

Aspecto cuantitativo de las legítimas*

JUAN VALLET DE GOYTISOLO

SUMARIO: I. DETERMINACIÓN DEL DIVIDENDO: A) *Determinación del "relictum" líquido.* A₁) *En el régimen del Código civil.* 1. El art. 818 C. c., § 1.º *Composición y valoración del activo bruto relicto.* 2-a) *Composición del activo hereditario bruto.* a) *Derechos que no se transmiten porque se extinguen:* 3. Por su duración vitalicia 4. Por su carácter personalísimo. β) *Bienes o derechos que no integran el caudal hereditario porque tienen un destino predeterminado por el título adquisitivo o por la ley, o que se desvinculan del fenómeno sucesorio.* 5- 1) El lecho cotidiano y las ropas y vestidos de uso ordinario del cónyuge viudo. 2) Los derechos del arrendatario rústico y del inquilino. 3) Los bienes sometidos a sustitución fideicomisaria. 4) Los bienes donados con pacto de reversión a favor de tercero. 5) Los sujetos a la reversión del art. 812 C. c. 6 -6) Los bienes sujetos a reserva viudal con respecto a quienes no sean hijos comunes. 7- 7) Los bienes sujetos a reserva lineal del art. 811, con respecto a quienes no sean descendientes comunes del reservista y del descendiente de quien proceden los bienes. 8- 8) El capital de los seguros a favor de tercera persona concertados por el causante sobre su propia vida. γ) *Derechos causados por el fallecimiento del causante, pero desvinculados de su sucesión y no dimanantes de prestaciones económicas suyas:* 9. Pensiones o indemnizaciones derivadas del contrato de trabajo. Obligaciones de indemnizar por la muerte del causante. b) *Valoración del activo hereditario bruto:* 10. Criterios generales y especiales. 11. ¿Qué valor sucesorio tienen los pactos sociales acerca de la forma de valorar los derechos a liquidar o adquirir de los herederos del socio fallecido? c) *Determinación y estimación del pasivo hereditario:* 12. Requisitos para la deducibilidad de deudas y cargas. 13. ¿Son deducibles las obligaciones naturales y los deberes morales del causante? 14. Quid de las deudas reconocidas por el causante pero no acreditadas. 15. Deducción de los gastos de última enfermedad, los lutos de la viuda y los alimentos de ésta cuando quedare encinta. 16. Quid de los gastos de entierro, funeral y sufragios. A₂) *Particularidades de las regiones forales:* 17-a.) *Aragón.* 18-b.) *Balcarcs.* c.) *Cataluña:* 19. Legítimas pro-

(*) Este trabajo corresponde al Capítulo 7.º del libro en elaboración "Limitaciones de Derecho sucesorio de la facultad de disponer", que debe constituir el volumen LVIII del "Tratado práctico y crítico del Derecho civil", del Instituto Nacional de Estudios Jurídicos.

piamente dichas. 20. Bienes comprendidos en la sucesión de un impúber. 21. Bienes reservables. 22 Contenido de la cuarta marital. d₂) *Vizcaya*. 23. Determinación del activo. Bienes troncales. 24. Deducción de deudas y disposiciones piadosas. 25-e₂) *Navarra*. B) *Computación del "donatum"*. B₁) *En el régimen del Código civil*. 26. Introducción histórica. 27. Interpretación de la ley 25 de Toro. 28. Posiciones en el período precursor del Código civil. 29. El art. 818, § 2.º, C. c. y los diversos conceptos de colación. 30. Distintas opiniones acerca del significado que tiene en ese precepto la expresión "donaciones colacionables". 31. Donaciones que no se computan para calcular las legítimas. 32. Momento al que debe referirse la valoración. B₂) *Especialidades de las regiones forales en orden a la computación de donaciones*: 33-ab) *Aragón*. 34-bb) *Baleares*. cb) *Cataluña*. 35. En las legítimas ordinarias. 36. Computación de la participación del cónyuge premuerto en los bienes adquiridos con pacto de sobrevivencia. 37. Computación de donaciones para el cálculo de la cuarta marital. 38-db) *Vizcaya*.—II. DETERMINACIÓN DE LOS DIVISORES. A) *Determinación de las legítimas globales*. A₁) *En el Código civil*. 39. Para los descendientes y ascendientes legítimos. 40. Para los hijos y padres naturales. A₂) 41. *En las regiones forales*. B) *Determinación de las legítimas individuales*. B₁) *En el Código civil*: 42- a) En el parentesco de consanguinidad legítima. 43. Distribución por cabezas entre los hijos y por estirpes entre los nietos en cuanto no haya mejora. 44- b) En la relación de adopción plena. c) En el parentesco natural: a) Legítima de los hijos naturales: 45. En concurrencia con hijos legítimos. 46. En otros supuestos de concurso y en el específico de concurrir con adoptados plenamente, no concurriendo descendientes legítimos. 47. En concurrencia conjunta con adoptados plenamente y con descendientes legítimos. β) Legítima de los padres naturales. 48-d) Legítima en la adopción simple de hijos y padres adoptivos. 49-e) Legítima del cónyuge viudo. B₂) *En las regiones forales*. 50-a₂) *En Aragón*. 51-b₂) *En Baleares*. 52-c₂) *En Cataluña*. 53-d₂) *En Vizcaya*.—III. PROBLEMAS QUE SUSCITAN LOS COCIENTES. A) *Cuestión de la connixtibilidad y la inconnixtibilidad de las cuotas de legítima absoluta y relativa, y de libre disposición*: 54. ¿Se divide o no la herencia en compartimientos estancos? 55. Importancia práctica de la cuestión. 56. Su aplicación a los supuestos de donaciones con dispensa de colocación y con carácter de mejora. 57. Los bienes troncales y los sujetos a reserva. B) *Problemas que para la determinación de los cocientes plantea la existencia de masas distintas en una misma sucesión*. B₁) *Código civil*: bienes reservables y herencia del reservista: 58-a) Si hay reserva vidual. 59-b) Si hay reserva lineal. B₂) *Regímenes forales*: a) *Cataluña*. 60. Sucesión del impúber, y reservas vidual y lineal en las legítimas de Cataluña. b) *Vizcaya*. 61. Reserva lineal y vidual en la legítima troncal. 62. La sucesión de los vizcaínos de las villas y los bienes raíces por ellos relictos en la tierra llana. C) *Concurrencias de cocientes de legítimas distintas*: C-I) *Supuestos en los cuales la concurrencia de legítimas de legitimarios de distinta clase disminuye la parte de libre disposición, sin que aquéllas se compriman entre sí mientras quepan en ésta*. C-I₁) *Código civil*. 63. Supuestos que se dan: 1) hijos y descendientes con cónyuge viudo cuando alguno de aquéllos sea de anteriores nupcias; 2) hijos legítimos y naturales; 3) ascendientes legítimos y cónyuge

viudo; 4) ascendientes legítimos e hijos naturales; 5) ascendientes legítimos, hijos naturales y cónyuge viudo; 6) cónyuge viudo e hijos naturales; 7) cónyuge viudo y padres naturales; 8) ascendientes legítimos o naturales con adoptantes en adopción simple. C-I₂) *En los regímenes forales o especiales.* 64. En Mallorca, Menorca y Cataluña. C-II) *Supuestos en los cuales la concurrencia de legitimarios comprime todas o algunas de las legítimas.* C-II₁) En el Código civil. 65. Concurrencia de cónyuge viudo, hijos legítimos de un anterior matrimonio, e hijos naturales y/o adoptivos con adopción simple. C-II₂) En el Derecho de Mallorca y Menorca. 66. *Supuestos previstos:* 1) descendientes legítimos adoptados plenamente e hijos naturales; 2) cónyuge viudo, hijos legítimos, y naturales y/o adoptados plenamente; 3) ascendientes, viudo e hijos naturales en la sucesión del padre.

Las legítimas, tanto cuando jurídicamente se traducen en una declaración legal (atribución positiva) como cuando se circunscriben a una serie de normas protectoras del legitimario para asegurarle que no será privado de un mínimo determinado (protección negativa o de freno) y cualquiera que sea objetivamente su contenido cualitativo (*quale*), siempre se refieren, de un modo u otro, a una masa de bienes contemplada cuantitativamente (*quantum*).

La regla general para determinarlas, en ese aspecto, consiste en fijar una masa de bienes y en valorarla, para obtener el dividendo, al que se habrá de aplicar, como divisor, la cuota fraccionaria que la ley determina para cada supuesto.

La legítima cuantitativamente es casi siempre una parte alícuota de la herencia.

Son excepciones los supuestos en los cuales el contenido cualitativo de la legítima es puramente simbólico (v. gr., en la legítima navarra o en la individual vizcaína) o bien se concreta en bienes determinados, v. gr., por razón de su procedencia (caso de la legítima troncal vizcaína, o, en sentido lato, de los bienes reservables).

Salvados estos supuestos excepcionales, el objeto de nuestro estudio, en este epígrafe, debe englobar sucesivamente las operaciones precisas para la determinación del dividendo, del divisor y la aplicación de éste a aquél a fin de determinar el *quantum* de cada legítima.

I. DETERMINACION DE DIVIDENDOS

A) DETERMINACIÓN DE "RELICTUM" LÍQUIDO.

A₁) EN EL RÉGIMEN DEL CÓDIGO CIVIL.

1. En el régimen del Código civil español tenemos un precepto que, con más o menos perfección terminológica, expresa el modo de computar el dividendo para fijar las legítimas.

Es el art. 818, que dispone:

“Para fijar la legítima se atenderá al valor de los bienes que quedaren a la muerte del testador, con deducción de las deudas y cargas, sin comprender entre ellas las impuestas en el testamento.”

“Al valor líquido que los bienes hereditarios tuvieren se agregará el que tenían todas las donaciones colacionables del mismo testador en el tiempo en que las hubiera hecho.”

Las variantes que se observan entre las dos primeras ediciones del Código civil son mínimas. Se reducen a la supresión de dos comas y al tiempo de un verbo (1).

Con respecto al texto de sus precedentes legislativos —art. 648 del Proyecto de 1851 (2) y art. 803 del Anteproyecto 1882-1888 (3), idénticos entre sí—, se observan las siguientes diferencias:

— en el § 1, en lugar de “que quedaren”, decían “que hayan quedado”;

— en el § 2, en lugar de “que los bienes hereditarios tuvieren”, decían “de los bienes hereditarios”; la palabra “colacionables” no aparecía, y en lugar de las palabras finales “las hubiera hecho”, concluían “las hizo”.

La lectura del precepto nos indica que la masa de cálculo de la legítima, o sea, el dividendo al que luego habrá de aplicar el divisor para conocer la cuantía de la legítima, comprende la determinación previa de tres cifras, con las cuales hay que hacer dos operaciones aritméticas: una resta, por la cual de la primera cifra se detrae la segunda, y una suma, con la cual a este resto se adiciona la tercera cifra. Entre las tres cifras determinadas por sendas operaciones de valoración y las dos resultantes de la resta y de la suma indicadas, tenemos los cinco siguientes valores: activo bruto, pasivo y activo líquido relictos, donado y masa de cálculo de las legítimas, o dividendo, al que sólo habrá que aplicar el divisor para fijarlas.

Vamos a ocuparnos, pues, en primer término, de la determinación de las tres cifras, con las cuales se deben hacer las operaciones aritméticas sucesivas de resta y de suma, para obtener la base o dividendo, y de división de ésta, para fijar el montante de la legítima.

(1) Cfr. la versión crítica de JERÓNIMO LÓPEZ LÓPEZ y CARLOS MELÓN INFANTE, Madrid, I. N. de Estudios Jurídicos 1967, p. 262, que señala las siguientes: En la versión de la *Colección Legislativa* de la edición reformada no apareció la coma entre “testador” y “con deducción de las deudas”. En la *Gaceta*, la edición primitiva tenía una coma en el § 2.º entre “tuvieren” y “se agregará el que”. En la edición primitiva la penúltima palabra del artículo era “hubiere” en lugar de la actual “hubiera”.

(2) Cfr. en las “Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español” de FLORENCIO GARCÍA GOYENA, Madrid 1882, vol. II, p. 97.

(3) Cfr. la versión anotada y concordada por MANUEL PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, Madrid 1965, vol. I de la Sec. IV de los volúmenes conmemorativos del Centenario de la Ley del Notariado, p. 247.

Composición y valoración del activo bruto relicto.

El art. 818 C. c., a efectos de determinar la primera de las tres valoraciones que requiere para fijar la legítima, es decir, la obtención del minuendo de la primera operación matemática a efectuar, dice que “*se atenderá al valor de los bienes que quedaren a la muerte del testador*”.

Se trata, pues, de delimitar los bienes que integran la herencia y de valorarlos. Para mayor claridad estudiaremos primero el contenido y luego la valoración de ese activo bruto relicto, que coincide con el haber hereditario.

2. a) Composición del activo hereditario bruto.

Según el art. 659 C. c.: “*La herencia comprende todos los bienes, derechos y obligaciones de una persona, que no se extinguen por la muerte.*”

Este precepto nos indica el contenido que ha de tenerse en cuenta para obtener no sólo de la primera, sino también la segunda de las cifras que tratamos de analizar: el contenido para calcular la primera cifra, es decir, el activo bruto hereditario; y el contenido para calcular la segunda, esto es el pasivo hereditario.

Como ahora nos toca ocuparnos sólo de la primera, nos interesa reparar en que la herencia comprende, conforme dice el art. 659, todos los bienes y derechos de una persona “*que no se extinguen por la muerte*” y que, conforme el art. 818, “*quedaren a la muerte del testador*”, o, en general, del *de cuius*.

Sin embargo, hay que hacer una previa salvedad a la puesta en relación de los arts. 818 § 1 y 659 C. c. Hay acciones de impugnación de determinados actos del causante, que, si él mismo no ha iniciado su ejercicio, no se transmiten a sus herederos voluntarios, pero que sí pueden ser ejercitadas por sus herederos forzosos. Así:

1) Conforme al art. 646, § 2.º la acción de revocación de donaciones por superveniencia de hijos “*se transmite por muerte del donante, a los hijos y descendientes legítimos*”.

2) Según jurisprudencia reciente, la nulidad total de las donaciones disimuladas (4) en una compraventa simulada (SS. 3 marzo 1932, 22 febrero 1940, 12 julio 1941, 23 junio 1953, 29 octubre 1956, 5 octubre 1957, 9 diciembre 1959, 1 diciembre 1964), pueden

(4) Esta doctrina estima que el contrato de compraventa simulado que encubre una donación, aun cuando se haya formalizado en escritura pública, no cumple el requisito de forma exigido para la validez de las donaciones porque no refleja el *animus donandi*, ni la aceptación como tal de su liberalidad, y que, por ello, la donación es nula y no vale la compraventa como tal ni como donación. Cfr. el *Comentario* que a la S. 23 junio 1953 dedicó FEDERICO DE CASTRO Y BRAVO en A.D.C. XII-IV, octubre-diciembre 1953, pp. 1003 y ss.

obtenerla los herederos forzosos, pero no los herederos voluntarios (SS. 3 abril 1962, 22 abril 1963, 21 marzo 1964, 16 octubre 1965) (5).

Es de notar que, en este caso y en el anterior, la herencia se acrecentaría en su totalidad y para todos sus copartícipes si triunfase la acción de revocación ejercitada por los hijos o descendientes, en el primer caso, o la acción de nulidad por simulación instada por los herederos forzosos, aunque tan sólo éstos y aquéllos, en sus respectivos supuestos, están legitimados para promover tales incrementos.

3). Según otra jurisprudencia, la acción de simulación que no puede ejercitar el heredero voluntario, dada su subrogación en la posición jurídica del causante, si éste no hubiese iniciado su ejercicio, en cambio sí pueden ejercitarla los herederos forzosos, en cuanto perjudique a su legítima (S. 12 abril 1944), pues a éstos no puede oponérseles el principio de que nadie puede ir contra sus propios actos (6), e, igualmente, sólo ellos pueden impugnar las donaciones disimuladas en forma de compraventa en cuanto perjudiquen a su legítima (SS. 11 octubre 1943, 2 enero 1945, 2 junio 1956) (7).

Con este criterio los bienes objeto del acto que es impugnado, si la acción de impugnación prospera, integrarán la masa de cálculo de la legítima, pero —como las donaciones— no formarán parte de la herencia del *de cuius*, por lo cual de esa integración no se beneficiarán los herederos voluntarios. Tampoco forma parte de la herencia esta acción de impugnación pues les corresponde a los legitimarios por legitimación propia, pero no como integrante del caudal relicto. E igual ocurre con las acciones de impugnación que los legitimarios pueden ejercitar contra determinados actos del causante respecto de ciertos bienes que les correspondan por otro título (peculios, reservas, fideicomisos) por derecho propio no derivado del causante (8).

Hecha esta aclaración, conviene precisar los derechos que integran el caudal hereditario, o a la inversa para mayor simplicidad, dado que la regla general es la transmisibilidad, aquéllos que no

(5) Véase, en R.C.D.I., XLIII 1967, p. 180, nuestra nota a la S. 16 octubre 1965, donde destacamos que esta tercera posición fue iniciada por la S. 3 abril 1962 de la cual fue ponente Bonet Ramón.

