadero legado de legítima», «un legado de cuota legitimaria», o sea de la *pars valoris bonorum* que en principio atribuye la ley, cuya precepción «tendrá lugar en bienes hereditarios *in natura*, según las reglas de la división de herencia»; pero «no un legado parciario o de parte alicuota».

(304) Ver JÖRS-KUNKEL, op. cit., pág. 496.

(305) *Die Lex Voconie* (1843), págs. 121 ss., cita de BIONDI.

(306) *Jur. Schriften*, III, pág. 516 y ss., cita de JÖRS-KUNKEL.

(307) Loc. ult. cit.

(308) Op. cit., núm. 163, págs. 444 y 5.

(Dig. XXVIII-VI), Javoleno señala otra interesante aplicación de esta figura (309).

La Instituta (II-XXIII, § 5, vers. *Post quod Senatus consultum*) definió al legatario de parte alicuota diciendo que «est eius legatarii, cui pars honorum legabatur, quae species legata partitio vocabantur, quia cum herede legatarius partiebatur hereditatem».

La fórmula clásica del *legatum partitionis* fué, según Ulpiano, «heres meus cum Titio hereditatem partitio». Presuponiéndose hecho por partes iguales el legado cuando no se delimitó la cuota (310). Pudo, no obstante, legarse cualquier fracción de la herencia, pero el juego reductor de la cuarta Falcidia impidió, después de su creación, la efectividad total de los legados que pretendieran abarcar la totalidad de la herencia (311), limitándolos a los tres cuartos (312). Incluso pudo tener como objeto la herencia de un tercero contenida en la del testador (313).

Al decir de Biondi (314), es posible que inicialmente, como sugiere Teófilo, esta figura de legado constituyese un tipo específico. Pero, cuando todas las especies de legado se clasificaron en los *quattuor genera*, se le situó entre los *per damnationem*. No se podía disponer *per vindicationem* un legado de cuota, porque ésta, por su contenido, no podía ser objeto de *vindicatio*. Las palabras finales del frag. de Paulo, Lib. IX ad Plautium (Dig. XXX-único, 27), «legatarius in omnibus rebus vindicare portionem»—sospechoso de interpolación para Rudorff (315)—, según Biondi, sólo en sentido genérico hablan de *vindicare portionem* (316).

(309) Un abuelo que tenía dos nietos, uno bajo su potestad y el otro no, quería instituir a ambos por partes iguales y que si uno de los dos falleciese impuber la herencia fuese para el otro. Pero la realización de la segunda parte de su voluntad tropezaba con un inconveniente. La sustitución pupilar podía servir para que el nieto en potestad fuera sustituido por el otro; pero no cabía la sustitución, en dicha forma, de este último. Por ello, según cuenta JAVOLENO, sabiamente aconsejaron LABEON, OFILIO, CASCELJO y TREBACIO que se instituyese heredero al nieto en potestad sustituyéndole pupilarmente por el otro y que se legase a este otro la mitad de la herencia para cuando alcanzase la *pubertad* (¡Bella muestra del talento práctico de los juristas de Roma!)

(310) Frag. 164, Dig. L-XVI. Un caso particular vemos en el dictamen de LABEON (Dig. XXXII-único, 29, § 1.º), en supuesto de legarse a Ticio *tan ta parte* como a un solo heredero, siendo varios los instituidos. QUINTO MUCIO y GALO opinaron le correspondía una cuota igual a la del mayor instituido. En cambio, LABEON, siguiendo el criterio de SERVIO y OFILIO, entendió que su cuota debía ser igual a la del instituido en menor porción.

(311) Un caso de legado de la totalidad de la herencia vemos en el frag. 76, § 1.º Dig. XXXI-único: «Lucio Sempronio lego omnem hereditatem Publi-Macvii».

(312) Dig. XXXV-II, 1 pr.

(313) Ver WINSCHIED, op. cit., III, § 663, pág. 526.

(314) Loc. cit., pág. 443.

(315) *Zeit für Rechtsg.*, 9, 308 (cita de BIONDI).

(316) Pág. últ. cit., nota 1.

Aun produciendo los efectos de un legado de obligación (317), su ejecución presentó un régimen particular.

Fundamental, en este aspecto, es un fragmento de Pomponio entresacado del Libro Quinto de sus *Comentarios a Sabino* (Dig. XXX-único, 26, § 2.º). «Siendo dudoso—plantea—si, legados parte de los bienes, se deben partes de las cosas, o su estimación, Sabino y Cassio opinaron ciertamente, que se había legado la estimación, y Próculo y Nerva, que partes de las cosas». En los dos versículos finales del párrafo—incluidos en el índice de interpolaciones (318)—, los compiladores justinianos dieron una solución intermedia entre las propuestas por sabinianos y proculyanos. Se concedió al heredero una opción para satisfacer al legatario, o bien en partes de las cosas susceptibles de división, o bien en su estimación. Mas si las cosas fuesen indivisibles, o su división no pudiera hacerse sin daño, o menosprecio, venía obligado el heredero, sin posibilidad de elección, a pagar la estimación (319). El siguiente fragmento del Digesto (Paulo: *Comentarios a Plaucio*, lib. IX) completa aquella facultad determinando que el heredero pueda darle al legatario su parte en menos cosas o en una sola («vel paucioribus, vel in una re»), en lugar de darle una porción de cada una de las cosas de la herencia y siempre que el legatario hubiere consentido o el juez estimado. Acurcio (320), en su glosa a esta ley 27, concluye: «si heres dicat legatarii, ego dabo tibi talem fundum vel fundos pro parte tibi relicta: et legatarios... dicat, ego nolo dictos fundos pro dicta mea parte, imo volo tales alios: tunc iudex debet aestimare quod accipiat».

De todo lo cual se deduce:

1.º Que la iniciativa del heredero era total, cuando las cosas eran divisibles, para elegir el medio de satisfacer al legatario partiarario. Sea entregando a éste su porción en cada cosa, su estimación, o una o varias cosas de la herencia. Aunque, como observó Angulo (321): «Est tamen advertendum, quod si heres vellet sol-

(317) Así en el frag. 29, § 1, antes citado, resuelve LABEON «quia, quam heres dare damnatus esset, in potestate eius esset, quam partem daret».

(318) Ver JÖRS-KUNKEL, loc. cit.; PACHIONI, *Corso di Diritto romano* (Torino, 1920), T. III, pág. 551, y BIONDI, pág. últ. cit., nota 2. Este último autor observa, no obstante, que la solución no fué inventada por JUSTINIANO, ya que también se encuentra en otro texto de SCAEVOLA (Dig. XXXIII-II, 32, § 8), en caso de legado de usufructo de la tercera parte de sus bienes. «Respondit—dictaminó—heredis esse electionem, utrum rerum, an aestimationis usumfructum praestare velit».

(319) «Sed oportet heredi succurri, ut ipse eligat, sive rerum partes, sive aestimationem dare maluerit. In his tamen rebus partem dare heres conceditur, quae sine damno dividi possunt; sin autem vel naturaliter indivisae sunt, vel sine damno diviso earum feri non potest, aestimatio ab herede omnimodo praestanda est.»

(320) *Infortiatum seu Pondectarum iuris civis* (Lugduni, 1569), vol. II, pág. 770, glosa m.

(321) *Commentarium ad leges Regias meliorationum titul. 6. lib. 5* (Madrid, 1592), Lex quarta (20 de Toro, gl. 3.º núm. 6, pág. 342.

vere non in singulis corporibus, sed in uno vel duobus, quae sufficientiant: non debet ipse eligere quam vellit: sed vel legatarius debet consentire, vel iudex aestimare».

2.º Que si la herencia la componían varias cosas, de las cuales alguna o todas fuesen indivisibles, el heredero podía optar entre el abono de la estimación de la parte del legatario o en darle una o varias cosas determinadas, pero sin dividir las no susceptibles de serlo sin deterioro.

3.º Que si la herencia la componían una o varias cosas indivisibles, y ninguna de ellas adecuada a la porción del legatario, sólo le cabía al heredero como solución pagar la estimación.

4.º Que no obstante sus indicadas facultades, el heredero, para fijar la estimación, en todo caso, y para la división o la determinación de la cosa o cosas a entregar al legatario, en sus casos, debía contar con el consentimiento de este último, o bien el juez debía verificar la estimación.

Sin embargo, los comentaristas de Derecho intermedio observaron que esa opción no podría ejercitarla el heredero cuando el legado de parte alícuota fuese atribuido a un descendiente en satisfacción de su legítima (322). Así lo defendió Antonio Gómez (323), siguiendo la común opinión de los autores. Porque la legítima «in ipsis rebus haereditariis debet solvi», según resulta del proemio de la ley *Scimus*, inciso *repletionem*, Codex (III-XVIII, 36, pr.). Esta constitución del propio Justiniano es anterior a su Novela CXV y, por lo tanto, promulgada cuando todavía no era obligatorio, para el testador, atribuir la legítima a título de herencia. Se trataba en ella del pago del complemento de la legítima—«ya si se hubiese dejado menos desde un principio, ya si mediando extrínsecamente cualquier causa impusiera algún gravamen, en la cantidad o en el tiempo»—, y ordenó que se satisficiera con bienes de la herencia—«*repletionem autem fieri ex ipse substantiae patris*», como dice seguidamente, o «*repletionem autem ex rebus substantiae patris fieri*», como concluye el proemio—. De lo cual se deduce que si, a partir de dicha constitución, el complemento debía pagarse en bienes de la herencia, igualmente, y aun a mayor abundamiento, la cuota íntegra también tenía que ser satisfecha en sustancia hereditaria.

En los casos en que cupiendo al heredero el ejercicio de la expresada opción, éste eligiere pagar la estimación de la cuota, se planteaba el problema de determinar el momento, en el cual debió fijarse dicha equivalencia en dinero. Este momento podía ser de evidente importancia en supuestos de revalorización o desvalori-

(322) Este caso normalmente sólo se dió en el Derecho anterior a la Novela CXV de JUSTINIANO, pero aun después cupo en el supuesto, planteado por VINICIO (*Selectarum Iuris Quaest...*, loc. cit., pág. 38), del hijo justamente desheredado al que, no obstante desheredarlo, se le legase su legítima.

(323) *Variac...*, I-XII, núm. 21, vers. «Idem adde», pág. 166.

zación de la moneda. Según opinión de Angulo (324), «hoc casu quando aestimatio quotae bonorum solvi potest, valor bonorum attendi debet non secundum tempus mortis, sed secundum tempus solutionis». Es decir, debía atenderse a la equivalencia correspondiente al momento del pago y no a la que hubiere en el instante del fallecimiento del causante. Explicando el propio Angulo, con invocación del parecer de Tello Fernández: «Et est ratio, quia cum bonorum pars sit in obligatione. Licet aestimatio possit solvi, ea attendi debet secundum tempus quo praestari debet». Es decir, como únicamente la cuota en bienes del caudal estaba *in obligatione* del heredero y el equivalente sólo estaba *in solutione*, el pago de éste debía regularse precisamente por el valor de aquella cuota en el instante del cumplimiento.

La cuestión de los frutos se resolvió a tono con la naturaleza *per damnationem*, señalada al legado parciario. Así dictaminó Paulo: «Si quis bonorum partem legaberit, ut hodie fit, sine fructibus restituitur, nisi mora intercesserit heredis» (325).

Los créditos y deudas de la herencia recaerían en favor y en contra del heredero, que era quien sucedía *in ius*, es decir, en todas y cada una de las relaciones jurídicas del causante. El heredero debía liquidar esas relaciones y entregar al legatario su cuota correspondiente de haber neto. No obstante, como después podían cobrarse otros créditos o aparecer deudas del causante, ignoradas antes, heredero y legatario se otorgaban recíprocamente las *stipulationes partis et pro parte* (326). En su virtud, el heredero se obligaba a hacer efectiva al legatario la parte que a éste correspondiese en los créditos hereditarios cuyo cobro se efectuase (posteriormente), y el legatario, por su parte, se comprometía a contribuir, en lo que le correspondiese, a saldar las deudas de la herencia que apareciesen más tarde (327).

Hasta aquí el régimen que podríamos llamar clásico del legado de parte alicuota. Este, a fines de la República, debió ser frecuentemente utilizado, por las razones que antes hemos expuesto. Pero sufrió, posiblemente a partir de principios del Imperio, la competencia del *fideicommissum hereditatis*. Este, prácticamente, muchas veces se adaptaba mejor a la finalidad seguida por el causante. A partir del S. C. Trebellianum, en tiempos de Neron, se colocó al fideicomisario *heredis loco*, ocupando prácticamente la posición del heredero (328). Cosa que, en muchos casos, era lo

(324) Op. cit., lex. 4.ª, gl. 5. núm. 4. págs. 363 y s.

(325) Dig. XXX-único, 23.

(326) Dig. XXXI-único, 70. § 1 (PAPINIANO, lib. VII. Responsorum) e Instituta II-XXIII, § 5.º vers. final.

(327) Ver VON MAYR. *Historia del Derecho romano* (traducción de W. ROSES. Barcelona, 1926; II, pág. 229; JÖRS-KUNKEL, loc. ult. cit.; BIONDI, op. cit., pág. 444; MAYNZ, op. y vol. cit., § 231, pág. 692 y s.

(328) ULPIANO nos explica este senadoconsulto en un fragmento recogido en el Digesto XXXVI-1. 1. Parte de su texto lo transcribe en su § 2. También es referido en la Instituta II-XXIII. § 4.º

que se pretendía al sortear, por medios indirectos, las dificultades de la *lex Voconia*. En este aspecto, hay que reconocer la superior efectividad técnica y práctica del *fideicommissum hereditatis* sobre el *legatum hereditatis*. Posiblemente eso provocó cierto desuso de la *partitio legata*. Según dice Arangio Ruiz (329): «Esta institución era tan repugnante a la estructura legal de los legados, que apenas se operó el reconocimiento jurídico del fideicomiso toda disposición indirecta a título universal fué configurada conforme al nuevo módulo».

Por otra parte, es conocido el doble movimiento de aproximación que se dió en el Derecho sucesorio romano y culminó en la obra de los compiladores bizantinos. Se observa, de una parte, entre fideicomisos y legados, y de otra, entre la posición del fideicomisario universal y la del heredero. Las normas de legados y fideicomisos, tendieron a fundirse desde la época clásica mediante un mutuo acercamiento que remató Justiniano en sus constituciones de los años 529 y 531 (330), llegándose a afirmar en la interpolación de un texto de Ulpiano recogido en el Digesto (XXX-único, 1): «Per omnia exaequata sunt legata fideicommissis». Con la particularidad de que en los supuestos de discrepancia debíau seguirse las reglas del fideicomiso (331). De otra parte, el *fideicommissum hereditatis* se aproxima a la herencia, y el fideicomisario, incluso formalmente, llega a ser heredero de grado sucesivo (332)

(329) *Institutioni di Diritto Romano* (3.ª ed., Nápoli, 1934), pág. 552.

(330) Codex VI-XLIII, frs. 1 y 2.

(331) La Const. 2.ª, h. t., del Código, entre otras cosas declara que: «toda palabra que signifique la legítima intención del testador que quiere legar o dejar fideicomiso, es útil y válida, ya si el testador usara palabras directas, cual es, por ejemplo, «mando», ya si suplicatorias, como son «ruego, quiero, encomiendo, encargo a la fidelidad»... y entiéndase que todo lo que naturalmente hay en los legados es inherente también a los fideicomisos, y que por el contrario, entiéndase que todo lo que se deja por fideicomiso es legado... Mas cuando en los legados y en los fideicomisos apareciere alguna cosa contraria, agréguese ésta al fideicomiso como más humano, y dirímase el caso conforme a la naturaleza de él (por el fideicomiso), «hoc fideicommissio quasi humaniori aggregetur, et secundum eis dirimatur naturam».

(332) Ver esa evolución magníficamente explicada por BIONDI (op. cit. núm. 178, pág. 480 y ss.). Inicialmente se le aplican las reglas del legado de herencia, con las *stipulationes partis et pro parte* para créditos y deudas. El S. C. Trebelliano dispuso que las cosas corporales, los créditos y las deudas pasasen al fideicomisario, *iure praetorio*, por medio de un simple convenio con el fideicomisario, al que se otorgaban como *actiones utiles* todas las acciones de la herencia, no sólo las singulares, sino incluso la *hereditatis petitio fideicommissaria*—análoga en lo sustancial *hereditatis petitio* del heredero civil—y la *actio familiae erciscundae utile*. Con esto, prácticamente, pasó a estar *heredis loco* no ya meramente *emptoris loco*. En tiempos de Vespasiano, el S. C. Pegasiano concedió al heredero fiduciario el derecho a detracer un cuarto de la herencia, y como esa cuarta parte era transmitida *iure hereditario*, no podía escindirse la adquisición, y el fideicomisario sólo podía considerarse *legatarii loco*. Excepto en el supuesto de que, por concesión del propio senadoconsulto, ante la negativa del fiduciario a aceptar, o por su repudiación, el fideicomisario recurriese a la magistratura a fin de que el fideicomiso tuviere lugar

Ante ese fenómeno, cabe preguntar si el *legatum partitionis* fué arrastrado por el *fideicommissum hereditatis* hacia la sucesión reproducida o herencia sucesiva (333). O bien si, ante la doble atracción de fideicomisos y legados, de una parte, y de herencia y fideicomisos universales, de otra, la fusión de los primeros fué efectiva entre fideicomisos singulares y legados, comprendiendo los de cuota, y el progreso del fideicomiso universal hacia la herencia dejó atrás, estático en su posición inicial, al viejo legado de parte alicuota.

Si la respuesta afirmativa hubiese correspondido a la primera pregunta, la modificación de las reglas del *legatum partitionis* hubiese sido sustantiva y trascendental.

En efecto, el nuevo régimen del legado de herencia hubiese sido idéntico al del *fideicommissum hereditatis*. Tendría, por tanto, las siguientes particularidades:

1.º Quedaría diferido, como los legados singulares, a la muerte del testador o, en su caso, al cumplimiento de la condición (334). Entre la delación y la restitución, el heredero gravado sería el *único heredero* a todos los efectos. Incluso con relación a la confusión de sus relaciones activas y pasivas con las del causante, que luego renacerían con la restitución (335). El favorecido, según Wins-

a través de la aceptación coactiva del fiduciario, en cuyo caso tenía lugar el sistema de las *actiones utiles*. Con ello se produjo este dualismo:

a) Si el difunto dejó un cuarto o más de la herencia al instituido, éste sólo era heredero de dicha cuota y se aplicaba el S. C. Trebelliano con su régimen de las *actiones utiles*.

b) Por el contrario, si se dejó al fiduciario menos de un cuarto, éste que daba como heredero universal, siendo necesario acudir al recurso de las *stipulationes*; pero si, en ese mismo supuesto, hubiera de llegarse a la aceptación forzosa, el fiduciario ni tenía derecho a la cuarta, ni adquiría la cualidad de heredero, debiendo tener lugar el sistema de las *actiones utiles*.

Justiniano eliminó el régimen dual producido por la aplicación conjunta de ambos senadosconsultos. Así como superó el dualismo entre el *ius civile* y el *ius pretorii*, excluyó las *stipulationes* y aceptó el régimen de las *actiones*, ya no meramente útiles, puesto que se funden con las acciones directas (Inst. II-XXIII, § 7), pues «*utraque actio eiusdem potestatis est eundemque habet effectum*» (fr. 46 [47], Dig. III-V).

(333) Notemos, no obstante, que sería inexacto pensar en la desaparición de toda diferencia entre el heredero directo y el fideicomisario. Al efecto, hace observar GIRARD (op. cit., L. III-V, tit. III-III-II, pág. 991, nota 2) que aún en tiempo de Justiniano: a) El heredero sólo podía instituirse en testamento; fideicomisario también era designable en codicilo; b) En la institución de heredero no podían establecerse ciertas modalidades; el fideicomisario soportaba todas, igual como los legados; c) Por regla general no se daba en la herencia el derecho de transmisión, mientras que el fideicomiso universal su *dies cedit* coincidía con la delación de la herencia; d) El heredero no estaba gravado con la cuarta Falcidia ni con la Trebellánica y, en cambio, en sus casos respectivos podía detraerlas; el fideicomisario, normalmente no podía detraerlas y debía sufrirlas.

(334) VER WINSCHIED. vol. cit., § 664. pág. 525. y BIONDI, loc. cit., § 180, página 490.

(335) WINSCHIED. § 665. pág. 529.

cheid (336), no gozaba de derecho real alguno sobre los bienes singulares, y menos aún sobre la herencia como conjunto. Su situación sólo era crediticia. En cambio, Biondi (337), con relación al *fideicommissum hereditatis*, afirma que desde la concesión de las *actiones utiles* a sus titulares, las relaciones hereditarias pasaron directamente al fideicomisario, y la *restitutio* ya no determinó la transferencia de dichas relaciones, que se producía *ope legis*, sino tan sólo la efectividad de la situación de hecho correspondiente a la jurídica. La *restitutio*, así entendida, no pudo tener carácter traslativo. Tanto más cuanto que consistía en una simple declaración de voluntad, a la que no era esencial que siguiese la entrega de la posesión. Y en ninguna época del Derecho romano se atribuyó eficacia traslativa a una mera declaración volitiva.

2.º Otra importante particularidad del fideicomiso consistía en la posibilidad de constreñir al heredero a que aceptase la herencia (338). Incluso la repudiación verificada pudo anularse con efectos retroactivos (339). Excepcionalmente fué excluida la necesidad de aceptación, dándola por verificada, en caso de fallecimiento del heredero, antes de adquirir la herencia o si maliciosamente se sustrajo a la citación de condena (340).

3.º Verificada la restitución, el fideicomisario gozaba de la misma situación del *heres*. Sucedió al difunto, no ya a través del mecanismo de las *actiones utiles* (341), como en la época clásica, sino *ipso iure*, en virtud de la reforma de Justiniano. El fiduciario dejaba de ser heredero, y se deshacía la confusión, provisionalmente operada, de los créditos y deudas que tuviere con relación al causante. Desde dicho instante, de hecho quedaba como mero legatario de cuanto el causante le hubiese prelegado (342). No obstante, en caso de corresponderle una cuota en pleno dominio no sujeta a restitución—normalmente era así, gracias a la cuarta Trebeliánica—se mantenía después de operada la restitución del fideicomiso en situación de coheredero con el fideicomisario (343).

En líneas generales, los frutos no debían restituirse sino en caso de mora, pero en cambio se imputaban a la cuarta (344). No obstante, la voluntad del disponente era soberana como en otros extremos (345).

(336) § 665, pág. 528 y nota 1 de dicha página.

(337) Op. cit., párrafos 180 y 181, páginas 488 y 490.

(338) Dig. XXIX-IV, 17 y Cod. VI-XLIX, 4.

(339) Dig., frag. 4, párrafos 1 y 2, h. t.

(340) Codex VI-XLIX, 7, § 1.º

(341) Instituta, II-XXIII, § 7.

(342) Inst., § 9, eod. tit.

(343) Dig. XXXVI-I, 27, § 11. «*quam parte hereditatis restituta familiae eriscundae iudicium inter eum, qui restituit hereditatem, et qui receperit, accipietur*», y Codex VI-XLIX, 2. «*Ad eum cui ex Trebelliano senatusconsulto pars hereditatis restituitur, successionis onera seu legatorum, praestationem pro competente portione spectare, indubitati iuris est*».

(344) Dig. XXXVI-I, 18 (ULPIANO, L. XV ad Sabinum).

(345) Ver BIONDI, loc. cit., § 181, pág. 492.

4.º En caso de aceptación coactiva del heredero fiduciario, éste no debía sufrir ningún daño por razón de ella, pero tampoco provecho alguno. Si el fideicomiso se refiriese sólo a una cuota, en ese supuesto de aceptación coactiva para el fiduciario, el fideicomisario podía exigir, y recíprocamente debía tomar, la herencia íntegra. El fiduciario incluso perdía la cuota, y, en cambio podía ser traída por el fideicomisario si a su vez sufría otro fideicomiso o legados (346).

¿Fué éste el nuevo e íntegro régimen del legado de parte alícuota?

En la doctrina se han manifestado diversas opiniones:

a) Algunos autores de Derecho común, siguiendo a Bartolo, quisieron distinguir el legado de cuota de herencia y el legado de cuota de bienes.

Así, Antonio Gómez (347) señaló que la opción del heredero a satisfacer al legatario en bienes o en su estimación, debía entenderse: «et limitari, in legato *quotae bonorum*, secus tamen est in legato *quotae hereditatis*, quia tunc in ipsis rebus haereditariis debet fieri solutio».

Juan Gutiérrez (348), siguiendo a Pablo de Castro, explica «sic differentia supradicta inter legatarium certae partis hereditatis et legatarium certae partis bonorum, quoad solutionem debitorum et onerum sit modica et parvae utilitatis: quia non minus habet legatarius certae partis hereditatis soluto per eum aere alieno, quam legatarius certae partis bonorum eodem non soluto: quia solum est differentia in modo solvendi, quia factio legato certae partis hereditatis, legatarius solvit onera et debita: sed factio legato partis bonorum, solvit heres, ut supra est declaratum: et tamen quoad effectum tantumden utilitatis consequitur legatarius partis bonorum: nam quod per se solvit legatarius partis hereditatis creditoribus, solvit etiam legatarius partis bonorum, ex quo prius fit ei detractio per heredem, et sic effectus et re ipsa uterque legatarius videtur obligatus oneribus hereditariis pro rata suae portionis, quando quidem legatarius certae partis hereditatis tenetur pro rata solvere creditoribus: legatarius vero quotae bonorum: quia tantumden detrahitur per heredem».

Con más detalle se ocupa de esta pretendida distinción Juan Yáñez Parladorio (349).

(346) Dig. XXXI-I. fr. 14. párrafos 4. 5. 6. 8 y 9 (HERMOGENIANO, L. IV *Fideicommissorum*), fr. 27. § 14 (JULIANO, L. XI Dig.), fr. 55. § 3 (PAPINIANO, L. XX *Quaestionum*).

(347) *Variae*... L. I. cap. XII, núm. 21, vers. «Item etiam», pág. 166.

(348) Op. cit., Lib. II. *Quaest.* LVIII, núm. 10, pág. 65.

(349) Op. cit., *Diferentiae* CXLVI, números 1 a 5, páginas 383 y siguientes. Donde observa las siguientes diferencias: Primera, «quod is cui pars hereditatis relinquitur, est successor juris: cui vero pars bonorum legatur, non est successor juris: quapropter in illum transeunt actiones activae et passivae: in hunc non transeunt»: segunda, «quia legatarius, cui pars hereditatis est relicta, debet accipere eam, non deducto aere alieno, neque funeris impensis, quia ad

Esta doctrina partía de relacionar la distinción técnica entre *pars hereditatis* y *pars bonorum*, con la diferente terminología usada en diversos fragmentos del Digesto. Unos utilizan las palabras «*bonorum partes legaverit*», «*bonorum parte legata*», «*partes bonum ita legatur*», mientras otros dicen «*relictam partem legatario dare*» o concretamente, «*partes hereditatis legavero*». Y, especialmente, se basaba en la comparación de los fragmentos 8, párrafo final, y del siguiente del Lib. XXXI, título único, del Digesto, cuyas diferencias pueden explicarse a través de la interpretación concreta de la voluntad del testador en el supuesto específico del citado fragmento 9 (350).

eum pro sua rata parte pertinet hoc onus: aliter atque in legatario partis bonorum; quia cum onus aeris alieni ad eum non spectet, sed ad haereditatem, debet haeres, antequam ei restituat legatum, aes alienum, et funeris ac exequiarum impensas deducere, necnon pretium manumissorum, hoc est, pretium servorum, quos testador iussit emi, atque manumitti; tertia, «quia is cui pars hereditatis legatur, non transmittat jus ad heredem, nisi prius relictam haereditatem adiverit: secus in legatario bonorum»; y cuarta, «bonorum parte legata, posse haereditatem solvere legatario, sive rerum partes, sive aestimationem earum, utrumlibet haeres ipse maluerit: non ita in legatario haereditatis».

PARLADORIO basa su primera diferencia en la ley *Quoties certi quidem* (Codex VI-XXIV, 13). Pero, en realidad, esa ley sólo dice que nombrados herederos conjuntamente, unos instituidos *ex re certa* con otros llamados *ex certa parte vel sine parte*, sólo éstos pueden utilizar las acciones de la herencia, o ser demandados con ellas. Habla, por tanto, de verdaderos herederos, con o sin señalamiento de cuota, no de legatarios de cuota hereditaria.

La segunda diferencia la apoya en las divergencias existentes entre los citados fragmentos, 8, § 5, y 9. PAULO, en el primero dice: «Si cui certam partem hereditatis legavero, Divus Hadrianus rescriptis, ut neque pretia manumissorum, neque funeris impensa deduceretur». Mientras que en el segundo, es dictamen de MODESTINO: «Quum autem pars bonorum ita legatur: bonorum meorum, quae sunt, quum moriar», dos et manumissorum pretia et medio deducenda sunt». En realidad, el frag. 8, § 5, contiene la regla general aplicable a todos los legados parciarios, de la cual es excepción el supuesto en que se emplea la fórmula referida en el frag. 9—es decir, cuando se expresa que la cuota legada debe ser «de mis bienes, que haya cuando yo muera», por interpretarse la voluntad así manifestada según su tenor literal, «*quae sunt, quum moriar*».