(6) Cfr. LUIS DíEZ PICAZO PONCE DE LEÓN, "La doctrina de los actos propios", Barcelona 1963, cap. IX, IV, p. 235.

(7) Cfr. el comentario que a las SS 11 octubre 1943 y 30 mayo 1958 dedica JOSÉ PUIG BRUTAU, "Fundamentos de Derecho Civil", VI-I, Barcelona 1961, cap. I, t. 5, C, pp. 44 y s. y p. 51.

(8) Cfr. respecto la reivindicación por los legitimarios de bienes indebidamente enajenados por su causante y que éste debía restituirles, nuestro estudio "La Jurisprudencia del Tribunal Supremo y el artículo 811 del Código civil", II, § 7, 44, A, pp. 367 y ss. o A. D. C., XIII-III, julio-setiembre 1960, pp. 833 y ss.; y respecto la reivindicación por un legitimario reservatario, de los bienes reservables que su causante, a la vez que reservista, hubiese enajenado, ver *ibid*, 44, B y C, pp. 375 y ss. y A.D.C. cit., pp. 841 y ss.

se transmiten, sea porque se extinguen o porque tienen otro destino predeterminado.

a) *Derechos que no se transmiten porque se extinguen.*

3. La mencionada S. 11 octubre 1943, en su 4.^o Considerando, expone que, si bien es cierto que en nuestra legislación se nota la falta de un concepto genérico que sirva de guía en la diferenciación de derechos transmisibles e intransmisibles "mortis causa", no lo es menos que en el Código civil abundan pasajes en que, con referencia a relaciones jurídicas individualizadas o concretas, se declara que el derecho fenece o no con la muerte del titular y que, en último término, la deficiencia o aparente laguna legislativa de que se trata puede ser remediada cumplidamente por las vías y procedimientos normales de la interpretación e integración del sistema jurídico, y así, atendiendo a la naturaleza y contenido de la relación jurídica y las declaraciones legales y convencionales que la afectan, cabe llegar a una determinación enunciativa de los derechos exceptuados de la transmisión por causa de muerte, como suele formularla la doctrina científica, comprendiendo como intransmisibles, en principio y con ciertas salvedades, los derechos de carácter público; los personalísimos o de tal suerte ligados a determinadas personas por sus cualidades, parentesco, confianza, etc., que tienen su razón de ser preponderante y, a veces, exclusiva en el elemento o circunstancias que sólo se dan en el titular —"ossibus inhaerent"—, y, por último, algunos derechos patrimoniales de duración limitada, legal o convencionalmente, a la vida de una persona;...".

Como reconoce la referida sentencia, la regla general es la transmisibilidad de las relaciones jurídicas del causante y la excepción la intransmisibilidad de las que tienen carácter público, de las que fueren personalísimas del causante y de las que, aún siendo patrimoniales, son de duración vitalicia (9).

No se transmiten *por su duración vitalicia*: el usufructo (artículo 513, núm. 1 C. c.), el uso (art. 525 C. c.) y la habitación (art. 529 Código civil), la renta vitalicia (art. 1.808 C. c.), los derechos obtenidos como beneficiario en virtud de la legislación de accidentes del trabajo (S. 17 abril 1959, Sala de lo Social).

Son transmisibles, en cambio, los derechos temporales mientras no hayan caducado, como ocurre con los derechos de autor y de la propiedad industrial.

4. No son transmisibles, por extinguirse, dado su *carácter personalísimo*:

1.^o Los derechos de carácter familiar, derivados de la potestad marital, la patria potestad, la tutela, incluso el usufructo sobre la

(9) Cfr. PUIG BRUTAU, op., vol. y loc. cit., p. 46 A.

dote de la mujer o los bienes de los hijos, así como la asignación de frutos por alimentos al tutor, o los alimentos entre parientes (art. 150 C. c.) y los alimentos *mortis causa* de los hijos ilegítimos previstos en el art. 845. Ni lo es la condición de miembro de la sociedad conyugal, aunque sí su contenido patrimonial, así como también es transmisible a los herederos del marido la acción de impugnación de los actos otorgados por mujer casada sin licencia de aquél (art. 65 C. c.) y, de modo general, los derechos sobre bienes o a frutos y rentas y otras prestaciones ya vencidas que el causante haya adquirido a consecuencia de relaciones familiares (10).

2.º Los dimanantes de relaciones contractuales consideradas *intuitus personae*. Entre ellas se señalan las dimanantes: del contrato de trabajo que se extingue por muerte del trabajador; del arrendamiento de obra cuando se ha encargado a una persona "por razón de sus cualidades personales" (art. 1.595 C. c.); del mandato (arts. 1.732, n. 3.º, con las peculiaridades previstas en los arts. 1.738 y 1.739); de la comisión mercantil respecto al comisionista fallecido (arts. 280 C. de c.), y del comodato hecho en contemplación a la persona del comodatario (artículo 1.742 C. c.) (11). Sin perjuicio de la transmisión de las resultas patrimoniales de esos contratos pendientes de liquidar.

Por lo que se refiere a las sociedades (12):

No se transmite la condición de socio en las sociedades civiles (arts. 1.680 y 1.700, n. 3.º C. c.), ni en las compañías mercantiles colectivas y en comándita por muerte de un socio colectivo (art. 221, núm. 1. C. de c.), sin perjuicio de la validez del pacto de continuidad de la sociedad entre los socios sobrevivientes y los herederos del fallecido (art. 1.704 C. c. y 222 núm. 1 C. de c.), y, en ese caso, según la S. 3 marzo 1959, la mera aceptación de la herencia no implica la adquisición de la condición de socio, sino sólo de la facultad de aceptarla, si bien cabe también "la aceptación tácita mediante hechos que demuestren la intención de realizarlo...". De no transmitirse la condición de socio, se transmite, en cambio, el contenido patrimonial inherente. El art. 1.704 C. c. dispone, en el ap. 2.º de su § 1.º: "*En este caso el heredero del que haya fallecido sólo tendrá derecho a que se le haga la partición, fijándola en el día de la*

(10) Cfr. PUIG BRUTAU, loc. últ. cit., *h*, pp. 49 y s.; JOSÉ LUIS LACRUZ BERDEJO, "Derecho de Sucesiones. Parte General", Barcelona 1961, 119, pp. 120 y siguiente.

(11) Cfr. PUIG BRUTAU, loc. cit., *c*, p. 47; LACRUZ, op. cit., n. 113, pp. 112 y ss.

(12) Cfr. FRANCISCO PALÁ MEDIANO, "El problema de la sucesión en los derechos de socio", en *Curso de Conferencias del Colegio Notarial de Barcelona 1945: "Estudios de Derecho Sucesorio"* (Barcelona 1946), pp. 95 y ss.; PUIG BRUTAU, loc. cit., *f* y *g*, pp. 47 y ss. y LACRUZ, op. cit., n. 118, pp. 119 y s.; MANUEL DE LA CÁMARA ALVAREZ, "La mujer casada y el derecho de sociedades", III, B, en R.G.L. y J. 118, 2 sem. 1969, pp. 259 y ss., ROBERTO BLANQUER UBEROS, "Acerca de la sociedad de gananciales, la responsabilidad patrimonial y la relación obligatoria", Conferencia en la Ac. Matr. del Not. 12 marzo 1970.

muerte de su causante; y no participará de los derechos y obligaciones ulteriores, sino en cuanto sean una consecuencia necesaria de lo hecho antes de aquel día."

En las sociedades de responsabilidad limitada y anónimas la condición de socio y de accionista, respectivamente, es naturalmente transmisible sin perjuicio de las limitaciones estatutarias (art. 21 L. S. R. L. y 46 L. S. A.) que conceden a los socios o accionistas supérstites el derecho a adquirir las participaciones o acciones del fallecido.

Para este último supuesto, y también para aquellos en los que está prevista la compensación económica de los herederos del socio civil o colectivo fallecido, se suelen establecer criterios valorativos en los pactos o estatutos sociales, de los que deberemos ocuparnos luego al tratar de la valoración del activo hereditario para cómputo de la legítima.

Con respecto a los arrendamientos (13), podemos distinguir tres diversos supuestos:

I) En unos, el arrendamiento es transmisible a los herederos del arrendatario:

Es el caso del arrendamiento de local de negocio aún en situación de prórroga legal mientras no se haya agotado el límite de transmisiones posibles (cfr. art. 60 L. A. U. de 4 diciembre 1964, que resuelve en su art. 33 la posibilidad de dos transmisiones *mortis causa*) (14).

En los arrendamientos ordinarios se ha discutido su transmisibilidad *mortis causa* mientras su duración convenida no haya concluido. Es de observar que el Código civil no incluye el fallecimiento del arrendatario entre las causas extintivas del arrendamiento de cosas. Por esa razón y dada la posibilidad de subarrendar, si el contrato no lo prohíbe expresamente (art. 1.550), se ha estimado como regla general su transmisibilidad sucesoria. Y, como excepción la intranmisibilidad, en los supuestos de: a) pacto expreso en contrario; b) arrendamiento constituido por un usufructuario (art. 480 C. c.); c) que la duración del arrendamiento pendiere de la voluntad del arrendatario; d) que por sus circunstancias deba entenderse celebrado *intuitus personae*; e) que los sucesores no puedan cumplir las obligaciones del arrendatario (15). Sin embargo, el Tribunal Supremo, en

(13) PUIG BRUTAU, i, p. 50 y LACRUZ, op. cit., n. 114, pp. 114 y s.

(14) Cfr. CESÁREO RODRÍGUEZ AGUILERA y JOSÉ PERÉ RALUY ("La transmisión *mortis causa* del derecho arrendaticio de local de negocio, n. 6, en R.J. de Cataluña LIX, marzo-abril 1960, pp. 211 y ss.) expusieron la interpretación restrictiva dada por el Tribunal Supremo, en SS. 9 diciembre 1959 y 20 febrero 1960, a la L.A.U. de 1955, pese a que el texto del art. 60 L.A.U. de 1955 era favorable a entender indefinido el número de sucesiones autorizadas, insistiendo en la misma interpretación que del art. 70 L.A.U. había dado la Jurisprudencia anterior a la reforma de 1960.

(15) Cfr. JOSÉ FERRÁNDIZ VILELLA, "Sucesión en los arrendamientos", en A.D.C., VII-II, abril-junio 1954, pp. 404 y ss. Cfr. también: JOSÉ CASTÁN TO-

SS. 15 noviembre 1950, 20 octubre 1952, 13 diciembre 1952, 29 abril 1960, ha generalizado el carácter *intuitus personae* del arrendamiento, estimando que un contrato de goce y disfrute de cosa ajena "la mayor o menor garantía personal de quienes lo estipulan es factor moral que influye en la determinación de la voluntad para otorgarlo", según consideró la segunda de las sentencias citadas.

II) En otros, es intransmisible, sea por no haber persona que reúna los requisitos exigidos para su transmisión (arts. 18 L. A. R. 1935, 4, § 3 L. A. R. 1942 y 58, § 1 L. A. U.), o por haberse agotado el número de transmisiones admitidas (art. 60 L. A. U.).

III) Y, en otros, es transmisible, pero sin formar parte de la herencia (16), ni computarse a efectos de calcular la legítima por no considerarse como un valor patrimonial negociable, sino como una relación derivada de un contrato conmutativo no disponible (17). En estos casos hay que considerar la relación arrendaticia no incluida en la herencia por tener un destino específico extrahereditario, y entre este grupo de relaciones deberemos situarlos luego.

3.º No se transmite, aunque no se hubiere formulado *intuitus personae*, la oferta contractual, pues no da lugar al nacimiento de derecho subjetivo alguno, sin perjuicio de que en ciertos casos pueda entenderse mantenida la oferta a los herederos (18) después de fallecido el destinatario.

B) *Bienes o derechos que no integran el caudal hereditario porque tienen un destino predeterminado por el título adquisitivo o por la ley, o que se desvinculan del fenómeno sucesorio.*

5. Hay una larga y heterogénea lista de bienes y derechos que al fallecer el *de cuius* se separan de la herencia porque el título adquisitivo así lo había establecido, o bien porque la ley les señala una trayectoria especial. Y también existe otra lista de derechos que nacen

BEÑAS y JULIO CALVILLO y MARTÍNEZ DE ARENAZA, "Tratado de arrendamientos urbanos", vol. II, Madrid 1957, pp. 49 y ss. y 937 y ss., y LACRUZ, loc. cit., n. 114, a, en nota 3 bis, p. 114.

(16) Cfr. FRANCISCO DE A. CONDOMINES VALLS ("Formas nuevas de sucesión en la vida jurídica moderna", en Curso de Conferencias del Colegio Notarial de Barcelona 1945, cit., pp. 142 y ss.). El carácter no herencial de esa sucesión, a diferencia de la de local de negocio, fue subrayada en relación al arrendamiento urbano de viviendas por CASTÁN y CALVILLO (op. y vol. cit., p. 940, y por RODRÍGUEZ AGUILERA y PERÉ RALUY (loc. cit., pp. 207 y s.).

(17) Notemos que el arrendamiento, como contrato conmutativo, parte primigeniamente de la equivalencia de las prestaciones recíprocas. El valor del goce equivale a la renta pactada. Pero la inflación, en especial si va unida a la prórroga forzosa y la tasa de los alquileres, desfigura esa conmutabilidad. Con respecto a los efectos de inflación que destruyen el carácter conmutativo del arrendamiento y convierten el derecho del arrendatario "en un momio con una contrapartida que para el arrendador podrá ser muy inferior a la utilidad obtenida por el arrendatario", cfr. nuestro trabajo "La antítesis inflación-justicia", en R.J. de Cataluña, LIX, setiembre-octubre 1960, pp. 565 y ss.

(18) Cfr. LACRUZ, op. cit., 116, pp. 117 y s.

precisamente al fallecer el causante y dimanar del mismo, pero que se desvinculan, absoluta o relativamente del fenómeno sucesorio. Enumeraremos a continuación, a salvo de cualquier omisión, los bienes y derechos integrados en una y otra, de esas categorías. . .

1) En el matrimonio contraído en régimen dotal, según el artículo 1.374 C. c.: “*Se entregará a la viuda, sin cargo a la dote, el lecho cotidiano con todo lo que lo constituya, y las ropas y vestidos de uso ordinario de la misma*”; y en el matrimonio regido por la sociedad legal de gananciales, conforme al art. 1.420: “*No se incluirán en el inventario los efectos que constituyan el lecho que usaban ordinariamente los esposos. Estos efectos, así como las ropas y vestidos de su uso ordinario, se entregarán al que de ellos sobreviva*”.

Precedente legislativo de esos artículos son los 1.301 y 1.342 del Proyecto de 1851. García Goyena, al glosar el art. 1.342 (19), se remite a su comentario al art. 1.301 (20), donde señala el antecedente de la ley 6, tít. VI, Lib. III del Fuero Real, por lo que se refiere al lecho: “*Si el marido o la muger moriere, el lecho que habían cotidiano finque al vivo, e si casare tornelo a partición con los herederos del muerto*”. Esta devolución (21) le pareció a García Goyena (22) “odiosa y casi penal” y no fue prevista en el Proyecto. Febrero (23) indicó que el lecho había de ser deducido de los gananciales y, si no los hubiera, del caudal del difunto, pero no del quinto, sino del caudal hereditario.

En cuanto al vestido ordinario, García Goyena (24) dice que “no había ley expresa, pero sí práctica general y constante”. Febrero (25) había explicado que los vestidos ordinarios o cotidianos de la mujer e hijos del difunto no debían inventariarse, que así lo había visto practicar y lo había practicado: que “por vestido ordinario se entiende, y estima aquél con que la muger salía diariamente a la calle con decencia, según su esfera, y haberes del marido, cuya graduación se debe dexar al arbitrio del Juez docto, imparcial, y prudente”: y que los de uso precioso debían inventariarse, salvo costumbre, del lugar o pacto contrarios.

2) *Los derechos del arrendatario rústico y los del inquilino en los supuestos en que legalmente se produce su sucesión o subrogación*

(19) FLORENCIO GARCÍA GOYENA, “Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español”, vol. III, Madrid 1852, art. 1.342, p. 345.

(20) GARCÍA GOYENA, op. y vol. cit., art. 1.301, p. 315.

(21) JOSEF FEBRERO (“*Librería de Escribanos e Instrucción jurídico teórico práctica de Principiantes*”, II Parte, Lib. I, Cap. VI, § III, n. 66 y ss.; Cfr. ed. Madrid 1781, II P., vol. I, pp. 388 y ss.) estudió cuidadosamente esta devolución.

(22) GARCÍA GOYENA, p. 316.

(23) FEBRERO, op., cap. cit., cap. I, § III, nn. 56 y ss., pp. 381 y ss.

(24) GARCÍA GOYENA, loc. últ. cit., p. 315.

(25) FEBRERO, op., parte y lib. cits., cap. I, § I, n. 23, pp. 28 y ss. y cap. VI, § III, n. 55, pp. 380 y s.

"mortis causa" en favor de la persona que reúna las condiciones legalmente previstas.