En apoyo de la tercera diferencia cita el § 5 de la ley I, Codex VI-LI. Pero en ella se contraponen los herederos, «sive ex parte sint sive ex asse instituti», frente a legatarios y fideicomisarios. No a legatarios nombrados en cuota de herencia y en cuota de todos los bienes.

Y, finalmente, la cuarta diferencia se apoya en que el § 2, ley 26 (Dig. XXX-único) habla de «*bonorum parte legata*», y en la proyección de esa terminología sobre la disparidad observada entre los citados fragmentos, 8, § 5 y 9 del libro 31.

En conclusión, no son muy sólidas las bases de esa distinción. Parece más probable que el Digesto emplease indistintamente las expresiones legado de parte de bienes y legado de porción de herencia. En ambos casos se aplicó igual doctrina según resulta de los textos clásicos. La única diferencia de detalle, observada en el párrafo final de la ley «*Si quis servum*» y en la siguiente, no radica en las expresiones «*partem hereditatis*» o «*pars bonorum*» (distintas, pero unificadas al ser unidas por el verbo *legar*), sino en la precisión «*quae sunt, quum moriar*», base de la conjetura de Modestino.

(350) Ver BRONDI, op. cit., § 163, pág. 444.

b) Winscheid (351), afirmó que Justiniano, en su ley 2, Cod. comm. de leg. VI-XLIII, eliminó tanto para el legado de herencia como para los singulares la diferencia entre *legatum* y *fideicommissum*, sometiendo al legado de herencia al más favorable régimen de los fideicomisos. Entendiéndolo demostrado así por la circunstancia de que la Instituta regula exclusivamente el *fideicommissum hereditatis*, y, a mayor abundamiento, en un título particular, mientras del *legatum hereditatis* sólo habrá *in praeteritum*.

El obstáculo mayor para esta tesis lo ofrecen los textos del Digesto que concretamente se ocupan del legado de parte alicuota y señalan al mismo un régimen especial incompatible con el de los fideicomisos. Especialmente los frags. 26, § 2.º y 27 Dig. XXX-único, con las características opciones del heredero, y los frags. 8, § 5.º y 9 Dig. XXXI-único, tan discutidos por los defensores de la opinión antes referida.

Winscheid ofrece dos hipótesis para explicar ese hecho evidente a tono con su tesis. Una, suponer que tales textos pasaron inadvertidos a los compiladores, como tantos otros fragmentos olvidados en distintos lugares de las Pandectas. Otra, admitir también, como posible, que estos fragmentos fueran recogidos para aplicarlos en aquellos casos en los cuales el testador con declaración de voluntad paladina hubiera expresamente ordenado un legado de herencia en el sentido del antiguo *legatum hereditatis*.

Serafini (352) se expresó de modo parecido, explicando que: «Al decir que en el Derecho justiniano en virtud de la *exaequatio legatarum et fideicommissorum* se operó la fusión entre *partitio legata* y *fideicommissum hereditatis*, queremos significar que en el Derecho justiniano la diferencia entre ambas instituciones no puede ya depender del uso de términos imperativos o rogativos; mas con ello no entendemos decir que aún en el Derecho justiniano cuando el testador deja una cuota de herencia, no pueda mediante declaración expresa aplicar a ésta los principios de la *partitio legata*.»

Sin hacer esas salvedades, también Pothier (353), Ortolán (354), Cuq (35), Girard (356), Bonfante (357), y otros autores, han en-

(351) Op. y vol. cit., § 662, nota 1, páginas 524 y siguientes, y § 666, nota 1, pág. 531.

(352) *Instituciones de Derecho Romano*, traducción española de la 7.ª edición italiana, por JUAN DE DIOS TRÍAS GIRÓ (Barcelona, s. f.) tomo II, § 221, nota 6, pág. 448.

(353) «Pandectes de Justinien, mises dans un nouvel ordre, avec les lois du Code et les Nouvelles qui confirment, expliquent ou abrogent le Droit des Pandectes», tomo XII, Paris, 1882, núm. CCCLVI, pág. 271.

(354) «Explicación histórica de las Instituciones del Emperador Justiniano», traducción española de PÉREZ DE ANAYA y PÉREZ DE RIVAS (Madrid, 1872), tomo I, pág. 607.

(355) *Manuel des Institutions Juridiques des Romains* (Paris, 1917), página 788.

(356) Op. cit., I, III-V, tit. III-III-II, pág. 991.

(357) *Instituciones...*, 222, pág. 636.

tendido que en virtud de la citada Const. 2 de Justiniano el fideicomiso de herencia absorbió a los legados de cuota.

c) La opinión contraria a la anteriormente referida, según reconoce el propio Winscheid (358), era la preponderante en su época. En ese sentido Maynz (359) consideró evidente la persistencia, después de las reformas justinianas, de diferencias muy esenciales entre legados y fideicomisos de herencia, «que son plenamente reconocidas en las decisiones muy numerosas que nuestras fuentes contienen con relación al legado parciario (360), y que es preciso incontestablemente aplicar, siempre que una disposición testamentaria revele de una manera cierta la intención de producir los efectos que consagra». «Creemos también—prosigue—que no se puede admitir la opinión según la cual en la duda siempre es preciso inclinarse a favor del fideicomiso universal. El Digesto contiene una decisión en este sentido (XXXVI-I, 19, § 1.º), pero no puede ser considerada como fórmula de una regla general. Sólo la intención del testador es decisiva y para descubrirla es preciso tener en cuenta las circunstancias de la especie.»

Recientemente Biondi (361) ha insistido en sostener la independencia, aun después de la reforma de Justiniano, entre legados de parte alicuota y fideicomisos de herencia o cuota herencial. He aquí sus palabras: «No todo fideicomiso universal es efectivamente fideicomiso de herencia, ya que incluso en el derecho justiniano subsiste el *legatum paritiionis*, en el cual el beneficiario es siempre legatario. La diversidad se concreta en la diferencia entre legado y herencia, y la separación se hace con igual criterio. No es, pues, cuestión de cantidad, ni se puede decir, como alguno (362), no sin contradicción, que «objeto del fideicomiso universal es la herencia del difunto en su totalidad o en una cuota parte del as hereditario», mientras «la simple atribución del montante de una cuota de herencia es siempre legado». Hay herencia fideicomisaria en cuanto la disposición tienda a hacer pasar a otro la misma cualidad de heredero en todo o en parte; legado, en cambio, siempre que deba restituirse cosas singulares o conjuntos de cosas consideradas como tales y no como complejo hereditario, y en tal caso, incluso en el Derecho justiniano continuaron interponiéndose las antiguas *stipulationes*.»

(358) Nota 1, § 662, pág. 524. Cita especialmente a Rosshirt (I, pág. 133 s.) como sostenedor de la opinión contraria a la suya.

(359) Op. y vol. cit., § 431, pág. 693.

(360) Entiende que su posición es más análoga a la del comprador de la herencia. Pero con ciertas diferencias, ya que el comprador puede exigir la transmisión de todos los derechos reales y de obligación; puede hacer valer, como cesionario (o *utiliter quasi ex iure cesso*), todos los derechos y acciones hereditarias, reales y personales; y tiene, también, derecho al producto del *ius accrescendi* (pág. 692, nota 30).

(361) Op. cit., cap. XII, núm. 177, pág. 477, núm. 179, pág. 486, y número 183, pág. 495.

(362) Se refiere a Dernburg (Pand., 3, 449 s.).

No estamos capacitados para penetrar en tan docta discusión. Sólo queremos subrayar ciertas conclusiones indiscutidas.

Primero, la clara separación—hecha notar por Biondi—entre el fideicomiso de herencia y los demás fideicomisos universales o singulares. Aquél, transformado en un verdadero supuesto de herencia sucesiva, con escasas diferencias de detalle. Los demás fusionados con los legados, a los que absorben no sin recibir de ellos eficiente transfusión. Distanciándose así el fideicomiso de herencia de las demás figuras fideicomisarias.

En segundo lugar, como reconocen Winscheid y Serafini, la voluntad del testador siguió siendo ley de la sucesión. Así pudo ordenar: lo mismo un legado parciario de acuerdo con los cánones clásicos, que disponer un fideicomiso de herencia. Con ello, el problema discutido se reduce a una cuestión de interpretación de la voluntad del testador. No obstante, los interrogantes no faltan, como vamos a ver: ¿Cuándo se dejaba una cuota de herencia con palabras comunes, pero directas, se ordenaba un legado o un fideicomiso? Y, ¿si con palabras comunes, directas u oblicuas, se asignaba una *pars honorum*? ¿Era suficiente decir *lego* una parte de herencia o una cuota de bienes para entender ordenado un legado parciario? ¿Se ordenaba un legado al referir el verbo «legar» a una parte alícuota de los bienes relictos y, en cambio, se entendía como fideicomiso cuando se legaba una cuota de herencia? ¿Se presumía el fideicomiso en todo caso, cualesquiera que fuesen las palabras empleadas, al expresar la disposición o su contenido, mientras no se excluyese expresamente el régimen del fideicomiso de herencia, o se hiciese una paladina referencia al régimen clásico de la *partitio legata*?

He aquí la cuestión; que queda reducida a la respuesta de esas preguntas planteadas.

Es lo cierto, y eso es lo que nos interesa, que entre los autores de Derecho común, y concretamente por los clásicos castellanos, se entendió vigente el régimen típico de la *partitio legata*, con las características opciones expresadas en los frags, 26, § 2.º y 27 Dig. h. t.

En cambio, es indudable que sobre el ulterior régimen del legado parciario, debió tener importante repercusión la constitución de Justiniano del año 529 (363), que dispuso que de todo legado o fideicomiso naciera una acción personal y otra real, y que la primera fuese garantizada con una hipoteca legal sobre la herencia del instituido. Con cuya disposición, todas las formas de legado quedaron unificadas en un solo tipo, con efectos del vindicatorio y del damnatorio (364).

(363) Codex VI-XLIII, 1.

(364) Ver las cuestiones que, sobre este texto, estudia FABRO, *Codex Fabricianus* (Napoli, 1765), tomo II, tit. XXIII, páginas 591 y siguientes.

B) *Configuración del legado parciario en el Derecho histórico castellano a partir de la ley 20 de Toro.*

En otra ocasión (365) hicimos notar el curioso fenómeno de trasfusión que se dió en el Derecho de Castilla entre la mejora y el legado de parte alicuota.

La mejora, dispuesta en términos generales, sin otorgarla a título de herencia ni concretarla en bienes singulares, se entendía atribuida como legado de parte alicuota, aplicándosele la doctrina clásica de esta institución en cuanto no resultaba en contradicción con el Derecho Real. Y, a la inversa, cuando la ley 20 de Toro determinó que las mejoras se pagasen con bienes de la herencia, por ese notable fenómeno de comunicación, se extendió igual doctrina a todos los legados de parte alicuota.

Vamos a ver cómo se operó esa segunda parte de tan interesante y trascendental proceso evolutivo.

a) La ley 20 de Toro—que luego fué la 4.^a del tít. VI, lib. V de la Nueva Recopilación, y también 4.^a del tít. VI, lib. X de la Novísima—dispuso:

«Los hijos o nietos del testador no pueden decir que quieren pagar en dinero el valor del tercio, ni del quinto de mejora, que el testador oviere fecho a alguno de sus fijos o nietos, o cuando mejorare en el quinto a otra persona alguna, sino que en las cosas que el testador oviere señalado la dicha mejoría del tercio o quinto; o cuando no lo señaló en parte de la hacienda que el testador dejare, sean obligados los herederos a gelo dar, salvo si la hacienda del testador fuere de tal calidad que no se pueda convenientemente dividir; que en este caso mandamos que puedan dar los herederos del testador al dicho mejorado, o mejorados, el valor de dicho tercio e quinto en dineros.»

De esta ley deduce inicialmente Antonio Gómez (366) las siguientes conclusiones:

«Prima quod filius vel filia, vel descendens melioratus in tertio et quinto bonorum, vel aliquo eorum debet habere meliorationem in ipsis rebus haereditariis: non vero tenetur recipere valorem et pretium eius ab aliis coheredibus.»

«Secunda conclusio quod extraneus cui est relictum quantum bonorum, vel pars eius, similiter debet habere in ipsis rebus haereditariis: et non tenetur recipere aestimationem eius ab haereditibus, sed in ipsa re vel rebus assignatis, vel in omnibus rebus haereditariis pro rata et quota.»

«Tertia conclusio quod quando bona defuncti non possunt commodam divisionem recipere, alii haeredes possunt meliorationes solvere in pecunia numerata.»

(365) *La mejora tácita...* cit., V-3.

(366) *Ad legem Tauri...* ley XX, núm. 1, pág. 135.

La interpretación a fondo de la ley llevó a más fecundas consecuencias.

El propio Antonio Gómez (367), después de distinguir el supuesto en que la mejora se dejase como «*quota haereditatis*» (368) de aquellos en que se atribuía como «*quota bonorum*» alude a la discusión, entre los jurisconsultos romanos, relativa al modo de satisfacer al legatario parciario, «*quia aliqui dicebant quod debebantur aestimatio, alii vero dicebant quod debebatur pars quotativa in ipsis rebus et bonis defunctis: sed haeres habebat electionem ut possit solvere in ipsis rebus pro parte vel in una re vel rebus certis, vel in pecunia et aestimatione*», según expresa la ley *non amplius*, en su párrafo final, y la siguiente ley, conforme la opinión de Pomponio, que siguen Bartolo, Alberico, Baldo, Paulo de Castro, Juan de Imola y el común de los doctores. Y expone cómo, de este modo, la ley de Toro modificó el derecho común en el supuesto en que el caudal hereditario se compusiese de bienes distribuibles o incluso de uno solo, pero susceptible de *commodam divisionem*.

En el caso contrario—es decir, «*si non recipiebat talem divisionem*»—también entendió modificado el Derecho común. Pues, conforme al mismo, en este caso los herederos debían pagar la estimación en dinero; mientras que la ley 20 de Toro concede al heredero la elección de la forma de pago. La estimación quedó, pues, «*in voluntate haeredum*», «*non in necessitate*». No obstante esa posible asignación de una cuota de bienes indivisibles no impedía al legatario el ejercicio de la acción *communis dividundo*, que pudo utilizar conforme al Derecho común.

Pero la conclusión más importante deducida por dicho autor es la que amplía el ámbito de la doctrina de la ley 20 de Toro, aplicándola a todo legado de parte alicuota: «*quod hodie in nostro Regno per illan lex generaliter, et indistincte modo loquamur inter filios, modo inter extraneos: legatarius, cui est relictum legatum in parte quotative bonorum, debet illud habere in bonis propriis testatoris, et per consequens, in qualibet re debet sibi solvi illa pars, et quota: et haeres, vel haeredes non habent jure eligendi, sicut de jure comuni habebant solvendi in ipsis rebus, vel in pecunia, vel aestimatione*» (370).

(367) Op. y lex ult. cits., núm. 2 y 3, pág. 136.

(368) Explicando: «*quod melioratus vel ille cui relinquitur quota haereditatis reputatur haeres et in eum transeunt iura et actiones activae et pasivae pro parte*».

(369) Además de GÓMEZ (vers. «*Sed advertendum*», cit., núm. 3), fueron de esta opinión TELLO FERNÁNDEZ (op. cit., lex XX, núm. 7, fol. 170 vto. y 171) y ANGULO (op. cit., ley IV, glosa III, núm. 70, pág. 342). Pero estos dos autores entendían que esta misma solución era la correspondiente, según el Derecho común.

(370) *Foriae*.... I. cap. XII, núm. 21, vers. «*sed his non obstantibus*», página 167.

Angulo (371), Gutiérrez (372) y muchos otros autores (373) siguieron esa misma opinión. En cambio, la tesis contraria fué defendida por Tello Fernández (374) y Acevedo (375), entendiéndose que un texto corrector del Derecho común, como es el cuestionado, no puede interpretarse extensivamente. Pero frente a este argumento se esgrimieron otros más convincentes. En especial este: Si sienuo herederos los hijos y descendientes, y legándose el quinto a un extraño, aquéllos debían abonar a éste su cuota precisamente en bienes de la herencia, *a fortiori* si son herederos cualesquiera «penitus extranei», los legatarios a quienes se deje cualquier cuota de bienes, sea el quinto u otra cualquiera, deberán tener derecho a percibirla también en bienes hereditarios, y aquellos herederos extraños no podrán ser de mejor condición que los herederos forzosos, por lo que tampoco podrán liberarse satisfaciendo en dinero la estimación de la cuota. Pues de lo contrario, como la obligación de satisfacer los legados en bienes de la herencia, por lo común, es perjudicial a los herederos y favorable a los legatarios, evidentemente resultarían en peor situación los herederos que fuesen descendientes del causante que los extraños (376).

b) ¿Esa modificación del Derecho común por la ley 20 de Toro significó algún cambio en la naturaleza jurídica del legado parciario?

El problema se concreta en determinar si el legatario de cuota entraña o no, al fallecimiento del causante, en la copropiedad de los bienes del patrimonio hereditario, aunque fuese con su participación transitoriamente indeterminada.

Antes de intentar solucionarlo nos parece conveniente recordar otras cuestiones generales relativas a los legados.

En primer lugar, la constitución de Justiniano del año 539,

(371) Op. cit., ley IV, gl. III, núm. 10, pág. 346 y siguientes.

(372) Op. y vol. cit., quaest. LVII, pág. 62 y siguientes.

(373) AYLÓN LAJNEZ (op. cit., I, XII, núm. 23, pág. 81) cita en este sentido a Castillo de Sotomayor, Matienzo, Cevallos, el jesuita Molina, Suárez, Valdés, Bernardo Díaz y Salcedo.

(374) Op. cit., lex 20, núm. 4, fol. 169 vto.

(375) Op. cit., vol. III; lib. V, tit. VI, ley 4 recop. (Tauri 20), núm. 9, vers. «Tum etiam», pág. 169 y siguientes.

(376) También se dan otros argumentos. Tales: Que si dos casos son equiparados por una ley antigua, y la nueva la corrige hablando de uno solo de ellos, la modificación debe aplicarse al otro, tanto más si, como en el caso estudiado, la modificación hecha por la ley 20 de Toro, comprende virtualmente ambos casos, por lo que no puede hablarse de interpretación extensiva de la norma abrogatoria del Derecho común. Que el texto de la ley 20, si bien en principio sólo habla de hijos y nietos que sean herederos, después se refiere a los herederos en general, notando JUAN GUTIÉRREZ (loc. últ. cit.) las palabras de la ley, que dice: «sean obligados los herederos» y no que «sean obligados los dichos herederos». Por lo cual cree que debe entenderse que en la palabra *herederos* se comprenden esta vez tanto los descendientes del causante como los extraños.

que pasó a ser la ley I del tit. XLIII, lib. VI del Códex, en virtud de la cual se fusionaron las cuatro especies clásicas de legado, fundiéndose con efectos, a la par, vindicatorios y damnatorios.

En segundo término, la discusión sostenida por los glosadores y comentaristas acerca del momento en que el legatario adquiría la propiedad del objeto de su legado. Gregorio López (377) nos la relata, perfectamente sistematizada, con relación a los legados no sometidos a modalidades de plazo o condición.

a) Petrus de Bellapertica, Cyno de Pistoia y Juan de Imola sostuvieron que mientras no se hubiese aceptado el legado, el *verdadero dominio* de la cosa legada lo tenía el heredero, aun cuando la herencia estuviere adida; si bien el legatario tenía un *dominio figurado*, que se convertía en real y efectivo una vez verificada su aceptación.

β) La opinión de Baldo, que fué comúnmente aceptada por los autores, entendía que el legatario era dueño *ficticiamente* desde el fallecimiento del testador, y que el dominio *efectivo* lo adquiriría así que la herencia fuese adida. Alejandro aceptó esa común opinión con ciertas variantes. Así: a la muerte del *de cuius* el legatario obtenía el *dominio ficticio*; con la adición de la herencia lo transformaba en *dominio real y verdadero, pero revocable*, y con la aceptación del legado se consolidaba en *dominio verdadero irrevocable*.

γ) La ley 34 del tit. IX de la sexta Partida decidió claramente, «que luego que el testador es muerto, passa el señorío de la cosa que es assi mandada; aquel a quien es fecha la manda». No obstante, el mismo Gregorio López entendió que esa ley se refería sólo al dominio ficticio, porque de lo contrario, es decir, de ser verdadero, el legatario podría reclamar los frutos anteriores a la adición de la herencia, lo que se le negaba por la ley 37 del mismo título y Partida.

δ) En otra glosa (378), el propio comentarista de las Partidas, examina la famosa ley 1.ª, tit. XIX del Ordenamiento de Alcalá, que dispuso la subsistencia de los legados aunque no fuese adida la herencia. A su juicio, en virtud de esa ley «no debe es-

(377) Gl. 3 a las palabras «passa el señorío», de la ley 34, tit. IX, pág. VI.

(378) Gl. 4 a las palabras «los frutos» de la ley 37 del mismo título y Partida. En ella se ocupa especialmente del momento desde el cual el legatario tiene derecho a los frutos de la cosa legada. Sobre cuya cuestión resume las opiniones de los autores:

a) BARTOLO, ANGELO y ALBERICO, entre otros, sostenían que el legatario podía reclamar los frutos desde la muerte del testador.

b) La opinión general, en cambio, no le concedía los frutos al legatario en tanto la herencia no fuese adida. Doctrina sancionada en la citada ley 37 de las Partidas.

c) No faltó tampoco quien, con ALEJANDRO, aun admitiendo esta regla general, estableciese muy notables excepciones.

No obstante, ya indicamos en el texto las consecuencias que, para la solución de esta cuestión en el Derecho real, se dedujeron de la repetida ley de Ordenamiento de Alcalá, según refiere el propio GREGORIO LÓPEZ.

perarse a la adición de la herencia para la validez de los legados. Estos, anteriormente, quedaban como en suspenso hasta la adición de la herencia, obstáculo que borra la ley castellana». Por lo que también resuelve que los frutos se deben al heredero desde la muerte del testador. No obstante, termina diciendo: «Sin embargo, el lector podrá meditar más sobre este punto. ¿Qué diremos si la cosa legada no perteneciere al testador, y si al heredero o a un extraño?»

Concretamente, con relación al legado parciario, antes de la modificación que significó la ley 20 de Toro, fué dictamen de Antonio Gómez (379) «quod in hoc legato, ipso jure, non transit dominium in legatarium, pro illa parte, et quota in qualibet re, sicut transit in aliis legatis». En dos argumentos fundó su opinión: 1.º En la ley «quis bonorum» (Dig. XXX-único, 23), que disponía que los frutos no correspondiesen a un legatario de cuota, sino a partir de la mora del heredero: 2.º En la opción concedida al heredero en el párrafo final de la ley 26 h. t. del Digesto, «quia quando aliquid est in obligatione, si tamen est incertum in solutione, numquam transit dominium, ut in legato alternativo vel optionis».

Después de la ley 20 de Toro desaparece el segundo argumento. El primero, relativo a la adquisición de los frutos, resulta, por la misma razón, mucho más discutible. Pues, si la modificación expresada significó un cambio de naturaleza en la posición del legatario parciario, dicho cambio debía repercutir en la solución del problema de la adquisición de frutos. Por eso, nos parece que Antonio Gómez (380) incurre en petición de principio al decir, poco después, que si el legado «consistit in parte, et quota bonorum, fructus debentur temporae morae, quia similiter non transit dominium». En contra de lo cual, entendió Acevedo (381), «et an aditio non requiratur, haeredem fructus deberi a die mortis testatoris indistinte..., omisa distinctione adhibita per Antonio Gómez».

Angulo (382), admitiendo la misma regla general que Gómez, en cambio señala dos excepciones a la misma. Una en el prelegado de cuota con asignación de cosa cierta para su pago, en cuyo caso opinó que el dominio de la cosa, al fallecer el causante, pasaba automáticamente al prelegatario (no en cambio el del resto de la cuota que quedare por cubrir). Y, otra, en el prelegado de cuota, en cuyo supuesto estimó que el condominio de los bienes de la herencia, en proporción correspondiente a su participación, también le adquiría automáticamente el prelegatario de cuota. Tanto en cuanto a la parte en la cual su cuota hereditaria absorbía al legado, como en la porción que debía recibir de sus coherederos. Como

(379) *Variae*..., I, XII, núm. 21, pág. 166.

(380) Loc. cit., núm. 22, vers. «Si veri», pág. 167.

(381) Op. y vol. cit., L. V, tit. IV, ley I, núm. 126, pág. 110.

(382) Op. cit., lex IV (20 Tauri), gl. IV, núm. 2, vers. «Quod vero attinet» y «Quo ad partem etiam», pág. 352.

razones señaló que el prelegatario que acepta la herencia produce la confusión de ambas atribuciones, y además que puede utilizar el juicio *familiae erciscundae* para pedir el legado («Datur autem inter eos, etiam pro parte praelegati, actio familiae erciscundae») (383).

Muchos años más tarde, Llamas y Molina (384) criticó la tesis de Angulo. A su juicio: por ser la *actio familiae erciscundae* mixta de real y personal, no podía deducirse de la facultad de ejercitarla la transferencia al prelegatario parciario de la parte que le debían sus coherederos. Ciñéndose al concepto romano de prelegado, estimó que al fallecer su causante el prelegatario de cuota sólo adquiriría la propiedad de la parte absorbida por su propio título de heredero, y, que del resto de la cuota prelegada sólo obtenía el dominio al serle entregada por sus coherederos.

A juicio nuestro la cuestión fué planteada, por Antonio Gómez y por Sancho Llamas, sobre presupuestos ya superados en la ley 20 de Toro.

La opción concedida en la ley 26 h. t. del Digesto ofrecía una base para afirmar que el legatario de cuota no era cotitular del activo hereditario. Pero esa opción desaparece con la ley 20 de Toro.

Se alega también la ley 23 Dig. h. t. como argumento. Pero esa disposición no era sino un corolario del criterio romano clásico aplicado a la adquisición de los frutos en el legado de cuota. Si lo que se discute es si la base sustancial fué modificada, nunca podrá usarse como argumento, en contra de dicha modificación, una consecuencia que era, sin duda, cierta antes de la pretendida modificación y precisamente derivada de esa antigua norma. Al contrario, hay que comenzar por resolver primeramente si la esencia o naturaleza ha sido modificada para poder deducir luego si igualmente deben entenderse variados los resultados.

Por otra parte, la necesidad de su entrega por los herederos y la exclusiva facultad de liquidación que a éstos corresponde, no son argumentos suficientes para negar aquella cotitularidad. También en los legados de cosa cierta (cuya inmediata adquisición por el legatario ya no fué discutida después de las citadas leyes de Partidas y del Ordenamiento de Alcalá) es el heredero quien debe entregar la posesión al legatario y hacer las consiguientes reducciones, en su caso, que dicho legatario—de no aceptarlas—sólo judicialmente podrá discutir.

Sobre estas bases, para resolver la cuestión, holgaba distinguir el prelegado de cuota del simple legado de parte alicuota. Ni tampoco el legado vindicatorio del *damnatorio*—cuya fusión rei-

(383) Para ello se apoya en la extensión a los legados (en virtud de la ley 2. Cod. VI-XLIII) de lo dispuesto para los fideicomisos en la ley 7. Cod. III-XXXVI, que ordena al Juez que acomode sus funciones a que se observe la voluntad del testador.

(384) Op. y vol. cit., ley 20, números 41, 42 y 43, páginas 370 y siguientes.

lizó la ley 2 Cód. VI-XLIII—. Tanto más tratándose, en ambos casos, de bienes comprendidos en la herencia, como es una cuota del haber, y no existiendo opción alguna por parte del heredero para pagar la estimación, a partir de la repetida ley 20 de Toro.

c) A otro respecto es opinión interesante, que aquí conviene subrayar, la que expone Antonio Gómez (385) siguiendo a Baldo, Alejandro, Corneo y otros doctores, «quod verbum lego, adjectum universitati bonorum inducit directam institutionem». El jesuíta Luis de Molina (386) nos explica que: «aunque el testador dijese: *lego todos mis bienes a Pedro*, sería una institución de bienes y no un legado»; por razón de que «en los contratos y en las disposiciones de última voluntad se ha de atender más bien a la realidad del asunto y no a las palabras que lo expresan, cuando no conste la voluntad en contrario de los contratantes o del testador; y si el testador quiere que todos sus bienes pasen a alguien directamente, es que le instituye heredero».

Es decir, no conteniendo el testamento institución formal de heredero, pero no demostrando tampoco el testador en otra forma su voluntad en contrario, debía entenderse como institución de heredero la disposición conjunta y unitaria de *todos* sus bienes aunque la hubiese otorgado utilizando el verbo *legar* (386 bis).

C) Posibilidad del legado de parte alicuota en el régimen del Código civil.

El Código civil sólo alude al legado de parte alicuota en el artículo 655, en forma incidental y harto desafortunada (387). En cambio, la Ley de Enjuiciamiento Civil se refiere expresamente al mismo en sus artículos 1.038, 1.049, 1.055, 1.056 y 1.065.

(385) *Variae...*, I, X, núm. 12, vers. «Item etiam ex sententia Bald.», página 117.

(386) Op. y vol. cit., Disp. 145, núm. 9, pag. 592.

(386 bis) El CARDENAL DE LUCA (*Theatrum veritatis et justitiae*, Lib. XI, Pars. I, «De Legatis», Disc. LII, núm. 6, pag. 75 y siguientes) abundó en esta opinión: «Dicebam igitur, quod haec ultima distinctio probabilior videatur: Licet enim antiquum jus Digestorum circa titulum haereditarium nimium insistat in subtilitate, seu formalitate verborum Attamen ista subtilitas de jure novo Codicis rationabilius sublata est, quoniam ubicumque dispositio universitatem contineat, tunc haereditariam qualitatem importat, non curando, an per verba haeredis institutionem denotantia, vel per alia, quae denotent legatum, dispositio concepta sit, spectando potius substantiam dispositionis, super ipsa universitate, quae omnium activorum, ac passivorum jurium complexiva sit...».

(387) OSSORIO MORALES (*El legado de parte alicuota*, en «Estudios de Derecho Privado», Barcelona, 1942, páginas 124 a 131) señala que el art. 655 de nuestro Código es una copia del art. 1.092 del Código italiano de 1865, cuyo último párrafo era también bastante deficiente, pero cuya traducción empeoró aún. Evidentemente, pese a la salvedad que hace dicho precepto—«que no lo sean de parte alicuota»—, todos los legatarios, sean de la clase que sean, en cuanto llamados a recibir un legado por voluntad del causante, carecen de acción—como tales legatarios—para intentar la reducción de las donaciones dispuestas por su *de cuius*.

Es cierto que, por ser la Ley de Enjuiciamiento Civil anterior al Código, no puede darse valor decisivo a las referencias de aquella al legado de parte alicuota (388). Y, también es verdad, que a excepción de la inoportuna alusión del artículo 655, el Código civil no se ocupa del legado parciario (389), ni siquiera le dedica la menor referencia al regular las distintas especies de legados (390). Pero de ese silencio del Código no puede deducirse la eliminación de aquel concepto. Si su existencia es compatible con los conceptos fundamentales que presiden el sistema sucesorio vigente habrá que admitir como evidencia su posibilidad.

La Ley Hipotecaria alude indirectamente al legado de parte alicuota en el número 7 de su artículo 42 (391) y su Reglamento habla expresamente del mismo en los artículos 146 y 152. Y la jurisprudencia del Tribunal Supremo (392), lo mismo que la Di-

(388) El citado OSSORIO MORALES (loc. cit., pág. 132), afirma que el Código civil «deroga todo el derecho civil común anterior, en todas las materias que son objeto del Código, y siéndolo las sucesiones en general, y concretamente los legados, sólo al Código habrá de atenderse para fijar el concepto de sucesión a título singular y las distintas modalidades que el legado puede asumir». Claro que si el concepto del legado de parte alicuota no repugna a los conceptos básicos del régimen sucesorio regulado en el Código civil, no hay obstáculo en que sigan aplicándose los preceptos de la ley de Enjuiciamiento civil en su aspecto adjetivo, y en que, además, nos sirvan para interpretar aquellos principios sustantivos.

(389) El art. 891 del Código civil, según OSSORIO MORALES (páginas 132 a 144), podría, sin esfuerzo dialéctico, suministrar un argumento a favor del legado de parte alicuota, al admitir que toda la herencia se ha distribuido en legados y señalar que, en este caso, salvo disposición contraria del testador, el prorrateo de deudas y gravámenes entre los legatarios se haga *a proporción de sus cuotas*. Pero precisamente, a juicio nuestro, no cabe distribuir la totalidad de la herencia en legados de parte alicuota, pues en ese caso estimamos que no serían verdaderos legados.

(390) Para OSSORIO MORALES (loc. cit., pág. 151, nota 74): «Es muy significativo y podría por sí solo constituir un argumento contra la admisibilidad de los legados de parte alicuota en nuestro Derecho vigente, el hecho de que el Código civil, a pesar de referirse a los diversos tipos de legado para determinar la forma en que cada uno de ellos ha de pagarse y los derechos del legatario en cada caso, así como el orden en que ha de procederse a su pago (artículo 887), no los mencione; máxime si se tiene en cuenta que semejante legado de parte alicuota—caso de admitirse—sería el que por su naturaleza especialísima habría de plantear mayores problemas.»

(391) Dicho núm. 7 del art. 42, ley Hipotecaria, faculta en términos generales para solicitar anotaciones preventivas al legatario que no tenga derecho, según las leyes, a promover el juicio de testamentaria. Relacionando esa declaración con lo dispuesto en el art. 1.038, ley de Enjuiciamiento civil, nos encontramos con que sólo pueden promoverlo los legatarios de parte alicuota, salvo que el testador, conforme al art. 1.039, se lo hubiere prohibido.

(392) Sentencias de 14 de julio de 1898, 11 de febrero de 1903, 15 de enero de 1918, 2 de enero de 1920, 16 de octubre de 1940 y 11 de enero de 1950, así como la sentencia de la Sala de lo Contencioso de 9 de marzo de 1897.

Del mayor interés es la sentencia de 16 de octubre de 1940, que declaró: «no se puede prescindir de la tendencia espiritualista o de acatamiento de la voluntad del testador, que fluye, no sólo del arraigo que en nuestro país tiene el legado de parte alicuota, como institución distinta de la de heredero, y del entronque subjetivista del vigente Derecho español con el Derecho romano,

rección General de los Registros y del Notariado (393), han aceptado francamente la posibilidad de este legado en nuestro Derecho.

En la doctrina, han sostenido la vigencia de esta figura Manresa (394), Falcón (395), Sánchez Román (396), Valverde (397), Gayoso (398), Morell (399), Alguer (400), Traviesas (401), Sanz Fernández (402), González Palomino (403), Rosa Sastre (404),

las Partidas y el Ordenamiento de Alcalá, sino también, y principalmente, de los artículos 675 y 668 del Código civil, que imprimen a la intención del causante el rango de ley en la sucesión, máxime en aquellos casos en que por existir disposiciones testamentarias de tipo ético-afectivo o jurídico, aparezca de finida la voluntad del testador, en el sentido de que uno de los instituidos sea continuador de su personalidad y otro sea el legatario de parte alicuota, incluso con exención de cargas...»

(393) Resolución de 4 de noviembre de 1935.

(394) Op. cit., vol. VI (sexta edición, Madrid, 1932), pág. 593. A su juicio son equiparados a los herederos, «porque su derecho está subordinado a la entidad del caudal»; así es que, «aun aceptada puramente la herencia, sólo tienen derecho a exigir su legado cuando queden bienes propios del testador, después de satisfechas las deudas». Pero, añade que, sin embargo, «esos legatarios, como todos, han de pedir a los herederos la entrega del legado con arreglo al artículo 885».

(395) «Exposición doctrinal del Derecho civil español, común y foral» (quinta edición, Barcelona, 1897), tomo III, sec. 2, § X, núm. 10, pág. 298. Dice que supone ese legado «la liquidación previa del caudal hereditario; razón por la que se considera a esta clase de legatarios como unos interesados en la herencia». Y explica que en este sentido el art. 1.038, ley de Enjuiciamiento civil, pasa de derecho para promover el juicio voluntario de testamentaria.

(396) Op. cit., VI, 2.º, pág. 1298 y siguientes. Este autor lo cataloga como una «variedad especial del legado de cantidad», «consistente en una cifra que sea cuota o parte divisible de la herencia, el tercio, el cuarto, el quinto, etc.»

(397) Op. cit., vol. V, pág. 326 y siguientes. También lo considera como una variedad del legado de cantidad.

(398) *Nociones de Legislación Hipotecaria* (Madrid, 1918), tomo II, páginas 330 y siguientes. Niega toda afección real de los bienes de la herencia a favor del legatario parciario, por estimar que dicho legado «no es de propiedad, lo que está reservado para el específico: es una obligación de dar cosas en pago de la parte concedida por el testador».

(399) *Comentarios a la Legislación Hipotecaria* (segunda edición, Madrid, 1928), tomo III, pág. 135. Lo define como aquel «por el cual el testador dispone a título particular de una porción proporcional de su herencia».

(400) *Ensayos varios sobre temas fundamentales del Derecho civil. VI. La delación testamentaria*, en «Revista Jurídica de Cataluña», vol. XXXVII (1931), páginas 143 y siguientes.

(401) *Legados*, en «Revista de Derecho Privado», tomo XVIII (abril y mayo de 1931), páginas 98 a 102 y 145.

(402) *Comentarios a la nueva Ley Hipotecaria* (Madrid, 1945), pág. 142. Trata su posición en estos breves rasgos: «...sucede en una cuota abstracta de la masa hereditaria, puede incoar el juicio de testamentaria y está afectado por las deudas del causante, que reducen el valor e importe de su cuota; pero no responde de ellas con sus bienes propios ni, propiamente hablando, es un sucesor en las mismas».

(403) *Estudios de arte menor...*, loc. cit., págs. 525 a 531. Si bien apoya la distinción del legado de parte alicuota respecto de la institución de herederos concurrendo varios, en la diferencia que pretendió encontrar entre ser llamado a una cuota (caso del legado de parte alicuota), que, a su juicio, supone un llamamiento mancomunado, y ser llamado a una parte alicuota (situación de todo

Puig Brutau (405), Roan (406), La Rica (407), Ortega Pardo (408), Ginot (409), Núñez Lagos (410), Armero Delgado (411) y Royo Martínez (412). También, después de varias vacilaciones, parece que Castán (413) se inclina en este mismo sentido.

Ha reconocido su existencia, pero asimilando los legatarios parciarios a los herederos, Galindo y Escosura (414), Barrachina (415) y Campuzano (416).

No se definió De Diego (417).

coheredero), que cree significa un llamamiento *solidario en la institución, pero mancomunado en la distribución*.

(404) *Estudios de Derecho Privado. II, Sucesiones* (Madrid, 1948), VI, *El legado de parte alicuota*, páginas 180 y siguientes, y *Notas al Kipp*, volumen I, § 1, I, pág. 13, y vol. II, § 106, I, pág. 162.

(405) Cap. IV del vol. II de los *Estudios de Derecho Privado*, de ROCA SASTRE, páginas 140 a 144, así como la nota 33, en la que distingue al legatario de parte alicuota del heredero que haya aceptado a beneficio de inventario.

(406) *Texto refundido...*, loc. cit., páginas 746 y siguientes. Es el primero, después de largos años de haberse silenciado, que vuelve a recordar el influjo de la ley 20 de Toro en la doctrina del legado de parte alicuota.

(407) *Comentarios al nuevo Reglamento Hipotecario*, tomo I (Madrid, 1948), páginas 139 y siguientes. Subraya que la asimilación que el art. 152, R. H., hace de los legatarios parciarios a los herederos, «no es, ni puede ser, absoluta, ya que se aplica a figuras jurídicas diferentes».

(408) *Heredero testamentario y...*, loc. cit., páginas 326 y siguientes: «puede acontecer—dice—que se suceda en bienes determinados sin perder la calidad de heredero, y cabe admitir la sucesión en parte alicuota a título de legatario».

(409) *La responsabilidad del heredero simple...*, loc. cit., pág. 1.068.

(410) Prólogo a la obra de ARMERO DELGADO *Testamentos y Particiones* (Madrid, 1945), páginas XXIII y siguientes. Ver también en «Revista General de Legislación y Jurisprudencia», tomo 189 (primer semestre de 1951), *El Derecho sucesorio ante la tradición española y el Código civil* (páginas de un Prólogo), páginas 43 y siguientes.

(411) Op. cit., núm. 34, pág. 41.

(412) «Derecho sucesorio «mortis causa» (Sevilla, 1915), pág. 138.

(413) Inicialmente, en su «Derecho civil común y foral» (Ed. 1926, para Oposiciones a Registros, 1-2.º, pág. 308), entendió, como SÁNCHEZ ROMÁN y VALVERDE, que el legado de parte alicuota era una variante del legado de cantidad. Más tarde (ver su 4.ª Ed. para Notarías, 1-2.º, págs. 392 y ss.), declara dudo-a la cuestión, inclinándose más a pegar la viabilidad actual de esa figura, prefiriendo el criterio que se dió por llamar *objetivo*. Pero, últimamente, en el Prólogo de una obra de DÍAZ CRUZ, junior («Los legados» Madrid, 1951, págs. IX y ss.) parece que vuelve a inclinarse por la admisión de tan discutida especie de legado.

(414) «Comentarios a la Legislación Hipotecaria de España», T. II (4.ª, Madrid, 1903), págs. 498 y s. En su opinión: «siendo el motivo de la ley el considerar que el legatario de parte alicuota *es en último resultado uno de los herederos...*, los bienes de la herencia *le pertenecen en parte alicuota*».

(415) «Derecho Hipotecario y Notarial» (Castellón, 1910), T. I, págs. 125 y s.: Acepta que a quien se le deja una parte alicuota del caudal «en el fondo es un heredero, y como tal en el juicio de testamentaria tiene garantidos sus intereses».

(416) «Elementos de Derecho Hipotecario», 2.ª Ed., Madrid, 1951, T. II, página 16 y nota I, en dicha pág. y la sig. Se expresa en igual forma que MORELL.

(417) «Instituciones...», cit., vol. III, págs. 488 y ss. Empieza diciendo que es un legado de cantidad, que en este caso es expresión numérica de una cuota parte de la herencia; pero concluye afirmando que «dada la intrínseca naturaleza de este llamamiento se asimila por muchos modernos a una institución de heredero».

Y, siguiendo la opinión iniciada entre nosotros por un gran jurista extranjero, el italiano Ferrara (418), que esporádicamente quiso extender su magisterio a nuestro Derecho, sin conocerlo a fondo, han negado toda vigencia a esa discutida figura, su principal contradictor Ossorio Morales (419), Antonio Polo (420), Bonnet (421), Porpeta (422) y, recientemente, el jurista cubano Díaz Cruz, junior (423).

Ferrara trató de separar de modo tajante como criterios distintos, para distinguir las figuras del heredero y del legatario, los sistemas que denominó *intencional o subjetivo y objetivo o realista*, afirmando que sólo este último debe ser tenido en cuenta: «La cualidad de heredero no resulta *mera voluntate, sed ex re*. Es necesario que el testador otorgue una *disposición a título universal* y no simplemente que quiera nombrar algún heredero. otorgando, sin embargo, una disposición a título singular».

Arrancando de esta concepción como premisa, Ossorio Morales (424) se detiene en la declaración del artículo 660 C. c.: «Llámanse heredero al que sucede a *título universal* y legatario al que sucede a *título particular*.» Concluyendo que, igual como dice el artículo 760 del Código italiano de 1865, deben entenderse a título universal «las disposiciones testamentarias que comprendan la universalidad o una cuota de los bienes del testador». A su juicio, «hay *sucesión a título universal* cuando se sucede en el patrimonio del causante—activo y pasivo—considerado como unidad

(418) «Estudios sobre la sucesión a título universal y particular, con especial aplicación a la Legislación española», T. X (Noviembre 1923), págs. 329 y ss.: «Si uno deja todos sus bienes, muebles e inmuebles, a una persona o mitad de ellos a una y mitad a otra, dispone en realidad de su entero patrimonio y por ende otorga institución de herederos» (págs. 330-1). En cambio, considera como legado la disposición de todos los bienes muebles o de todos los bienes inmuebles, o un conjunto de bienes individualizados por su procedencia, situación u otra circunstancia (pág. 332).

(419) Op. cit., págs. 116 y ss.

(420) En la recension del citado trabajo de OSSORIO MORALES, en «Rev. Dr. Priv.», T. XXIV (julio-agosto 1940), págs. 199 y s., donde concluye que «parece obligado *negar la admisibilidad* de esta extraña figura del *legado de parte alicuota*; decidiéndose a favor de su calificación como una propia y verdadera institución de heredero en una cuota del patrimonio hereditario».

(421) Comentario a la S. de 16 octubre 1940, en «Rev. Dr. Priv.», T. XXV (enero 1941), págs. 40 y ss. Califica de «construcción endeble» la del legado de parte alicuota.

(422) «Naturaleza jurídica de la legítima», loc. cit., pág. 167. En ella habla de «el carácter hermafrodita o monstruoso de esa figura, que hoy no tiene razón de ser, y cuyo único encaje dentro de nuestra sistemática está en la aceptación de herencia a beneficio de inventario». Si bien luego concede: «La única diferencia perceptible entre ambas modalidades podría consistir a lo sumo en que la parte del pasivo del legatario parciario lo satisficiese el heredero directamente a los acreedores, repitiendo contra el titular del legado».

(423) Op. cit., págs. 485 y ss.

(424) Op. cit., págs. 134 a 141.

abstracta, independiente de los elementos singulares, cualquiera que sea la naturaleza, número y valor de éstos» (425).

Notemos la no coincidencia de estas dos afirmaciones de Ossorio que acabamos de transcribir: «Llamar a la universalidad o a una cuota de los bienes del testador» no es cosa idéntica a llamar «a todo el patrimonio del causante, con su activo y su pasivo». Existe, entre ambas asignaciones, la misma diferencia que los clásicos—como vimos—subrayaron entre *pars hereditatis* y *pars bonorum*.

No escapó esa diferencia al fino instinto jurídico de De Buen. «Se suele definir (al legado de parte alicuota)—dijo—como un legado de una participación ideal, numérica, del *caudal hereditario*. Un legado hecho en esta forma cae dentro de la definición dada de la institución de heredero por el artículo 660 del Código civil; y, por lo tanto, no debe estimarse como un legado. Otra cosa sería si la fracción numérica no se refiriese a todo el *patrimonio del causante*, sino a determinados bienes (*aunque fueren todos los conocidos*)» (426). Las palabras que hemos subrayado nos indican que De Buen supo distinguir el pretendido legado de una cuota del *caudal hereditario* o *patrimonio del causante* (cuota de herencia, *pars hereditatis*) del legado de una *parte alicuota de todos los bienes del testador* (*pars bonorum*). Posición precisada por otra afirmación de este autor en obra anterior (427): «para ser posible el legado parciario es necesario aceptar que el testador puede transmitir a una persona una parte alicuota de la herencia sin concederle la representación de la misma para los efectos del pago de deudas» (428).

(425) GINOT (loc. cit., pág. 1068) afirma certeramente "que OSSORIO MORALES, al mantener la teoría antes expuesta, atribuye a los efectos el carácter de causa». «Por otra parte—añade—no creemos que sea correcto recurrir al artículo 760 del Código civil italiano de 1865 para interpretar nuestro Código, y a mayor abundamiento, cuando en éste no existe una norma semejante.

(426) Notas al COLIN y CAPITANT, cit., vol. VIII, pág. 285.

(427) «Derecho civil» (Madrid, 1922), págs. 845 y s.

(428) TRAVIESAS (loc. cit., pág. 169), critica esta afirmación de DE BUEN de que no cabe admitir que el testador pueda transmitir a una persona (el legatario) una parte alicuota de la herencia sin concederle la representación, de la misma, para los efectos del pago de deudas a su juicio: «Esta llamada representación, para este pago, puede ser atribuida por el testador al legatario. El testador puede imponer la responsabilidad al legatario para pago de legados en la medida que tenga por conveniente (art. 891 C. civ.)».

Entendemos que Traviesas no separa debidamente varias cuestiones totalmente diversas: 1.º La responsabilidad frente a los acreedores, aspecto externo, y la determinación interna de quien entre los sucesores del causante debe satisfacerlas, determinación que no afecta a los acreedores por no limitar su facultad de dirigirse contra cualquiera de los herederos. 2.º La responsabilidad por deudas y la responsabilidad por legados u otras cargas impuestas por el causante. Mientras éste sólo puede regular aquéllas a efectos puramente internos, la responsabilidad por legados y cargas puede modelarla en todas sus dimensiones y aspectos por la razón de que éstos sólo dependen de su voluntad creadora.

Cierto que el testador podrá imponer como una carga más a los legatarios el pago de deudas, pero con ello no liberará a los herederos de su responsabilidad

Realmente, ¿qué diferencia sustancial existe entre atribuir a una parsona cierta cosa que equivalga a dos terceras partes del valor del activo hereditario o bien asignarle dos terceras partes de dicho haber? La diferencia se encuentra, en cambio, comparando, de una parte, la sucesión en las *relaciones jurídicas del causante*, aunque sea coparticipando de ellas, en una proporción dada (v. gr., de dos tercios), juntamente con otros designados, y de otra, la simple *adquisición*—sin subrogación de posición—de una cuota igual *del activo líquido*, háyase hecho en uno y otro caso la disposición in abstracto o bien con asignación concreta de bienes.

Por otra parte, como ha recordado Núñez Lagos (429):

«El llamado criterio objetivo tenía en su trasfondo un concepto erróneo del patrimonio del causante. La teoría clásica del patrimonio unificado y la falsa concepción de la *universitas iuris*. Se pretendía que los artículos 669 y 671 consagraban la necesidad de que sólo es heredero el llamado a la totalidad o parte alícuota de la herencia. Pero esos artículos del Código civil reflejan con toda claridad, como las Partidas, un pensamiento *cuantitativo* y no *cualitativo*, y así nos hablan de *todos* los derechos (en plural) y no del derecho de *todo* o *al todo*, el derecho entero, la totalidad patrimonial como una unidad *ideal*. Pero ni en poder del causante antes de morir, ni en manos del heredero el patrimonio relicto no es una unidad, una *universitas*».

«Lo que quiere decir el Código—sigue explicando Núñez Lagos—, de acuerdo con la realidad y con la tradición jurídica española, es que todos los derechos y las deudas del causante se transmiten a la vez *in actu* de un solo golpe, simultáneamente, por un único título o causa de adquirir, título que, por esto precisamente, se llama universal.»

Remachando más adelante (430): «En todas las herencias totalmente desprovistas de activo, en que no obstante el testador ha nombrado heredero, incluso a sabiendas de que no hay bienes, el título de heredero subsiste y es lo suficiente eficaz para hacerle responsable del pago de todas las deudas. Y, en consecuencia, si no hay bienes relictos no sería un criterio objetivo, realista, *ex re*, sino un criterio meramente formalista y formalista; de otro lado, dicho criterio objetivo no lo recoge el Derecho

personal y solidaria. Será eficaz dicha asignación pasiva a efectos de que el acreedor pueda dirigirse también contra el legatario gravado con dicho pago si acepta el legado. Así como a efectos de las relaciones entre los herederos y el legatario, contra el cual podrán aquéllos intentar repetir lo que hubiesen satisfecho a los acreedores.

Finalmente, el supuesto del art. 801 debe mirarse con cautela. En primer término, por su carácter excepcional. Y, además, es precisamente discutible, como indicamos, que en este caso los legatarios sean de hecho verdaderos legatarios y no herederos, con responsabilidad limitada o no.

(429) Prólogo cit., pág. XXVI (pág. 406 del vol. cit. de la «Rev. Gral. de Leg. y Jur.»).

(430) Págs. XVIII y s. y págs. 408 y s. (locs. cit.).

vigente. Nuestro Código, de acuerdo con las Partidas, lo que dice (artículos 668 y 675) es que heredero es quien el testador quiera, dándole este nombre, u otro, con tal que esté clara la voluntad o la intención del testador «acerca de este concepto», según el tenor literal del mismo testamento. No aparece por parte alguna la necesidad de dejar al heredero la totalidad o una fracción aritmética de la herencia...» «El heredero es antes que la herencia. El título de heredero, bien latente o expectante, bien explícito y actual, por la aceptación, es el que hace la herencia o título de herencia.»

Roca Sastre (431) afirma que: «El Código civil sigue el sistema romano de la *successio*, si bien con dos modificaciones: la de que rechaza el juego de la *institutio ex recerta* y que no exige que formalmente se use el *nomen heredis*, bastando que la intención o voluntad del testador sea considerar heredero al favorecido.» A su juicio, el Código exige la concurrencia conjunta de dos requisitos: uno *objetivo* (llamamiento universal) y otro *subjetivo* (a título de herencia). «Estos dos requisitos—dice—deben reunirse conjuntamente; en cuanto falta uno de ellos hay un legado, pero no una institución de heredero...» «Si falta el elemento objetivo, hay un legado de cosa singular, y si falta el requisito subjetivo, tenemos un legado de parte alícuota.»

A juicio nuestro, no existe un antagonismo radical entre los criterios subjetivo y objetivo. Ambos deben coincidir si el segundo es rectamente entendido: es decir, interpretado a tono con la tradición jurídica y no al modo germánico.

Nuestro querido y llorado maestro Alguer (432), con su certera visión, ya observó que «se plantea mal el problema cuando se le hace consistir, como es corriente entre nuestros autores, en la elección de uno de estos dos criterios: subjetivo...; objetivo...». «Este modo de enfilarse el problema—prosigue—es superficial e inconsistente, porque no puede establecerse en modo alguno la pretendida oposición, porque no cabe desarticular la voluntad y el efecto práctico de la disposición. Decir, como Ferrara, que la cualidad de heredero no resulta *mera voluntate, sed ex re* equivale a escindir en dos una sola cosa. La *res*, el elemento objetivo de una disposición testamentaria, lo *dispuesto*, no es sino lo que haya requerido el testador con su intención (665, 668, ap. 2.º), la *verdadera oposición está y sólo puede estar entre la intención y las palabras*» (subrayamos nosotros).

No es lo mismo disponer de una cuota abstracta del activo bruto o líquido, que atribuir la cualidad de heredero. Y la diferencia no es solamente subjetiva, sino totalmente objetiva. No es igual tener derecho a una participación en una masa de bienes que suceder—solo o con otros herederos—en todas las relaciones

(431) «Estudios...», vol. y loc. cit., págs. 188 y 194.

(432) Loc. cit., págs. 141 y s.

jurídicas del causante, colocándose en idéntica posición jurídica que el *de cuius*. Como ya distinguió Vinnio (433), una cosa es adquirir a *título universal* y otra cosa es adquirir *una universalidad a título singular*. Así como cabe obtener a título universal una sola cosa singular. V. gr., se puede ser heredero de una herencia integrada por un único bien individual y se puede adquirir a título singular, por ejemplo, el de compra, una universalidad, una herencia o cuota de la misma.

Matiza Traviesas (434), que «el heredero se halla, con respecto a la herencia, en la misma posición jurídica que ocuparía el causante si viviera, incluso con respecto a la herencia que sólo contenga un pasivo... esta posición jurídica es indivisible...; en cambio, lo fraccionable es la herencia en sentido objetivo: los bienes. Y en ellos puede tener participación, sin duda, tanto el heredero como el legatario. Y la participación, para ambos, puede ser en parte alicuota... La dificultad, en la práctica, puede estar en determinar qué es lo que quiere el testador: el atribuir a un sucesor su misma posición jurídica... o no atribuirle. La cuestión es de interpretación de voluntad».

Para resolverla correctamente hay que partir de que la voluntad del testador es ley de la sucesión, sin más límites que los legales. Es decir, como nota el propio Alguer, los de las legítimas y los que limitan las vinculaciones (435), así como los relativos a

(433) Op. cit., cap. XXIII, pág. 40 y s.

(434) Loc. cit., pág. 102.

(435) Prosigue ALGUER (pág. 142 y s.): «...pudiendo (el causante) con tales salvedades disponer a título de herencia o de legado y hacer las particiones de bienes en la forma que el testador tenga por conveniente e imponer gravámenes y condiciones como quiera y a quien quiera, abarcando en tales facultades de partir y gravar la de atribuir las cargas de las deudas; de suerte que el testamento es un negocio jurídico y, como tal, en él la voluntad se encamina al efecto práctico y no a una categoría jurídica determinada... Por ello, si la voluntad del testador enfila los efectos prácticos que son propios del legado, éstos serán los que se producirán en Derecho, y el instituido será legatario aunque se le llame heredero, y viceversa, sin que ninguna otra circunstancia ponga obstáculo a que su voluntad se cumpla».

«Sería precipitado proclamar—añade—que en el Código español es imposible el *legatum partitionis* sobre todo si con ello se quiere significar que el testador no podría conferir a una persona una cuota del caudal relicto exonerándole del pago de las deudas. Basta señalar esta consecuencia para advertir que la tesis es absurda. El testador... es soberano para disponer sus bienes y prorratar sus deudas (1.056, 1.084, 891). La situación del legatario de parte alicuota es, en cierto modo, ambigua, pues de un lado encaja en ella una de las características propias del heredero, el suceder en una parte del *universum*, y de otro, le es extraña la consecuencia de la anterior, o sea el responder *ultra vires* de las deudas y cargas. ¿Cuál de esas dos características es la preponderante para decidir si el que es así favorecido en testamento es heredero o legatario? En rigor, tanto podría llamársele heredero de parte alicuota como heredero excusado de gravamen de deudas».

Dos observaciones nos permitimos hacer :

1.ª El testador es soberano para prorratar sus deudas a los efectos internos entre los herederos, pero no a los efectos externos respecto a los acreedores. También puede atribuir bienes dejando a sus destinatarios libres de responsabilidad

la responsabilidad frente a los acreedores (arts. 1.005, 1.085 y 881 C. c.) y a las formalidades correspondientes a su limitación (arts. 1.010 y sigs.).

Ahora bien, el causante para expresar su voluntad ha de valerse de palabras: técnicas o vulgares. Palabras que puede usar: al llamar o designar a la persona favorecida o al hacerle la asignación o atribución. Sea como sustantivos o como adjetivos, referidos a la persona o al objeto, o como verbos aplicados a su disposición. Todas esas palabras tienen un valor en cuanto tienden a reflejar la verdadera voluntad del disponente. Unas pueden ayudar a descifrar el sentido de las otras. Pero tampoco será extraño que resulten en contraposición recíproca. Aquí surge precisamente el problema.

El causante puede llamar al destinatario con los títulos de heredero, legatario, fideicomisario, o, incluso, no darle designación alguna.