Como hemos visto antes, estas relaciones no se consideran como un valor patrimonial transmisible y su destino es fijado por la ley, atendiendo a razones objetivas, fuera de toda relación hereditaria (26). Por ello, puede decirse que no integran la herencia del causante, y no deben computarse para calcular las legítimas ni otra cuota alguna del haber hereditario (27).

(26) Cfr. *supra*, notas 16 y 17.

(27) Art. 18 L.A.R. 1935: "Por fallecimiento del arrendatario se extingue el arrendamiento, salvo el caso en que los herederos sean el cónyuge, parientes en cualquier grado de la línea directa o hasta el segundo grado de la colateral, los cuales podrán optar por la rescisión del contrato o su continuación con todos los derechos y obligaciones que, emanados del arrendamiento, correspondían a su causante.—El arrendador no estará obligado a dividir el arrendamiento aunque sean varios los herederos del arrendatario."

Art. 4, § 3.º L.A.R. 1941: "Los derechos conferidos en esta Ley a los arrendatarios cultivadores directos y personales de fincas sujetas a arrendamiento con renta regulada por una cantidad de trigo que no exceda de cuarenta quintales métricos, no se extinguirán por el fallecimiento de aquéllos y se entenderán transmitidos, en tal caso al familiar cooperador del causante en el cultivo de la finca que éste hubiese designado en su testamento. Si no se hubiese hecho esa designación, los familiares cooperadores, en el plazo de dos meses a contar desde el fallecimiento del arrendatario, elegirán por mayoría entre ellos al que haya de figurar como titular del arriendo. Cuando dichos arrendatarios no procediesen en el plazo fijado a hacer esa elección, deberá el arrendador designar entre todos los familiares cooperadores al sucesor".

Art. 58, § 1.º L.A.U.: "1. Al fallecimiento del inquilino titular del contrato de arrendamiento, su cónyuge, descendientes, con preferencia los hijos varones menores de edad, las hijas solteras y los mayores impedidos físicamente, hijos adoptivos que hubieran sido adoptados antes de cumplir los dieciocho años, ascendientes y hermanos, con preferencia las hermanas solteras, tanto en el parentesco legítimo como en el natural, que con aquél hubiesen convivido habitualmente en la vivienda con dos años de antelación a la fecha del fallecimiento, podrán subrogarse en los derechos y obligaciones del arrendamiento. No será necesaria la convivencia de los que estuviesen sometidos a la patria potestad del fallecido, y respecto al cónyuge, bastará la mera convivencia, sin exigencia en el plazo de antelación.

2. Cuando fueren varios los beneficiarios del derecho a que se refiere el número anterior, sólo uno de ellos podrá utilizarlo. A falta de acuerdo entre los mismos, se observará el orden de prelación establecido en el número anterior con preferencia dentro de cada grupo de la proximidad de grado, de la legitimidad, y en su caso, del doble vínculo y de la consanguinidad, resolviéndose los casos de igualdad a favor del que tuviere mayor número de cargas familiares, con prioridad del sexo femenino. Los padres septuagenarios serán preferidos a los descendientes.

3. En el caso de arrendamiento de local destinado por el arrendatario al ejercicio de su profesión facultativa y colegiada, al fallecimiento del titular del contrato podrán subrogarse en los derechos y obligaciones del arrendamiento, en primer lugar, su cónyuge, y en su defecto o renuncia, sus hijos, siempre que aquél o éstos ejerzan la misma profesión que el arrendatario fallecido, y en el propio local."

Art. 59. "Al fallecimiento del subrogado en la vivienda por actos "inter vivos" o "mortis causa", sólo podrá continuar ocupándola con el mismo carácter su cónyuge o descendientes legítimos, naturales o adoptivos, sin que se auto-

3) *Los bienes sometidos a sustitución fideicomisaria* (arts. 781 y ss. C. c.) que del patrimonio del sustituido pasan al del sustituto, pero éste trae causa del fideicomitente y no del sustituido por él (28).

Sin embargo, formarán parte de la herencia del sustituido las deducciones que a éste "correspondan por gestos legítimos, créditos y mejoras, salvo que el testador haya dispuesto otra cosa" (art. 783, § 2.º, C. c.).

4) *Los bienes donados con pacto de reversión a favor de tercero* (art. 641). Pacto que entraña una verdadera sustitución del donatario, o fideicomiso convencional, en virtud de la cual el segundo donatario no trae causa del primero, sino del donante (29).

5) *Los bienes en los que se verifique la reversión legal o retorno sucesorio regulado en el art. 812 C. c.*, que dispone:

"Los ascendientes suceden con exclusión de otras personas en las cosas dadas por ellos a sus hijos o descendientes muertos sin posterioridad, cuando los mismos objetos donados existan en la sucesión. Si hubieren sido enajenados, sucederán en todas las acciones que el donatario tuviera con relación a ellos, y en el precio si se hubieren vendido o en los bienes con que se hayan sustituido si los permutó o cambió".

Los bienes, objeto de esta reversión o retorno, revierten al donante en virtud de una condición resolutoria, tácita o legal, no retroactiva, según unos autores (30) o, según otros, en virtud de una sucesión legal anómala y especial o singular (31). No ofrece duda

ricen posteriores subrogaciones, debiendo observarse, en cuanto a convivencia, orden de prelación y notificación, lo preceptuado en el artículo anterior".

(28) Como ha dicho ROCA SASTRE (*Notas al "Derecho de Sucesiones"* de Theodor Kipp, vol. II, Barcelona 1951, § 92, II, pp. 88 y s.): "Indudablemente el heredero fideicomisario es heredero del causante, o sea, sucesor jurídico de él, ya que por bien que adquiere los bienes por conducto del heredero fiduciario, no es sucesor jurídico." En efecto, como nota LACRUZ (*Notas al "Derecho de sucesiones"* de Julius Binder, Barcelona 1953, § 28, p. 237), "fiduciario y fideicomisario son herederos de un mismo causante".

(29) Cfr., respecto a reversión convencional a favor de terceros, lo que expusimos en nuestros trabajos "La donación «mortis causa» en el Código civil español", "XIII. Las donaciones mortis causa superpuestas", en *Anales de la Ac. Matritense del Notariado*, vol. V, Madrid 1950, pp. 779 y ss., y "Donación, condición y conversión jurídica material", "III. Las donaciones de ulterior grado. Su naturaleza", en *A.D.C. V-IV*, octubre-diciembre 1952, pp. 1270 y ss.

(30) FELIPE SÁNCHEZ ROMÁN, "Estudios de Derecho Civil", vol. VI, 2.º, 2.ª ed. Madrid 1910, cap. XV, 168, pp. 1048 y ss.; ENRIQUE PÉREZ ARDÁ, "Alrededor del artículo 812 del Código civil", en *R.G.L. y J. CXII*, primer semestre 1908, pp. 122 y s.; FELIPE CLEMENTE DE DIEGO, "Instituciones de Derecho civil", vol. III, Madrid 1932, Lec. 88, pp. 203 y s., si bien observa en nota (pág. 204) que, "como el cumplimiento de esas condiciones está remitido al momento de la muerte, además de inter vivos tiene [la reversión] algo de acto mortis causa". CALIXTO VALVERDE VALVERDE, "Tratado de Derecho civil español", vol. V, cap. X, 4.ª, ed. Valladolid 1939, pp. 239 y ss., afirma a la vez que se trata de una sucesión anormal (mortis causa) y de una condición resolutoria impuesta a la donación.

(31) MANRESA, "Comentarios al Código civil español", vol. VI, art. 812, D, 6.ª ed. Madrid, 1932, pp. 320 y ss.; MUCIUS SCAEVOLA, "Código civil comen-

que, con la primera configuración, los bienes sujetos al retorno no integran la herencia del donatario y no se computan para calcular las legítimas (32); pero incluso los autores que se inclinan por la segunda configuración creen, casi unánimemente, que esa sucesión especial actúa fuera de la herencia del donatario y que, por consiguiente, tales bienes no se computan para calcular la parte forzosa ni la de libre disposición de la misma (33).

6- 6) *Los bienes sujetos a reserva viudal con respecto a quienes no sean hijos comunes.*

Se ha discutido mucho si los bienes sujetos a la reserva clásica integran o no la herencia del reservista. De ello nos hemos ocupado

tado y concordado extensamente", vol. XIV, pp. 362 y ss.; DE BUEN *Notas* al "Curso elemental de Derecho Civil", de A. COLIN y H. CAPITANT, Madrid 1928, cap. IV, sec. IV, p. 400; JOSÉ CASTÁN TOBEÑAS, "Derecho civil español común y foral", I-II, 4.^a ed. Madrid, 1939, tema LXI, p. 288; MIGUEL ROYO MARTÍNEZ, "Derecho sucesorio «mortis causa»", Sevilla, 1931, cap. XIX, § 4, pp. 216 y s.; JOSÉ LUIS MEZQUITA DEL CACHO, "Recobro «mortis causa» de donaciones a descendientes", I, D, en A. D. C. XI-1, enero-marzo 1958, pp. 39 y ss.; JOSÉ LÓPEZ GARZÓN, "La reversión legal de donaciones", VII, B, en A. D. C. XII-III, julio-setiembre 1959, p. 925; JOSÉ PUIG BRUTAU, op. cit., vol. V-III, Barcelona, 1963, cap. III, 4, pp. 363 y s.; FRANCISCO BONET RAMÓN, "Compendio de Derecho Civil", vol. V, Madrid, 1965, n. 108, pp. 605 y s.

(32) Así lo dicen expresamente: SÁNCHEZ ROMÁN, loc. cit., n. 172 pp. 1063 y s.; PÉREZ ARDÁ, loc. cit., p. 124, quien dice: "no formando parte del haber hereditario del donatario tales donaciones..., ni la viuda tiene derecho a exigir que se compute en aquél para obtener su cuota usufructuaria, ni es viable la pretensión de que el ascendiente suceda en ellas a cuenta de la legítima"; DE DIEGO, loc. cit., p. 205; ROCA SASTRE, *Notas* al Kipp, vol. II, § 131, 2, a, p. 301.

(33) En ese sentido SCAEVOLA, loc. cit., p. 362, cree que a la muerte del descendiente donatario se abren dos sucesiones distintas e independientes, una integral, la de todos los bienes, y obligaciones del difunto, y otra especial, circunscrita y limitada a la cosa donada; la primera regida por los preceptos generales de la sucesión testada; la segunda, regida por los principios derivados de su especial naturaleza". Consecuentemente, con igual criterio: CASTÁN, loc. cit., p. 289, cree que "el derecho concedido por el art. 812 es independiente de la cuota legitimaria"; DE BUEN, loc. cit., precisa que los bienes sujetos a recobro forman "una masa de bienes especial que no debe ser tenida en cuenta", "para el cómputo de la legítima y de la parte de libre disposición"; ROYO MARTÍNEZ, loc. cit., p. 217, cree que el art. 812 "impone la no inclusión en el as hereditario de los bienes objeto de la donación, y los atribuye directamente al ascendiente que los haya donado", y es completamente independiente de la legítima. En igual sentido MEZQUITA, loc. cit., V, A, b, pp. 102 y ss., que lo trata muy extensamente; PUIG BRUTAU, loc. últ. cit., pp. 385 *in fine* y s., y BONET RAMÓN, loc. cit., pp. 606 *in fine* y s., que recalca que "las cosas donadas o aquéllas en que se han subrogado realmente no entran en el cómputo de la legítima ni de la parte de libre disposición, atribuyéndose por otro título".

La excepción la constituyen MANRESA, loc. cit., p. 834, según el cual no cabe separar del caudal relicto los bienes sujetos a retorno, que se computarán para calcular la legítima y se cargarán a la porción libre y en lo que exceda de la legítima; y LÓPEZ GARZÓN, loc. cit., VII, C, pp. 934 y ss., que equipara su computación a la de los legados y donaciones, y afirma su imputación a la porción libre. Soluciones que nos parecen poco equitativas, en cuanto exclusivamente reducen, o eliminan, la cuota disponible de quien, además, sufre forzosamente la reversión.

en otra ocasión (34). Nuestra conclusión fue entonces que los reservatarios sucedían al reservista en los bienes reservables, y que éstos integraban su herencia, pero tan solo y exclusivamente con respecto a los beneficiarios de aquélla (35). De ahí que, “con relación a quienes no sean descendientes del anterior matrimonio, los bienes reservados formarán una masa diversa y separada de los demás bienes integrantes de la herencia del binubo. Pero, con relación a los descendientes comunes, todo —incluso los datos que vamos comprobando respecto de las facultades del binubo de mejorar y desheredar a los descendientes comunes— inclina a considerar que esos bienes integran la herencia del reservista”.

“Así —proseguíamos (36)—, resulta que forman en su herencia una masa especial, que será indisponible a favor de quienes no sean descendientes comunes de ambos cónyuges, el premuerto y el reservista. Dichos bienes, por tanto, no podrán computarse para calcular las legítimas ni las mejoras de los descendientes no comunes, ni la legítima del segundo cónyuge, ni la de los hijos naturales, ni la parte libremente disponible a favor de quienes no sean descendientes comunes. E incluso los derechos de los acreedores privativos del reservista, por créditos posteriores al nacimiento de la reserva —ulteriores bodas o nacimiento de un hijo natural—, se detendrán sin alcanzar los bienes reservados, por lo menos en cuanto el importe de tales créditos no los hayan incrementado (impensas o mejoras, pago de cargas de los bienes reservables o de deudas correspondientes al caudal sujeto a reserva)”.

En cambio, han de opinar lo contrario, los autores que creen que los bienes reservables no integran en caso alguno la herencia del reservista (37), bien sea por entender que el cónyuge binubo al contraer las ulteriores nupcias o tener en estado de viudez un hijo natural: pierde *ex lege* la nuda propiedad de los bienes reservables (38), o su pleno perfecto e irrevocable dominio, que pasa a ser revocable condicional o temporal (39), o provisional, interino y preventivo a la

(34) “La Jurisprudencia del Tribunal Supremo y el artículo 811 del Código civil”, II, 8, Madrid, 1958, pp. 38 y ss., y A. D. C. XI-III, pp. 684 y ss., y especialmente, II, 31, II, c, pp. 250 *in fine* y ss., y A. D. C. XIII-III, pp. 716 y ss.

(35) Cfr. op. últ. cit., II, 8, p. 53, y A. D. C. XI-III, p. 699.

(36) Op. últ. cit., II, 31, II, c, pp. 251 y A. D. C. XIII-III, p. 717.

(37) Cfr. la clasificación que establecimos —de este grupo de opiniones— en la obra a que nos estamos remitiendo, II, 8, a), pp. 43 y ss., y A. D. C. XI-III, pp. 688 y ss.

(38) MODESTO FALCÓN, “Exposición doctrinal del Derecho civil español, común y foral”, 5.^a ed. Barcelona, 1897, p. 403.

(39) SÁNCHEZ ROMÁN, “Estudios...”, VI-III, cap. XXVII, n. 4, 2.^a ed. Madrid, 1910, pp. 1858 y ss.; JOSÉ MORELL y TERRY, “Comentarios a la legislación hipotecaria”, 2.^a ed. Madrid, 1930, p. 390; ANTONIO MAURA GAMAZO, *Dicámenes*, vol. IV, dict. 5 B, ed. Madrid, 1930, p. 69; JENARO GIL SOCI, “Comentario a la Resolución de 30 de marzo de 1925 en R. C. D. I., I, junio 1925, pp. 471 y ss.; PASCUAL LACAL FUENTES, “Las expectativas de derecho y los

vez (40), con su facultad de disponer limitada (41); naciendo para los reservatarios correlativamente bien sea la nuda propiedad o un derecho bajo condición suspensiva, una expectativa o sólo una esperanza, o una titularidad, preventiva, o a la vez aplazada y suspensivamente condicionada, o bien la pendencia de una sucesión legal del cónyuge premuerto a favor de los reservatarios (42); sea por someterse *ex lege* al supérstite a una sustitución fideicomisaria a favor de los reservatarios (43), por ser revocable la titularidad recibida en tanto dimana del premuerto un derecho bajo condición suspensiva para los reservatarios (44), o por tener el dominio del reservista condicionalmente limitada la facultad de disponer y los reservatarios una correlativa expectativa derivada del cónyuge premuerto (o de los hermanos o tíos de doble vínculo de quienes éste hubo los bienes) (45).

Aun dentro del grupo de autores que consideran que en la reserva viudal los reservatarios suceden siempre al reservista (46), ha abun-

derechos expectantes”, en R. C. D. I. VII, noviembre 1931, p. 830; PEDRO JOSÉ DE AZURZA y OZCOZ, “Sobre la naturaleza y disponibilidad de la posición del reservatario”, R. G. L. y J. 180, 2.º sem. 1946, pp. 120 y ss.; FELIPE CLEMENTE DE DIEGO, “Instituciones...”, vol. III, lec. 97, pp. 388 y s.; FEDERICO PUIG PEÑA, “Tratado...”, V-II, cap. XVII, 4. D, pp. 491 y ss.; DIEGO ESPÍN CÁNOVAS, “Manual de Derecho Civil español”, vol. V, 1.ª ed. Madrid, 1957, cap. III, 2. p. 80; FRANCISCO BONET RAMÓN, “Compendio...”, vol. V, 118, p. 632.