Como verbos puede usar alguno de los que jurídicamente tengan un sentido técnico como son: *instituir*, *heredar*, *legar*; o bien de significación puramente vulgar o común, sea de acción directa como *dejar*, *suceder*, etc., o de acción indirecta, como *entregar*, *pasar*, *restituir*, etc. (refiriendo en estos últimos supuestos la acción al tránsito del primer llamado a otra persona).

En fin, con referencia a la atribución puede hablar de la herencia en general o de una cuota o parte alícuota de la misma (*pars hereditatis*); de todos sus bienes de cualquier clase, presentes o futuros, o de una cuota de ellos (*pars bonorum*); de un grupo de bienes determinados por su especie, situación, procedencia, etc., o de una participación de los mismos; de un género o especie determinados en calidad y cantidad; de una cosa específica o de varias, sean propias del testador, del heredero o del legatario gravados o de un tercero; de un derecho real o personal; etc.

A veces la ley da un valor relevante, trascendental y decisivo a ciertas denominaciones. Así sucedía en Derecho romano con la palabra *heredero*. Ese nombre tuvo un valor cuasi sacramental. Se imponía sobre la *asignatio* cuando no estaba de acuerdo con ella. Sólo excepcionalmente, a partir de la ley *Quoties certi quidem*, de Justiniano, cuando ese *nomen* cuasi sacramental se daba a varias personas, cuyas asignaciones en unas concordaba con

Directa por deudas—como *inter vivos* al donar—, pero eso sólo mediante disposición de legados.

2.^a El heredero, como continuador de las relaciones jurídicas del causante—según el mismo ALGUER acepta (pág. 137)—debe responder de sus deudas solidariamente. El activo se lo podrán concretar, pero el pasivo tan sólo a los efectos internos. No cabe, pues, un heredero exonerado del pago de las deudas y contra el cual no puedan dirigirse directamente y de modo principal los acreedores del causante. Si el testador quiere ese resultado habrá dispuesto un legado parciario, cualquiera que sea el nombre que le haya dado.

aquél y en otras no, se entendió que únicamente eran verdaderos herederos aquellos en quienes concordaban *nomen* y *asignatio* (*heres ex asse*) y se consideraron como legatarios a quienes, en concurso con otros regularmente llamados, les fueron referidos en contradicción *nomen* y *asignatio* (*heres ex re certa* en concurso con *heres ex asse*).

Hoy ha desaparecido todo el valor mágico de la palabra *heredero* (arts. 668, 2.º y 778). Pero eso no significa que tengan más valor las palabras utilizadas para expresar la atribución. Han de valorarse una y otra para conocer la verdadera voluntad del testador. E incluso, comparándolas en conjunto con las utilizadas para la designación, y las atribuciones referidas los demás llamados.

Nos interesa subrayar algunos llamamientos que, a primera vista, parecen verdaderas paradojas, v. gr.: «lego mi herencia» o «tal cuota de la misma»; «instituyo heredero en tal cosa cierta»; «en tal porción de mis bienes» o «en todos mis bienes». Así como otros expresados en forma vulgar, v. gr.: «dejo tal porción de mis bienes».

De alguno de ellos nos hemos ocupado anteriormente. Es el caso de la institución en cosa cierta.

Los llamamientos hechos en forma común a la herencia, a todos los bienes o a una parte alícuota, de una u otros, también los examinamos, a través de los autores clásicos de Derecho común, en la primera parte de este trabajo. Allí vimos cómo los llamamientos hechos en esa forma, no sólo nombrando la universalidad de la herencia, sino incluso llamando a todos los bienes, se entendían hechos a título universal. Así lo decidió la ley 6, título III, sexta Partida, en su versículo final, cuando el testador dijera «Fulano sea señor de todas mis heredades»; «haya todos mis bienes»; o «dexo todo lo que he». También comprobamos cómo, en cambio, fué discutidísimo si debía entenderse a título de heredero el llamamiento hecho con palabras comunes a una cuota, fuese de herencia o de la universalidad de los bienes.

También se distinguió el llamamiento hecho a una cuota de herencia (*quota hereditatis*) y el dirigido a una cuota líquida de bienes (*quota bonorum*) (436). Por eso los autores castellanos entendieron atribuidos a título de legado los llamamientos al tercio o al quinto dispuestos con palabras comunes (437), ya que tercio y quinto se calculaban una vez deducidas las deudas (438).

Pero, por encima de todo, se procuró interpretar fielmente

(436) Ver las citas que hicimos de Gómez, Parladorio y Gutiérrez en las notas 347, 348 y 349 de este trabajo.

(437) Así Díaz DE MONTALVO (*Glosas al Fuero Real de España*, Ed. Salamanca, 1910, lib. III, tit. V, ley 9.ª, y glosa a las palabras «mejorar a algunos»), y PALACIOS RUBIOS (*Glossemata legem Tauri*, en «Opera varia», Antuerpiae 1.626, Ley XXIV, núm. XVIII, pág. 597), etc.).

(438) Ver LLAMAS Y MOLINA, op. y vol. cit., ley XXI, núms. 9 y 10, página 379.

la verdadera voluntad del testador, a la vez que salvar la validez del testamento, moldeando sus expresiones en este sentido cuando era necesario (439).

Esa es la pauta que debe seguirse hoy, conforme resulta de los arts. 668 y 675 C. c. Con la ventaja, para nosotros, de que ni la palabra heredero tiene ya valor cuasi sacramental, ni hay necesidad de forzar el sentido de la voluntad del testador y entender las legítimas dispuestas a título de herencia a fin de salvar la validez del testamento, pues aquéllas pueden dejarse hoy por cualquier título.

Pueden respaldar, hoy más que nunca, aquellas palabras del jesuita Luis de Molina (440): «en los contratos y en las disposiciones de última voluntad se ha de atender más bien a la realidad del asunto y no a las palabras que lo expresen cuando no conste la voluntad en contrario de los contratantes o del testador...».

Sobre esa base podemos resolver en principio—sin perjuicio de las particularidades que en la vida real concurren en cada caso concreto—los supuestos siguientes:

a) *Un legado de la totalidad de la herencia o de todos los bienes del causante* debe considerarse como institución de heredero en caso de no haber designado el testador a nadie en términos generales con dicho nombre.

Ya lo afirmó Baldo, a quien citan Antonio Gómez y Luis de Molina, el jesuita, para respaldar sus opiniones (441). Este último autor concluye: «si el testador quiere que sus bienes pasen a alguien directamente es que le instituye heredero», citando al efecto como prueba la ley «*Quoniam indignum*», tít. «*de testamentis*» del Codex (442).

En cambio, siguiendo a Bartolo y al Abad Panormitano, opinaron Covarrubias (443), Matienzo (444) y Acevedo (445) que la anterior interpretación debía restringirse al supuesto de ser necesario, para sanar la voluntad del testador, traducir la expresión

(439) Son palabras de PALACIOS RUBIOS (loc. cit., núm. XXIII, pág. 596): «la voluntad del testador debe sanarse donde la significación de las palabras no repugne».

(440) Op. y vol. cits., Disp. 155, núm. 9, pág. 592.

(441) Ver antes nuestras notas 385 y 386.

(442) VI-XXIII, 15: «Como sería indigno, por una exagerada interpretación de las palabras, anular las escrituras y las voluntades de los muertos, decidimos que para la institución de heredero no sea necesaria la observancia exacta de las palabras, siendo indiferente que se haga con palabras imperativas y directas u oblicuas. No interesa, por tanto, que se diga: *hago heredero, o quiero, o instituyo, o mando, o deseo, o sea, o será*, pues con cualquiera términos o cualquiera manera de hablar valdrá la institución si expresa claramente la intención de la voluntad. Pues no interesa la institución de las palabras, que tal vez han sido pronunciadas por una lengua medio muerta y balbucientes».

(443) Op. y vol. cits., tít. «De testament.» cap. «Reynaldus XVIII» § 1.º números 5, 6 y 7, pág. 98.

(444) Op. cit., Lib. V, tít. IV, ley 1.ª, glosa 14, núms. 85 y 86, fol. 92 vto.

(445) Op. cit., Lib. V, tít. IV, ley 1.ª, núm. 167, pág. 115.

de *legar* toda la herencia haciéndola significar institución de heredero: «nempe—dice Covarrubias—verbum *lego*, additum universitati bonorum inducere, alio non instituto haerede, institutionem haereditis, quando si eam non induceret testamentum minimé posset valere». En cambio en los casos en que esta interpretación no fuese necesaria para dar eficacia a la voluntad del testador debía entenderse aquella cláusula como disposición de una sustitución fideicomisaria universal. Es decir, los herederos abintestato se entendían gravados con un fideicomiso universal a favor de los nombrados legatarios de todos los bienes. Como infería Covarrubias: «verbum *lego*, additum etiam universitati bonorum in codicillis, aut apposite codicillari clausula, nequaquam significare institutionem haereditis sed fideicommissum cum actus hic validus sit abque institutionem haereditis». Y, como la tan repetida ley 1.^a del título XIX del Ordenamiento de Alcalá (primera del título de los testamentos, de las Recopilaciones), autorizó la validez de los testamentos, carentes de institución de herederos, entendieron evidente que, en Derecho de Castilla, «verbum *lego* additum etiam universitati bonorum, minimé induceret haereditis institutionem, quia ea ad illum actum necessaria non esset».

Hoy no es posible esta segunda solución interpretativa. Por que, como anteriormente vimos, el Código civil no se ha contentado con admitir la validez de los testamentos que no contengan institución de heredero—entendiéndose entonces llamados aquellos que lo sean abintestato—, sino que, avanzando más, considera que si se dispone de todos los bienes de la herencia, sea por el título sucesorio que fuere, no es necesario que subentren los herederos abintestato. Así resulta, «sensu contrario», del párrafo segundo del art. 764 del Código civil: si no queda haber remanente, después de cumplidas las disposiciones testamentarias, no suceden los herederos legítimos.

La interpretación de Bartolo, Covarrubias, etc., no es hoy posible. Sólo cabe optar entre admitir la figura del legado de toda la herencia sin existir heredero, o por entender que aquél, aunque el testador impropriamente le llamara legatario, es, en realidad, un auténtico heredero universal. Pero, como la primera alternativa supone una contradicción («in terminis»), sólo la segunda nos parece aceptable. Además, es la que mejor conjuga con la norma interpretativa contenida en el segundo párrafo del artículo 668 del Código civil. La tesis de Baldo, Antonio Gómez y el jesuita Luis de Molina, sigue, por lo tanto, en pie en nuestros días.

Cierto que, técnicamente hablando, la expresión *todos los bienes* no corresponde a *toda la herencia*. Esta se compone de la totalidad de las relaciones, tanto activas como pasivas, del causante no extinguidas con su muerte. Pero el uso vulgar, consagrado incluso en la ley—v. gr. en la citada Ley 6.^a, Tít. III, sexta Partida—, ha asimilado ambas expresiones cuando se re-

fieren a la universalidad, a la totalidad, entendiéndolo que a quien se atribuyen todos los bienes se le asignan igualmente todas las relaciones, no sólo las activas sino también las pasivas.

A esta solución podría oponerse el contenido de la Sentencia de 15 enero 1918 que consideró como verdadero legado un legado universal—no acompañado de designación de heredero alguno—al que aplicó el artículo 917 y no el artículo 914 C. c. Pero no hay que olvidar que este fallo regularmente sólo obedeció a aquel viejo y justo principio, que acabamos de recoger de la pluma de Palacios Rubios traduciéndolo al castellano: «la voluntad del testador debe sanarse donde la significación de las palabras no repugne». Ahí las palabras no repugnaban. Aceptándolas se respetó en lo posible la voluntad del testador—equivocando la preterición a cambio de una inevitable reducción—. Y en su cumplimiento, ni los hechos ni la realidad pudieron demostrar la naturaleza de la designación, pues aquel legatario, reducido a una cuota (la mitad de libre disposición de la herencia del descendiente), concurreó a la sucesión con un heredero (heredero abintestato en este caso).

En el supuesto de haberse verificado, además, del legado universal una designación genérica de heredero, deberemos entender que aquella disposición de todos los bienes es un fideicomiso universal, puro tan pronto como el heredero haya satisfecho las deudas conocidas y liquidado el caudal.

Porque la designación de un heredero universal supone su interposición ante aquél a quien se le dejan todos los bienes con palabras vulgares o llamándole legatario, con impropiedad técnica. El nombramiento en un mismo testamento de un heredero universal y de un asignatario de todo el patrimonio, supone la asignación a aquél de la obligación terminante de entregar los bienes a éste.

Con razón la solución será la misma, en uno y otro supuesto, cuando el testador, en lugar de emplear impropriamente el verbo jurídico legal, utilice los verbos comunes dejar, pasar, y otros de análoga significación.

b) *Legados de cuota de herencia o de cuota todos los bienes, que sumados agoten el caudal hereditario, cuando el causante no haya designado heredero.*

Creemos que este caso es íntegramente asimilable al primer supuesto del anterior. Aquí en lugar de haber un solo llamamiento hay varios, pero que en su conjunto equivalen a aquél.

Como a dicho Alguer (446): «no siempre la disposición del testador en que se diga: «lego a Cayo la cuarta parte», significará que Cayo haya de quedar exento del pago de deudas, antes bien, por lo general, será una institución de heredero con to-

(446) Loc. cit., pág. 144.

das las consecuencias que le son naturales, dado que no podemos acudir al criterio romano, para el cual bastaba saber si se empleaba o no la denominación de heredero o legatario» (447).

c) *Legados de cuota de herencia o de parte alicuota de todos los bienes cuando se han instituido uno o varios herederos, o si no habiéndose instituido ninguno, los legados no cubren todo el haber.*

Royo Martínez (448) quiere resolver el problema general del legado de parte alicuota con una simple distinción. Reduciéndolo a dos hipótesis: «si el testador llama a una parte o cuota de la herencia, no importa que dé al llamamiento el nombre de legado, pues se tratará de institución de heredero y el llamado responderá de las deudas como los restantes herederos (art. 768, *a contrario sensu*); si el testador muestra el propósito de asignar a una persona una parte del activo neto resultante luego de liquidadas por el heredero las deudas hereditarias, esta disposición no es referible a una cuota de herencia como *universitas* sino a una cuota de los bienes líquidos (*pars honorum*)» Concluyendo: «en la primera hipótesis todo hace creer en el em-

(447) También puede plantearse, como en el supuesto anterior, si sería posible al testador dejar todos los bienes mediante un solo legado universal o en varios de cuota que agoten el as, ordenando expresamente que los designados no se entiendan herederos, sino verdaderos legatarios y que, por lo tanto, no respondan personal ni solidariamente de las deudas de la herencia, que sólo les deben afectar «cum viribus». A nuestro parecer—como anticipamos más atrás—eso no es posible. Para poder escindir el activo del pasivo hereditario, alguien ha de asumir este último. Tanto los arts. 1.005 y 1.084, en lo que se refiere a los derechos de los acreedores, como las reglas dadas para aceptación de herencia a beneficio de inventario, son de carácter imperativo. El art. 891, por otra parte, no expresa claramente si, en su supuesto, los legatarios de nombre son verdaderos legatarios o se transforman en herederos: ni por lo tanto presupone que su responsabilidad sea limitada, ni la distribución de las deudas a prorrata. Es más probable que sólo se refiera a las relaciones internas entre los asignatarios sin afectar a los derechos de los acreedores de la herencia. En el caso de distribución de toda la herencia en legados específicos—como dijimos—podría equivaler la concreta determinación del activo—implícitamente verificada al ordenarlos—a un inventario previamente hecho por el causante, que supliese—cosa muy dudosa—al que debería verificarse conforme a las reglas del beneficio de inventario. Pero, tratándose de legados de parte alicuota, ni siquiera cabe esa alegación.

Insinuamos entonces que, tal vez, cupiera distribuir la herencia en verdaderos legados de parte alicuota, nombrando a la par un comisario, contador o albacea universal de amplísimas facultades, con el encargo de liquidar previamente el pasivo hereditario y distribuir el activo neto entre los nombrados legatarios. Pero siempre nos quedará un reparo. Si apareciesen después de la distribución otras deudas no conocidas anteriormente, ¿responderán los asignatarios de las distintas cuotas en forma diferente de la determinada en los arts. 1.003 y 1.084, pese a no existir ningún sujeto personal y directamente responsable de las deudas del causante, y a pesar de no haberse cumplido las formalidades exigidas para gozar del beneficio de inventario?

Todo ello nos hace insistir en la creencia de que no caben legados de herencia ni de parte alicuota si no hay un heredero que deba liquidar los créditos y deudas de la herencia bajo su responsabilidad y cumplir luego dichos legados o, por lo menos, sin que necesariamente se liquide la herencia por «officium iudicis».

(448) Loc. cit., pág. 138.

pleo inadecuado, por ignorancia, de las palabras «legado» o «legatario». En la segunda, es patente que el testador dispone de una cantidad proporcional o alicuota de otra determinada, pero no dispone «a título universal», es decir, referible a la *universitas hereditaria*.

Es decir, Royo sólo distingue, de una parte, un supuesto evidente de legado parciario, cuando el testador expresamente se refiere a una cuota líquida, y, de otra, la hipótesis en que se contrapongan las expresiones «legar» o «lego» o «legado» con la atribución de una cuota de herencia. Omite, por lo tanto, el examen del supuesto de referirse la acción de legar, según los términos usados por el testador, a una *cuota de bienes* sin precisión de si ésta debe ser líquida o en bruto. Y prejuzga, en el otro caso, que debe darse más valor a la expresión de la *cuota de herencia* que a los términos «legado» o «legar», olvidando que, a veces, el intérprete puede y debe atender a otros datos para precisar la intención del causante.

Hablando técnicamente, el verbo legar se conjuga perfectamente cuando va ligado a una asignación de parte alicuota de todos los bienes. En cambio no concuerda en su aplicación a una cuota de herencia. Atribuir una cuota de herencia es tanto como llamar a coparticipar de activo y de pasivo; bienes, derechos, créditos y deudas del causante. Esa situación corresponde a la del heredero o a la del fideicomisario de herencia, y, por lo mismo, difiere de la del legatario.

Enlazados la atribución de una *pars hereditatis* y el verbo *legar*, surge una contradicción terminológica. Una de las dos expresiones ha de haber sido impropriamente utilizada. La determinación de cuál de ellas sufre la imprecisión terminológica, puede encontrarse comparando esa disposición con las demás contenidas en el testamento. Si junto a ella, hallamos una institución universal de heredero, una designación hereditaria *sine parte* o incluso *cum parte*—expresada por el testador, o legalmente atribuida a tenor de los artículos 764, párrafo segundo, y 912, número segundo, apartado segundo—, la diferente denominación dada a los llamados, o la distinta elección del verbo que expresa la atribución, puede indicarnos que aquel legado de cuota hereditaria es un verdadero legado, y por lo tanto, que no puede referirse a una *pars hereditatis* sino a una *pars bonorum*. En cambio, la expresión en detalle del contenido de la cuota refiriéndola específicamente no sólo al activo—bienes, derecho y créditos—, sino también al pasivo, puede demostrarnos que la incorrección está en la denominación del asignatario, y que verdaderamente se trata de un heredero.

La atribución a título de legado de una *pars bonorum* no hay duda que supone un legado parciario cuando concorra con dicha atribución un llamamiento, testamentario o legal, de uno o varios herederos.

Pero, en cambio, puede surgir otra cuestión interpretativa. La asignación de una cuota de todos los bienes, ¿refiere ésta al activo bruto o al activo líquido? Tradicionalmente—con relación de los legados de quinto y tercio (449)—se ha entendido esto último. Por ello debe considerarse a esta expresión con dicho valor prefijado y ya consagrado en la terminología jurídica. Salvo, es claro, que explícita o implícitamente el testador hubiere significado otra cosa.

d) *Institución de uno o varios herederos «ex re certa» y distribución del resto en uno o varios legados de parte alícuota o del remanente.*

Este supuesto fué planteado por Roan (450), que lo resolvió afirmando su creencia de que «el artículo 768 del Código civil, funciona tan sólo como una presunción de voluntad; por eso, aun a pesar de ser instituido en cosa cierta y determinada, si está claro que el testador ha querido hacer una institución y no un legado, será heredero y no legatario... la cualidad de heredero en nuestro Derecho sigue teniendo mucha de la consideración personal que otrora tuvo».

En este caso el heredero de cosa cierta es heredero y el legatario de cuota sólo es legatario. Aquí hay datos suficientes, para poder deducir que la voluntad del testador no se acomoda a la interpretación del artículo 768 C. c. La voluntad del testador se manifiesta no sólo llamando heredero al asignatario de la cosa cierta, sino que además lo confirma al llamar legatario a los asignatarios de cuotas y del remanente. Por ello, hay que entender que es expresa su voluntad de que el destinatario de la cosa sea heredero universal y, como tal, suceda en todas sus relaciones jurídicas, pero gravado con el pago de legados de cuota. A la par que le concreta, al asignarle la cosa cierta, la parte del activo que debe conservar para sí. Como tal heredero responderá personal e ilimitadamente de las deudas de la herencia—si no utiliza el beneficio de inventario—deberá liquidarlas y satisfacer los legados de cuota, entregando a los legatarios su parte correspondiente del activo líquido, reservándose para sí la cosa asignada.

Los supuestos podrían multiplicarse indefinidamente. Con la solución de los examinados, no pretendemos crear una serie de conjeturas o reglas prefijadas. Tan sólo hemos querido señalar, por medio de ejemplos, una pauta para la recta interpretación de la voluntad del testador, soberana dentro de los límites legales. Cada supuesto concreto puede contener datos decisivos que le distancien de la solución prevista, debido precisamente a mos-

(449) Ver LLAMAS Y MOLINA (loc. ult. cit.).

(450) Loc. cit., págs. 644 *in fine* y 645. «Piénsese—dice—en el supuesto de tres legatarios de tercio y un heredero instituido en una cosa de más o menos valor».

trar una intención del testador diferente de la observada en otros casos de semejante planteamiento. Por ello, si bien cabe señalar criterios interpretativos, en cambio es imposible fijar reglas objetivas e inmutables. La voluntad del testador es soberana y puede ser distinta en cada caso.

D) *Características conceptuales del legado parciario en nuestro régimen sucesorio vigente.*

No es unánime la opinión de los autores que han aceptado la vigencia de la figura que estudiamos. Así:

α) Sánchez Román (451), Valverde (452), Gayoso (453), Traviesas (454), Roan (455) y Royo Martínez (456), coincidieron en que el legado de parte alicuota sólo concede a su titular un derecho de crédito dirigido a obtener *in natura* una *pars bonorum*. Dichos legatarios no son más que acreedores de cuota, pero no cotitulares de los bienes de la herencia.

Los dos primeros autores—y también Royo Martínez—sin demasiada precisión, catalogan esta institución entre los legados de cantidad. Roan explica que, con ello, «aunque confunden las cuestiones que venimos indicando (la de entender que el contenido de este legado es *pars valoris* o *pars bonorum*, y la de catalogarlo como *vindicatorio* o *damnatorio*), parecen considerar al legatario de parte alicuota como acreedor de cuota».

(451) Loc. ult. cit. Lo cataloga como «variedad especial del legado de cantidad, consistente en una cifra que sea parte divisible de la herencia».

(452) Loc. ult. cit. En igual sentido que Sánchez Román.

(453) Loc. ult. cit. «El heredero inscribiente—dice—podría vender su derecho hereditario en la parte que en él obtuviese, y al comprador no le afectaría la obligación de pagar el legado, porque no es de propiedad, lo que está reservado para el específico, es una obligación de dar cosas en pago de la parte concedida por el testador. Ya en el Derecho romano el heredero podía dar los bienes suficientes para cubrir la *partitio legata*, o su estimación, a su voluntad, y aunque hoy no tiene esta opción, tiene sí una simple *obligatio dandi*, y esto es lo que distingue el legado de la herencia».

(454) Loc. cit., pág. 145. Cree aplicable, según nuestro Código civil, la siguiente doctrina, que recoge de CROME (*System des Deutschen Bürgerlichen Rechts*, V, § 689, núm. 10, pág. 689): «En este legado, el causante no quiere hacer entrar al receptor de la parte alicuota en la comunidad hereditaria, *codeterminando* su destino, sino que el legatario debe exigir su cuota de *manos de los otros partícipes* (con la pretensión obligatoria nacida del legado)... El legatario no es titular del *universum ius*, en que consiste la herencia, sino que lo es el heredero».

(455) Loc. cit., págs. 748 y s. Después de afirmar que, teniendo en cuenta la reforma introducida por la ley 20 de Toro, el legado parciario, «es *pars bonorum*, no *pars valoris*», añade: «ahora bien, creemos que en lo demás es posible que en nuestro Derecho el legatario de parte alicuota haya que configurarlo como un acreedor de cuota que, por consiguiente, no incide con los demás coherederos en las cosas de la herencia en una situación de copropiedad: no es un cotitular de la comunidad hereditaria, no pudiendo pedir la división de la misma, sino tan sólo la entrega del legado (art. 885), ni se le transmite la posesión llamada civilísima del artículo 440 C. c.».

(456) Loc. cit., pág. 138. Afirma que «es un legado de cantidad incierta, pero determinable, impuesto al heredero».

Nuestro citado amigo, Roan, reconoce que cabe alegar, contra esta tesis, la circunstancia de que el legatario parciario puede promover el juicio de testamentaria. Así lo autoriza el número 3 del artículo 1.038 L.E.C. Pero, acto seguido, razona contra esta objeción oponiendo dos argumentos.

El primero—del que prescinde por estar basado en el concepto, hoy desechado, de las acciones mixtas—se lo brindó Llamas y Molina al oponerse a la tesis de Angulo. Antes hemos referido esta cuestión. Ahora, observaremos que las llamadas acciones mixtas tendían a defender una posición o un título personal a la par que sus consecuencias reales. Aspecto, éste último, de tales acciones que desvirtúa al argumento de Sancho Llamas.

El segundo argumento de Roan—en el cual precisamente se apoya—lo extrae del número 4 del mismo artículo 1.038 L.E.C., que también faculta a los acreedores para interponer el juicio de testamentaria. De lo que deduce: «La facultad de promover el juicio de testamentaria es sólo un medio de aseguramiento que la Ley les concede; pero no transforma su derecho» (es decir, el de los legatarios parciarios). Nosotros, por el momento, nos limitamos a subrayar que, si bien esta observación neutraliza la objeción a la que se opone, en cambio, no es suficiente, por sí sola, para probar que el legatario parciario no sea más que un acreedor de su correspondiente *pars honorum*.

b) Otra posición, radicalmente opuesta, que parece arrancar de unas palabras de la Exposición de motivos de la Ley Hipotecaria de 1861 (457), asimila casi totalmente los legatarios de parte alícuota a los herederos. En esa línea conceptual podemos colocar las opiniones de los hipotecaristas Galindo y Escosura, Barrachina, Morell y Campuzano (458) y la muy reciente de Armero Delgado (459).

El Tribunal Supremo en los considerandos de sus Sentencias de 16 de octubre 1940 y 11 enero 1950, parece que se suma a esa tendencia resumida en las siguientes características:

1.ª Sólo el heredero es «continuador de la personalidad del causante», característica que falta en el legatario de la parte alícuota.

2.ª Ambos tienen por nota común «ser sucesores a título de atribución de bienes indeterminadamente», «y esta 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 matemáticamente el contenido económico de la herencia y del legado, previa deducción de cargas y gravámenes, que-

(457) Decía que, el legatario parciario, «más que legatario puede considerarse como heredero: su condición es parecida en muchas cosas a la de éste».

(458). Locs. ult. citis.

(459) Op. cit., I, núm. 34, pág. 41.

dando equiparados en este aspecto por idéntico interés el heredero y el legatario de parte alicuota».

3.^a El legatario parciario «adquiere, por la propia naturaleza de la institución, una condición asimilable a la del heredero a beneficio de inventario». Y así, estando «supeditado como el heredero, a la liquidación del caudal hereditario, habrá de participar en ellas (en las deudas), proporcionalmente a su cuota hasta el límite del haber líquido y no más».

En consecuencia, parece que el criterio distintivo se centra: α) en el dato de «la continuación de la personalidad del causante», que falta en el legatario parciario; y, β) en su responsabilidad por las deudas hereditarias «proporcional a su cuota hasta el límite del haber líquido», semejante a la del heredero a beneficio de inventario, sin necesidad de cumplir los requisitos formales exigidos a éste por el Código civil.

Esta caracterización nos parece deficiente.

En primer lugar, como entre nosotros expuso mi maestro Alguer (460), «las fórmulas de la continuación y representación de la personalidad son equivocadas en cuanto se quiera dar a las palabras el sentido positivo y jurídico que tienen. Personalidad significa capacidad: pues bien, el heredero no deriva su capacidad del difunto, no suprime ni duplica su personalidad. Representación significa no el ser investido como titular de un derecho, sino ejercitarlo en nombre ajeno; pues bien, el heredero es titular de los derechos y relaciones de la herencia y no obra en nombre del difunto sino en nombre propio».

Y en segundo término, no se separan debidamente los conceptos de responsabilidad y afección, ni se deslinda la posición del legatario parciario frente a los acreedores de la herencia y sus relaciones con los herederos. Precisamente, los prejuicios derivados de la idea de la continuación de la personalidad del causante y de la concepción de la herencia como *universitas*, contribuyen a esa falta de matización. La figura del legatario parciario sólo puede ser explicada con claridad, partiendo de la concepción que considera como característica básica de la posi-

(460) Loc. cit., pág. 136 y s. Siguiendo a BONFANTE, *Il concetto dommatico dell'eredità nel Diritto romano e nel Diritto moderno*, en «Scritti Juridici Varii» (vol. cit., págs. 178 y ss.), expone cómo la doctrina de la continuación de la personalidad del heredero por el difunto comienza no siendo más que una metáfora o una ficción para expresar en una fórmula intuitiva, en una bella semejanza, el efecto más aparente, y que aún perdura en la *successio in universum*. esto es, el suceder también en las deudas incluso *ultra vires hereditatis*, o sea más allá del activo hereditario. Tal es el valor que tiene la fórmula en la Novela XLVIII de Justiniano, que en su proemio dice: «cum utique nostris videtur legibus unam quodammodo esse personam heredis et qui in eum transmittit hereditatem.» Los glosadores la declaran una *factio*. Pero posterior e insensiblemente comienza a adquirir la importancia de una preciosa construcción jurídica (Grocio, Cuccėjo, Wolf, Puffendorf). SAVIGNY le da colorido y la desenvuelve. Pero hacia fines del siglo XIX, los autores más autorizados, como Bruns, Windscheid, Brinz, Ihering, la abandonan.

ción jurídica de heredero su *suceder al difunto en su posición jurídica*, es decir, en todas sus relaciones patrimoniales activas y pasivas.

γ) González Palomino (461), buscando un criterio menos borroso y más objetivo que el inspirador de la Sentencia de 16 octubre 1940, creyó encontrarlo en este dilema: «O se es heredero, y en este caso se tiene un llamamiento universal, o se es legatario, y no se tiene un llamamiento al todo. Lo que no se puede ser es heredero «universal» en una cuota o parte alicuota».

Explicación: «El legado de parte alicuota, por definición, es la atribución de una parte de la herencia. Precisamente por ello, también por definición, no es, ni puede ser, un llamamiento a toda la herencia: un llamamiento universal». En cambio: «En la institución de herederos no puede haber cuotas o partes ni límites...». «La institución de varios herederos es siempre caso de convergencia solidaria, sea cualquiera la cuota de distribución. Los herederos instituidos, *resultarán*, en definitiva, cada uno adquirente de una cuota. Pero ese resultado se deriva del hecho del concurso no de la institución. En la institución no cabe mancomunidad. La fijación de cuota en la institución de herederos, es siempre un caso de legado de parte alicuota, de llamamiento limitado, rígido, singular. La fijación de cuotas de institución hace que cada llamado lo sea a un objeto (cuota) distinto. Se tratará de *llamamiento simultáneo divergente*».

Como consecuencia práctica, dedujo González Palomino:

La cláusula de institución de varios herederos, que «implica un llamamiento universal *solidario en la institución y mancomunado en la distribución*», «deja campo al *acrecimiento*». En cambio, la cláusula que disponga dos legados de parte alicuota, caso de «*llamamiento mancomunado en la propia institución*», o «*llamamiento simultáneo divergente*», no deja lugar al *acrecimiento*.

En otra ocasión (462), señalamos la inexactitud de dos bases de esta construcción de González Palomino: la pretendida distinción entre cuota y parte alicuota, y el parangón de aquellas cotitularidades con las situaciones de mancomunidad y solidaridad. «No es posible—concluíamos—repartir entre dos figuras tan antagónicas como las de solidaridad y mancomunidad, todas las formas de cotitularidad. La realidad es demasiado rica en matices para dejarse encerrar en líneas tan simplistas y rígidas.»

En cambio, igualmente subrayamos la maravillosa intuición de este jurista, de tan agudo ingenio, al distinguir el llamado a *coparticipar en el todo* (coheredero) de aquel a quien se le asigna a *título singular una cuota concreta del haber* (legatario de parte alicuota). «Ello, sin necesidad de llegar... a una exagerada distinción entre cuota o parte alicuota.» Por cuya razón matizamos después las

(461) Loc. últ. cit., págs 528 y ss.

(462) «Imputación de legados...», loc. cit., págs. 316 a 318.

formulas siguientes: *Legatario parciario*—«llamado a título singular a una cuota o parte alicuota concreta». *Herederero de cuota o parte alicuota*—«llamado a una cuota, parte alicuota o no, como copartícipe del todo junto con los demás coherederos testamentarios o abintestato».

La razón de esa última posibilidad está en la negación, por el art. 764 C. c., del principio «*nemo pro parte testatus el pro parte intestatus decedere potest*». Al estudiar esa cuestión expusimos que el Código civil, sin contradecir el postulado de la universalidad del título de heredero, en cambio, ha venido a negar, con dicho precepto, la necesidad de que abarquen todo el as los herederos escritos o testamentarios llamados a una cuota cuando falten otros llamados por el testador para participar en las demás partes de la herencia. Aun en este caso, han de coparticipar, tanto de ese título universal como de su contenido económico, con otros herederos: los llamados por la ley *ab intestato*, que nunca pueden faltar, pues en último término lo es el Estado.

Con ello desaparece el carácter, antes necesario, de universalidad de la institución testamentaria. Es decir, se borra una de las especies del derecho de acrecer, que más exactamente era un derecho de no decrecer. El Código civil sólo admite el acrecimiento inspirado en la conjunción de llamamientos, inspirado en la interpretación legal de la voluntad del estador, que es aplicable tanto a los herederos como a legatarios y fideicomisarios.

Por lo tanto, falla doblemente la consecuencia práctica deducida con el criterio distintivo elegido por González Palomino. Pues: puede tener lugar el acrecimiento entre legatarios parciarios llamados conjuntamente: y, en cambio, hoy no actúa a favor de los herederos individualmente llamados a una cuota.

Además, aun con esas correcciones, hechas por nosotros, este criterio distintivo tampoco queda matizado suficientemente. Ni el concepto de legado de parte alicuota es expresado de modo completo al decir simplemente que consiste en una atribución concreta de cuota a título singular. Conviene explicar su esencia más detalladamente.

(463) *Loc. cit.*, pág. 143. Asimila su posición a la «de un heredero excusado del gravamen de deudas». Afirmación que concuerda con aquella otra de De Buen («Derecho civil», págs. 843 y s.) de «que para ser posible el legado parciario es necesario aceptar que el testador puede transmitir a una persona una parte alicuota de la herencia sin concederle la representación de la misma para los efectos del pago de las deudas».

(464) *Op. cit.*, pág. 142. Concretamente dice: «Sucede en una cuota abstracta de la masa hereditaria... y está afectado por las deudas del causante, que reduce el valor e importe de su cuota; pero no responde de ellas con sus bienes propios, ni propiamente hablando es un sucesor en las mismas».

(465) «Estudios...», vol. cit., pág. 200. Resume así su posición: «Creemos que el legatario parciario debe percibir su cuota *in natura* en bienes hereditarios, según las reglas de la partición, y que respecto a las deudas hereditarias, en la partición ya debieron ser tomadas en cuenta para fijar el haber líquido parible; y si aparecen deudas hereditarias desconocidas, el heredero podrá re-

d) Según Alguer (463), Angel Sanz (464), Roca Sastre (465), Puig Brutau (466), Ortega Pardo (467) y Núñez Lagos (468), por ser exclusivamente el heredero el continuador de las relaciones jurídicas del causante, sólo él responde frente a los acreedores de las deudas de la herencia, mientras que el legatario parciario simplemente adquiere una cuota del activo líquido de la que es cotitular. La participación de éste no es *pars hereditatis*, sino una *pars bonorum*. Por ello las deudas le afectan en cuanto disminuyen el activo, pero no responde personalmente de ellas ante los acreedores.

Ese es nuestro criterio, que vamos a expresar en los dos siguientes esquemas:

1.º El heredero sucede *in loco ius*. Ocupa la misma posición del causante en todas y cada una de sus relaciones jurídicas. Si los herederos son varios, su posición en cuanto a las relaciones pasivas tiene carácter solidario.

El causante, que al atribuirles su activo pudo o no designarlos como sucesores suyos, si se decidió a concederles ese carácter dejó fuera de su propio alcance la posibilidad de modificar su consiguiente responsabilidad. Por la misma razón por la que tampoco hubiese podido afectar por actos inter vivos a los titulares activos de sus propias deudas (art. 1.205 C. c.). Sólo a efectos internos puede señalar el débito correspondiente a cada uno de sus herederos, pero sin alterar los derechos de los acreedores.

En cambio, las relaciones activas son coparticipadas mancomunadamente por los coherederos: aunque, individualmente, esta participación no se concreta en cuotas, ni siquiera ideales, de los

clamar del legatario de cuota que le abone la parte correspondiente a esta cuota que el heredero debe haber satisfecho, de modo que, siempre la responsabilidad por deudas hereditarias se concentra en la cabeza del heredero y sólo contra él tienen acción los acreedores de la herencia».

(466) Loc. cit., pág. 143. «Consisten—dice hablando de los legados parciarios—en la atribución al legatario de una cuota de activo hereditario, de manera que las deudas de la herencia le afectan *a priori*, pero sólo en cuanto disminuyen el caudal partible sobre el cual ha de proyectarse aquella cuota. Ni el legatario de parte alicuota ni el legitimario asumen personalmente las deudas de la herencia, ni tan siquiera en proporción a su cuota, pues ésta sólo es efectivamente percibida cuando el activo ha sido superior al pasivo». El posterior conocimiento de deudas antes ignoradas sólo dará lugar, respecto a la adjudicación hecha al legatario parciario, a la consiguiente rectificación «de las operaciones de liquidación, división y adjudicación».

(467) «Heredero testamentario y...», loc. cit., pág. 327 y s. «Lo relevante para ser considerado legatario—dice—es simplemente recibir un valor patrimonial, sin transformarse en nuevo titular de una serie de relaciones jurídicas vacantes. Por ello los legatarios no responden de las deudas del difunto...», «el heredero es un sucesor y el legatario un adquirente; el primero continúa la titularidad de unas relaciones jurídicas y el segundo recibe tan sólo un valor patrimonial; aquél ocupa frente a terceros la posición del difunto con referencia a determinadas relaciones y éste permanece extraño frente a los terceros».

(468) Prólogo cit., pág. XXVII y «Rev. Gral. de Leg. y Jur.», vol. cit., página 407. «No responde el legatario de parte alicuota porque las deudas disminuirán—*deductio*— el *as hereditario* hasta privar totalmente de contenido económico la alicuota del legatario, pero éste jamás responde con sus bienes propios».

bienes singulares del haber. La titularidad de cada cosa queda transitoriamente indeterminada entre los coherederos.

Pero el testador puede preordenar la sucesión de estas relaciones activas, evitando de antemano esa situación de indivisión e indeterminación. Por tanto, cabe disponer mortis causa del activo con la misma amplitud que por medio de donaciones inter vivos.

2.º El legatario parciario no sucede en las relaciones jurídicas del causante. Este le atribuye una cuota del activo líquido. Por ser líquida, le deben afectar las deudas de la herencia, aunque no le obliguen personalmente.

Pero esa cuota de activo no es atribuida como un mero crédito contra los herederos. Igual como en el legado de cosa cierta se atribuye de modo inmediato. Aunque, a diferencia suya, en forma indeterminada en cuanto al objeto definitivo en el que debe cristalizar. Por ello, en cada uno de los bienes de la herencia le corresponde al legatario parciario un derecho indeterminado, indiviso y abstracto, de naturaleza semejante al que corresponde a los herederos.

Este dato separa evidentemente el concepto de legatario parciario, según el actual régimen, del que fué configurado en el derecho romano clásico. El origen de ese cambio se halla en la innovación de las leyes 20 de Toro y 1.º, tít. XIX del Ordenamiento de Alcalá, que borraron las razones inspiradas en los frags. 26 § 2 y 27, título único, libr. XXX del Digesto, que lo entendían como legado damnatorio. Ciertamente, según vimos, que entre los clásicos castellanos no preponderó el criterio de dar tanta trascendencia a dichas innovaciones. Pero, en Derecho vigente, los preceptos del art. 1.038 L. E. C. y de los arts. 42 núm. 7 L. H. y 146 y 152 R. H., así como la doctrina de las sentencias de 16 octubre 1940 y 11 enero 1950, nos demuestran que aquellas viejas innovaciones castellanas han dado hoy todo su fruto.

Matizando diferencias, Roca Sastre (469) y Puig Brutau (470) exponen certeramente las que separan al legatario de parte alícuota del heredero a beneficio de inventario. El primero critica el tecnicismo de la sentencia de 16 octubre 1940, a la par que aclara: «El heredero con beneficio de inventario tiene su responsabilidad limitada en el *quantum* respecto de las deudas hereditarias; pero no por esto deja de ser titular pasivo de ellas, como subrogado en la misma posición jurídica del testador, mientras que el legatario parciario nunca deviene deudor personal de ellas, pues él sólo adquiere bienes, pero no se subroga por vía de *successio* en el débito y consiguiente responsabilidad; él sólo verifica una *adquisitio per universitatem*, y por ende, las deudas de la herencia le afectan *a priori*, por cuanto disminuyen el caudal líquido hereditario partible, como si respondiera de ellas tan sólo *ob rem*, o sea como desfalcos o detri-

(469) Loc. últ. cit., págs. 198 y s.

(470) Loc. cit., pág. 142, nota 33.

mentos de la herencia en sí (471). Tampoco es cierto que el legatario de cuota *haya de participar proporcionalmente en las deudas* a proporción de su cuota y no más, o sea, *intra vires*, a no ser que esta participación se entienda en sentido económico, o sea, de merma en el valor que deba percibir el legatario, pues participa en ellas en este aspecto, pero no como personalmente obligado en virtud de la *successio*, pues ello es propio tan sólo del heredero».

E) Régimen vigente del legado parciario.

Para precisar la figura que estudiamos, conviene examinar, punto por punto, qué régimen le corresponde atendidos sus precedentes históricos, su escasa regulación legislativa, la jurisprudencia del Tribunal Supremo y la doctrina general que de todo ello pueda deducirse.

Trataremos de sintetizarlo esquemáticamente en las proposiciones siguientes:

1.^a Como no son herederos, el testamento que disponga uno o varios legados de parte alicuota sin designar herederos no puede ser impugnado por preterición (S. 15 enero 1918). En dichos supuestos no entra en acción el art. 814, sino en su caso el art. 317 C. c. Por eso tales legatarios parciarios no están legitimados pasivamente para que contra ellos se ejercite la acción de nulidad de la institución de herederos fundada en vicio de preterición.

2.^a El derecho del legatario de parte alicuota está supeditado al resultado de la liquidación de la herencia. Solamente será efectivo el derecho de los legatarios parciarios cuando reste activo líquido por

(471) Según GINOT (loc. cit., pág. 1902) el Código civil ha establecido en su art. 1.024 un sistema de responsabilidad *cum viribus* del heredero que acepta a beneficio de inventario, y «la consiguiente administración que implica un proceso de liquidación de la herencia con fines de pago preferente de los acreedores y legatarios». Pero, en realidad, ese procedimiento liquidatorio no supone sino la suspensión temporal de la responsabilidad del heredero con su patrimonio privativo. Mientras no se haya concluido el inventario no se conoce la responsabilidad personal del heredero, y terminado éste, pero en trámite la fase liquidatoria, la responsabilidad personal sigue en suspenso porque, en manos de la administración, se halla pendiente la satisfacción de las deudas hasta donde alcance el activo. La responsabilidad limitada, «*pro viribus*», personal del aceptante a beneficio del inventario se percibe después de concluido el procedimiento si entonces aparecen nuevas deudas.

Del art. 858, § 2, superficialmente examinado, tal vez se podría pretender deducir que el legatario, en nuestro Derecho, responde *pro viribus* y no meramente *cum viribus*. Pero esa afirmación no puede ser aceptada sin establecer una previa distinción y su consiguiente salvedad. El legatario al aceptar su legado se hace personalmente responsable *pro viribus* de cuantas cargas el testador le impusiere: sublegados, *modus*, o imposición de pagar determinadas deudas (lo que no excusará la responsabilidad personal solidaria de los herederos, sin perjuicio del derecho que les asista para hacer citar al legatario gravado, y luego para repetir contra él).

En cambio, no responde de las demás deudas de la herencia. Existiendo herederos, tan ciertos supuestos, como el expresado en el art. 1.029, o el que referimos en el texto, los bienes estarán afectos, es decir, las sufrirán *cum viribus*, pero nunca responderán *pro viribus*.

distribuir, después de pagadas las deudas, de satisfacerse el suplemento de los legitimarios, en caso de deberse, y una vez cumplidos los legados que, de modo general, afecten a la herencia.

Por eso, Manresa (472), Valverde (473) y Morell (474), estimaron que los legados parciarios, por estar supeditados a la entidad del caudal, tienen la desventaja de que les son preferentes los remuneratorios y los demás legados que se determinan en el art. 887.

Es de subrayar, como otra diferencia entre el heredero y el legatario de parte alicuota, que el título del primero es efectivo aunque en la herencia el activo sea superado por el pasivo. Mientras que, en este mismo caso, el derecho del legatario parciario se reduce a una mera facultad de inspección contable de la partición. La causa de tal diferencia reside precisamente en la doble circunstancia decisiva de que el heredero es continuador de las relaciones jurídicas, activas y pasivas, del causante, mientras que el legatario parciario sólo es un adquirente de una parte del activo neto de la herencia, si lo hubiere.

3.º Los herederos no gozan actualmente de la opción que les concedió el Derecho romano, facultándoles para satisfacer la *partitio legata* pagando su estimación. El antecedente histórico de la ley 20 de Toro, como indicó Roan (475), nos parece decisivo en este aspecto.

4.º Los legatarios de parte alicuota pueden accionar el juicio de testamentaria (art. 1.038, núm. 3, L. E. C.). Salvo cuando el testador se lo hubiere prohibido. Prohibición que es facultativa en éste, tanto con relación a dichos legatarios parciarios como a los herederos voluntarios.

5.º En cualquiera de ambos supuestos pueden pedir la anotación preventiva de su derecho. Igual como los herederos. El artículo 42 L. H. ha sido aclarado en este sentido, por los arts. 146 y 152 R. H. (476).

6.º No suceden al causante en sus relaciones jurídicas. Por ello los créditos y las deudas de la herencia sólo pueden ejercitarse a favor y en contra de los herederos. El mismo concepto de legado de parte alicuota así lo impone.

Es cierto que el testador puede imponer a un legatario, parciario o no, el pago de alguna o algunas de sus deudas. Pero, aún en

(472) Op. y vol. últ. cit., pág. 530.

(473) Op. y vol. últ. cit., pág. 327.

(474) Op. y vol. últ. cit., pág. 135.

(475) Loc. cit., pág. 784.

(476) Con estos dos preceptos ha quedado resuelta la vieja polémica mantenida acerca de la situación del legatario de parte alicuota en caso de haberle prohibido el testador la interposición del juicio de testamentaria. Especialmente es explícito el art. 152, que afirma: «A los efectos de las anotaciones preventivas reguladas por los artículos anteriores, los legatarios de parte alicuota se considerarán asimilados en todo caso a los herederos». Por tanto se da la razón a Galindo y Escosura, Morell y Campuzano, rechazándose la tesis de Gayoso (ver sus opiniones en los lugares anteriormente citados.)

este caso, su posición presenta claras diferencias con la del heredero. Así:

a) El legatario parciario, con respecto a las deudas que le son encomendadas, no responde como sucesor del testador, sino como sujeto pasivo de una carga impuesta a su legado. Por ello, le es de aplicación el art. 858, § 2.º y no el art. 1.003 C. c.

b) Aún en este supuesto los herederos no quedarán dispensados de su responsabilidad solidaria por dichas deudas. Seguirá siéndoles de aplicación, en cuanto a ellas, lo que dispone el art. 1.084 Código Civil.

γ) Otra diferencia evidente entre la posición de los legatarios encargados de pago de deudas y la correspondiente a los herederos es la siguiente: Estos responden solidariamente de todas las deudas del causante, aun de aquellas cuyo pago no se encargó a otras personas. Los legatarios gravados con el cumplimiento de cargas, sólo responden personalmente—*intra vires* y *pro viribus*—de aquellas cuyo pago les haya sido expresamente encomendado, y nunca de las atribuídas a otros legatarios.

7.º En cambio, los legatarios de parte alicuota entran en la misma especial situación de comunidad en que se hallan los coherederos antes de la partición con respecto a los bienes hereditarios. El Reglamento Hipotecario y la jurisprudencia del Tribunal Supremo y de la Dirección General de Registros y del Notariado así lo han confirmado en los preceptos, sentencias y resoluciones antes citados.

A primera vista, parece que esta conclusión se contradice con la que antecede. Pero no es así (477).

No olvidemos el régimen distinto que, en Derecho romano, en orden de comunidad hereditaria, tuvieron los créditos y deudas de una parte y los bienes de otra (478). Nada impide que hoy en distinto orden suceda algo semejante.

(477) Notemos que el concepto de relación jurídica no es idéntico en las relaciones obligatorias que en las reales (a pesar de la, hoy declinante, teoría obligacionista de los derechos reales). La concepción romana del *cinculum iuris* era aplicable a créditos y deudas, pero no a las titularidades, totales y parciales, de objetos del mundo físico.

(478) Es sabido que en Roma la ley de las Doce Tablas reglamentó la división de la herencia, modificando con toda probabilidad el antiguo régimen. Las obligaciones—deudas y créditos—se dividían *ipso iure* entre los herederos, de modo que cada uno de ellos se convertía, inmediatamente a su adquisición en deudor y acreedor *pro parte*; mientras, por el contrario, los demás bienes quedaban formando parte de la comunidad hereditaria sujeta a partición (ver BONFATE, «Instituciones...», § 108, pág. 573; SHOM, op. cit., § 100-V-I, pág. 573; ARTAS RAMOS, op. cit., § 381, págs. 611 y s).

El Proyecto de 1851, en su art. 932, transformó esa división *ipso iure* de las deudas en un régimen de solidaridad pasiva (ver GARCÍA GOYENA, «Concordancias...», vol. cit., pág. 280), que recoge el vigente art. 1.084 C. c. Los créditos, en cambio, no se dividen hoy *ipso iure*, pero su titularidad por todos los herederos tampoco tiene carácter solidario. Con los demás bienes forman el contenido de la comunidad hereditaria susceptible de partición. En el Código civil no hay base para sostener otra solución respecto a su titularidad.

Además, si el dominio de la cosa específica legada pasa al fallecer el testador, *ipso iure*, a ser de los legatarios, a pesar de que el heredero deba entregarles su posesión, que no pueden ocupar por sí, ¿qué inconveniente puede haber en que los legatarios de parte alícuota puedan participar con los herederos, en esa cotitularidad, transitoriamente indeterminada entre ellos, que sobre cada bien de la herencia refleja la llamada comunidad hereditaria? (479).

Una particularidad tiene, no obstante, la participación de los legatarios parciarios en esta titularidad, transitoriamente indeterminada entre el círculo de los posibles sujetos definitivos constituido por herederos y legatarios parciarios. Cuando de este círculo tan sólo forman parte los herederos, el número quebrado representativo de la participación de cada uno de ellos prefija la proporción de su parte correspondiente tanto en el activo bruto como en el neto. En cambio, el quebrado asignado a los legatarios de parte alícuota sólo puede referirse al residuo líquido. En este sentido, puede decirse que la titularidad definitiva de cada heredero está indeterminada en su contenido concreto, pero se conoce cuantitativamente en conjunto su alcance con relación al activo bruto. Y en cambio, la titularidad definitiva de los legatarios parciarios, no sólo se halla indeterminada objetivamente entre los bienes que componen el caudal, sino incluso cuantitativamente con relación al haber bruto.

(479) La naturaleza de la comunidad hereditaria ha sido muy discutida (ver la nota 333 de la primera parte de este trabajo). La inaceptabilidad del llamado derecho hereditario, como algo más que una ficción, impone que rechacemos la tesis de ROCA SASTRE que explica aquella comunidad refiriéndola a la herencia considerada como *universum ius* (ver «Derecho hipotecario», II, pág. 535 y s.). Por eso hay que examinar la situación de cada uno de los derechos integrantes del haber. Según COSSÍO (op. cit., págs. 185 y s.), sobre cualquier bien de la herencia se produce una comunidad germánica en mano común. Para CHAMORRO («Los derechos hereditarios», en Rev. Gral. Leg. y Jur., T. 169, primer semestre 1941, págs. 331 y s.), esas múltiples comunidades son de tipo romano, pero, con la particularidad de que los copartícipes carecen de poder para disponer individualmente de las cuotas ideales que respectivamente les corresponden en cada bien de la herencia. FEDERICO DE CASTRO («Derecho civil de España», vol. cit., págs. 584 y s. y notas 3 y 1, respectivamente, de dichas páginas), se decide por «la indeterminación limitada y transitoria de sujeto de cada uno de los derechos subjetivos concretos que contenga la masa patrimonial», concluyendo que hay «una cotitularidad patrimonial que no supone un derecho en o al patrimonio como objeto, sino que es el título patrimonial (ser heredero) que se manifiesta en la titularidad de la situación interina existente respecto a cada derecho subjetivo que comprenda el patrimonio; respecto a cada uno de estos derechos subjetivos, la pluralidad de sujetos tiene la titularidad interina y cada uno de los sujetos cotitulares tiene una titularidad preventiva correspondiente a su derecho eventual».

Sobre la indisponibilidad de cuotas indivisas de cualquier bien de los de la herencia no partida, según el Derecho romano, ver el interesante trabajo de NAVARRO AZPÉTTIA «La contratación sobre Derecho hereditario e indivisos en Cataluña» (conferencia leída en el Ilustre Colegio de Abogados de Barcelona el 17 de febrero de 1943, publicada en «La Notaría», año LXXIX, primer trimestre 1934, págs. 30 a 37, concretamente).

8.º En cuanto a los frutos de la porción correspondiente al legatario parciario, como expone Roca Sastre (480): «por tener el mismo (legatario) una *pars bonorum* en la herencia, los frutos de su cuota parte son suyos, le pertenecen, de modo que hay que aplicar el art. 882, y no el 884 del Código civil». Lo mismo opinamos, coincidiendo con el citado maestro, en cuanto a la determinación del momento del tránsito al legatario parciario del *periculum* y el *comm unum* de los bienes hereditarios, en proporción a su parte alícuota (art. 882, § 2.º).

9.º Como consecuencia de que los acreedores del causante solamente pueden accionar contra los herederos, y de que por otra parte el legatario de cuota tiene supeditada la entidad de su derecho al resultado de la liquidación de la herencia, fluye la posibilidad de acción del heredero contra el legatario parciario para hacer el correspondiente reajuste de la cuota de éste después de hecha la partición.

Son, hoy, innecesarias al efecto las estipulaciones *partis et pro parte*. Dicho resultado se obtiene gracias a la esencia y contenido de los derechos respectivos del heredero y del legatario parciario. Sin perjuicio de que, además, pueda resultar de aplicación la doctrina general del error («in quantitate») (art. 1.266, § 3.º).

Roca Sastre (481) cree aplicable por analogía el art. 1.534, así como el 1.533, dispuestos para la venta de herencia.

10.º Si bien antes de la partición sólo los herederos pueden cobrar los créditos de la herencia, lo que por dicha causa perciban debe acrecer en la masa partible. Salvo lo que inviertan en pago de deudas de la herencia o en gastos comunes. Si después de hecha la división, percibirán algún crédito no adjudicado deberán satisfacer a los legatarios parciarios la parte que les correspondía (482). Estos, en su caso, sólo podrán actuar contra los acreedores utilizando la acción subrogatoria si se dieren los supuestos legales del artículo 1.111 C. c.

11.º Sin duda alguna los legatarios de parte alícuota pueden intervenir en la partición, ya que ese derecho se reconoce incluso a los simples acreedores de los herederos (art. 1.083). Pero el problema estriba de decidir si esa intervención es necesaria para la plena

(480) «Estudios...», vol. cit., pág. 200.

(481) Loc. últ. cit., pág. 199.

(482) Más dudosa es la cuestión de si los herederos podrán cancelar, sin el concurso de los legatarios, las garantías reales que protejan a los créditos hipotecarios. No olvidemos los distintos regímenes de capacidad y legitimación exigidos para el cobro y para la cancelación. Baste, por ahora, recordar lo que dispone el apartado 1.º del art. 178 del Reglamento Hipotecario. Así como el criterio de la ley 8 (Codex III-XXXII): «La acción personal se divide entre los herederos atendiendo a la parte de cada uno, pero habiéndose obligado muchas cosas por prenda que varios poseen, toda vez que la reivindicación de ellas no obliga a la persona, si no siguen a la cosa, los poseedores que las detentan no son reconvenidos cada uno en proporción de la cosa particular que poseyere, sino solidariamente, a fin de que o paguen todo lo que adeudan, o restituyan lo que posean».

validez de la partición, y en determinar el alcance de dicha intervención. Es decir, hay que precisar si dicha intervención es una mera fiscalización, o bien una participación activa en dichas operaciones.

Roan (483) ha entendido que el legatario parciario, por «no ser un cotitular de la comunidad hereditaria», no puede «pedir la división de la misma, sino tan sólo la entrega del legado (art. 885)». También Manresa (484) y Valverde (485) estiman que este legatario, como los demás, debe pedir a los herederos la entrega de su legado conforme al art. 885. En este mismo sentido se expresó GAYOSO (486).