(40) FEDERICO DE CASTRO BRAVO, “Derecho Civil de España. Parte General”, vol. I, 3.ª ed. Madrid, 1955, p. 685, nota 1; JOSÉ CASTÁN TOBEÑAS, “Derecho Civil español común y foral”, vol. VI-I, 7.ª ed. Madrid, 1960, CXXXIX, II, 5, c, a”, p. 185.

(41) MIGUEL ROYO MARTÍNEZ, “Derecho sucesorio “mortis causa”, p. 231; E. CAPÓ BONAFIOUS, “Sobre la reserva de los artículos 968 al 980”, en R.C.D.I. IV, junio 1928, pp. 450 y ss.; JUAN OSSORIO MORALES, “Reserva-Posición jurídica de los reservatarios”, Comentario a la S. de 18 abril 1942, en R. G. L. y J. 171, 1er. semestre 1942, p. 675.

(42) Cfr. la clasificación que hacemos de este grupo de opiniones en la obra a que nos venimos remitiendo, II, 8, o, pp. 46 y ss. Según ALFREDO GARCÍA BERNARDO LANDETA (“Designación hereditaria «mortis causa», vocación hereditaria y adquisición automática”, VI, C, c, c’, en A. D. N. XXIV, abril-junio 1959, pp. 111 y s.) el reservatario “no sucede al reservista”, porque su derecho viene en la reserva ordinaria “de la relación de parentesco entre el causante de la reserva y el reservatario”, si bien “no ocupa la posición jurídica del causante de la reserva, a quien en rigor sucede, por la interposición de persona del reservista en el tránsito del patrimonio del causante de la reserva al reservatario y recibe un patrimonio o una parte alícuota del mismo a título singular, pues el patrimonio sujeto a reserva ya está liquidado”.

(43) MUCIUS SCAEVOLA, op. cit., vol. XVII en las primeras ediciones de su obra ROCA SASTRE, “Estudios de Derecho Civil”, vol. II, cap. IX, pp. 317 y ss.

(44) MANRESA, “Comentarios...”, vol. VI, 6.ª ed. revisada por BONET RAMÓN, art. 811, pp. 239 a 242; VALVERVE VALVERDE, “Tratado...”, vol. V, cap. XXI, § II, p. 475 nota; LUIS GÓMEZ MORÁN, “Las «reservas» en el Derecho español y en el comparado”, Oviedo, 1949, pp. 55 y ss.; VICENTE JAÉN, “Derecho Civil”, Madrid, 1928, pp. 831 y 825.

(45) DEMÓFILO DE BUEN, *Notas* al COLIN y CAPITANT, vol. VIII, pp. 385 y ss.

(46) Cfr. la clasificación de este grupo de opiniones en nuestra ref. obra, II, 8, c, pp. 48 y ss.

dado más la opinión de quienes separan totalmente la sucesión en los bienes reservables de la herencia propiamente dicha del reservista, bien sea como una especie de manda legal forzosa (47), o como una legítima especial, entendida como una forma de delación legal concretada a una masa determinada de bienes, aislada de la herencia general del bínubo y reforzada con medidas conservativas previas (48).

Hemos sido los menos (49) quienes hemos defendido (50), que simplemente los reservatarios tienen un derecho colectivo a que los bienes reservables no sean dispuestos por el reservista en contravención a la reserva legalmente ordenada, sin que por ello los bienes reservables dejen de integrar su herencia en cuanto se refiera a la descendencia común, de modo tal que no hay delación legal de los bienes reservables, sino limitación o freno a su disponibilidad *inter vivos* y *mortis causa*. La diferencia entre la tesis de la delación legal forzosa del reservista a los reservatarios y la tesis de la limitación del poder dispositivo de aquél, es esencial como hicimos notar en el trabajo al que hacemos continua referencia (51): “En la tesis de la delación legal, la masa reservada forma un conjunto netamente diferenciado de la herencia del reservista e incommixtible con ella. Para la subtesis de la limitación dispositiva del reservista, los bienes reservables y el resto de la herencia del reservista no son masas incommixtibles, y ni siquiera totalmente distintas: Los bienes reservables integran la herencia del reservista, aunque por hallarse especialmente reservados a la descendencia del matrimonio anterior, no son computables para calcular la legítima ni la porción de mejora de los hijos del reservista que no sean del anterior matrimonio, ni la legítima del viudo del bínubo, ni la parte libremente disponible a favor de extraños, ni

ANTONIO MAURA Y GAMAZO, *Dictámenes*, vol. IV, dict. n. 5, p. 72 y en R. G. L. y J. 144, 1er. sem. 1924, p. 17, escribió que “no se le ocurre a nadie poner en duda que la descendencia del primer matrimonio, cuando adquieren los bienes sujetos a la tradicional reserva suceden a la madre o al padre bínubo y no a la persona de quien provenían a él”.

(47) VALVERDE MARURI, “De los bienes reservables”, 1897, cit., por SÁNCHEZ ROMÁN, op. y vol. últ. cit., p. 1856.

(48) ANTONIO MARÍN MONROY, “La reserva llamada tradicional u ordinaria. Su evolución” (Conclusión), en R. C. D. I. VII, enero 1931, pp. 8 y ss.; JOSÉ M.^a TORRES MURCIANO, “La desheredación por el reservista”, en R. G. L. y J. 173, 1er. sem. 1943, pp. 270 y ss., en especial 278; CIRILO GENOVÉS AMORÓS, “La desheredación y las reservas”, en R. D. P. XXXI, octubre 1947, pp. 737 y ss.

(49) Antes que nosotros CRISTÓBAL LOZANO SICILIA, “Interpretación del artículo 811 del Código civil y reserva del ascendiente del cónyuge viudo”, Córdoba, 1898, pp. 207 y ss.

(50) Cfr. nuestros trabajos “Las reservas en el Capítulo V, del título IV, Libro III del Proyecto de Compilación redactado por la comisión de Juristas catalanes”, en R. I. de Cataluña LVII, año 1958, pp. 144 y ss., y “La jurisprudencia...”, II, 8, c, β), pp. 50 y s. y A. D. C. XI-III, pp. 696 y ss. Ha seguido posteriormente este criterio PUIG BRUTAU, “Fundamentos...”, V-III, cap. III, 2, D, pp. 275 y s.

(51) “La jurisprudencia...”, II, § 2, 8, c, β , p. 51, y A. D. C. XI-III, pp. 697 y ss.

puede disponerse de ellos a favor de persona distinta de los reservatarios. En cambio, respecto a éstos, dichos bienes integran la herencia del reservista, fundiéndose en ella en cuanto no perjudique a los derechos colectivos de los reservatarios.”

La *razón* por lo cual los bienes reservables se excluyen de la herencia del binubo con respecto a quienes no son hijos y descendientes de su anterior matrimonio, dimana de la específica mayor defensa que se concede a estos descendientes comunes, en virtud de los especiales supuestos que concurren. Por tanto, en cuanto se refiere a las relaciones de estos descendientes comunes entre sí, con respecto a la herencia del binubo, *no hay razón* finalista ni lógica —por lo menos partiendo de la posición del Código civil— que impida al binubo desheredar a los reservatarios, cuando conforme las reglas de estas instituciones haya lugar a ello, o mejorarles y distribuir entre ellos los bienes reservados. Y, con referencia a las legítimas individuales estrictas de los hijos y demás descendientes comunes, precisamente *hay razón para computar dichos bienes en la herencia del binubo*, y esa razón consiste en que la reserva no debe mermar las legítimas de aquellos a quienes precisa y específicamente se trata de favorecer con ella (52).

7- 7) *Los bienes sujetos a reserva lineal del art. 811, con respecto a quienes no sean descendientes comunes del reservista y del ascendiente de quien proceden los bienes.*

La S. 4 enero 1911 consideró que los bienes reservables eran integrantes de la herencia deferida por el reservista a efectos del cómputo de la legítima de sus descendientes que también lo fueron del otro ascendiente y consideró que la legítima era preferente a la reserva del 811. La S. 25 marzo 1933 estimó al reservista del 811 como dueño de los bienes reservables, y, por tanto, que puede disponer de ellos en los términos que permiten los arts. 972, 974, 975 y 976, y, como la sentencia de 4 enero 1911, computó los bienes reservables para calcular la legítima de los hijos comunes, reiterando la preferencia de dicha legítima sobre la reserva del 811.

En cambio, el criterio dogmático que respecto de la reserva viudal expuso la S. 1 abril 1914 —según el cual “no cabe suponer el derecho de reserva equivalente al de un posible legitimario de una herencia futura”, por estimar que en vida del reservista los reservatarios tienen un derecho real sobre los bienes reservables susceptible de disposición— influyó en que la S. 18 abril 1942 insistiera en que el reservatario del 811 no tiene meramente un derecho eventual con relación a una herencia no deferida, sino que deriva del descendiente causante un derecho condicional y disponible. Este criterio, de estimar al descendientes como causante de los reservatarios, fue el acep-

(52) “La jurisprudencia” II, § 5, 31, II, c, pp. 253 y s., y A. D. C. XIII-III, pp. 719 y s.

tado por la legislación del *impuesto de derechos reales y sobre transmisión de bienes*, hoy en *sucesiones*, y por las SS. de 8 de marzo 1930, 8 julio 1942, 24 mayo 1945, 8 junio 1954, 17 abril 1956, 30 mayo 1956.

El tema de la naturaleza de la reserva del 811, y concretamente las cuestiones de si los bienes reservables los reciben los reservatarios directamente del descendiente que originó la reserva o bien del reservista y de cuál es el título de esa transmisión han dado lugar entre los autores a gran diversidad de opiniones (53).

Entre quienes derivan la reserva lineal de la herencia del descendiente, podemos catalogar las siguientes tesis: la que descompone usufructo y nuda propiedad (54), la que la considera como un fideicomiso condicional o impuesto por la ley (55), la que la califica de derecho condicional disponible derivado del descendiente, ya se trate de una doble pendencia recíprocamente interdependiente (56), ya se

(53) Cfr. nuestra op. últ. cit. II, 2, nn. 10 a 17, pp. 62 y ss. y A. D. C. XI-III, pp. 708 y ss.

(54) FALCÓN, op. y vol. cit., p. 236; MARCELO MARTÍNEZ ALCUBILLA, "Código civil de España", Madrid, 1890 y "Diccionario de la Administración Española", vol. III, voz *Legítima*, V. 1, pp. 839 nota a la 1.^a columna; JESÚS FIRMAT Y CABRERO, "Antinomias y oscuridades del Código civil" X, a La Reforma Legislativa, año XIX, n. 684, 16 noviembre 1890, p. 362; y, con salvedades importantes, JOSÉ MARÍA PLANAS Y CASALS, "Derecho civil español común y foral", vol. II, Barcelona, 1925, cap. IV, n. 7, p. 66.

(55) MARIO NAVARRO AMANDI, "Cuestionario del Código civil reformado", vol. III, Madrid, 1880, art. 811, cuest. 2.^a, p. 299; MUCIUS SCAEVOLA, op. cit., vol. XIV, art. 811, E, a, pp. 306 y ss.; MANUEL CALDERÓN NEIRA "La jurisprudencia sobre el art. 811 del Código civil", en R. G. L. y J. 197, 2.^o sem. 1905, pp. 478 y ss.; LUIS ZAPATERO, "El derecho a los bienes reservables", en R. de los Tribunales LVI, n. 16, 26 abril 1922, p. 187; PEDRO JOSÉ DE AZURZA Y OZCOZ, loc. cit., p. 120; MANUEL VILLARES PICÓ, "Cuestiones jurídicas que surgen del artículo 811 del Código civil", en R. C. D. I. XXIX, enero-febrero 1956, pp. 69 y ss. Acepta solamente su analogía ROCA SASTRE, "Estudios...", II, cap. IX, n. III, pp. 311 y ss.

GARCÍA BERNARDO (loc. últ. cit.) cree que el reservatario sucede a título singular al causante de la reserva por la interposición de persona del reservista.

(56) MANRESA, op. cit., vol. VI, art. 811, p. 253; GREGORIO BURÓN GARCÍA, "Derecho civil español", t. II, Valladolid, 1898, n. 969, p. 799; JOSÉ MORELL Y TERRY, "Reserva creada en el artículo 811", en R. G. L. y J. 82, 1er. sem. 1893, p. 528 y en "Estudios de Derecho Civil", Madrid, 1894, p. 304, y "Comentarios a la Legislación Hipotecaria", vol. cit., pp. 389 y ss.; RAFAEL DE UREÑA, "Bienes reservables", en R. G. L. y J. 86, 1er. sem. 1896, pp. 103 y ss.; FRANCISCO ACOSTA INGLOTT, "El artículo 811 del Código civil", en R. G. L. y J. 112, 1er. sem. 1908, p. 76; FELIPE CLEMENTE DE DIEGO, "Resumen presidencial sobre un caso propuesto a la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación", extractado en R. G. L. y J. 148, 1er. sem. 1926, p. 681, e "Instituciones...", vol. cit., p. 201; PASCUAL LACAL, loc. cit., p. 830; ELOY ESCOBAR DE LA RIVA, "El artículo 811 del Código civil", San Fernando, 1940, p. 20; JOSÉ CASTÁN TOBEÑAS, "Derecho civil común y foral", ed. y vol. últ. cit., § CXL, II, B, a, p. 225 y C, a, p. 229; ROCA SASTRE, "Estudios...", II, cap. IX, pp. 315 y ss.; ROYO MARTÍNEZ, op. cit., cap. XIX, § 3, p. 212; ESPÍN CÁNOVAS, op. y vol. cit., p. 304; PUIG PEÑA, op. y vol. últ. cit., cap. XIX, 4, pp. 530 y s.; FRANCISCO BONET RAMÓN, op. y vol. últ. cit., 107, p. 593; PUIG BRUTAU, "Fundamentos...", vol. V-III, cap. III, 3, VI, p. 321. Según JOAQUÍN DOMÍNGUEZ DE MOLINA ("Algunas consideraciones sobre el artículo 811 del

refiera la condición sólo a la facultad de disposición por lo que respecta al reservista, y en lo relativo a los reservatarios superponga un término inicial y una condición suspensiva (57), o se descomponga en una titularidad interina y varias titularidades preventivas (58); la que lo circunscribe a una expectativa indisponible derivada del descendiente, como una modalidad de la sucesión intestada de carácter excepcional (59).

Y entre quienes afirman que los reservatarios suceden al reservista, hallamos: a quienes estiman la reserva como una delación legal forzosa (60), y a quienes destacan preferentemente su aspecto negativo de limitación de la facultad dispositiva del reservista (61), sin

Código civil". IV, C, en "Estudios jurídicos varios", vol. II, en Centenario de la Ley del Notariado", Madrid, 1962, pp. 632 y s.), que opina: "El ascendiente reservista hereda los bienes reservables", pero la obligación de reservar "tiene su origen, evidentemente, fuera del reservista y fuera, por tanto de la voluntad del ascendiente heredero; y si surge con la obligación de reservar que la ley impone al ascendiente y esta obligación nace por muerte del descendiente intermedio y con relación a bienes determinados de su herencia, su origen no puede estar más que en ésta, aunque por mandato legal"; y "la adquisición definitiva de los bienes reservables por el presunto reservatario", resulta "porque la supervivencia de éste al reservista simplemente da lugar a la ampliación y desarrollo previsto de aquella raíz, de aquel comienzo de derecho que nació con la reserva y que virtualmente o *in potentia*, o sea, en germen contenía el derecho a los bienes para ese preciso supuesto de sobrevivir al reservista", de tal modo que "esos bienes que por razón de la condición a que estaban sujetos sólo provisionalmente ingresaron en el patrimonio del reservista, salen de él de modo definitivo para constituir una transmisión directa de la herencia del descendiente al patrimonio de los reservatarios, aunque aparentemente se realice a través del reservista".

(57) CAPÓ BONAFUS, loc. cit., pp. 451 y ss.

(58) FEDERICO DE CASTRO, op. y vol. cit., pp. 683 a 685.

(59) SÁNCHEZ ROMÁN, "Estudios...", VI-II, cap. XV, n. 130, pp. 986 y ss.; DÍAZ COBEÑA, Dictámenes. Madrid, 1919, dict. XV, C, p. 235 y s.; FELIPE CLEMENTE DE DIEGO, op. y vol. cit., pp. 201 y ss.; MANUEL R. CADABAL, "Sobre el art. 811 del Código civil", en R. G. L. y J. 96, 1er. sem. 1900, pp. 100 y s. RAMÓN NOVOA SEOANE, "Un supuesto caso de reserva troncal", R. D. P. VI, diciembre 1919, pp. 370 y ss.; DE BUEN, Notas y vol. cit., p. 385; OSSORIO MORALES, loc. cit., p. 675; HERNÁNDEZ GIL, "La prelación de órdenes y grados en la reserva lineal española", en R. D. Español y Americano", año I, núm. 1, junio 1956, pp. 4 y ss.; AZURZA y OZCOZ, loc. cit., p. 120; MANUEL DE LA CÁMARA ALVAREZ, "Valor jurídico y aplicaciones de las actas notariales de notoriedad en el Derecho español", IV, A, b, en II Congreso Internacional del Notariado Latino, Madrid, octubre 1950, vol. IV, p. 60.