Roca Sastre, en su «*Derecho hipotecario*» (487), afirmó que los legatarios parciarios «no deben intervenir como partes en la partición», pero que, además de poder promover juicio de testamentaria, «pueden también fiscalizar la partición». En cambio, en sus «*Estudios de Derecho privado*» (488), entiende «que no le es aplicable (al legatario parciario) lo dispuesto en el art. 885 del Código civil, en el sentido de no necesitar entrega o tradición del heredero», de modo que como si fuera heredero en este respecto, tiene derecho a intervenir y efectuar la liquidación y división de la masa hereditaria, y por tanto, a que se le adjudique el lote de bienes correspondientes, conforme a las reglas de la partición (489).

A juicio nuestro hay que distinguir dos cuestiones diferentes: La relativa a la posesión, o coposesión, de los bienes hereditarios y la de su propiedad, o copropiedad. Y, en consecuencia, diferenciar de una parte la entrega de la posesión por los herederos a los legatarios y de otra la división de la cotitularidad.

De momento nos interesa ese segundo aspecto. Si el legatario parciario es titular de una cuota del activo líquido, no hay duda que deberá intervenir como parte en la división. Por lo menos en algunas de sus operaciones. La única duda se refiere a si su intervención debe limitarse al avalúo, la liquidación y la comprobación de los valores de las hijuelas, o si también, puede discutir la composición de dichos lotes y su adjudicación. Tal vez, como la cualidad de heredero lleva consigo la de executor nato de la voluntad del causante (art. 911 C. c.), cuando éste no hubiere designado otra persona a dicho fin (comisario, contador-partidor, albacea con facultades particionales), jurídicamente no podrá discutirsele la facultad de determinar la composición del lote correspondiente al legatario parciario, una vez éste se halle conforme con las valoraciones

(483) Loc. cit., pág. 748.

(484) Op. y vol. últ. cits., pág. 593.

(485) Op. y vol. últ. cits., pág. 327.

(486) Op. y vol. cits., pág. 331.

(487) Vol. II, pág. 646.

(488) Vol. II, pág. 197.

(489) Añadiendo que por responder a esta idea la Resolución de 4 de noviembre de 1935, aplica el último párrafo del art. 1.057 del Código civil cuando en la herencia están interesados menores o sujetos a tutela, no sólo en calidad de herederos sino como legatarios de parte alicuota.

efectuadas. Es decir, debe reconocerse a los herederos una preferente facultad de elección del contenido de sus cuotas; pero respetando siempre la proporción valorativa correspondiente y los valores prefijados de acuerdo con los legatarios de parte alicuota. Situación parecida a la que se daría en el condominio ordinario cuando se hubiere concedido a alguno de los copropietarios una preferencia para poder elegir su lote entre los formados de común acuerdo por todos los comuneros (490).

12.º En cuanto al problema posesorio coincidimos con Roan (491). Al legatario de parte alicuota no se le transmite la posesión llamada civilísima del art. 440 C. c. Este precepto otorga esa *possessio ficta* precisamente a los herederos. Por ello, los legatarios de cuota no serán coposeedores; y, consiguientemente, una vez formado su lote, los herederos deberán ponerles en posesión del mismo, sin que aquéllos puedan ocuparlo por propia autoridad (artículo 885 C. c.). Claro que esa entrega de posesión podrá verificarse *escriturariamente* en el otorgamiento del instrumento particional.

13.º En cuestión de acrecimiento, es evidente que a favor del legatario parciario jamás actuó el llamado derecho de acrecer necesario, o de no decrecer, derivado de la universalidad del título de heredero.

No obstante, esa diferencia con los herederos aparece borrosa a consecuencia de la derogación del principio *nemo pro parte testatus et pro parte intestatus decedere potest*. El heredero instituido en una cuota tampoco goza de acrecimiento respecto de las demás no dispuestas o vacantes: a éstas se entienden llamados los herederos abintestato.

En cambio, si el heredero es llamado sin designación de cuota, es decir, a toda la herencia en general, es evidente que se beneficiará con las vacantes de los legados de parte alicuota.

Por lo tanto, debe distinguirse el supuesto de distribución de la herencia en cuotas, atribuyendo unas a título de herencia y otras como legados parciarios, y la hipótesis de institución de heredero que abarque todo el *as*, a la par que se le grava con la imposición de algún legado de parte alicuota.

En el primer caso, de producirse la vacante de un legado parciario, siguiendo rigurosamente la letra del Código civil, su cuota no acrecerá a los instituidos en otras cuotas—conforme resulta de los arts. 764, § 2, 982, núm. 1 y 983, § 1—sino que pasará a los herederos abintestato—arts. 764, § 2, 986 y 912, núm. 2, ap. 2—. Solución que no deja de ofrecer dificultades, tanto dogmáticas como prácticas (492). En la otra hipótesis, la institución universal se libe-

(490) Siendo varios los herederos, la elección de los lotes que deban elegir o sortearse entre ellos, determinarán, por exclusión, el lote o lotes correspondientes al legatario o legatarios parciarios.

(491) Loc. cit., pág. 747. *in fine*.

(492) Puede plantearse si los herederos abintestato, al quedar vacante un legado de cuota, entrarán en la sucesión como herederos o como legatarios

ra de un gravamen, el caducar el legado parciario que sobre ella pesaba (493), por eso es el instituido heredero testamentario el que se beneficia de dicha caducidad.

El derecho de acrecer recogido en el Código civil, que exclusivamente depende de la conjunción de llamamientos, puede ser aplicado a los legatarios parciarios, lo mismo que los legatarios de cualquier otra especie, siempre que se reúnan las circunstancias exigidas en el art. 982, en relación con el 983. Así resulta claramente de lo preceptuado en el art. 987 C. c.

14.º Dudosa nos parece la cuestión de si el legatario parciario gozará o no del retracto previsto para los coherederos en el artículo 1.067 C. c. (494). La solución depende de las que se acepten para otros dos problemas. Primeramente del ya discutido, en torno a si el legatario parciario es cotitular de los bienes del caudal relicto o si es un mero acreedor de cuota. En segundo lugar, de la determinación de la *ratio legis* del art. 1.067; es decir, de si el retracto, que en el mismo se reconoce se atribuye a los coherederos como tales coherederos o si, por el contrario, es una aplicación del retracto de comuneros, a consecuencia del carácter de cotitulares del activo hereditario que a los herederos corresponde, siempre y cuando no falte dicho activo (495).

parciarios. Nos inclinamos por la primera opinión. Pues, si los herederos instituidos en las otras cuotas respondían frente a los acreedores de la totalidad de las deudas inclusive de las proporcionalmente correspondientes a la cuota legada, era más a consecuencia de lo preceptuado en el art. 1.084 C. c., que por la exclusión del carácter de heredero en el asignatario de aquella cuota. No obstante, en la distribución interna del sustraendo, que para el activo supone el pasivo, debían participar igualmente herederos y legatarios parciarios.

El sucesor abintestato a quien la ley le llamó como heredero, aún en caso de serlo de una cuota, será coheredero de los instituidos por el causante en su testamento. Y, esto le hará participar de aquella responsabilidad solidaria de todos los herederos.

(493) Notemos, no obstante, que lo mismo sucedería en el caso de que a un legatario de cuota se le gravase con un sublegado de cuota menor. Eso demuestra que el resultado no depende de la expansión del título de heredero, sino de la circunstancia de que el legado, como el sublegado, gravan a otra persona llamada a la misma porción, o a otra mayor que comprenda aquella. La caducidad de la carga naturalmente beneficiará al gravado por ella.

(494) La solución negativa está más de acuerdo con la letra del artículo. De ese criterio es ROAN (loc. cit., pág. 748, nota 153).

(495) ROAN (nota últ. cit.) señala otra diferencia entre el legatario parciario y el heredero: la inaplicabilidad de la doctrina sobre compraventa de herencia a la cesión de los derechos del primero. A juicio nuestro los arts. 1.533 y 1.534 son igualmente aplicables en este caso. El 1.534 puede entrar en juego (aunque el legatario parciario no esté obligado frente a los acreedores) en virtud de la acción de regreso que los herederos puedan dirigirle. El art. 1.531, es también aplicable, con la sola diferencia de que el vendedor, en nuestro caso, en lugar de responder de su condición de heredero responderá de la condición alegada de legatario parciario.

F) *Repercusión en la doctrina del legado de parte alicuota de la condición de legitimario de aquél a quien dicho legado sea atribuido, expresa o tácitamente, precisamente para satisfacerle su porción debida.*

Dijimos anteriormente que la legítima puede atribuirse por medio de un legado parciario, y que como tal legado de cuota debía entenderse atribuida cuando el testador dejase genéricamente a algún legitimario lo que legalmente le correspondiese sin nombrarle heredero, ni asignarle bienes concretos para su pago. Ahora, vamos a ver si ese carácter de legitimario en el titular de un legado de parte alicuota puede influir de algún modo en los caracteres de la atribución hecha para su satisfacción. A juicio nuestro, tres extremos pueden resultar influenciados por la circunstancia expresada:

a) Entendemos, en primer lugar, que la duda planteada en torno a la actual consideración del legatario parciario, como cotitular del activo neto o como acreedor de cuota alicuota líquida, aparece más clara en el supuesto especial que examinamos. Optamos antes por inclinarnos a entender que hoy el legatario parciario, antes de la partición, es un cotitular de los bienes de la herencia, aunque no tenga porción objetivamente determinada. El criterio de la jurisprudencia y del Reglamento Hipotecario nos confirmaron que el movimiento evolutivo, respecto a la posición del legatario parciario, iniciado en la ley 20 de Toro ha llegado a consolidarse en este punto.

No obstante, aunque la solución elegida hubiera sido la contraria, tratándose de un legado atribuido en pago de alguna legítima, para dicho supuesto concreto, hubiésemos mantenido la tesis de considerar a su beneficiario como cotitular de los bienes de la herencia. La razón de ello radica en el hecho de que si bien no hay en nuestro Derecho delación legitimaria si que existe reserva de cuota para los legitimarios. El art. 806 no dispone a su favor la cuota correspondiente, pero se la reserva; y los demás preceptos legales, que regulan esta institución, protegen esa reserva de modo tal que si el testador no dispone conforme a la misma su disposición se anulará, más o menos totalmente. Sea reduciendo gravámenes, anulando en todo o en parte la institución de heredero, para dar paso a la actuación total o parcial de la sucesión intestada; o, en fin, permitiendo el ejercicio de la acción de suplemento. Pues bien, entendemos que esa reserva sería por sí sola suficiente para justificar el tránsito inmediato de esa cotitularidad indeterminada a favor de los legitimarios a quienes se les atribuyó su derecho por medio de un legado de cuota. Tanto más cuanto que no repugna al concepto de legado el tránsito inmediato del dominio, sin intermediación del heredero, como se comprueba en el art. 882 C. c

b) Esa reserva de bienes, dispuesta por la ley igualmente debe influir en la cuestión posesoria. Entendemos que el legitimario que mediante un legado de dicha especie perciba sus derechos legítima-

rios, tiene una posición más favorable que cualquier otro legatario de parte alicuota. La reserva legal puede justificar la extensión a favor de aquél de la posesión civilísima (en este caso coposición) atribuida a los herederos en el art. 440 C. c. Y también, por lo tanto, la exclusión de lo dispuesto en el art. 885 del mismo C. c.

Ahora bien, esa más favorable posición que cuando sean legítimarios corresponde a los legatarios parciarios entendemos que no es exclusiva de éstos. Por iguales razones, consideramos que es ampliable a todos los legatarios cuando hayan sido nombrados para ser satisfechos en sus legítimas. Tanto si son legatarios de cosa cierta, en cuyo caso la posesión civilísima se concretaría a la cosa legada, o legatarios de cosa genérica comprendida en el caudal relicto, en cuyo caso compartirán con los herederos la posesión civilísima de todos y cada uno de los bienes de aquel género comprendidos en el haber.

c) Conforme al art. 1.039 LEC: «Los herederos voluntarios y los legatarios de parte alicuota no podrán promover el juicio voluntario de testamentaria cuando el testador lo haya prohibido expresamente» (496).

Pero, cuando el legado parciario se hubiere dejado—expresa o tácitamente—en satisfacción de derechos legítimarios, la prohibición no podrá ser eficaz. Por la misma razón por la que no surte efecto contra los herederos cuando la cuestión planteada afecte a sus legítimas.

Algunos considerandos de la Sentencia de 8 de mayo de 1926 son igualmente aplicables al legítimario que sea legatario de su cuota legal (497).

(496) El art. 1.045 LEC. completa al art. 1.038, señalando que para la efectividad de la prohibición referida en este último, «será necesario que aquél (el testador) haya nombrado una o más personas, facultándoles para que, con el carácter de albaceas contadores o cualquier otro practiquen extrajudicialmente todas las operaciones de la testamentaria».

(497) El Tribunal Supremo dijo así: «siendo aquella prohibición y las distintas reglas que, separándose de las ordenadas en la repetida ley procesal, haya podido establecer el causante, de ineludible acatamiento para los herederos voluntarios, pero también para los herederos forzosos, a menos que estos últimos resultasen perjudicados en sus legítimas...»; «esto mismo es lo que se halla ordenado en el Código civil, puesto que reconociendo en su art. 655 la facultad que tiene el testador para establecer la ley que regula la sucesión de sus bienes y derechos, condiciona, sin embargo, esta libertad con la reserva que hace en el 806 en favor de los herederos forzosos; y de ahí que el Tribunal Supremo, aplicando los arts. 1.056 y 1.057 del expresado Cuerpo legal, en armonía con los citados de la Ley de procedimientos, tenga declarado con reiteración que tanto si aquél deja hecha por sí la partición, como si la encarga a cualquiera persona que no sea uno de los coherederos, debe acatarse, mientras no se perjudiquen las legítimas».

§ 5. ¿ PUEDE ATRIBUIRSE EFICAZMENTE EN PAGO DE LEGÍTIMAS LEGADOS DE COSAS QUE NO PERTENEZCAN A LA HERENCIA DEL CAUSANTE?

En la primera parte de este trabajo comprobamos, conforme resulta del art. 815, que la legítima puede atribuirse por cualquier título. Queda por constatar si cualquier especie de legado es apta para dejar legalmente satisfechos los derechos legitimarios.

El límite que indagamos lo señala el art. 806. La legítima es porción de bienes de que el testador no puede disponer por haberla reservado a la ley. Por lo tanto: si conforme al art. 815 puede atribuirse la legítima por cualquier título, en virtud del art. 806 se limita esa posibilidad exigiendo que la asignación deba referirse a bienes de la herencia. En los arts. 1.056, § 2.º, 821, 822 y 829 C. c., hallamos excepciones a dicha regla. Pero el carácter excepcional de dichos preceptos confirma la existencia de la regla general en contrario.

Mas, si no obstante, el testador, para satisfacción de cualquier legitimario le asignase algún legado de cosa ajena, sea propia de un heredero o de tercera persona, o, simplemente, le lega alguna cosa genérica que no exista en la herencia, ¿qué actitud podrá adoptar el legitimario? ¿Serán compatibles la impugnación del testamento por inoficiosidad y la aceptación del legado?

El art. 851 C. c., relativo a la desheredación (498), no resuelve nuestro problema. No tiene previsto el supuesto de disponerse un legado de cosa no perteneciente a la herencia a favor de un legitimario a quien no se le deje la parte del haber hereditario que legalmente le corresponda. Únicamente afirma que se anulará «la institución de heredero en cuanto perjudique al desheredado; pero valdrán los legados, mejoras y demás disposiciones testamentarias en lo que no perjudique a dichas legítimas». Pero precisamente esa coletilla «que no perjudique a dichas legítimas», demuestra que «los legados, mejoras y demás disposiciones testamentarias», a que se refiere, son aquellos que fueron dispuestos a favor de personas distintas al reclamante.

En cambio, podemos deducir un criterio de analogía del artículo 820, núm. 3. En el caso concretamente examinado en el mismo se concede al legitimario, a quien no se le dejó en pleno dominio su legítima, la facultad de optar entre aceptar la disposición testamentaria o quedarse solamente con su legítima (499).

En la solución de ese caso concreto late un principio general genéricamente aplicable al problema que ahora planteamos. Corroborándolo así su coincidencia con la regla vigente antes del Código civil para todo supuesto de atribución de la legítima a títu-

(498) Palabra que hoy, entendida con rigor etimológico, resulta inadecuada.

(499) En dicho caso comprende dos tercios. Pues se trata de enfrentar todos los descendientes con otra persona distinta.

lo de legado. Regla que hoy tendrá reducida su aplicación al caso en que el objeto legado no se halle comprendido en la herencia, no dándose los supuestos excepcionales de los arts. 821, 822, 829 y 1056, § 2.º

La ley 5.ª, tít. VII de la Partida 6.ª dispuso, entre otras cosas: «Más si aquella parte la dexase en el testamento, non como a heredero; mas como en razón de manda (*hoy será: «Si se dexasen a un legitimario bienes no comprendidos en la herencia»*), entonces podría quebrantar tal testamento. *E esto se entiende si el fijo non recibiese aquella parte que le era mandada. Ca si la recibiese e non lo protestasse, diciendo que le fincasse en salvo la querella que avía del testamento, non podría después quebrantarlo.*»

En igual sentido, vimos resolver a Palacios Rubios (500) que al preterido y desheredado que impugne el testamento con eficacia, éste no deberá reportarle beneficio alguno.

§ 6.º CONSECUENCIAS DE LA ATRIBUCION DE LA LEGITIMA A TITULO DE HERENCIA Y A TITULO DE LEGADO.

Concluida—por lo menos provisionalmente—la labor de investigación y análisis, vamos a intentar sacar de ella, mediante su síntesis, las consecuencias perseguidas en estos apuntes.

¿Qué ventajas y qué inconvenientes pueden derivarse de la atribución de la legitima a título de herencia y a título de legado?

Según palabras del capítulo V de su *Novela CXV*, Justiniano exigió que la legitima se asignase a título de herencia por razón del honor del título. Eso explica que, pese a la consideración práctica como legatarios de los instituidos *ex re certa*, admitiese el Emperador que válidamente pudiera deferirse la legitima mediante instituciones en cosa cierta «*Sola enim est nostrae seremtatis intentio, a parentibus et liberis iniuriam praeteritiones et exheredationes auferren.*»

No obstante, los autores, además de aquella diferencia puramente honorífica, señalaron otra de carácter evidentemente práctico. Así lo vimos en las explicaciones dadas por Covarrubias (501), el doctor Luis de Molina (502), Antonio Gómez (503) y Pichardo (504). La legitima «*debet relinqui titulus institutionis, propter honorem tituli et propter commodum juris accrescendi.*»

También se han señalado otras ventajas del título de heredero: la posesión civilísima y sus consecuencias procesales, frente al re-

(500) Op. cit., lex XXIV Tauri, núm. VI, pág. 595.

(501) Op. cit., vol. I, cap. Raynutius, § 1.º De haered., núm. 14, pág. 67.

(502) Op. cit., lib. II, cap. XIV, núm. 19, pág. 406.

(503) «*Variae...*», I-XI, núm. 1 b, pág. 134.

(504) Op. y vol. cit., L. II Instit., tit. XVIII. § *Igitur quartam*, núm. 27, página 370.

quisito de la entrega por el heredero al legatario de la posesión de la cosa legada; la actuación del heredero en la partición; y en ciertos casos, la fijación del momento inicial de la atribución de frutos.

En cambio, como ventaja del legatario se subraya la desfavorable posición del heredero, como deudor solidario, ante los acreedores del causante.

Ahora vamos a ordenar, en síntesis de conjunto, los resultados que a lo largo de este trabajo hemos conseguido ir acumulando a través del examen aislado de los diferentes supuestos analizados.

A) *El honor del título y la injuria inferida con su privación.*

Hoy la ley no da importancia a esa consecuencia puramente honorífica. García Goyena (505) claramente lo dijo al glosar la innovación que suponía el artículo 645 del Proyecto de 151. De él es trasunto el vigente art. 815 C. c. «Por Derecho romano y patrio comentó dicho autor—para que tuviera lugar la disposición de este artículo, era preciso que lo dejado fuera por título de herencia; faltando éste, el testamento era nulo, aunque se dejase íntegra la legítima, ley 30, título 28, libro 3 del Código, Novela CXV, capítulo 5, ley 5, título 8, Partida 6: *se atendía más al honor del título que a la realidad de la cosa o al valor de lo dejado.*» (Notemos que habla en pretérito al referir que «se atendía más al honor del título»; y, además, observemos que a este honor opone la «realidad de la cosa.»)

Después de promulgado el Código civil, varios comentaristas, al explicar el sentido del art. 815 recordaron esa misma razón (506).

B) *El ius accrescendi.*

La principal justificación práctica señalada por los clásicos para explicar por qué se autorizaba al causante para deferir la legítima por medio de instituciones *in re certa* y, en cambio, se rechazaba la validez de su atribución como legado, ha quedado hoy totalmente borrada en los arts. 764 y concordantes del Código civil.

Había explicado Benito Gutiérrez (507):

«Las leyes romanas reconocieron dos especies de derecho de acrecer: uno necesario, otro voluntario: el primero se derivaba del conocido axioma *jus nostrum non patitur eundem in paganis, et testato et intestato decessisse: carumque: in rerum naturaliter inter se pugna est* (ley 8 de *div. reg. juris.*); tenía lugar sin que el testador pudiese impedirlo en las herencias, y producía el efecto de que el heredero nombrado en cierta cantidad de bienes se entendiese llamado en todos los restantes: el segundo dependía sólo de la

(505) «Concordancias...», vol. cit., pág. 96.

(506) Ver MANRESA (op. cit., vol. VI, págs. 356 y ss.); SCAEVOLA (op. cit., volumen XIV, pág. 430), y SÁNCHEZ ROMÁN (op. cit., vol. VI, 2.ª, pág. 937).

(507) Op. y vol. cit., pág. 462.

voluntad del testador, voluntad que se presumía cuando dos o más personas eran llamadas a una misma cosa.»

Como dice el propio autor, «excusado es decir que las Partidas adoptaron dichas dos especies». Discutidísimo ha sido, en cambio, si en las Leyes Recopiladas, al recoger la famosísima ley 1.^a, título XIX del Ordenamiento de Alcalá, se mantuvo o no el llamado derecho de acrecer necesario, o de no decrecer (508).

Anteriormente seguimos esa larga polémica, y sus alternativas, al examinar la evolución sufrida en el Derecho de Castilla por los principios de la universalidad de la institución de heredero y de la incompatibilidad de las sucesiones testada e intestada (509).

Del llamado derecho de acrecer necesario, o de no decrecer, dijo Antonio Gómez (510) que *«alia bona non acrescunt haeredi instituto per jus accrecendi, sed potius dicamus quod illemet institutio facta in re certa, vel quota, virtualiter extenditur ad omnia alia bona»*. En términos parecidos se expresó Febrero, según la versión de Tapia (511): «instituyendo el testador por heredero a un extraño en cierta cuota o cosa particular, y falleciendo sin nombrar heredero universal, ni disponer del residuo de sus bienes, debe percibir éste el instituido en aquélla, no por derecho de acrecer, sino por virtud de extensión de la institución, del mismo modo que si en todos lo hubiera sido».

Pero esa extensión de la institución de heredero, más allá de la porción asignada, en virtud de su natural fuerza expansiva—derecho de no decrecer o derecho de acrecer necesario, según quiera deducirse—, ha sido totalmente eliminada en el articulado del Código civil vigente. Los arts. 658, § 3, 764, § 2 y 912, núm. 2, al admitir la compatibilidad de las sucesiones testada e intestada, suprimieron un presupuesto básico de la expansión del llamamiento testamentario más allá de la cuota o cosa asignada. En estos tres preceptos, y poniendo en relación los arts. 982 y 986, se confirma la desapa-

(508) Esta denominación «derecho de no decrecer» la emplea Febrero y la conserva Tapia en su «Febrero novísimo» (vol. cit., cap. II, núms. 1 a 3, pág. 486).

(509) Ver infra § 1.^o letra B de este trabajo. JOSEPH MARCOS GUTIÉRREZ, en su «Compendio de las varias resoluciones de Antonio Gómez» (cap. X, número 1, nota I, págs. 62 y 63) anota: «Dúdase entre nuestros regnicolas si se halla derogado el derecho de acrecer por la ley 1.^a tit. 4.^o lib. 5 de la Recop. que permite a cualquiera morir en parte con testamento y en parte abintestato». Y después de exponer varias opiniones favorables a la vigencia del acrecimiento, y la tesis contraria de Mantienzo, concluye que, ésta «debe reputarse más verdadera y aún elevarse al grado de certísima por el señor don Francisco Antonio de Elizondo, quien (en el 4 tom. de su Prac. Univ. For. pág. 87, núm. 5) asevera no regir ya en España el derecho de acrecer, y haberlo visto declarado así por el Consejo de Indias en un grado de mil y quinientos. Aunque, sin embargo, creo no modificaré el Dictamen de aquel Supremo Senado y de tan ilustres A. A. con asegurar que en algunas ocasiones debiera admitirse el derecho de acrecer, por dar motivo las circunstancias que se presentan, a conceptuarlo conforme a la voluntad del testador, que en todos los tiempos se ha mirado como sagrada».

(510) «Variae...», I-X, núm. 9, pág. 115.

(511) Op., vol. y cap. cit., núm. 17, págs. 490 y s.

rición del derecho de no decrecer y de la fuerza expansiva de la institución del heredero a quien se le hubiere asignado una cuota.

Hoy sólo brilla esa fuerza expansiva en los supuestos de institución sin designación de parte cuando caduque alguna atribución de cuota o cosa. En estos casos, cuando no hay sustituto designado, ni tiene lugar el derecho de acrecer propiamente dicho, todavía se antepone a la entrada de los herederos abintestato la fuerza expansiva de la institución dispuesta sin tope de cuota ni de porción (512).

En cambio, esta íntegramente reconocido en el Código civil (artículos 983 y ss.) el derecho de acrecer voluntario, basado en la conjunción de llamamientos a una herencia, cosa o porción de ella, hechos sin designación de parte. Pero, como dice el art. 987, ese derecho de acrecer «tendrá también lugar entre los legatarios y los usufructuarios en los términos establecidos para los herederos».

Por lo tanto, ha dejado de tener razón de ser aquel motivo práctico por el cual se admitía que al legitimario pudiera instituírsele válidamente heredero en una cuota, o en una cosa cierta, a la par que se rechazaba que eficazmente pudiera asignársele, en satisfacción de su legítima en forma de legado idéntica cuota o la misma cosa.

Con ello ha desaparecido totalmente la principal razón realista por la que se exigía que la legítima fuese atribuída a título de herencia.

C) *Toma de posesión, «possessio civilissima» y consecuencias sustantivas y procesales.*

Según el Derecho romano el heredero no adquiere *ipso iure* la posesión de los bienes poseídos por su *de cuius*. Pero puede tomar posesión de ellos por propia autoridad (513).

Por el contrario, al legatario no se le está permitido ocupar por

(512) De ello, en nuestra conferencia la «Mejora tácita... V-3», deducimos interesantes consecuencias para la interpretación del art. 985 C. c.

(513) En la ley 23 (Dig. XLI-II), claramente, expuso Javoleno: «Cuando somos instituidos herederos, habida la herencia, pasan ciertamente a nosotros todos los derechos, pero la posesión no nos pertenece, si no fué tomada naturalmente (*nisi naturaliter comprehensa ad nos non pertinet*)».

No obstante, como hizo notar IBERING («La posesión», versión española de Adolfo Posada, 2.ª Ed., Madrid, 1926). «La usucapión continúa, y la petición de herencia garantiza la protección posesoria, sin que la posesión exista» (página 121). «La *hereditas petitio* llena en la práctica la función de las acciones posesorias» (pág. 120). Sobre la «*successio in usucapionem*», ver BONFANTE «Corso...», VI, pág. 219 y ss., y el trabajo de EDUARDO ESPÍN, «La sucesión en la posesión y la unión de posesiones en la usucapión», en Rev. Dr. Priv., T. XXVII, páginas 594 a 606 especialmente. El heredero dispuso en Derecho romano no sólo del interdicto *quorum bonorum*, sino de los *adispiscendae possessionis*, creado para adquirir la *bonorum possessio secundum tabulas* (ver MAYNZ, op. cit., I, § 88, núm. 5 y ss., págs. 709 y s.) y del remedio de la ley final, de *edicto Divi Adriani tollendo*, del Codex (ver ANTONIO GÓMEZ, op. y loc. últ. cit., núm. 128, vers. «Septimo facit.» pág. 398).

si mismo la cosa legada (514). Criterio también seguido por las leyes de Partidas (515).

No obstante, según la glosa, el testador pudo autorizar, expresa o tácitamente, al legatario: «*legata non ab herede, sed per se, hoc est, ab semetipso capiendi*» (516).

Tampoco, según el Cardenal de Luca (517), en el *legatum pro legitima*, el legitimario necesita dirigirse al heredero para obtener la posesión de los bienes legados, sino que podía tomarla por sí mismo (518).

Sin duda por influjo germánico, algunos estatutos y costumbres franceses e italianos impusieron la transmisión posesoria *ipso iure* del causante al heredero. La frase «*mortuus saisit vivum*», en latín, y «*le mort saisit le vif*», en francés, expresaron ese fenómeno jurídico (519).