(60) VALVERDE MARURI, op. cit. (citado por CAPÓ BONAFUS, p. 446); LOZANO SICILIA, op. cit., pp. 218 y ss.; JOSÉ REINO Y CAAMAÑO, "La reserva como objeto de contrato", R. G. L. y J. 124, 1er. sem. 1914, pp. 34 *in fine* y ss.; ANTONIO MAURA Y GAMAZO, Dictámenes, vol. últ. cit., dict. 5, pp. 69 y ss. y R. G. L. y J. cit., pp. 13 y ss.; MARÍN MONROY, loc. cit., pp. 8 y ss.; TORRES MURCIANO, loc. cit., p. 278; CIRILO GENOVÉS, loc. cit., pp. 738 y nota 30; J. RUIZ ARTACHO, Algo más sobre las reservas", en R. C. D. I. XXVII, junio 1951, p. 425 y s.; y tal vez ESCOBAR DE LA RIVA, op. cit., p. 39 y s., donde afirma que los bienes reservables se desintegran de la herencia del reservista formando una masa especial con trayectoria específica.

(61) RAMÓN GAYOSO ARIAS, "Un nuevo caso dudoso de aplicación del artículo 811 del Código civil" en R. D. P. II, mayo 1914, p. 258 *in fine*; JE-

perjuicio de que subsidiariamente pueda actuar un poder específico de recobro de los reservatarios cuando éstos son personas no llamadas a la sucesión del reservista ni por testamento ni abintestato (62).

De acuerdo con ese último criterio, hemos sostenido (63) las siguientes aplicaciones:

I) Si el reservista al fallecer sólo deja descendencia común al otro ascendiente de la línea de la que procedían los bienes, las legítimas y mejoras tendrán su juego normal y para su cálculo se deberán computar en la herencia del ascendiente los bienes que heredó del descendiente y que éste había recibido a título lucrativo de otro ascendiente (64).

II) En el caso opuesto de que el ascendiente reservista no dejase descendencia común al otro ascendiente, sin duda alguna la *ratio* del art. 811 sustrae de las masas de cálculo y de extracción de las legiti-

RÓNIMO GONZALEZ MARTÍNEZ. "Intervención en la discusión del caso propuesto por OSSORIO y GALLARDO en la Real Academia de Legislación y Jurisprudencia cfr. en R. G. L. y J. 148, p. 455; TOMÁS ALBI AGERO, "Reserva del artículo 811. Derechos del medio hermano del descendiente causante de la reserva, al fallecer el reservista con hijos, hermanos de doble vínculo de aquél", en R. D. P. XXIV, diciembre 1940, p. 320. Había ya hecho notar el carácter fundamental negativo de la reserva del art. 811, SÁNCHEZ ROMÁN, "Estudios...", vol. y cap. últ. cit., p. 129, 4.º, p. 986.

Nosotros ("La jurisprudencia...", II, 16, p. 113 y A. D. C. XI-III, p. 759) hemos sostenido que el incumplimiento de los deberes del reservista, en el caso de que el reservatario sea persona llamada a su sucesión intestada, ya sea en primer grado o en grado ulterior, da lugar a un juego de invalidaciones "muy parecido al que se produce en el régimen de las legítimas": "1. El reservatario podrá pedir la anulación de la institución en cuanto perjudique a su reserva y para que respecto a los bienes reservables actúe a su favor la sucesión intestada. 2.º Podrá también, pedir la invalidación de los legados y fideicomisos que pesen sobre los mismos. 3.º Y, en su caso, la resolución de las enajenaciones de bienes inmuebles reservados."

"La sucesión intestada del reservista, respecto de los bienes reservables, no podrá actuar a favor de las personas que no tengan la condición de reservatario. El cauce de esta sucesión, en caso de darse la reserva y por efecto de ésta, sufre la obturación de alguno de sus canales, de modo que su curso, en cuanto a dichos bienes, sólo puede llegar a aquellos sucesores que reúnan a la vez la condición de reservatarios."

(62) Esa idea de reversión ha sido destacada por SÁNCHEZ ROMÁN, loc. últ. cit., n. 129, 3.º, p. 986. ACOSTA INGLOTT, loc. cit., p. 65 *in fine* y s., y DE DIEGO, "Instituciones...", loc. cit., p. 202.

Nosotros (loc. últ. cit., pp. 113 y ss. y A. D. C. últ. cit., pp. 759 y ss.) hemos entendido que si el reservatario es persona que no está llamado testamentariamente ni en grado alguno a la sucesión intestada del reservista, la reserva se consuma mediante un derecho personalísimo de recobro o reversión, de naturaleza semejante a los llamados derechos potestativos de adquisición dirigido a instar la recuperación de los bienes reservables para la persona a quien corresponda de la línea familiar de que se trate (Cfr. op. cit. II, § 7, nn. 36 y ss., pp. 287 y ss. y A. D. C. XIII-III, pp. 753 y ss.).

(63) "La jurisprudencia...", I, 49, p. 180, o A. D. C. X-IV, p. 1118, y II, 17, 9.º, p. 117, A. D. C. XI-III, p. 763.

(64) I, 34, β, 1.º y 2.º, pp. 125 y s. o A. D. C. X-III, julio-septiembre 1957, p. 749 y s.

mas, para formar con ellos una masa especial, fuera del caudal relicto por el reservista, aquellos bienes que éste hubiese heredado de un ascendiente de otra unión, que a su vez los hubiese habido a título lucrativo de un ascendiente de la otra línea (65).

III) Y, si el presunto reservista dejase descendencia común al otro ascendiente y, además, descendientes habidos de otro matrimonio, posterior o anterior, para el cómputo y extracción de las legítimas (corta y larga) respectivas, se tomarán bases distintas: la de los hijos comunes abarcará los bienes reservables, mientras que la de los descendientes no comunes no puede computarlos en su masa de cálculo ni, por tanto, incluirlos en la de extracción. Es decir, que el art. 818 jugará para unos y otros sobre masas diversas (66).

8- 8) *El capital de los seguros a favor de tercera persona concertados por el causante sobre su propia vida.*

El art. 428 del Código de Comercio dice: "*Las cantidades que el asegurador deba entregar a la persona asegurada en cumplimiento del contrato serán propiedad de ésta, aun contra las reclamaciones de los herederos legítimos y acreedores de cualquier clase del que hubiere hecho el seguro a favor de aquélla.*"

Algún autor (67) ha llegado a decir de este precepto "que con él quedan burladas todas las limitaciones que a la facultad de disponer por causa de muerte oponen nuestras leyes".

Otros (68) en cambio, han reducido su ámbito a entender que tiene la única finalidad de liberar de toda responsabilidad a la compañía aseguradora frente a los legitimarios y a los acreedores del asegurado por la entrega del capital al beneficiario de la póliza.

Sin embargo, la letra del art. 428 C. de c. no se limita a proteger a los aseguradores por razón del pago del capital asegurado, sino que también salvaguarda específicamente a los beneficiarios frente a aquellas reclamaciones. Y su finalidad de proteger los seguros, estimulando con acicates su estipulación, necesita comprender esa protección al beneficiario (69).

Se ha hablado también de que, si bien ha de respetarse en su letra y en su espíritu, crea un privilegio, que se debe interpretar res-

(65) I, 34, 5.º, p. 128 y A. D. C. X-III, p. 752.

(66) I, 34, 3.º y 4.º, p. 128 y A. D. C. X-III, pp. 751 y ss.

(67) FRANCISCO DE A. CONDOMINES VALLS, "Formas nuevas de sucesión...", loc. cit., p. 137.

(68) JULIO MARTÍNEZ DE LA FUENTE, "La atribución del beneficio del seguro de vida como materia de disposición testamentaria", en A. de Ac. Matritense del Notariado, T. VIII, pp. 272 y ss. y ALVARO CALVO SORIANO, "Adquisiciones con pacto de sobrevivencia". "F) Algo a propósito de la estipulación a favor de tercero y del seguro de vida para caso de muerte", en R. D. P. XXXV, mayo 1952, pp. 377 y ss.

(69) Cfr. nuestro cit. trabajo "La Jurisprudencia...", I, 20, nota 131, p. 56 y A. D. C. X-II, abril-junio 1957, p. 380.

trictivamente, y que no puede entenderse en contradicción con las normas básicas del ordenamiento sobre legítimas, bienes de los cónyuges y responsabilidad respecto los acreedores (70).

La S. 22 diciembre 1944, a efectos de la liquidación de la sociedad legal de gananciales, distinguió capital asegurado y primas satisfechas, afirmando "que las primas deben ser reembolsadas a la comunidad al tiempo de su liquidación, para que el cónyuge supérstite y los herederos del premuerto, que estén legitimados para la impugnación tomen la parte que en derecho les corresponda evitando así un posible abuso en la facultad de disposición de los gananciales que, en definitiva, por medios indirectos, como el del seguro de vida o el de renta vitalicia, se tradujeran en institución mutua de herederos en los bienes gananciales, total o parcialmente, defraudando la Ley y lesionando el derecho de legítimos y acreedores".

En el caso en cuestión, en que el beneficiario de la póliza era el cónyuge supérstite (71), las primas debieron computarse para calcular el haber de la sociedad conyugal y el importe de la mitad de ellas (correspondiente a la mitad de gananciales del premuerto) imputarse al tercio de libre disposición y restituirse en el exceso (72).

El criterio de no computar el capital pero sí las primas es el que predomina en las legislaciones del occidente continental europeo (73).

Sin embargo, la correlatividad del empobrecimiento del donante con el enriquecimiento del donatario, consustancial a toda donación, por lo menos a efectos de la aplicación a las mismas de las limitaciones legales (74), inclina a entender que la computación e imputación de las primas pagadas tienen el tope máximo del capital asegurado (75).

(70) FEDERICO DE CASTRO Y BRAVO, "La indemnización por causa de muerte", en A. D. C. IX-II, pp. 484 y ss.

(71) No olvidemos que, en otros casos, el seguro puede pactarse para defraudar al cónyuge supérstite, si se estipulan a favor de tercera persona en detrimento de los gananciales y, en ese otro caso, las primas habría que imputarlas totalmente a la mitad de gananciales del estipulante.

(72) Cfr. nuestro trabajo "Teleología y dogmática de la compraventa con pacto de sobrevivencia", en La Notaría, 4.º trimestre 1946, p. 391. Véase también el comentario de PUIG BRUTAU en sus notas al libro de GUSTAV BOEHMER, "El Derecho a través de la Jurisprudencia", Barcelona, 1959, pp. 234 y ss., y en sus "Fundamentos...", vol. V-I, cap. I, 5.º q, p. 54.

(73) Así ocurre en Francia conforme a la ley de 13 de junio de 1930, en Italia según el art. 1.923 del *Codice civile*, y en Alemania como explica KIPP (op. y vol. cit., § 136. II, p. 339, nota 4). En cambio, el art. 476 del Código suizo solamente considera computable el valor de rescate que tenía el seguro en la fecha de la defunción del asegurado.

(74) Leyes 5 y 6 del Tit. XI de la 4.ª Partida.

(75) Así lo indicamos en "La donación «mortis causa» en el Código civil" XV, "Las donaciones «mortis causa» indirectas en el Derecho civil y en el mercantil", 5, en An. Ac. Matritense del Notariado, vol. V, p. 818; y así opinaron también IGNACIO NART FERNÁNDEZ, "Notas sobre los contratos a favor de tercero", 6, "Del seguro de vida con tercero beneficiario" en el mismo

Este límite máximo fue señalado en la ley francesa de 12 julio 1930, que además sólo computa hasta este límite las primas que fuesen manifiestamente exageradas en relación con las posibilidades del causante.

Entre nosotros, la opinión más restrictiva entiende que las primas son computables “únicamente cuando éstas representen una vulneración de los derechos que merezcan ser reconocidos, no como regla general” (76). También se ha estimado aceptable el sistema francés de distinguir si es o no excesivo el importe de las primas pagadas, atendidas la potencialidad económica del estipulante y a su procedencia de las rentas o del capital de éste (77). Nosotros hemos opinado que las primas satisfechas no deben computarse cuando se las pueda considerar comprendidas entre las donaciones usuales o los deberes de previsión jurídicos o meramente morales, ya sea debido a su modicidad, o por razón de la persona y circunstancias del beneficiario y a los deberes morales que para con éste tuviera el estipulante (78).

En cambio, *si no hay beneficiario del seguro, el capital pasa a formar parte del caudal relicto* (79).

Ha dado lugar a discusiones el supuesto de que los herederos hubiesen sido designados genéricamente como beneficiarios. No ha faltado quien haya sostenido que en ese caso el capital del seguro es un crédito de la herencia que debe computarse (80). Pero, en general, se ha entendido que la cualidad de heredero sólo vale para determinar la persona o personas del beneficiario —que incluso puede independizarse del hecho de su aceptación o no— y la proporción de la atribución (81).

Cuanto se ha dicho del capital de los seguros de vida, puede hacerse extensivo a los seguros sociales y derechos sucesorios mutuales, con la particularidad de que en este caso no habrán de computarse ni siquiera las prestaciones del asegurado por estar comprendidas entre los deberes normales de previsión.

En cambio, hay que computar la prestación que hubiere efectuado el estipulante en los contratos a favor de tercero, aun cuando los derechos que éste adquiriera a la muerte de aquél no formen parte de su sucesión ni se deban computar en ella.

tomo de los anales citados, p. 460, y Roca SASTRE. Notas al Kipp, vol. II, § 136, II, pp. 346. Véase, asimismo, nuestros “Apuntes...” III, parte, § II, B, g, p. 489.

(76) LUIS RIERA AISA, “El llamado derecho propio del beneficiario de un seguro de vida al capital del mismo y a las relaciones jurídicas familiares, sucesorias y obligaciones del que lo contrató”, en An. de la Ac. Matr. del Notariado, vol. VII, p. 314.

(77) Roca SASTRE, Notas al Kipp, vol., § y pág. últ. cit.

(78) “Apuntes...”, loc. últ. cit., p. 490.

(79) Regl. 2 febrero 1912, art. 24.

(80) ESPINAR LAFUENTE, op. cit., 107, p. 170.

(81) Roca SASTRE, Notas al Kipp, vol. I, § I-II, p. 16; LACRUZ BERDEJO, op. últ. cit., n. 126, p. 130.

γ) *Derechos causados por el fallecimiento del causante pero desvinculados de su sucesión y no dimanantes de prestaciones económicas suyas.*

9. Clasificamos en este grupo aquellos derechos que no sólo no han sido nunca del causante, pues nacen con su muerte, sino que ni siquiera son la contraprestación de primas o prestaciones por él satisfechas (82).

Se incluyen en este grupo las ayudas, pensiones e indemnizaciones derivadas del contrato de trabajo, o de la ley, a favor de viuda, hijos u otros parientes de los trabajadores o de los funcionarios públicos, que nacen primigeniamente en la cabeza del beneficiario y no responden a prestaciones hechas en vida por el trabajador o funcionario fallecido.

También debe incluirse en este grupo *la obligación a indemnizar surgida a consecuencia de la muerte del causante*. Según el detenido análisis de la jurisprudencia hecho por el Profesor de Castro Bravo (83) el derecho a estas indemnizaciones no lo adquieren los herederos del fallecido sino que corresponden, por derecho propio, a quienes con el fallecimiento de que se trata hayan sufrido el daño material o moral y, por ello, se hacen acreedores a la indemnización correspondiente. Si bien, ha hecho notar Puig Brutau (84) “que tal doctrina no ha quedado establecida con absoluta firmeza o que es preciso distinguirla cuidadosamente de algún otro caso en que se concede la indemnización como derecho del causante que se transmite con su herencia, en virtud de especiales circunstancias”; y que es menester, por tanto, “examinar y diferenciar las decisiones del Tribunal Supremo español con una técnica bastante afín a la que prevalece en los sistemas de Derecho casuístico, para que sean invocadas en relación con los casos para los que precisamente pueden tener valor general”.

b) *Valoración del activo hereditario bruto.*

10. Es cierto que el concepto de valor no es absoluto, sino relativo (85), pues tenemos un valor en uso, un valor de producción,

(82) Nótese que, por esa circunstancia, damos menos amplitud a ese grupo de derechos que la atribuida por LACRUZ (op. últ. cit., núm. 126, pp. 129 y s.) a los que clasifica como “derechos desvinculados del fenómeno sucesorio”, entre los que coloca los nacidos por muerte del estipulante para el beneficiario del contrato a favor de tercero y, entre ellos, al seguro de vida a favor de tercera persona.

(83) FEDERICO DE CASTRO BRAVO, “La indemnización por causa de muerte”, en A. D. C. IX-II, abril-junio 1960, pp. 448 y ss.

(84) PUIG BRUTAU, op. cit., vol. III-I, cap. I, 5. s, pp. 61 y ss.

(85) GIDE (“Curso de Economía Política”, traducción al castellano de CARLOS DOCTEUR y JOSÉ MUÑOZ, 8.ª ed. París 1932, pp. 59 y ss.) transcribió la afirmación de RICARDO de que: “Cada hombre tiene su módulo particular

un valor de reproducción (es decir, por el coste de producción en el día de la fecha de una cosa igual a la valorada), un valor en renta, un valor en cambio, y aun cada uno de estos valores es igualmente relativo: subjetivo el primero, variables casi todos los demás según las circunstancias de tiempo, lugar, oportunidad, etc., los intereses concretos que tengan comprador y vendedor, o la necesidad sentida por éste o por aquél (86).