En Derecho castellano esa forma de adquisición posesoria sólo

(514) ULPIANO, en el § 2.º de la ley 1, Dig. XLIII-III (L. XLVII at Edictum), dictaminó así: «Y contiene esta causa, que uno le restituya al heredero lo que a título de legado ocupó sin la voluntad del heredero; porque al Pretor le pareció muy justo, que cada cual no se definiese a sí mismo el derecho habiendo ocupado los legados, sino que los pidiera al heredero. Así, pues, vuelva a los herederos por medio de este interdicto lo que se posee a título de legado, para que del mismo modo puedan demandarle a él los legatarios».

(515) Leyes 37 y 38, tit. IX y ley 2, tit. X, Partida 6.ª. Las dos primeras leyes se refieren a la entrega que debe el heredero y la última a la verificada por el testamentario o albacea.

(516) Son palabras de Gotofredo (op. cit., I, gl. 38 a la ley 34, § 1, Dig. XXXI único [ley «Titia cum testamento», § «Lucius», ff. de legat. 2], página 580).

Señala también, que esa autorización puede ser expresa, como en el caso del párrafo comentado, en que el testador dispone a favor de su hija Octaviana Antonica «quiero que ella reciba por sí misma («*volo eam a se ipsa accipere*») el campo de Gaza con todas sus pertenencias». E igualmente, que tácitamente puede inferirse «si eum testator faciat executorem testamenti, si vetet heredem molestiam ullam inferre legatario in re legata: si voluit legatum libere ad legatarium pervenire: si rem legatario tradit. aut eam apud eundem scivit esse sine vitio».

El propio Gotofredo insiste en esa opinión en su glosa 32 de la anteriormente citada ley, § 2.º, Dig. XLIII-III (pág. 814).

Ver también Antonio Gómez («*Variae...*», I-X, núm. 15, p. 118), que dice ser esta la opinión de Juan de Imola, Paulo de Castro, «et comuniter Doctores».

(517) «*Theatrum veritatis et iustitiae*» (Venetis 1716). Lib. XI. Pars Prima, de Legatis, Disc. XXI, núm. 3, (Vol. VIII, pág. 31). «*Potissime vero ubi non agatur de simplici legato, quod extraneo factum sit, sed de illo, quod sit factum filio honorabili titulo institutionis, quo casu non intrat regula, ut legatum capi debeat a manu haeredis*».

(518) De distinta opinión fué Fabro («*Codex Fabrianus*», T. I, L. III, T. XIX, Def. IV, pág. 18, Ed. Neapolis, 1765), que dictaminó: «*Filius non sit ipso iure possessor pro legitima, nec eam propria auctoritate capere potest, nisi cum institutus est in re certas*». Concretamos que este texto no sólo se aparta de la antes citada opinión del Cardenal de Luca, sino que igualmente se separa de la común opinión, que sostuvo que el instituido en cosa cierta, fuera o no legatario, podía ocupar por propia autoridad la cosa asignada (Bartolo, Juan de Imola, Paulo de Castro, Alejandro, Antonio Gómez, etc. [ver la nota 165 de este trabajo]).

(519) Ver la bibliografía, que cita García Valdecasas («La adquisición de la herencia en el Derecho español», Rev. Dr. Priv., T. XXVIII, febrero 1944, nota 42, pág. 09).

se introdujo excepcionalmente (520) en dos supuestos singulares: en la ley 7, tit. V de la Partida 5.^a, para la reversión de donaciones (521), y especialmente, en la ley 45 de Toro para los mayorazgos (522).

A la posesión así adquirida, los glosadores y demás tratadistas de Derecho común, la denominaron *possessio civilissima* (523). Siguiendo a Tiraquello, la explicó Antonio Gómez de este modo: «*civilissimam recte appellari probat hanc possessionem: quia iuris civilis ministerio sine artificio nulloque actu interveniente, vero vel acq̄ipollenti, sed sola legis statuti vel consuetudinis dispositioni transfertur*» (525). Incluso el *animus* era innecesario para su adquisición (526).

En contra de la opinión de Baldo, que la estimó «*facta possessio*» o «*possessio artificialis*», la mayoría de nuestros juristas, con Covarrubias (527), Antonio Gómez (528) y el doctor Luis de Molina (529), la consideraron como verdadera posesión. Según expresó el segundo: «*ut illa possessio sit vera et propria et operatur omnes illos effectus, quos operaretur vera possessio, quaesita per actum verum et naturalem*» (530).

(520) En Derecho catalán, también excepcionalmente, se aplicó a la *tenuta* por una constitución dada por Pedro el Ceremonioso en el año 1351 y complementada por otra de Felipe II, en 1561 (vol. I, L. V, tit. III).

(521) Hablando de la donación que «*es fecha a día cierto e a tiempo señalado*», dice en su tercer versículo: «E de aquel día en adelante ganarian la possession, e el señorío della sus herederos de que oviessen, fecha la donación, o el otro a quien nombrasse para averla» (ver la glosa de Gregorio López a la palabra «*possession*», de este versículo).

(522) Ley 8, tit. VII, L. V de la Nueva Recop., y 1.^a del tit. XXIV, Lib. XI de la Novísima: «mandamos que... muerto el tenedor del mayorazgo, luego sin otro acto de reprehensión de possession se transpasse la possession civil y natural en el siguiente en grado que según la disposición del mayorazgo deviere succeder en él aunque aya otro tomado la possession dellas en vida del tenedor del mayorazgo, o el muerto, o el dicho tenedor le aya dado la possession dellas». Nótese que esta ley 25 de Toro llega más allá que los estatutos italianos y franceses, admitiendo la adquisición de la posesión «aunque aya otro tomado la possession dellas» (ver LUIS DE MOLINA, el Doctor, op. cit., III-XII, núm. 7, pág. 512).

(523) Así la llamó BALDO, que también la denominó *dativa y artificialis* (ver ANTONIO GÓMEZ, «Ad. legem Tauri...», ley XLV, núm. III, pág. 352, colm. 1.^a in fine).

(524) Op. ult. cit., *Additionis* a la ley 45, núm. III, pág. 411.

(525) Más esquemáticamente, dice de ella PARLADORIO (op. cit., Diff. XXVI, núm. 3, pág. 253) «*quae ipso jure sine facto hominis transfertur*».

(526) Así lo subraya ANTONIO GÓMEZ (op. y loc. ult. cit., núm. 112, pág. 354), al sostener que la posesión civilísima la adquirirían igualmente los infantes, locos y mentecatos, incapaces de cualquier «*animus*». De igual opinión fué GREGORIO LÓPEZ (gl. ult. cit., in fine), que invoca la opinión de PAULO DE CASTRO en relación con la ley 3 Dig. de *adquir. possess.*

(527) Lib. III, cap. V, núm. 6.

(528) Núm. III cit., pág. 352, col. 2.

(529) Loc. ult. cit., núm. 19, pág. 543.

(530) Mientras BALDO no admitió que la ley ni los estatutos pudiesen ordenar la transmisión de una verdadera posesión sin intervención de *corpus* y *animus*,

Según la jurisprudencia del Tribunal Supremo (531), el art. 440 del vigente Código civil ha generalizado el régimen, antes excepcional, de transmisión *ipso iure* a los herederos de la posesión de los bienes de la herencia (532): «La posesión de los bienes heredita-

ANTONIO GÓMEZ (núm. 11, págs. 350 a 352) defiende la tesis opuesta con sólidos argumentos, cuya síntesis es la siguiente: a), «hodie de iure civile positivo possessio est quoddam ius intellectuale et incorporeum acquisitum in re cum effectibus a iure attributis, unde hanc iuris possessionem potest lex nova vel statutum transferre sola sua dispositione sine aliquo acto apprehensivo»; b), Tal posibilidad resulta de varios textos de Derecho común, que cita, entre los cuales destacan el cánón *contingit de dolo et contumacia* y la citada ley 7 de la 5.ª Partida. h. t.

El camino recorrido por la doctrina para llegar a esa concepción lo señala fielmente LLAMAS y MOLINA (op. cit., vol. II, ley 45, núms. 1 a 5, págs. 101 a 110), fijando los siguientes mojones: 1.º La posesión conservada sólo *animus*. 2.º La transmisión fingida, que «es aquella que se ejerce por medio de un acto que por interpretación de derecho equivale o tiene fuerza de aprehensión corporal» (núms. 53 y 54, pág. 110). 3.º La transmisión *ipso iure*, dispuesta por ley o estatuto sin necesidad de que intervenga «acto corpóreo de fingida aprehensión de la posesión» (núm. 55).

(531) Precedente legislativo del art. 440 C. c., fué el art. 554 del Proyecto de 1851.

«Los herederos suceden al difunto por el hecho sólo de su muerte no sólo en la propiedad, sino también en la posesión.»

Notemos, no obstante, la mayor amplitud del art. 554 del Proyecto. El vigente art. 440 C. c. sólo se refiere a la transmisión posesoria, que además condiciona a la posterior aceptación o repudiación de la herencia.

GARCÍA GOYENA («Concordancias...», vol. cit., pág. 11), comentó la reforma que puede implicar el citado precepto del Proyecto: «Se ha preferido la doctrina de los Códigos modernos a la del Derecho romano y patrio: por más que se diga que la posesión *non iuris, sed facti est*, los hechos del difunto ¿no aprovechan y dañan a sus herederos? ¿No se reputan por hechos de estos mismos? ¿El hecho de la posesión del difunto no produjo derechos? ¿Y no pasan *pleno iure* todos los derechos al heredero? ¿Ni como distinguir de la posesión los derechos que constituyen su esencia? Concluyendo: «Esta posesión, que a se meianza de la ley de Toro puede llamarse *civil* o *civilísima*, no excluye la prescripción, ni que el poseedor de buena fe haga suyos los frutos de las cosas hereditarias, cuando y como podría prescribir y hacerlos suyos contra el difunto».

(532) La Sentencia de 3 junio 1947 afirmó en uno de los considerandos que «el artículo 440 del Código civil no se inspira en el Derecho romano, sino en el artículo 724 del Código civil francés, y responde a la idea germánica de la posesión», y que, «en caso de herencia, se produce para el heredero, en nuestro Derecho, la posesión llamada *civilísima*, que es la que se adquiere por ministerio de la ley, y que tiene lugar en el momento de la muerte del *de cuius*, sin necesidad de la aprehensión material de la cosa con ánimo de tenerla para sí, como el Derecho romano exigía». (Menos claras son las S. S. de 12 abril 1951 y 13 marzo 1952.)

No obstante, no toda la doctrina ha admitido la raíz germánica del precepto.

Frente a GARCÍA VALDECASAS (loc. cit., pág. 108), principal defensor de esta tesis, han sostenido la contraria: EDUARDO ESPÍN (loc. cit., pág. 627) y ROCA SASTRE (notas al Kipp. 1.º, § 57, IV, pág. 336). Según ESPÍN, «dicho precepto (que no tiene ningún entronque con la *saisine*) recoge, en cambio, el principio romano de la *successio possessionis*, es decir, según su propia opinión, de la *successio in usucapionem*». Para ROCA SASTRE, «lo dispuesto por este artículo 440 no constituye ningún fundamento serio en pro de la adquisición hereditaria *ipso iure* de la posesión, pues tal precepto no hace más que enlazar ficticia-

rios se entiende transmitida al heredero sin interrupción y desde el momento de la muerte del causante, en el caso de que llegue a adirse la herencia.—El que válidamente repudie una herencia se entiende que no la ha poseído en ningún momento» (533).

Esta posesión de la que es investido el heredero no es una fic-

mente sin solución de continuidad o ininterrumpidamente con la posesión del causante, la que en cualquier tiempo obtenga el heredero mediante la necesaria toma o logro de la posesión».

(533) Muy interesantes problemas, además del planteado en la nota anterior y de otros que referiremos en el texto y en notas posteriores, suscita el art. 440 C. c. Sucintamente indicaremos algunos de los más sobresalientes:

a) *¿Cuál es el mometo en que se produce a favor del heredero la adquisición «ipso iure» de la posesión?* Según GARCÍA VALDECASAS (loc. últ. cit.), tiene lugar en el instante mismo de la muerte del causante; tesis que apoya principalmente en el ap. 2.º del art. 440, que según dice «carecería de sentido si la posesión no se hubiese adquirido antes de repudiar», y por lo tanto antes de la aceptación, «pues presupuesto necesario de la repudiación es que no se haya aceptado aún». Por el contrario, según EDUARDO ESPÍN (págs. 624 y 627), «la posesión de los bienes hereditarios no se transmite al llamado a una herencia por el hecho del llamamiento, sino por la aceptación; una vez aceptada la herencia, la posesión se transmite *ipso iure*»; y «el art. 440 contempla el caso de que ya se haya verificado la aceptación y retrotrae los efectos de la continuación de la posesión al momento de la muerte del causante». Y ROCA SASTRE («Estudios...», vol. cit., pág. 20) dice que dicho artículo «viene a establecer que la posesión obtenida por el heredero que ha aceptado la herencia se reputa adquirida desde la delación, como si no hubiera habido interrupción, no teniendo tal precepto otro alcance que el de ser una simple aplicación a la posesión a efectos retroactivos de la aceptación hereditaria».

b) *¿La posesión se transfiere al heredero si el causante no poseía?* La ley 45 de Toro, llegando más allá que los mismos estatutos y costumbres italianos y franceses, admitió la transferencia posesoria al sucesor del mayorazgo *«cumque otro la aya ante tomada en vida del tenedor»*. Pero esta hipótesis fué excepcional. Como dijo GREGORIO LÓPEZ (gl. últ. cit.), ocupándose de la ley 7. h. t., de la 5.ª P., «cuando la posesión se haya realmente ocupado, no es posible que por medio de ficciones se transfiera a otro sin consentimiento del que en realidad la tiene...; de ahí es que ni por medio de palabras ni señalando la cosa se transfiere la posesión cuando un tercero la obtiene».

c) *¿Esa posesión adquirida ipso iure por el heredero es una nueva posesión o es la misma de su causante?* ANTONIO GÓMEZ, comentando la ley 45 de Toro (op. y loc. cit., núm. 114, págs. 355 y s.), después de observar que según el Derecho común la posesión que el heredero tomara de las cosas de la herencia, lo mismo que la de quien sucediere a título particular, era una nueva posesión, y de subrayar que, en la ley 45 de Toro, parecía deducirse lo contrario de las palabras de esta ley (*«se traspare la possession»*), concluyó que se trataba de una posesión *«nova et realiter distincta»*, atendiendo especialmente a que se ordena su adquisición aun cuando no poseyese el causante: «*si enim possessio erat ab alio tertio occupata in vita possessoris praecedente voluntate et traditione eius, vel non praecedente; ergo iam primus possessor maicratus amisit possessionem in eius vita, si amisit, ergo illa quae transit in successorem non est illa quae fit penes defunctum cum fuerit amissa, sed erit nova et alia penitus distincta»* (argumento que no puede actuar en nuestro Derecho vigente).

En el Derecho moderno, según EDUARDO ESPÍN (pág. 624), «se trata de una sola posesión, la del difunto, que se transmite al heredero: es decir, de una sucesión en sentido jurídico de la posesión».

d) En cuanto a la *«cuestión de la sucesión en el carácter de la posesión y en la buena o mala fe»*, véase lo que dice el mencionado ESPÍN en su citado trabajo (págs. 624 y 627).

ción de posesión (534), ni mera emanación del derecho a poseer (535). Es posesión real y verdadera, aunque no material (536). Como expuso Llamas y Molina (537), con gran justeza: «Cuando

(534) BLAS PÉREZ y J. ALGUER (notas al Wolf, 1.º, pág. 18) señalaron el supuesto del art. 440 como un ejemplo de posesión fingida. Las palabras del precepto parecen darles la razón. Pues expresan que «la posesión se entiende transmitida», y no que «la posesión se transmite». Sobre todo, parece desorientar a algunos la posible concurrencia de esa posesión del heredero con la tenencia material de otra persona.

En otra ocasión («La concurrencia de varias posesiones sobre una misma cosa inmueble», en Rev. Gral. Leg. Jur., T. 182, 2.º semestre de 1947, pág. 560, nota 50) mostramos nuestra disconformidad con esta tesis. Partimos para ello del hecho históricamente comprobado de la espiritualización de la relación posesoria y de sus formas transmisivas. De la transmisión escrituraria de la posesión saltamos a la eficacia de la muerte del poseedor como fórmula legal para adquirir la posesión de los derechos relictos, comprendida entre las formalidades a que alude *in fine* el art. 438 C. c. Pero, concluíamos que «sólo es forma apta para transmitir la posesión de los derechos (el de propiedad en cabeza), pero no la tenencia ni la posesión íntegra de una cosa (posesión del dominio, tenencia), que requieren necesariamente la aprehensión material».

Por eso, tampoco es necesario acudir para explicar la posesión del heredero a un concepto puramente germánico de la posesión, a la *Gewere* ideal del Derecho germánico, como pretende GARCÍA VALDECASAS (loc. cit., págs. 108 y s.). Aun cuando no deba desdeñarse la influencia histórica que aquella figura haya podido ejercer en la formulación de esta posesión de espiritualizada adquisición, lo mismo que en la subsistencia de la posesión que el despojado conserva durante un año más (art. 440, núm. 4, C. c.).

(535) Eso parece sostener ROCA SASTRE (notas al Kipp, vol. y loc. ult. cit., pág. 336), cuando dice: «El heredero, como continuador y subrogado en todo el *ius* del causante, consigue por efecto de la sucesión el referido derecho a poseer los bienes de la herencia (*ius possidendi*), aunque no la posesión real de los mismos, ya que la *possessio* es un hecho, y según los preceptos fundamentales en materia sucesoria (arts. 657, 661 y otros) el heredero sólo adquiere el *ius* del causante. Líneas después insiste: «La posesión por sí misma, o abstractamente considerada, ha de ser respetada, y cuando es perturbada origina una consecuencia jurídica que se traduce en un derecho a favor del poseedor, de reaccionar contra el perturbador mediante el ejercicio de la acción interdical, o sea que surge un derecho (*ius possidendi*), que como tal integra el *ius* del causante y que por la muerte de éste hace tránsito al heredero en virtud del proceso de sucesión hereditaria».

El punto débil de esta concepción lo vemos precisamente en la naturaleza de los derechos derivados de la posesión. A diferencia de lo que sucede con los demás derechos, singularmente en el dominio, los derechos del poseedor no son sino consecuencia del hecho—más o menos espiritualizado—de poseer. No es el derecho la justificación de los hechos que realizan su titular, sino todo lo contrario: éstos hacen nacer a aquél. Como dijimos en otro lugar (op. y loc. ult. cit., pág. 552): «En la propiedad, la situación jurídica es mantenida con y por el derecho. En la posesión, en cambio, la situación jurídica es una consecuencia o un producto del hecho».

Por ello estimamos que no puede ser transmitido el derecho del poseedor separado de la posesión en que se apoya. En cambio, cabe la transmisión espiritualizada de ésta. (No la mera tenencia. Ver la diferencia entre posesión y tenencia que desenvolvimos en nuestro referido trabajo, especialmente en las páginas 548 y 721).

(536) Criterio que, según acabamos de ver, fué el que predominó entre nuestros autores clásicos (Covarrubias, Antonio Gómez, el Doctor Luis de Molina, etc.).

(537) Op. cit., vol. II, ley 45, núm. 67, pág. 112.

se dice que por ministerio de la ley se transfiere la posesión..., no debe entenderse ésto materialmente por que la ley no pueda hacer que el que no tenga una cosa la tenga .. sino que debe entenderse legal y jurídicamente de los efectos que según Derecho causa la posesión que se transfiere por su ministerio produzca los mismos idénticos efectos que si se hubiera transferido por medio de un acto corporal de aprehensión».

En consecuencia :

a) El heredero podrá ocupar la tenencia de aquellos bienes hereditarios no detentados por nadie (538).

b) Podrá asimismo obtenerla mediante el interdicto de adquirir cuando estén detentados por meros precaristas, en el sentido amplio que la jurisprudencia atribuye a este término (539).

c) Este mismo interdicto de adquirir servirá para que los poseedores, en concepto que no sea el de dueño ni el de usufructuario, le reconozcan su posesión a título de heredero y de dueño (540).

d) Finalmente, puede utilizar los interdictos de retener y recobrar como remedios contra la inquietación o el despojo sufridos por su causante u ocurridos en el período intermedio entre la delación y la ocupación material, si estas acciones aún no hubieran prescrito (541).

(538) A esta consecuencia se llegaría lo mismo siguiendo los principios romanos (ley 1. § 2, Dig. h. t., de ULPIANO), como los germánicos derivados de la *Gewere* ideal del heredero, o *saissine*, o la elaboración del Derecho intermedio creadora de la *possessio civilissima*.

(539) De los arts. 1.633 y 1.638. § 1.º, Ley Enj. Civ. (que después transcribiremos), «se deduce que sólo se entregará al actor la posesión plena de la cosa, cuando dichas cosas sean detentadas por precaristas, que es el caso a que se refiere el § 1.º del art. 1.638. Es esta tenencia la única posesión que se adquiere con ese interdicto. La de los derechos (dominio inclusive), sólo es confirmada con él, pues su adquisición data del mismo instante de la muerte» (Copiaras de la nota 50, pág. 570, de nuestro trabajo últimamente citado).

No obstante, no puede tomarla por propia autoridad cuando cualquier detentador se oponga a ello. El art. 446 se lo veda con la amplitud de expresión que suponen las palabras «todo poseedor». Y especialmente el art. 441: «En ningún caso puede adquirirse violentamente la posesión mientras exista un poseedor que se oponga a ello. El que se crea con acción o derecho para privar a otro de la tenencia de una cosa, siempre que el tenedor resista la entrega, deberá solicitar el auxilio de la autoridad competente.»

(540) Así resulta de los arts. 1.633 y § 1.º del 1.638, LEC., que conforme indicamos en nuestro trabajo últimamente referido (nota últ. cit., pág. 569 *in fine* y siguiente), demuestran palmariamente que «con la muerte, lo que se transmite es la posesión de los derechos (incluido el dominio)». El art. 1.633 «detiene la acción del interdicto de adquirir (cuyo nombre no resulta adecuado) ante el que posea «a título de dueño o de usufructuario». El § 2.º del art. 1.638 indica que «se harán los requerimientos necesarios a los inquilinos, colonos, depositarios o administradores de los demás bienes para que reconozcan al nuevo poseedor».

(541) Este extremo fué muy discutido por nuestros clásicos con referencia a la posesión civilísima del sucesor de un mayorazgo. LLAMAS Y MOLINA (op. y vol. últ. cits., ley 45, núms. 174 a 221, págs. 133 a 144) resume esa polémica y toma partido en ella.

En el núm. 174 planteó la cuestión de ese modo: «Como por esta posesión civil y natural que se transfiere por ministerio de la ley al inmediato sucesor

Frente a esta situación del heredero, el legatario no adquiere *ipso iure* la posesión del objeto legado, ni siquiera puede tomarla por sí mismo. Ni aún en los casos en que la propiedad del objeto

ninguna utilidad le resulta si un tercero ocupa o se mantiene en la tenencia de los bienes vinculados, corresponde tratar ahora de los medios de que podrá valerse para conseguir la material o corporal ocupación de dichos bienes».

He aquí, en síntesis, las principales opiniones:

a) PALACIOS RUBIOS (op. cit., lex XLV, núm. 26, pág. 958) admitió el remedio del interdicto *recuperandae possessionis*.

b) ANTONIO GÓMEZ (op. y lex últ. cit., núms. 118 y 119, págs. 387 y ss.), aceptó en tal caso el ejercicio del interdicto *adipiscendae possessionis «quorum bonorum»*, y del remedio de la ley final, *Codex, de edicto Dicit Adriani tollendo*. En cambio rechazó la posibilidad del interdicto de recuperar «nam cum successor iste possideat (precisamente en virtud de la disposición de la ley 45) nec per alium sit privatus illa legale possessione, non potest competere istud remedium: unde si illud intentaret succumberet».

c) El doctor LUIS DE MOLINA (op. y lib. cit., cap. XIII, núms. 2 a 7, págs. 547 y s.)—cuya opinión fué seguida por la mayor parte de los autores posteriores, como Paz, Castillo, el jesuita Luis de Molina, Aguila, Villadiego, etc. (según cita LLAMAS, núm. 216, pág. 143)—admitió que el sucesor en el mayorazgo pudo usar el interdicto *retinendae* para conservar la posesión e indistintamente de los interdictos *adipiscendae* y *recuperandae* para adquirir la posesión material, y que estos tres remedios podían ser ejercitados acumulativamente.

d) COVARRUBIAS (op. cit., vol. II, «Variarum resolut.», Lib. III, cap. V, número 6, vers. «sic et interdictum Recuperandae», págs. 210 y s.), entendió que a dicho sucesor le correspondía ejercitar el interdicto *retinendae* y sólo en caso de que después de la muerte del antecesor hubiere otro adquirido la posesión podría valerse del interdicto *recuperandae possessionis*. LLAMAS Y MOLINA (loc. últ. cit., número 220, pág. 144), se suma a esta opinión «porque el sucesor en el mayorazgo tiene la posesión, y el detentador le impide hacer uso de ella, es claro, según la ley citada, puede el sucesor en el mayorazgo, en concepto de poseedor, valerse del entredicho *retinendae* para que el detentador no le impida y estorbe el uso de su posesión, sin que se oponga a esto el que la naturaleza del entredicho *uti possidetis* es de retener y conservar, y no de restituir y recuperar la cosa, porque como la turbación y molestia que sufre el tenedor consiste en el estorbo que le pone el detentador para usar de su posesión, y este estorbo se origina de la detentación, se sigue por una consecuencia necesaria que en virtud del entredicho *uti possidetis* se pide que desista de la detentación».

La medula de toda discusión se centraba en la posibilidad o imposibilidad de coexistencia simultánea de dos poseedores de una misma cosa: una civil y otro material. Consecuencia suya era la relativa a si debía utilizarse contra el detentador el interdicto de retener o el de recobrar la posesión.

La disputa básica se inició ya en Roma entre sabianios y proculyanos. Así se comprueba en la ley 3.^a, § 5 (Dig. XLI-II), en cuyo texto Paulo se suma a la opinión de Labeón, opuesta a la de Sabino y Trebacio, proclamando que «plures eandem rem in solidum possidere non possunt», por lo que entendió que no cabía que a la vez fueran poseedores el precarista y el que le hubiese dado la cosa en precario. No obstante, entre los autores del Derecho común, prosiguió el debate. Según confesión de LLAMAS Y MOLINA (núm. 79, pág. 114), «hasta nuestros días ha continuado desde entonces la misma disputa, y puede afirmarse sin riesgo de equivocación que son más los modernos que han seguido la sentencia de Sabino y los suyos que la de Próculo». Como los discípulos de éste, y como Paulo, opinaron Cuyacio, Dapelo, Pichardo, entre otros que cita LLAMAS (número 80, pág. cit.). É igual que Sabino se expresaron Bartolo, Oroz, los Molina, etcétera. (Ver LLAMAS, núm. 81, p. cit.; núms. 203 y 216, págs. 142 y s.).

La cuestión no puede resolverse en términos generales válidos para cualquier concepción posesoria. Como escribimos otra vez (loc. cit., pág. 549), «en el Dere-

legado se le transmita directamente en el momento del fallecimiento del causante. Así, resulta del art. 885 C. c. que: «El legatario no puede ocupar por su propia autoridad la cosa legada,

cho romano clásico la posesión era única para cada cosa y debía englobar todo el conjunto de relaciones sobre la misma». Según frase de GIRARD (op. cit., Lib. III-II, cap. II, § 1.º, pág. 288), fué la materialización de la propiedad, el poder de hecho sobre la cosa, el ejercicio de la propiedad manifestado por actos exteriores. «Pero—añadimos nosotros—en la propia Roma se inicia una evolución que tiende a separar la posesión del reflejo del dominio ofreciendo la posibilidad de su disgregación». «En el Derecho alemán—decíamos en la nota 57 (pág. 557)—, la posesión es el poder de hecho sobre la cosa, como en el Derecho romano; pero, en cambio, ese poder de hecho ya no aparece como paralelo al dominio, como en aquél en su noción más pura. El que de hecho aparece como propietario, ocupa en el Derecho alemán lo más alto de la escala que llaman posesión mediata, y su protección es mucho más restringida que en el Derecho romano clásico». Como dice IHERING (op. cit., pág. 337). «la protección se traspasa del propietario a la parte contraria; ésta es exclusivamente protegida». En nuestro régimen vigente, forjado en larga elaboración con influencias medievales y canónicas, «la posesión de una cosa puede desintegrarse en tantas posesiones distintas como relaciones quepan sobre dicha cosa» (pág. 549); y al mismo tiempo, a la palabra posesión se le da un sentido amplio que comprende «posesión estricto sensu y tenencia—que según la S. de 26 de febrero de 1945 es un «grado inferior de la posesión», que no deja de ser posesión verdadera (arts. 430, 441 ap. 2 y 446 C. c.)—que corresponden, respectivamente, a la posesión de derechos (dominio inclusive) y a la de cosas, abstracción hecha de sí a la vez se posee algún derecho sobre las mismas» (pág. 548).

Situados en este terreno, recordaremos que conforme resulta del art. 460, núm. 4.º, C. c., «una usurpación no otorga más que la tenencia, mientras que el despojado conserva la posesión durante el plazo de un año a contar del despojo» (pág. 704).