La perplejidad que suscita toda valoración invita a una prudente ponderación. Maura (87) la muestra cuando dictamina: "Para señalar las estimaciones no están sujetos los contadores a ninguna facultad preceptiva; pueden asesorarse de peritos cuando lo conceptúen conveniente, o guiarse por su propio juicio, señaladamente cuando les cercioren del acierto el costo de la adquisición, o el amillaramiento, o la capitalización de los réditos, o una razonable ponderación que resuelva o promedie la disparidad de estas condiciones, u otras análogas."

Sin embargo, tratándose de disposiciones de derecho necesario, la ley no puede dejar los problemas de valoración, que puedan plantearse, a la particular apreciación del testador ni del contador partidario por él designado, ni de uno solo o de varios de los interesados. La valoración debe hacerse lo más objetivamente posible. En caso de entablarse el litigio será el juzgador quien deba resolver, atendiendo las cotizaciones y demás datos oficiales o a las tasaciones hechas por peritos designados de conformidad a las normas procesales correspondientes.

Es cierto que la voluntad del testador es ley de la sucesión, y no lo es menos para valorar los bienes que para disponer de ellos y asignarlos. Pero para todo ello tiene, precisamente, el límite que le impone el respeto de las legítimas debidas. En el cálculo de éstas la libertad de valoración del testador halla uno de sus límites. Como institución de derecho necesario, su cálculo debe hacerse conforme la ley ordena (88).

El art. 1.046 L. E. C., a este respecto previene:

"Si el testador hubiere establecido reglas distintas de las ordenadas en esta ley para el inventario, avalúo, liquidación y división de sus bienes, los derechos voluntarios y los legatarios deberán respetarlas y sujetarse a ellas."

"Lo mismo deberán hacer los herederos forzosos siempre que no resulten perjudicados o gravados en sus legítimas."

para apreciar el valor de sus goces, y este módulo es tan variable como el carácter humano"; y casi un siglo después de que STUART MILL afirmara que la teoría sobre el valor había quedado completa con sus conclusiones, el propio GIDE calificó de temeraria esa afirmación y confesó que "son innumerables las teorías nuevas sobre el valor, sin que pueda afirmarse que ninguna de ellas sea definitiva".

(86) Cfr. "Apuntes...", II Parte, § 3, C, p. 196 y A. D. C. p.

(87) MAURA, "Dictámenes", vol. cit., dict. 7, pp. 198 y ss.

(88) ROCA SASTRE, *Notas* al Kipp, vol. II, § 131, I. 3, a, p. 302.

Es decir, que no puede resultar perjuicio en las legítimas de la valoración hecha por el testador. En este sentido, la S. 29 noviembre 1889, relativa a un pleito al que era aplicable el Derecho anterior al Código civil, afirmó, en su 4.º considerando, “que no puede tomarse como base para el avalúo lo consignado por el testador, y mucho más siendo muy anterior a la época en que se abrió la sucesión, porque es indispensable conocer los aumentos y menoscabos que hayan tenido los bienes para poder liquidar la herencia y ver si las mejoras hechas caben en el tercio y quinto del caudal relicto”.

Algunos autores han afirmado que el valor a que se refiere el art. 818 C. c. para computar los bienes a efectos de fijar la legítima, es su valor en venta y no el valor en renta (89). Este es el criterio del B. G. B., que excepcionalmente, en su § 2049, admite el temperamento de que el causante pueda ordenar que un legitimario asuma una finca rústica por su valor en renta, que en ese caso será el valor determinante del cálculo de la legítima, facultad que el § 2312 extiende al supuesto de que el propio causante señale un precio de ascunción no menor al valor en renta ni mayor al valor en venta (90).

Sin embargo, en el Código civil español no hay regla alguna para determinar el valor de los bienes, como hizo notar Scaevola (91), quien añadió que “ni tampoco tiene por qué haberla”. De lo que se trata es, sin duda, de hallar su valor real y verdadero (92), y para ello lo prudente y temperador es promediar los criterios de valoración, como propuso Maura, según antes hemos visto. Pero tampoco puede asegurarse que sea siempre esto lo más correcto, porque en ciertos casos la naturaleza o el destino de las cosas puede aconsejar la aplicación, a cada una, de un criterio único o bien inclinar a que sea desestimado alguno o varios (93).

Así, tratándose del mobiliario parece que normalmente resulta más justo atenerse al valor en uso, y de tener un especial valor artístico o histórico no debe olvidarse la diversidad de propuestas que quienes trafican con ellos suelen hacer según traten de comprarlos o de venderlos. Respecto de edificios antiguos no resulta equitativo estimarlos por el coste de su construcción (que, dada su antigüedad y la continua desvalorización de la moneda, normalmente resultaría exiguo), ni por el que importaría su reconstrucción (que, seguramente, sería excesivo en relación a su utilidad), ni tampoco sólo por su valor en venta o en renta (muchas veces dependientes del capricho o necesidad de un círculo reducido de posibles aspirantes).

(89) ROCA SASTRE, *Notas al Kipp*, vol. II, § 131, I, 2, a, p. 301; LACRUZ BERDEJO, *Notas al Binder*, § 33, I, p. 303 BONET RAMÓN, “Compendio...”, vol. V, 96, C, p. 556.

(90) Cfr. Kipp, *op. y vol. cit.*, § 131, I, 2, a y c, pp. 290 y s.

(91) SCAEVOLA, *op. cit.*, vol. XIV, art. 818 a 822, A, b, p. 450.

(92) Cfr. MANRESA, *op. cit.*, vol. VI, art. 818, A, p. 371; SÁNCHEZ ROMÁN, *op. cit.*, vol. VI-II, cap. XV, n. 113, p. 946.

(93) Así lo observamos en nuestro Dictamen publicado en A. D. C. XVIII-I, enero-marzo 1965, p. 264.

Para valorar los bienes arrendados con rentas bajas, no puede desatenderse esa circunstancia, ni a la posibilidad más o menos probable y próxima de desahuciar a los arrendatarios, supuesto ante el cual deben sopesarse los trámites, plazos, litigios, costas o indemnizaciones que para ello haya que emprender o satisfacer.

Tampoco se debe olvidar, al efectuar valoraciones por renta, el hecho de que usualmente en el mundo económico no se pide igual rentabilidad para una clase de bienes que para otra, atendida la mayor seguridad que unos representan y la menor de los otros, así como su distinta susceptibilidad de sufrir las consecuencias de la depreciación de la moneda, etc.

En resumen, se trata de una cuestión muy compleja y casuística, en la cual no se puede olvidar tampoco la visión de conjunto, a fin de que los criterios aplicados en un caso no arrojen una valoración que en relación a las otras practicadas resulte desequilibrada y, por ende, injusta.

Aunque ciertamente deben ser tenidos en cuenta, a efectos del impuesto de sucesiones, los criterios de valoración que, para su percepción, el liquidador haya de aplicar (94), ese cálculo no puede imponerse en modo alguno a efectos civiles (95).

Debe prescindirse del valor de afección (96), por lo cual no deben computarse los recuerdos de familia y escritos, retratos, diplomas, etc., faltos de valor venal, ni la correspondencia del causante (97).

Por su total carencia real de valor no deben computarse los créditos incobrables, aunque si luego se cobrasen habría que hacer con ellos una liquidación complementaria (98).

Como reglas especiales para valorar determinadas clases de bienes, la doctrina propone las siguientes:

I) Las unidades económicas, complejas u orgánicas, v. gr., una empresa mercantil, industrial o agraria, deben valorarse como constitutivas de un objeto único, prescindiendo de si la suma del valor de los objetos singulares que la componen arroja un valor superior al de la unidad compleja u orgánica en régimen de empresa, o aun cuando lo arroje superior, pues no puede ni debe forzarse al aniquilamiento de una unidad de producción (99). Además, al valorar las empresas, debe promediarse, dentro de cierto margen, las vicisitudes que atraviesen en un ciclo normal, y no debe olvidarse la influencia

(94) Cfr. MUCIUS SCAEVOLA, loc. y pág. últ. cit.; SÁNCHEZ ROMÁN, loc. últ. cit., p. 946.

(95) Cfr. ROCA SASTRE, *Notas y § cits.*, p. 301.

(96) MANRESA, ROCA SASTRE, BONET RAMÓN, locs. y págs. últ. cit.

(97) LACRUZ BERDEJO, "Derecho de Sucesiones", n. 123, pp. 126 y s.; PUIG PEÑA, "Tratado...", vol. V-II, cap. XII, 1, B, nota 6, 3.º, p. 323.

(98) Cfr. SÁNCHEZ ROMÁN, loc. últ. cit., p. 946; PUIG PEÑA, nota cit., núm. 1, p. 323; BONET RAMÓN, loc. últ. cit., p. 556.

(99) ROCA SASTRE, loc. últ. cit., a, p. 301, y BONET RAMÓN, loc. y pág. últ. cit.

que en la marcha de la empresa puedan tener las condiciones personales del empresario, que no deben computarse, sino descontarse al hacer la estimación (100).

II) Los créditos bajo condición suspensiva no deben computarse sin perjuicio de que se proceda a una liquidación complementaria. Y a la inversa los sometidos a condición resolutoria deben computarse como incondicionados, pero de extinguirse deberán deducirse en una rectificación adicional (101).

III) A los derechos dudosos, inseguros o inciertos o litigiosos debe aplicárseles un criterio análogo a los expuestos para los condicionales (102), o bien estimarlos con una valoración que pondere las mayores o menores probabilidades de que la condición se cumpla (103), o por su valor venal (104).

IV) A los créditos aplazados debe descontárseles el *interusurium* (105).

V) Los créditos del causante contra los herederos también deben computarse (106), aunque se extingan por confusión, pues también en ese caso significan un enriquecimiento del heredero deudor causado por su condición de heredero de su acreedor.

VI) Los inmuebles que el causante poseía *ab usucapionem* y hayan pasado a posesión de los herederos deben valorarse según las probabilidades de consumir su usucapión (107).

11. Un problema específico, que repercute en esta materia, es el referente a la eficacia de las normas referentes a los modos de efectuar valoraciones previstas en los pactos sociales para los supuestos de liquidación o compra de los derechos que, en la sociedad correspondieron al *de cuius*, y deban satisfacerse a sus herederos, o a alguno de ellos.

Hemos visto antes, que la condición de socio puede ser intransmisible mortis causa; pero que ello no empece la transmisibilidad de su contenido patrimonial que debe liquidarse a los causahabientes del socio fallecido. El problema radica en resolver acerca de la validez de las normas que en muchas sociedades determinan el modo de efectuar la valoración de ese contenido económico.

Ese problema también se suscita en las sociedades de responsa-

(100) BONET RAMÓN, loc. cit., p. 557.

(101) ROCA SASTRE, loc. últ. cit., p. 302, rel. p. 290; PUIG PEÑA, nota cit., 2.º, p. 323.

(102) FEBRERO, op. cit., Parte II, Lib. I, Cap. I, I, n. 21, ed. 1781, vol. I, cit., p. 27.

(103) ROCA SASTRE, loc. últ. cit., b y c, p. 302.

(104) PUIG PEÑA, nota cit., 1.º, p. 323.

(105) ROCA SASTRE, loc. últ. cit., b *in fine*, p. 302.

(106) FEBRERO, cap. y § últ. cit., n. 20, p. 25.

(107) PUIG PEÑA (nota cit., núm. 7, p. 323) cree que la solución más equitativa en este caso es la de valorar la posesión corrida.

bilidad limitada (108) y en algunas anónimas (109) de las calificadas de "cerradas" (110), cuando los pactos sociales o los estatutos respectivos prevengan que, en el caso de fallecimiento de un socio o accionista, se dé lugar al posible ejercicio de un derecho de preferente adquisición por parte de los demás socios y se prevea también el modo de valorar las participaciones o acciones respecto de las cuales se ejercite.

No faltan tampoco pactos sociales que, para caso de fallecimiento de un socio, determinan la persona que deba suceder al finado, generalmente su viuda o uno de sus hijos (111), señalando igualmente la forma de valorar sus derechos para compensar a los demás posibles herederos de aquél.

(108) El art. 21, § 2 de la ley sobre régimen jurídico de las Sociedades de Responsabilidad Limitada de 17 de julio de 1953, previene que "*en la escritura social podrá establecerse que los socios sobrevivientes tendrán derecho a adquirir, dentro del plazo que ella determine, las participaciones sociales del socio fallecido, apreciadas en su valor real, según lo prevenido en el artículo anterior. Si fueran varios los socios que quisieron adquirir esas participaciones, se distribuirán entre todos a proporción de sus respectivas partes sociales.*"

El artículo anterior —art. 20— de la misma Ley prevé en su § 2 la fijación por mutuo acuerdo del precio de la venta y, en su caso de discrepancia por tres peritos nombrados, dos, uno por cada parte y un tercero de común acuerdo, o si éste no se logra, por el juez. No obstante, en su § 3 autoriza que la escritura de constitución establezca "otros pactos y condiciones para su evaluación".

(109) El art. 46 de la Ley sobre régimen jurídico de las Sociedades Anónimas de 17 de julio de 1951, admite, sin hacer distinción entre las transmisiones *inter vivos* y las *mortis causa*, que las limitaciones a la libre transmisibilidad de la acción, sean "válidas frente a la sociedad", "cuando estén expresamente impuestas por los Estatutos". Por esa razón ha entendido RODRIGO URÍA ("Comentario a la Ley de Sociedades Anónimas", Madrid, 1962, art. 46, n. 11, p. 477 y ss.) que debe admitirse que las cláusulas limitativas pueden afectar tanto a las transmisiones *inter vivos* como a las *mortis causa*, si bien para que jueguen en éstas es preciso que se declare así en los estatutos expresamente. Antes de la Ley de Sociedades Anónimas, la validez de las cláusulas limitativas de la transmisibilidad *mortis causa* de la condición de socio, con tal de que aplicándolas a los herederos se les compensara su contenido económico, fue defendida para este tipo de sociedades por ANTONIO PEDROL RIUS, "Cláusulas estatutarias restrictivas de la transmisibilidad de acciones en las sociedades anónimas", 12, c, en R. D. Priv. XXXIII, setiembre 1949, pp. 725 y ss. y J. GARCÍA RUBIO, "Las cláusulas estatutarias restrictivas en las sucesiones «mortis causa»", en R. D. Mercantil, julio-agosto 1950, pp. 83 y ss.

(110) Acerca de las "sociedades anónimas cerradas" o familiares, cfr. JOSÉ PUIG BRUTAU, Comentario de Derecho español al libro de Rolph Serick, "Apariencia y realidad en las sociedades mercantiles", Barcelona, 1958, pp. 332 y ss., y "Algunas consideraciones sobre la llamada sociedad anónima familiar", en R. J. de Cataluña, LVII, 1958, pp. 567 y ss. y Dra. Ngo. BÀ THANH, "La sociedad anónima familiar", Barcelona, 1963, III Parte, pp. 169 y ss. y IV Parte, pp. 205 y ss. y, también, el Prólogo de esta obra de ANTONIO POLO, pp. XVI y ss.

(111) Cfr. PALÁ MEDIANO, "Los problemas de la sucesión en los derechos de socio", loc. cit., pp. 112 y ss. y JOSÉ MADRIDEJOS SARASOLA, "Sobre la transmisión de participaciones en la sociedad de responsabilidad limitada", VI, en R. D. Pr. XXXIX, marzo 1955, p. 275, nota 96.

Finalmente esa *preemptio* se establece en ocasiones con parecidas previsiones en sindicatos de accionistas de bloqueo (112).

Entre las posibles fórmulas para la determinación del precio podemos inventariar: su fijación en una cifra exacta al modo de una opción por precio prefijado; por su valor nominal; su determinación por la Junta general o por el Consejo de Administración; por su valoración según el último balance o por su cotización en bolsa al fallecimiento del accionista, caso de tratarse de acciones que se coticen en bolsa, o por el promedio de su cotización en el lapso de tiempo previsto; por la capitalización de sus beneficios de una o varias anualidades; por tasación pericial; etc., etc.

Creemos que debe ser rechazada toda fórmula de opción de compra, para el caso de fallecer el socio, que se estipule por un precio fijo, predeterminado, pues, en ese caso, se dispondría *mortis causa* por acto *inter vivos* y fuera de testamento del plusvalor que tuviera su cuota, participación o acción. Y, aún en caso de haberla ratificado en testamento, el socio fallecido, la disposición de ese plusvalor no

(112) JULIO ALBI AGERO, ("La potestad de mando en las sociedades anónimas", III, G. g. en Anales de la Ac. Matr. del Not. III, pp. 662 y ss.), estudió el pacto de un sindicato de bloqueo en el cual se establecía que, fallecido don X, "no habiendo disposición expresa en contrario, los herederos de este señor, estarán obligados, al producirse el fallecimiento del mismo, a vender sus acciones, por partes iguales, y por su valor nominal a don I y don E". A su juicio, en esa cláusula, "se pretendía dar vida a un negocio jurídico *mortis causa*, porque se trataba de regular una relación jurídica para después de la muerte de don X, y el patrimonio dejado por éste a su fallecimiento, pudiendo revocarse la disposición por otra "testamentaria expresa en contrario", produciéndose sus efectos al «fallecimiento del mismo», por lo cual, "como los negocios jurídicos *mortis causa* son, en el ordenamiento español, negocios solemnes, el que trataba de crear en ese pacto, que carecía de la forma prescrita en aquél, era nulo, y así se reconoció".