Por consiguiente: a) A la posesión—estricto sensu—sólo le es aplicable el interdicto de retener, holgando el de recuperar, puesto que la posesión se prolonga hasta un año después de la violación, coincidiendo su pérdida con la caducidad del interdicto. b) Si además de usurparle la posesión hubiere perdido la tenencia, el interdicto como Jano, tiene dos caras, una para conservar la posesión y otra para recuperar la tenencia. c) Si el poseedor tenía la plena posesión, es decir, si también era tenedor, y sólo fué despojado de la tenencia, también el interdicto presenta dos caras: una, para hacer cesar la perturbación posesoria; otra, para recuperar la tenencia. d) A la mera tenencia, contrariamente a lo que sucede en Francia y en Italia, no sólo le es aplicable el remedio reintegratorio, sino también el de mantenimiento.

Sacando, de todo ello, las consecuencias aplicables a nuestro caso, podríamos concluir que el heredero puede usar los siguientes remedios puramente posesorios:

1.º *El interdicto de adquirir*: a) Para obtener la tenencia cuando la detenten meros precaristas que no invoquen posesión a título de dueño o de usufructuario; y b) Para que los poseedores a título de inquilinos, arrendatarios o colonos, depositarios o administradores, le reconozcan como poseedor a título de dueño.

2.º *El interdicto de retener*. a) Para mantener la posesión que fué usurpada al causante, si no hubiese transcurrido aún un año desde el despojo; b) Para remediar cualquier perturbación, tanto de la posesión como de la tenencia.

3.º *El interdicto de recuperar*, para recuperar la tenencia, perdida, tanto si el causante era pleno poseedor como simple tenedor y si no ha transcurrido aún el plazo de un año fijado para su ejercicio.

sino que debe pedir su entrega y posesión al heredero o al albacea, cuando éste se hallé autorizado para darla» (542).

No obstante, lo mismo que en Derecho histórico, debe admitirse, en nuestro régimen vigente, que el testador pueda autorizar al legatario para que tome por sí posesión de la cosa legada. Así lo reconoce la Sentencia de 26 de octubre de 1928: «es principio reiteradamente reconocido por la jurisprudencia, como consecuencia de diversos artículos del Código civil, que la voluntad del testador válidamente expresada es la ley obligatoria para todas las personas que del testamento derivan sus derechos, y en su virtud la disposición de aquél de que los legatarios se apoderen por sí de los bienes que les lega es de inexcusable observancia para los herederos, así como la prohibición a éstos de oponerse al ejercicio de dicha facultad otorgada a los legatarios..., el art. 885 no puede coartar al testador para la autorización supradicha y sólo es aplicable en el caso de que éste no haya usado de su libre facultad».

En estos supuestos, ¿se entenderá que el testador ha desviado la sucesión posesoria, admitida a favor del heredero—en el artículo 440—haciéndola desembocar en el legatario autorizado para ocupar materialmente la cosa por sí mismo? A nuestro juicio debe entenderse así. El art. 440 consagra una *successio in possessionem*, en sustitución de la clásica *successio in usucapionem*. El testador no puede impedirla, porque se determina por la ley como consecuencia consustancial del fenómeno sucesorio. Pero ningún inconveniente existe en que pueda desviar esa sucesión, señalando un destinatario distinto de los herederos: que podrá ser un albacea, el comisario, los contadores partidores o algún legatario. La posesión se transmite *ipso iure* con la muerte del causante. No cabe dejarla interrumpida habiendo personas designadas testamentariamente para hacerla efectiva.

En estos casos hay que entender que el legatario puede ejercitar además de su interdicto *quod legatorum*, los de retener y recuperar, en sus respectivos casos, e incluso el de adquirir (543).

(542) Como expresó en uno de sus considerandos la sentencia de 3 junio 1947: «Por virtud de tal investidura legal (a favor del heredero) de la posesión de la herencia, aunque el legatario tenga derecho al legado desde el momento de la muerte del testador, y aunque adquiera desde ese mismo momento la propiedad de la cosa legada, cuando es específica, determinada y propia del testador, conforme al artículo 882 del Código civil, le falta la posesión, transmitida de derecho al heredero, con arreglo al texto citado, y de ahí el precepto del artículo 885 del mismo Cuerpo legal, según cuyos términos el legatario no puede ocupar por su propia autoridad la cosa legada, sino que debe pedir su entrega y posesión al heredero o al albacea, cuando éste se hallé autorizado para darla».

(543) Así lo entendió MORELL («Comentarios a la legislación hipotecaria», cit., vol. III, págs. 140 in fine y 141) para los «casos excepcionales» en que no haya herederos ni albaceas a quienes reclamar y si nadie posee los bienes en concepto de dueño. «cuando concurren los requisitos exigidos en la Ley de Enjuiciamiento Civil para ejercitar dicho interdicto de adquirir». ROCA SASTRE (*Derecho hipotecario*, II, pág. 611) parece aceptar esta opinión.

Subrayemos, por tanto, que no es característica esencial de la naturaleza del legado la entrega de su posesión por el heredero al legatario. Es posible que éstos en ciertos casos (544), la reciban idealmente *ipso iure* y puedan tomarla materialmente por sí. Según vimos, así debe entenderse en aquellos supuestos en que quien *de facto* resulta ser legatario había sido testamentariamente instituido heredero *in re certa* (545).

Partimos de este dato. No es de esencial necesidad que los herederos entreguen a los legatarios la posesión de sus legados. Ni va contra la naturaleza del legado la transmisión directa, *ipso iure*, al fallecer el causante, de la posesión de la cosa legada al legatario. Aceptado esto, podemos dejar la puerta abierta a otras consecuencias.

Una de ellas ya la recogimos con anterioridad. Nos apoyamos en el texto del art. 806 C. c. Hay una cuota líquida de los bienes de la herencia reservada por la ley a los legitimarios. La disposición del causante a su favor no hace sino atribuirles esa porción que previamente les estaba destinada. Ese destino prefijado, esa reserva legal, son datos suficientes, como adelantamos más atrás, para entender que la posesión del legado *pro legitima*—sea de cuota, de cosa cierta, o de género y cantidad, contenidos en la herencia—debe pasar directamente al legatario-legitimario, en el momento de fallecer el *de cuius*, y para admitir que aquél puede ocupar materialmente, por propia autoridad, los bienes legados, si estuvieren determinados. O bien, ha de coposeerlos con los herederos, en los supuestos de atribución de cuota o de no individualización del objeto fungible legado. Como vimos, no faltan antecedentes históricos en apoyo de nuestra opinión.

Siendo así, la situación del legitimario que recibe su legitimación en bienes de la herencia a título de legado no será peor, ni distinta, en este aspecto, que la del legitimario instituido heredero.

D) *La posibilidad de accionar el juicio de testamentaria e intervenir y participar en la partición de la herencia.*

Recordamos que el art. 1.038 LEC, refiriéndose al juicio voluntario de testamentaria, determina: «Serán partes legítimas para promoverlo: 1.º, Cualquiera de los herederos testamentarios... 3.º, Cualquiera de los legatarios de parte alícuota del caudal...». Y que, según el artículo siguiente: «El heredero voluntario y los legatarios de parte alícuota no podrán promover el juicio voluntario de testamentaria cuando el testador lo haya prohibido expresamente. También convinimos que esa prohibición no puede

(544) Se citan otros supuestos en que el legatario puede ocupar por sí la cosa legada, como en la hipótesis del art. 891, C. c., de herencia distribuida en legados (Ss. 30 diciembre 1916 y 19 abril 1947; o cuando el legatario ya estuviere en posesión de la cosa (Rs. 15 julio 1863 y 18 julio 1900).

(545) Ver lo dicho anteriormente en este trabajo. II, § 2. C). e), 1.º y 2.º.

alcanzar a los legatarios de parte alicuota cuando se les hubiere atribuido esa cuota en satisfacción de sus derechos legitimarios.

Otra conclusión, fué que el legatario parciario debía intervenir en la partición. Por lo menos participando en la formación del inventario, avalúo y comprobación del valor de los lotes formados.

Queda por examinar si será desventajosa la posición de los demás legitimarios a quienes sus derechos les fueron atribuidos a través de una institución en cosa cierta, o en legados de cosa específica o de género comprendidos en el caudal hereditario.

En la primera parte de este trabajo (546), convinimos que en el régimen del Código civil es necesario que el legitimario, aunque no sea heredero, intervenga en la partición; y en que ésta no puede efectuarse válidamente sin su concurso, a no ser que previamente a ella—pero después de la delación—se hubiese dado por satisfecho el propio legitimario.

Allí determinamos las razones justificantes de la necesidad de su intervención: Los legitimarios, aún no siendo herederos, son parte interesada en las operaciones de valoración, computación e imputación, y, en su caso, en la reducción de donaciones, legados y mejoras. Operaciones, que no es aceptable puedan ser realizadas unilateralmente, sin el concurso de una parte directamente interesada, como en cualquier caso son los legitimarios. Las reducciones de donaciones y legados previstas en los arts. 818 y siguientes y 829 del Código civil presuponen el concurso de todos los legitimarios en las operaciones indicadas.

Estas mismas razones justifican, a mayor abundamiento, la posibilidad de que los legitimarios aún cuando sólo fueran llamados como legatarios de cosa cierta o de cosa genérica comprendidas en la herencia puedan interponer el juicio de testamentaria. También, *a fortiori*, así lo confirma la jurisprudencia del Tribunal Supremo que reiteradamente ha venido reconociendo al legitimario de Derecho catalán el derecho a promover el juicio de testamentaria y no el ordinario de la cuantía correspondiente (547).

E) *La percepción de frutos; la posibilidad de ejercitar acciones en defensa de bienes de la herencia, y la participación en «periculum» y «commodum».*

Los efectos enunciados son característicos de la cualidad de heredero. Se producen desde el mismo momento de la muerte del causante. Si los herederos fuesen varios, aquéllas acciones podrá ejercitarlas cualquiera de ellos y en relación a cualquier bien. En los frutos, «commodum» y «periculum» coparticiparán todos. pro-

(546) § 8.º, B) y nota 244.

(547) Sentencias 3 noviembre 1876, 29 enero 1891, 8 febrero 1892, 17 octubre 1893, 14 mayo y 22 diciembre 1895, 23 mayo 1899, 31 mayo 1909, 22 noviembre 1910 y otras.

porcionalmente a su participación hereditaria y con independencia del bien de la herencia que los haya producido, gozado o sufrido.

No obstante, si el mismo testador hubiere verificado la partición, se entenderán individualizados, desde el día de la delación, la percepción de esos frutos, el ejercicio de las acciones, el «*commodum*» y «*periculum*» correspondientes a los bienes concretamente asignados. Tal individualización será una de las consecuencias normales de la partición.

El legatario de parte alicuota participa, desde el momento del fallecimiento del causante, en la percepción de los frutos de la herencia, en los riesgos favorables o adversos y, como cotitular de los bienes, podrá ejercitar las acciones defensivas correspondientes, por lo menos si los herederos no las hicieran valer.

El legatario de cosa específica, existente en la herencia, tiene individualizados los riesgos y la percepción de frutos también desde el momento de la delación hereditaria (art. 882 C. c.).

En cambio, según el art. 884, si el legado «no fuese de cosa específica o determinada, sino genérico o de cantidad, sus frutos e intereses desde la muerte del testador corresponderán al legatario cuando el testador lo hubiese dispuesto expresamente». Es decir, que si no lo ha ordenado de este modo, el legado de género y cantidad no dará derecho al legatario a percibir frutos ni intereses antes de que el heredero incurra en mora. Los riesgos tampoco pasarán al legatario; como en toda deuda genérica son a cuenta del deudor.

Pero esta doctrina no la estimamos aplicable al legitimario a quien, en satisfacción de sus derechos, el testador hubiere asignado a título singular, género o cantidad existentes en el haber hereditario (548). El art. 884, parte de que los legados de género y cantidad son legados damnatorios, es decir, con valor de créditos contra el heredero. En cambio, el legado de género y cantidad que es eficaz para la satisfacción de derechos legitimarios comienza por ser un legado de género y cantidad delimitados: una parte o todo aquél género y cantidad existentes en la herencia. Además, se atribuye para concretar una reserva de bienes predeterminada por la ley. No se confiere, por lo tanto, un mero legado damnatorio, sino que se atribuye directamente todo o parte del género o cantidad expresados que haya en la herencia, individualizando aquella reserva global.

Si el legado comprendiera todo el género o la cantidad total, el dominio de aquel género o de aquellas cantidades pasaría al legatario-legitimario en el instante mismo de la delación, y también entonces se individualizarían—por obra y gracia del acto determinativo del testador—los riesgos y los frutos o intereses, si se

(548) En otro caso, el testador no podrá disponer eficazmente en satisfacción de derechos legitimarios legados de género ni de cantidad no comprendidos en su herencia.

produjeran, correspondientes a la asignación. Si, tal legado, sólo comprende una parte del género o de la cantidad que hubiere en la herencia, el legitimario será comunero de los otros asignatarios del mismo género, o de los herederos en general, si no hubiere habido expresa atribución del género restante. Por lo tanto, participará de los frutos o intereses, si los produjeran, y en los riesgos del género y la cantidad existentes en la herencia, en la misma proporción que su atribución representare respecto a la totalidad de aquel género o sobre la cantidad total comprendidos en la herencia.

F) *Posición ante las deudas de la herencia.*

Nos hallamos frente a la más característica diferencia observada entre herederos y legatarios.

Si el heredero es el continuador de las relaciones jurídicas del causante deberá sucederle en todas sus deudas. Y en cada una de ellas, según disponga el sistema positivo de que se trate, sea mancomunadamente, como en Derecho romano, o solidariamente, como en nuestro Código civil.

El causante no puede variar este régimen. Porque no puede disponer de sus deudas con eficacia tal que alcance la esfera de sus acreedores. Podrá ciertamente individualizar sus relaciones activas; e incluso disponer a efectos puramente internos quién debe pagar sus deudas. Pero esta asignación pasiva no alcanza a modificar la responsabilidad que a los herederos corresponde con relación a los titulares activos de aquellas obligaciones.

El designado heredero a quien el testador, gravándole con cargas y legados, le prive de todo su activo, no dejará por eso de ser un verdadero heredero. En cambio, el nombrado heredero que no deba responder frente a los acreedores de la herencia del pago de alguna deuda, no será heredero.

No estamos conformes con la afirmación, hecha por Ortega Pardo (549), de que una persona puede ser heredero sin asumir responsabilidad por las deudas hereditarias, cuando, a pesar de este resultado, la ley les atribuye expresamente aquella cualidad. La Ley podrá señalar las denominaciones que quiera mandar, pero jamás conseguirá cambiar la naturaleza de las cosas. Si la propia ley parte de un concepto jurídico determinado, poco importará que luego emplee inadecuadamente la terminología.

El heredero sufre en el régimen del Código civil el peso de dos preceptos: los arts. 1.003 y 1.084. Del rigor de aquél puede librarse, sometiéndose a formalismos prefijados y dejando que los bienes de la herencia queden sujetos a una administración y liquidación rigurosamente predeterminados por la ley. En esto consiste el beneficio de inventario, que el Código civil admite y reglamenta en

(549) «Heredero testamentario y...», págs. 330 *in fine* y s., núm. 4 y págs. 353 y siguientes.

sus arts. 1.010 y siguientes. Pero, si concluido este procedimiento purgatorio aparecieren otras deudas, de las que antes no se hubiere tenido noticia, renacerá la responsabilidad del heredero. Aunque esta sólo sea *intra vires* y *pro viribus* (no meramente *cum viribus*, como durante el procedimiento liquidatorio), no dejará de ser personal y solidaria, a tenor del art. 1.084 C. c.

Frente a la posición del heredero, acabada de bosquejar, aparece inconfundible la del legatario. Este es sólo un adquirente a título singular. No sucede en las relaciones jurídicas del causante y, por lo tanto, no responde personalmente de sus deudas. Sin que esto quiera decir que por pagar deudas del causante viése reducida su adquisición a una porción menor que su legítima, podrá exigir la correspondiente reducción de los legados (artículos 817 a 822).

a) El heredero forzoso que por pagar deudas del causante viése reducida su adquisición a una porción menor que su legítima, podrá exigir la correspondiente reducción de los legados (artículos 817 a 822).

b) Durante la administración del beneficio de inventario el administrador no podrá pagar los legados, sino después de haber pagado a todos los acreedores (art. 1.027 C. c.).

c) En la herencia aceptada a beneficio de inventario, si después de pagados los legados aparecieren otros acreedores, éstos podrán reclamar contra los legatarios cuando no quedaren en la herencia bienes suficientes para pagarles (art. 1.029 C. c. «sensu contrario»).

d) En los juicios de testamentaria promovidos a instancia de uno o más acreedores no se hará la entrega de los bienes a ninguno de los legatarios sin estar aquéllos completamente pagados o garantizados a su satisfacción (art. 1.093 de E. Civ.).

e) No hay duda que la percepción de los legados quedará totalmente supeditada a la satisfacción de los acreedores en las herencias que oficialmente se hallen, o se declaren conforme al artículo 1.053 LEC., en concurso o en quiebra.

f) Finalmente, en aquellas herencias en las cuales los bienes recibidos por el heredero no sean suficientes para cubrir las deudas del causante y el heredero no tenga solvencia personal para saldarlas, entendemos que los acreedores podrán dirigirse contra los bienes legados, previa demostración de los siguientes datos: 1.º, que los bienes de la herencia no legados no bastaban para cubrir las deudas; y 2.º, haberse hecho excusión de los bienes del heredero (550).

(550) Nuestro querido compañero MANUEL DE LA CÁMARA, defendió brillantemente la tesis contraria el pasado año en una ponencia discutida en el seminario de ANUARIO DE DERECHO CIVIL. Sus principales fundamentos pueden concretarse, en síntesis, de este modo:

a) La aceptación de herencia pura y simple produce la confusión de los patrimonios de causante y heredero, fusión cuyos efectos fueron limitados en Derecho romano, y siguen estándolo en algunos Códigos modernos, en virtud del beneficio de separación que potestativamente pueden utilizar tanto los acreedores del causante como los del heredero.

Ahora bien, entre la responsabilidad del heredero y esta afectación del legatario existe una evidente diferencia.

El legatario en ninguno de los casos referidos responde personalmente, ni siquiera «*intra vires, pro viribus*». Sufre solamente

b) Que nuestro Código civil sólo excepcionalmente, en casos concretos, expresa esa preferencia a favor de los acreedores de la herencia con respecto a legatarios y acreedores particulares del heredero, y a favor de los legatarios con relación a los acreedores del heredero. Hipótesis singulares, que son las siguientes: aceptación de los herederos a beneficio de inventario (arts. 1.027 y 1.029 del Código civil), interposición del juicio de testamentaria (art. 1.093, LEC.) y declaración en quiebra o en concurso de acreedores de la testamentaria (artículo 1.053, LEC.). En todos estos supuestos la ley previene una serie de medidas dirigidas a evitar la confusión de los bienes de la herencia con el patrimonio del heredero. En cambio, falta una regulación genérica del procedimiento genérico que clásicamente acompañaba al beneficio de separación de bienes. Limitada la regulación de nuestro Derecho, en esta cuestión, a las medidas técnicas que acompañan a la reglamentación de los supuestos antes enunciados, no entiendo posible que, fuera de ellos, pueda el intérprete articular otros, ni que, sin dichas medidas, pueda sancionarse una preferencia general de ciertos acreedores sobre otros, contraria a la regla general de confusión de patrimonios, y opuesta también al criterio restrictivo de la ley en materia de privilegios (cfr. art. 1.925 del Código civil).

c) Que los acreedores del causante tienen una única garantía que les asegura la posibilidad de acudir al juicio de testamentaria a fin de conservar su preferencia: la facultad de oponerse a que se lleve a efecto la partición de la herencia en tanto no se les pague o afiance el importe de sus créditos. Así resulta del art. 1.082, C. c. Pero que esta facultad resulta totalmente estéril en los supuestos de heredero único, de haberse verificado la partición con anterioridad a que los acreedores hubieren expresado su oposición y cuando los herederos conjuntamente enajenan bienes de la herencia sin hacer la partición.

Reconociendo el mérito y relevante interés de la tesis de Cámara, no estamos de acuerdo con sus conclusiones fundamentales.

a) Ante todo, queremos subrayar que así el Código civil como la ley de Enjuiciamiento, en todas las ocasiones en que regulan supuestos concretos de colisión de derechos entre acreedores del causante y legatarios dan preferencia a los primeros, con la misma uniformidad con que se la confieren a los legatarios cuando entran en conflicto con acreedores de los herederos. Estas soluciones reiteradas, nunca son expresadas con carácter excepcional, sino como resolución concreta de los supuestos hallados al paso. Por eso, nos inclinamos a considerarlas como trasunto de un principio general tradicional e implícito en nuestro sistema positivo, del que derivan y son singular aplicación.

b) Cosa distinta de lo que sostenemos sería admitir que las indicadas preferencias deben mantenerse en una simple tercería, sin otra justificación que las pruebas de que el objeto ejecutado perteneció al haber hereditario, que los terceristas son acreedores de la herencia (o de que son legatarios, si éstos ejercitan la tercería, en una ejecución de la que fuese actor un acreedor del heredero). El acreedor de la herencia que ha negligido su acción contra el heredero, dando lugar a que éste consuma o enajene bienes de la herencia que nubieran bastado para pagar las deudas, no es justo que luego pueda dirigirse contra los bienes legados. Ni que un legatario de cantidad, después de negligir toda actividad y permitir la dispersión de casi todo el caudal hereditario, alegue y pretenda hacer efectiva su originaria preferencia contra los acreedores del heredero que están ejecutando el último residuo del activo. Por eso es imprescindible probar los extremos que hemos enunciado en el texto a fin de que los acreedores de la herencia puedan hacer valer su preferencia frente al legatario. Siendo así, cuando el heredero no haya aceptado a beneficio de inventario, ¿será imprescindible, para lograr la efectividad de aquella preferencia, que se entable el juicio de

una *afección «cum viribus»* (551), reforzada para el acreedor por el principio de subrogación real o, tal vez más exactamente, por el de la subrogación de valor, como medio de determinación del enriquecimiento del legatario (552). Afección que sólo puede ser

testamentaria o se pida la declaración en quiebra o en concurso de acreedores de la herencia?

c) En caso de que la respuesta a esta pregunta sea afirmativa, nos encontramos con dos dificultades. La quiebra y el concurso piden ciertos requisitos materiales y formales que no siempre se reúnen. Y el juicio de testamentaria parece resultar imposible si el heredero es único o la partición ya se verificó. No obstante nos inclinamos a creer que los acreedores pueden interponerlo al objeto expresado, al amparo del núm. 4 del art. 1.082, LEC., aun cuando sólo hubiere un heredero, o siéndolo varios ya se hubiese realizado la partición. En ambos casos, dicho juicio universal tendrá como objeto básico la liquidación de las deudas de la herencia.

d) A nuestro juicio, hay otra razón, si cabe más evidente, que demuestra la preferencia de los acreedores de la herencia respecto a los legatarios, en caso de colisión de ambos derechos. El art. 643, C. c., dice: «No mediando estipulación respecto al pago de deudas, sólo responderá de ellas el donatario cuando la donación se haya hecho en fraude de los acreedores. Se presumirá siempre hecha la donación en fraude de los acreedores cuando al hacerla no se haya reservado el donante bienes bastantes para pagar las deudas anteriores a ella». Presunción de fraude que, conforme expresó FEDERICO DE CASTRO (*La acción Pauliana y la responsabilidad patrimonial*, en «Rev. Dr. Priv.», T. XIX, julio-agosto 1923, págs. 216 y ss., especialmente pág. 128), no es tal presunción sino una objetivización del fraude «uniéndole al perjuicio, al *eventus damnis*, sin atender al *consilium fraudandi*». Es decir, que no significa sino la preferencia de los acreedores del donante sobre el donatario en caso de darse el supuesto de que en el momento de la donación no le restasen al donante bienes suficientes para satisfacer sus deudas. Regla que por identidad de *ratio* debe aplicarse, *mutatis mutandis*, por analogía, al supuesto de que los bienes legados fuesen insuficientes el día de la delación para pagar las deudas del *de cuius*. La insuficiencia calculada en dicha fecha es el límite cuantitativo de cualquier reclamación subsidiaria de los acreedores de la herencia contra bienes legados.

(551) Notemos que la diferencia entre la responsabilidad *intra vires pro viribus* y la afección *cum viribus* no es meramente teórica. Puede tener relevante interés práctico. Así, p. ej.: la pérdida fortuita de la cosa legada llevará consigo una extinción total de la afección *cum viribus*, mientras que, por el contrario, no repercutirá en la responsabilidad personal *pro viribus*. También es de observar que los problemas que origine la alteración en el valor adquisitivo de la moneda tendrán una distinta repercusión en uno y otro caso.

(552) RABELLO MOLINA (*Subrogación en la reserva litoral*, «Rev. Gral. de Dr.», T. I, mayo 1945, pág. 266) distingue certeramente la subrogación real en sentido estricto, es decir, de objeto por objeto, y la subrogación real en sentido amplio y generoso, equivalente a subrogación de valor. Entre uno y otro criterio existe una clara diferencia práctica cuando en la cadena subrogatoria se interfieren dinero, no individualizado por algún medio (como lo sería, p. ej., tomando su numeración), u otros bienes fungibles.

Esa subrogación, en sentido amplio, la vemos reflejada en el último apartado del art. 812, C. c.: «Si hubieren sido enajenados, sucederán en todas las acciones que el donatario tuviere con relación a ellos y en el precio, si se hubieren vendido, o en los bienes que les hayan sustituido, si los permutó o vendió». En la sustitución por el precio de la venta vemos una subrogación de valor, que queda inmutablemente fijado en su valor nominal, abstracción hecha de toda posterior alternativa; mientras que en la sustitución por las acciones resultantes o por los bienes que a título de permuta hubieran sustituido a los donados, vemos la subrogación estricta de cosa por cosa.

efectiva: *indirectamente*, mediante el regreso intentado por los herederos forzosos a través de la acción de reducción, o *subsidiariamente*, después de haberse hecho total excusión de los bienes de la herencia no legados especialmente y del patrimonio de los herederos que no hubieran aceptado a beneficio de inventario (553).

Esto supone una posición de evidente ventaja para los legatarios, con respecto a los herederos. Es la distancia que media entre responder subsidiariamente del excedente por cubrir, o por vía de regreso de la parte en que las legítimas resten sin satisfacer, y responder solidariamente en primera línea, ante los acreedores, de todas y cada una de las deudas pendientes, aunque luego quepa ejercitar la acción de regreso, reembolso o complemento, que sólo serán eficaces cuando vayan dirigidas contra personas que conserven solvencia económica.

Es evidente, por tanto, que el legitimario que recibe sus derechos estrictos a título de legado estará más al abrigo de las reclamaciones de los acreedores y sufrirá menos molestias que aquellos otros que los tengan asignados a título de herencia.

G) Posición ante los gravámenes y legados.

A los legatarios puede gravárseles con modalidades, cargas y sublegados, e incluso cabe imponerles la obligación de pagar ciertas deudas del causante. Recordemos que, esa obligación de pago de deudas, tiene para los legatarios el sentido de una carga impuesta, pero no les hace sucesores de aquella relación pasiva del causante. Por ello, los herederos no quedan liberados de su responsabilidad solidaria frente a los acreedores, titulares activos de dichas deudas. Ni, por lo tanto, el legatario tiene por qué responder solidariamente con los herederos, ni con los otros legatarios gravados, del pago de aquellas otras deudas que no le fueron expresamente asignadas.

Esa responsabilidad de los legatarios por el pago de sublegados y demás cargas que expresamente les impusiera el causante tiene

Cabe aún plantear, en el supuesto de que el legado fuese de dinero o cosas fungibles, o en la hipótesis de que por subrogación se hubiese transformado el objeto en bienes de esta naturaleza, si debe admitirse que no haya repetición contra el legatario que hubiere gastado o consumido de buena fe aquel dinero o aquellas cosas fungibles, siguiéndose un criterio análogo al que se observa en el art. 1.160 C. c.

Es decir, se trata de decidir si esta responsabilidad *cum viribus* sólo muere por pérdida fortuita o también por su consumo hecho de buena fe.

(553) Queda aparte el supuesto del art. 891. Para nosotros, plantea este dilema: O hay responsabilidad personal *pro viribus*, en cuyo caso el llamado legatario es de hecho un verdadero heredero, con responsabilidad solidaria, conforme al art. 1.084, sea limitada o ilimitada, o no hay tal responsabilidad, sino meramente una afección *cum viribus* (ver al efecto lo dicho anteriormente § 2.º D). b). 2.º a) 6) ~).

señalado un límite: el valor del propio legado. Así lo dice claramente el art. 858 C. c. Responde *intra vires* y *pro viribus*.

En cambio, es mucho más dudoso si gozarán de igual limitación los herederos que no utilizaron el beneficio de inventario (554).

EN CONCLUSION: teleológicamente, desde un punto de vista práctico, no hay duda que el legitimario a quien no se le dejen más que sus derechos estrictos, gozará de posición más tranquila y ventajosa recibiéndolos a título de legado que como heredero de cuota.

(554) Ver al efecto las citas que hicimos en la primera parte de este trabajo, nota 252. Especialmente, los trabajos de Luis Cárdenas Hernández («Responsabilidad *ultra vires* por legados», en *Rev. Dr. Priv.*, T. XXXIV, febrero 1950, páginas 151 y ss.) y Ginot Llobateras (en su repetido estudio «La responsabilidad del heredero simple por deudas y legados en el Derecho común y en el foral», en este ANUARIO, III-4, págs 1057 y ss.), que respectivamente defienden las opuestas soluciones de responsabilidad *intra vires* y *ultra vires*.