ANTONIO PEDROL RIUS ("La anónima actual y la sindicación de acciones", Madrid, 1969, n. 114, p. 302) ante el mismo supuesto, distingue y observa que "podría quizá hablarse de un negocio *mortis causa* cuando el sindicado disponía libre y legítimamente de sus acciones para el supuesto de que falleciese sin testamento", pero que "si el derecho de prelación había surgido a favor de otros sindicados a virtud de un pacto en el que estos últimos se lo habían reconocido para análogos supuestos al sindicado fallecido, éste carecía de libertad dispositiva para subordinar la subsistencia del derecho a la condición de que falleciese sin testamento, y faltaría el requisito de la libre revocabilidad (característico de los negocios *mortis causa*). En realidad el derecho de los demás sindicados no provendría de la disposición del causante en el documento estudiado, sino del sindicato de bloqueo".

A juicio nuestro, hay que deslindar, de una parte, la eficacia del pacto de transmisión que se pacte en la sindicación para dicho supuesto, pero remitiéndose al precio justo que tengan las acciones en el momento del fallecimiento del sindicado de que se trate, y, de otra, la inadmisibilidad de todo pacto que determine un precio distinto del "justo precio" fijado "en el momento de la transmisión", pacto que supondría —como luego veremos en el texto— una apropiación por un sindicado, con ocasión de la muerte de otro, del sobrevalor de la acción respecto al precio determinado en la forma pre-establecida.

podrá dejar de ser computada para cálculo de las legítimas e imputado conforme correspondiere, ya que lo referente a la cuantía de éstas se halla fuera del ámbito discrecional del causante.

En los casos normales de ser establecido un derecho de compra para esos supuestos, debemos tener en cuenta:

1) Que conforme al art. 1.449 C. c.: “*El señalamiento del precio no podrá nunca dejarse al arbitrio de uno de los contratantes.*”

2) Que para el supuesto de haberse pactado la continuación de la sociedad civil entre los socios sobrevivientes, el art. 1.704 C. c. concede al heredero del que haya fallecido “derecho a que se haga la partición *fijándola en el día de la muerte*” (113).

3) Que el art. 21 L. S. R. L. admite el pacto de que los socios supérstites puedan adquirir las participaciones del socio fallecido “*apreciadas en su valor real*”.

Creemos que, tanto la exigencia del art. 1.704 C. c. de fijar el precio “*en el día de la muerte del socio*” —sin perjuicio de que pueda referirse también al momento posterior de efectuarse la compra, con tal de que este momento no fuese arbitrariamente determinado por el comprador—, como la del art. 21 L. S. R. L. de que las participaciones sean “*apreciadas en su valor real*”, son analógicamente aplicables, por razón de identidad de *ratio*, a todas las sociedades. Esta es, por otra parte, la solución correcta al conflicto de intereses entre sociedad y herederos del socio fallecido, respetándose el *intuitus personae* de la sociedad pero sin vaciar el contenido hereditario de parte de su valor económico (114), por un pacto extratestamentario que resultaría tontinario.

Como ha dicho Broseta (115) “la licitud de la negativa de la sociedad a reconocer como accionista al adquirente *mortis causa*, está necesariamente condicionada a que la sociedad presente un adquirente de las acciones y a que el precio que se pague por ellas sea justo”, pues “de lo contrario podría vaciarse de todo valor económico a la sucesión hereditaria”.

Se ha llegado a decir, a efectos de la liquidación de la sociedad de ganancias (116), que “el procedimiento de valoración establecido en el pacto social debe ser irrelevante en tema de liquidación de la sociedad de ganancias”, pudiendo presuponerse que igual se habría afirmado con respecto al cómputo y satisfacción de las legítimas.

Sin embargo, el procedimiento de valoración pactado puede no ser incompatible con el requisito de computar el valor real de las acciones para calcular las legítimas, y no debe serlo, por las razones

(113) Considera, de modo general este requisito, PALÁ MEDIANO, loc. cit., p. 106.

(114) En este sentido cfr. GARCÍA RUBIO, loc. cit., p. 88.

(115) MANUEL BROSETA PONT, “Restricciones estatutarias a la libre transmisibilidad de acciones”. Madrid, 1963, cap. VII, p. 214.

(116) MANUEL SERRANO MONFORTE, Comentario a la S. de 17 de abril de 1967 en R. Dr. Merc. XLIII, julio-diciembre 1967, p. 215.

antes expresadas, puesto que tampoco puede despojar al heredero voluntario de contenido económico alguno.

El *quid* se halla en establecer qué modos correctos de fijar el precio pueden admitirse como válidos (117).

Desde luego no pueden admitirse aquellos procedimientos en los cuales la voluntad del adquirente, actuando directa o indirectamente en el Consejo de Administración o en la Junta General, sea decisiva para la formación del precio, infringiéndose el art. 1.449 C. c. (118).

Y debe admitirse siempre su impugnación cuando el precio que resulte por el procedimiento pactado no sea justo, es decir, no corresponda a su valor real (119).

c) *Determinación y estimación del pasivo hereditario.*

12. El art. 818, § 1, C. c., añade que la computación debe hacerse: "...con deducción de las deudas y cargas, sin comprender entre ellas las impuestas en testamento".

Ello responde a la inclusión en la herencia, conforme dice el artículo 659, de las "*obligaciones de una persona que no se extingan por la muerte*".

Combinadas ambas disposiciones recogen dos requisitos naturales para deducir las deudas y cargas (120) para el cómputo del caudal relicto líquido.

1.º *Que sean obligaciones del causante*; no obligaciones creadas por éste *mortis causa*, es decir, los legados o modos que él hubiera dispuesto.

Estas, en cambio, si bien se deberán *imputar* al caudal, como todas las disposiciones testamentarias, para juzgar si son inoficiosas o no, en cambio, no se han de *computar* como deducción para el cálculo del importe líquido de la cuota con cargo a la cual deben ser satisfechas tan sólo en cuanto quepan en la misma y sean oficiosas (121). No forman parte del pasivo propiamente dicho de la herencia: afectarán al líquido remanente, en cuanto no dehan ser reducidas, pero no se deducen

(117) Cfr. PALÁ MEDIANO, loc. cit., p. 123, y BROSETA, op. cit. cap. IV, A, e, pp. 131 y ss.

(118) En este sentido BROSETA, loc. últ. cit., nn. 5 y 6, pp. 134 y ss.

(119) En ese sentido BROSETA, loc. últ. cit., pp. 132 y ss. estima no recomendables las referencias al último balance, al dividendo medio repartido, o al valor nominal.

(120) En la palabra carga se incluyen indudablemente las cargas reales que gravan los bienes hereditarios, como observaron MANRESA (op. cit., vol. VI, art. 818, b, p. 372), SCAEVOLA (op. cit., vol. XIV, arts. 815 a 822, A. c. p. 451), SÁNCHEZ ROMÁN (op. cit., VI, II, cap. XV, 113, p. 947).

(121) Como dice MANRESA (loc. últ. cit., p. 372): "Las cargas impuestas en testamento que nazcan verdaderamente de él, tienen distinto carácter, y como gravan de ordinario la porción libre, y en casos determinados el tercio de mejora, no han de bajarse del caudal, sino que después de fijada la legítima con arreglo al art. 818, serán baja en dicha porción libre o en dicho tercio de mejora, cumpliéndose o no, según que perjudiquen o no las legítimas."

para calcular ese líquido (122). La razón es obvia: no se trata de obligaciones del causante, sino de obligaciones impuestas por éste con cargo a su herencia. Por ello, si “antes es pagar que heredar”, ha de ser preferente no sólo el pago de las deudas hereditarias, sino también el cumplimiento de los deberes legitimarios del causante, que la satisfacción de las obligaciones voluntariamente dispuestas por éste en su testamento, las cuales sólo podrán valer en cuanto no sobrepasen sus deberes con los legitimarios (123).

Precisa Scaevola (124) que el inciso final del art. 818, § 1.º, excluye la deducción de las deudas y cargas que “sean unilaterales, sin reconocer una paternidad anterior o una confirmación posterior contractual”.

2.º *Que no se extingan por la muerte.*

Se extinguen a su muerte las obligaciones meramente vitalicias y las personalísimas. Es decir, las que tienen como término final la vida del causante y las que sólo éste puede cumplir.

Son personalísimas las contraídas *intuitus personae*, calificación que debe resultar de la naturaleza y circunstancias del negocio del que deriven. Sin embargo, muchas veces estas obligaciones, si bien, en sí mismas, se extinguen a la muerte del obligado, en cambio, dan lugar a una liquidación de las contraprestaciones o anticipos verificados por la otra parte de la relación obligacional.

Como hace notar Lacruz Berdejo (125), refiriéndose a las relaciones de este tipo, el fallecimiento no da lugar a una inmediata cancelación de todos los derechos y obligaciones entre la otra parte y los herederos del fallecido, “sino que, quedando prestaciones cuya extinción no ha sido compensada por la de otra correspondiente de la contraparte, se transforman. Las reglas aplicables a la transformación de tales obligaciones personales cuando no contenga otras específicas el Código civil, serán en principio las que, antes de la muerte, regulan la transformación objetiva de las obligaciones de ejecución específica, bien por imposibilidad culpable, bien por imposibilidad dolosa (caso poco probable), bien, simplemente, por voluntad del deudor”.

Entre las previsiones del Código civil, en el supuesto de extinción de una relación jurídica por muerte del obligado *intuitus personae*, destacaremos:

(122) Escribió SÁNCHEZ ROMÁN (loc. y pág. últ. cit.) que las cargas *testamentarias* a diferencia de las *hereditarias* “no han de deducirse del total patrimonio relicto al tiempo de la muerte, sino del resultado líquido, después de su liquidación que es el que constituye el haber hereditario, y del cual son cargo esas responsabilidades originadas en el testamento”.

(123) Como precisa PUIG BRUTAU (op. cit., V-III, cap. II, 1, A, p. 141) las cargas impuestas en testamento están supeditadas a la existencia de saldo activo hereditario y subordinadas “a los derechos que la ley concede a los legitimarios sobre este mismo saldo activo”.

(124) SCAEVOLA, loc. últ. cit., pág. 452.

(125) JOSÉ LUIS LACRUZ BERDEJO, “Derecho de Sucesiones”. Parte General”, n. 113, p. 112.

En el arrendamiento de obra, art. 1.595: “Cuando se ha encargado cierta obra a una persona por razón de sus cualidades personales, el contrato se rescinde por muerte de esta persona. En este caso el propietario debe abonar a los herederos del constructor, a proporción del precio convenido, el valor de la parte de obra ejecutada y de los materiales preparados, siempre que de estos materiales reporte algún beneficio”. Consecuentemente, si el dueño de la obra hubiese anticipado una cantidad mayor a la correspondiente a la parte de obra realizada, surgirá para los herederos del empresario la obligación de devolver lo percibido en exceso.

En el mandato, art. 1.732: “El mandato se acaba: ...3. Por muerte... o del mandatario...”; art. 1.739: “En el caso de morir el mandatario deberán sus herederos ponerlo en conocimiento del mandante y proveer entretanto a lo que las circunstancias exijan en interés de éste”. Sin embargo, deberán liquidarse los resultados del mandato y, entre ellas, por los herederos del mandatario, las que a éste obliga el art. 1.720: “... a abonar al mandante cuando haya recibido en virtud del mandato, aun cuando lo recibido no se debiera al segundo”.

— En el depósito, art. 1.778: “El heredero del depositario que de buena fe haya vendido la cosa que ignoraba ser depositada, sólo está obligado a restituir el precio que hubiere recibido o a ceder sus acciones contra el comprador en el caso de que el precio no se le haya pagado.”

Cuando se trate de deudas bajo condición suspensiva o resolutoria, aplazadas o litigiosas, deberá aplicárseles, *mutis mutandae*, las mismas reglas que antes hemos visto aplicables a los créditos hereditarios.

Es de notar que también deben deducirse del caudal relicto:

I) *Las obligaciones del causante que no hayan de liquidarse sino precisamente a su fallecimiento.* Tales son las derivadas de las restituciones fideicomisarias, de la reversión legal del art. 812 C. c., o de las reservas viual o lineal, a que estuviera afecto, y que el art. 978 C. c. detalla. Ahono de deterioros ocasionales por culpa o negligencia del *de cuius* en los bienes fideicomitidos o reservados; valor de los bienes inmuebles válidamente enajenados por el viudo antes de contraer las nuevas nupcias o de tener el hijo natural; el precio en que se hubiesen vendido los bienes donados en caso de aplicarse la reversión del art. 812; la devolución del precio de los bienes muebles enajenados o del valor de los transmitidos a título gratuito, conforme previene el art. 978 n. 3.º

II) *Y, aunque se extingan por confusión, las deudas que el causante tuviera con sus herederos o con alguno de ellos (126).*

Sin duda son deudas del causante transmisibles a los herederos,

(126) El § 9, ley 22 Cod. VI-XXX, en su apartado segundo, había previsto: “Pero si también él tenía algunas acciones contra el difunto no se confundan, sin embargo, entre los acreedores la prerrogativa de las fechas.”

que no se extinguen a la muerte de aquél sino al adquirirlas éstos en su aspecto pasivo, que es el presupuesto necesario de la confusión que las extingue. Teleológicamente esta solución es impecable, pues en cuanto reducen la adquisición de los herederos al restarles el crédito que no cobran, éste de hecho es baja de la herencia (127), y, por eso, se computa como deducción para el cálculo de la legítima.

13. *¿Son deducibles las obligaciones naturales y los deberes morales del causante?*

La ley 32 de Toro, para el supuesto de que “el testador no fizo heredero, ni menos dio poder al comisario que lo fiziese por él”, “sino solamente le dio poder para que por él pueda hacer testamento”, dispuso que: “*el tal comisario mandamos que pueda descargar los cargos de conciencia del testador que le dio el poder, pagando sus deudas, y cargas de servicio, y otras deudas semejantes, y mandar distribuir por el ánima del testador la quinta parte de sus bienes, que pagadas las deudas montare*”.

En el texto de esta ley vemos la distinción entre “*descargar los cargos de conciencia del testador*” y pagar “*sus deudas y cargas de servicio*”. Descargar las deudas de conciencia del testador, se entendió como equivalente a satisfacer sus obligaciones naturales (128). Sin embargo, Matienzo (129) observó que esta conclusión “limita et restringe, ut valeat in vim legati, et sic in praeiudicium heredes, non autem in praecudicium creditorum, quippe quibus praeiudicium inferre nequit huius modi dispositio testantis, nisi vere probetur debitum”. Es decr. que el pago de las obligaciones naturales se hace equivalente a un legado que, como tal, no puede perjudicar a los acreedores. Siguiendo su simil, como legado tampoco puede perjudicar a los herederos forzosos, y por lo tanto deberá imputarse al quintó. Así lo dio a entender Febrero (130), cuando explicó que el comisario en este caso podrá “descargar su conciencia [del difunto]

(127) Cfr. FEBRERO, “Librería de Escribanos e Instrucción Jurídica Theorico práctica de principiantes”, Parte II Lib. I, Cap. I, § 120. crt. ed. Madrid 1781, vol. I, p. 25. También PUIG PEÑA, loc. últ. cit., nota 9, e, p. 325.

(128) Cfr. PALACIOS RUVIOS, “Glossematta legum Tauri”, lex. XXXII, n. I, cfr. ed. Salamanca, 1542, fol. XCVII; DIEGO CASTILLO, “Las leyes de Todo glosadas”, lex XXXII, 3, cfr. ed. Methymnae Campi 1553, fol. 143 vto.; TELLO FERNÁNDEZ, “Constitutionum Tauri Utilis interpretatio”, lex XXXII, 5, en ed. Granada 1566, fol. 235; JUAN MATIENZO, “Commentaria in librum quintum recollectionem legis Hispaniae”, Lib. V, Tít. IV, les VI, gloss. I, n. 1, cfr. ed. Mantuae Carpetanae 1580, fol. 118 vto.; LUDOVICO VELÁZQUEZ DE AVENDAÑO, “Legum Taurinarum a Fernando et Ioanna Hispanorum regibus..., utilissima glossa”. Lex XXXII, gl. 1. n. 1, cfr. ed. Toleti 1588, fol. 69.

(129) Matienzo, op., lex y gloss. cit., n. 3, fol. 118 vto.

(130) JOSEF FEBRERO, “Librería de Escribanos e Instrucción jurídica theorico práctica de principiantes”, I Parte, Lib. I, cap. I, XXVI, n. 268, cfr. 3.^a ed. Madrid, 1783, vol. I, p. 227.

pagando sus deudas, y repartiendo el remanente del quinto de su herencia por su alma”...

Igual criterio ha aplicado Fuenmayor (131) al régimen de nuestro Código civil, aun en el caso de que el testador hubiese ordenado su cumplimiento: “La pugna entre el «acreedor natural» y los legítimos, dentro de nuestro Derecho positivo —dice— ha de resolverse en favor de éstos; lo pide así categóricamente la regla citada del artículo 818, apartado 2, que el testador no puede imponer sobre la legítima gravamen de ninguna especie, y como gravamen debe estimarse esta obligación civil nacida *ex novo* mediante el testamento”. En conclusión, debe afirmarse que las deudas naturales y obligaciones morales del causante no pueden deducirse para calcular las legítimas. Reconocidas por el causante se imputarán a la parte libremente disponible, pero sin haberse deducido en el cómputo del caudal relicto líquido. No reconocidas, podrán seguir siendo obligaciones naturales de sus herederos que si las cumplen no podrán reclamar su repetición (art. 1.901 C. c., inciso final).

14. *¿Quid las deudas reconocidas por el causante en su testamento, pero no acreditadas?*

La duda fue planteada por Ayerve de Ayora (132) en estos términos:

“Si el padre o madre en su testamento declararon que devían alguna cantidad de maravedís a alguna persona y mandaron que sus herederos se lo pagasen, y no constasse de la deuda ni se pudiesse probar, si se sacara esta deuda del quinto en que fue mejorado uno de los hijos, o se sacará del cuerpo de todos los bienes.”

El mismo autor cuestionó que si se trataba de una deuda debía extraerse del cuerpo de bienes, pues en cuanto fuere *res alienum* debía extraerse “*non de quintum bonorum*” sino de “*omnibus bonis hereditarium deducendum*”, “*quia non est proprie legatum sed solutio debiti*”.

Pero respondió: “Que sin embargo de esto se deve tener lo contrario inmo sino pareciese ni constasse que se devían los dichos maravedís contenidos en la dicha manda o legado que valdrá por manda graciosa, y no por deuda, y se sacará del quinto y no de el cuerpo de bienes que han de heredar los otros hijos.”

A favor de su solución adujo los textos de la *lex Si sic*, § 1, *De legatis* 1 (Dig. XXX único, 77 [74], § 1) y de la *lex 1, De falsa causa adiecta* (Cod. VI-XLIV, 1), de las que resulta que si no consta el débito tales disposiciones valen como legado, salvo si

(131) AMADEO DE FUENMAYOR CHAMPÍN, “El cumplimiento *post-mortem* de las obligaciones naturales”, X, A y B, en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, vol. X, Madrid, 1959, pp. 44 y ss.

(132) ANTONIO AYERVE DE AYORA, “*Tractatus de partitionibus bonorum...*”, II Pars, *Quaest. XXXVII*, n. 36, cfr. ed. Granada 1586, fol. 113 y vto.

estuvieran viciadas de error; y no deben tener otro mayor valor, porque, en otro caso, "*aperietur via multis fraudibus*" y el padre podría burlar al hijo en su legítima.

Igual criterio suscribió Febrero (133), si los herederos fueren legítimos, en cuyo caso, la deuda reconocida en testamento y no acreditada, "se deducirá del quinto, o tercio (según sean) aunque el testador lo jure, porque su mera confesión, no obstante sea jurada, no les daña, y así se estima como legado, el cual se debe deducir de ellos en quanto quepa".

15. *Deducción de los gastos de la última enfermedad, los lutos de la viuda y los alimentos de ésta cuando quedare encinta.*

I) Parece evidente que los *gastos de última enfermedad* deben deducirse del caudal a todos los efectos.

No obstante una interpretación extensiva de la ley 30 de Toro, de la que luego deberemos ocuparnos, hizo que algún autor (134) pretendiese, al parecer, que estos gastos no se debían deducir de todo el caudal, sino imputarse con cargo al quinto, basándose en que en esa ley se tenían por *funeris impensa* a efectos de la preferencia de sus acreedores con respecto a los demás del caudal.

Pero predominó al criterio contrario, claramente razonado por Ayerve de Ayora (135): "*porque aquello que gastó en curar el cuerpo antes que muera ya lo tenía gastado el difunto quando murió, y caso que no estuviessse pagado y se deua aquella deuda, sea de cobrar de los herederos del difunto per actionem negotiorum gestorum...*; "*y no del quinto, porque bien pudo el padre gastar todo lo que quisiesse en curarse, y esto consume su patrimonio y la legítima de los hijos, pues no lo enagenó por causa lucrativa*" (136).

II) El importe de los *vestidos de luto de la viuda* es también deducible.

El inciso final del art. 1.379, § 2.º situado en la Sección de la restitución de la dote dispone: "*En todo caso se pagarán a la viuda del caudal de la herencia, los vestidos de luto.*"

Y el art. 1.427, referente a la liquidación de la sociedad de gananciales, precisa: "*Del caudal de la herencia del marido se costeará el vestido de luto para la viuda, según lo dispuesto por el artículo 1.379.*"

(133) JOSEF FEBRERO. op. cit., II Parte, Lib. I, cap. III, § III, 71, cfr. 2.^a ed. Madrid, 1781, II-I, p. 188.

(134) Según dice FEBRERO (Part. I, Lib. I, Cap. I, § VII, n. 124, ed. 1883, p. 112), de este modo opinó MIGUEL DE CIFUENTES que estos gastos se incluían entre los imputables al quinto y no deducibles del cuerpo general de bienes. Sin embargo, en la "Glosa de Miguel de Cifuentes a las leyes de Toro", ley 30, n. 3, ed. Medina del Campo 1555, fol. 28 vto., lo que éste afirma es que "*impensa facta causa infirmitatis est ante omnia deducenda*".

(135) AYERVE DE AYORA, op. cit., II Pars, Quaest. XII, n. 15, ed. cit., fol. 84 vto. y 85.

(136) En igual sentido FEBRERO, loc. últ. cit.

Los herederos de aquél lo abonarán con arreglo a su clase y fortuna.

Precedente legislativo del art. 1.427 es el art. 1.349 del Proyecto de 1851, que dispuso: "Del haber del marido se sacará el importe del vestido de luto para la viuda, proporcionado a su clase y fortuna". Del art. 1.379 lo fue el art. 1.301 del mismo Proyecto, que nada dice respecto al vestido de luto. García Goyena (137), al comentarlo, observó que "no se alcanza porque, participando ésta de las ganancias, se le ha de conceder un favor que se niega aquí a la que se supone estar excluida de ellas". Por eso supuso: "Será, pues, más lógico y justo igualar a la viuda en ambos casos en cuanto al luto". Así lo hizo el Anteproyecto 1882-8 en sus arts. 1.409 y 1.453 (138).

Los autores castellanos desde mucho antes ya se habían ocupado de esta cuestión. Cifuentes (139) había afirmado que "*vestibus luctuosus dicitur impensa funeris*", con lo cual los incluía en la norma de la ley 30 de Toro, imputándolos al quinto. También Gregorio López (140) incluyó los lutos de la mujer y de los criados del difunto en las *funeris impensa* y los consideró imputables al quinto, mientras que estimó de cargo de los herederos los lutos de ellos mismos y de su familia. Tello Fernández (141), en cambio, distinguió los vestidos de luto de la viuda que según costumbre le debían los herederos, no los legatarios, por lo cual debían deducirse del caudal hereditario y no del quinto, y de los de los demás familiares, que no deben considerarse entre las *funeris impensa* en las cuales se incluían los *funeris sumptus* pero no las *vestes lugubres*. Los vestidos de luto "*de hijos, o herederos, nueras o yernos, o herederos que los quisieren dar o traer a sus creados los saquen a su costa*", concluye Ayerve de Ayora (142).

Este criterio fue recogido por Febrero (143), quien consideró vigente la costumbre en virtud de la cual "se debe baxar el importe del luto ordinario [de la viuda] del cuerpo del caudal privativo [del marido], como deuda contra él, y no del inventariado, porque entonces pagaba la viuda la mitad: ni del quinto, porque se defrau-

(137) FLORENCIO GARCÍA GOYENA. "Concordancias, Motivos y comentarios del Código civil español", vol. III, Madrid, 1952, art. 1301, p. 314.

(138) El Anteproyecto no indica en esta cuestión ningún antecedente de nuestro Derecho histórico (cfr. la edición cuidada por MANUEL PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, pp. 470 y 500). GARCÍA GOYENA (loc. últ. cit.) dice que nuestras leyes nada ordenaron sobre los gastos de luto de la viuda y califica como no convincente la opinión de FEBRERO, quien dice la fundó en la obligación alimentaria de los herederos del marido, "desconocida en las leyes", añade.

(139) CIFUENTES, loc. últ. cit.

(140) GREGORIO LÓPEZ, gl. 27, a tít. XII, Partida primera, a las palabras *catando la persona*, de su ley 12 (cfr. vers. de SANPONS y BARBA, MARTÍ DE EIXALÁ y FERRER y SUBIRANA, Barceolna, 1843, vol. I, pp. 571 y s.

(141) TELLO FERNÁNDEZ, op. cit., I, 30, n. 4, fol. 225 vto.

(142) AYERVE DE AYORA, op. cit., II Pars. Quaest. XIII, n. 20, fol. 34.

(143) FEBRERO, op. cit., Pars II, Lib. I, cap. VI, § III, nn. 53 y 54, ed. 1781, vol. I, pp. 376 y ss.

daba éste contra su voluntad, y se ampliaba sin potestad, e infringía la ley, que prescribe lo que de él se debe deducir". Pero añadía que "al marido no se debe luto" y por lo concerniente a los herederos "si quieren traerlos, deben costearlos de su privativo haber", no haciendo mención de ello la ley 30 de Toro.

III) *Los alimentos de la viuda que queda encinta* son también a cargo del caudal. El art. 964 C. c. dispone: "*La viuda que quede encinta, aun cuando sea rica deberá ser alimentada de los bienes hereditarios, habida consideración a la parte que en ellos puede tener el póstumo si naciere y fuere viable*".

A su vez el art. 1.430 determina: "*De la masa común de bienes se darán alimentos al cónyuge superviviente y a sus hijos mientras se haga la liquidación del caudal inventariado y hasta que se les entregue su haber; pero se les rebajarán de éste, en la parte en que excedan de lo que les hubiese correspondido por razón de frutos o rentas.*"

¿Procede deducir al relacionar ambos artículos que tales alimentos, ni en uno ni en el otro caso son baja del caudal común, pues así como los de la viuda que no quede encinta y los de los herederos se les rebajarán del haber que les corresponda, los de la viuda que queda encinta se le deberán rebajar de lo que corresponda al póstumo?

Precedente legislativo del art. 964 C. c. fue el art. 792, completado por el 794 del Proyecto de 1951; y del art. 1.430 lo fue el art. 1.352 de dicho Proyecto. De ellos, conviene aquí que observemos que el art. 794 Antep. decía: "Aun cuando resulte que la preñez no era cierta o se siga el aborto no podrán reclamarse de la viuda los alimentos que haya percibido."

García Goyena (144) señaló como antecedentes históricos del derecho de alimentos de la viuda que estuviere encinta, la ley 7, tít. XXII, Partida tercera, la ley 1, §§ 14 y 15, y ley 5, Dig. LVII-IX. En cambio, al glosar el art. 1.352 Proyect. hizo notar que "nada hay en Derecho Romano y Patrio sobre alimentos de la viuda que no queda encinta" (145), silencio que —dice— "sirvió de ocasión o pretexto a los autores para espaciarse a sus antojos" (146).

Como corolario parece que se debe entender que, en cuanto excedan de los frutos de la herencia, los alimentos de la viuda que se halle encinta, deberán deducirse del caudal hereditario. En cambio, los alimentos del cónyuge viudo y de los hijos sólo son deducibles de los frutos del haber ganancial, mientras se halle en liquidación, con la obligación de reponer al hacer la liquidación final los alimentos que excedieren en valor al de los frutos o rentas que a cada cual correspondiesen.

(144) GARCÍA GOYENA op. cit., vol. II, art. 792, p. 199.

(145) GARCÍA GOYENA, op. cit., vol. III, art. 1.452, p. 348.

(146) Cfr. al respecto FERRERO, op. cit., Pars II, Lib. I, cap. VI, § II, nn. 37 y ss., vol. últ. cit., pp. 362 y ss.

16. *Quid de los gastos de entierro, funeral y sufragios.*

La ley 30 de Toro dispuso: “*La cera y misas y gastos del enterramiento se saquen con las otras mandas graciosas del quinto de la hacienda del testador, y no del cuerpo de la hacienda, aunque el testador mande lo contrario*”.

Esta ley fue calificada de correctora del Derecho común (147), que había sido recogido en la ley 12, tit. XIII, 1.^a Partida, que ocupándose “*De las expensas que hacen los omes por razón de los muertos*”, dispuso que “*deuengelas dar de los bienes del muerto, ante que paguen ninguna cosa de las mandas que fiziese en su testamento nin de las deudas que deuia, en cualquier manera que las deua, o ante que partan ninguna cosa de su auer los herederos que lo ouieren de auer, solo que aquestas dispensas sean fechas mesuradamente, catando la persona de aquel por quien són fechas*”.

Cierto es, sin embargo, que Gregorio López (148) al glosar esta ley dijo que las leyes de este reino tasan al padre la cantidad que puede legar por el alma según las palabras de San Agustín, refiriéndose al límite del quinto, y que éste tuvo precisamente su origen en la llamada parte del alma (149).

Se destacó por los autores que las impensas fúnebres son preferentes a cualquier débito (150) y a cualquier legado imputable al quinto (151).

También se estimó que, si el testador no hubiese dispuesto del quinto y mejorado en el tercio a un hijo imponiendo la carga de pagar los gastos fúnebres, valía tal disposición en tanto el importe de tales gastos no excediera del quinto (152); e, igualmente, si mejoró a un hijo con el tercio y a otro en el quinto e impuso a aquél el pago de dichos gastos, también en cuanto su importe no excediera de un valor igual al del quinto (153).

(147) Cfr. PALACIOS RUVIOS, op. cit., lex XXX, n. I, fol. LXXXV, que comentó: “*per hanc lex reprobatur 1. Papinianus, § Quarta, ff. de inoffi. testa. [Dig. V-II, 8. § 9], que discebat quod funeris impensa deducebatur de legitima hodie de quinta honorum parte, ut hic*”; y VELÁZQUEZ DE AVENDAÑO, op. cit., lex XXX, n. 1, fol. 66, que cita los siguientes textos del Corpus Iuris: Cod. VI-XXX, 22. § 9; Dig. XI-VIII, 45; Dig. XXXV-II, 1, § 19; Dig. V-II, 8, § 9.

(148) GREGORIO LÓPEZ, glos. cit. a la ley 12, tit. XIII, Partida primera, ed. y vol. cits., p. 571.

(149) Cfr. el estudio de mi maestro LUIS G. VALDEAVELLANO, “La cuota de libre disposición en el Derecho hereditario de León y Castilla en la Alta Edad Media”, en Anuario de Historia del Derecho Español, IX, año 1932, pp. 129 y ss.

(150) ANTONIO GÓMEZ, “Opus praeclarum et utilissimum super legibus Tauri”, lex 30, n. 2. cfr. ed. Salmanticae 1575, fol. 106 VELÁZQUEZ DE AVENDAÑO, op. cit., lex XXX, n. 2, fol. 66.

(151) CIFUENTES, op. y lex. cit., n. 2, fol. 28 vto.

(152) Así opinaron TELLO FERNÁNDEZ, op. cit., lex. 30, n. 2, fol. 224; AYERVE DE AYORA, op. cit., II Pars, Quaest. X, nn. 20 y 21, fol. 82; FEBRERO, I Part., Lib. I, Cap. I, § V, n. 87, ed. 1783. vol. I, p. 83.

(153) AYERVE DE AYORA, II Pars, Quaest. XI, n. 22, fol. 82 vto. y 73.

De esta disposición no ha llegado al Código civil sino un inciso añadido al art. 840, § 1.º, que al indicar que la legítima de los hijos naturales, en concurrencia con hijos legítimos, se deducirá del tercio de libre disposición, añade: “*del cual habrá de satisfacerse deduciendo antes los gastos de entierro y funeral*”.

Manresa (154) de modo rotundo afirma que estos gastos “como posteriores a la muerte del causante no pueden figurar como una baja general del caudal hereditario. Se ha de atender siempre precisamente al activo y al pasivo que existiese en el momento de la muerte del testador, y en ese momento no existen tales deudas. Así lo confirma con toda claridad el art. 840 del Código, que es el único que directamente se ocupa de esta cuestión; pues los 902, 903 y 1.894 sólo expresan que esos gastos han de pagarse, mas no dicen que hayan de deducirse del caudal. Para resolver esta duda basta el art. 818; el 840 no hace más que confirmarlo en un caso especial, cuando la deducción del tercio libre puede perjudicar a la legítima de los hijos naturales”.

Ramos Bascuñana (155) reconoce que no cabe duda alguna de que tal es la interpretación que debe darse al art. 840, “por más que esa interpretación sea odiosa”.

En contra de esta opinión sostuvo López R. Gómez (156) que de los arts. 902, 903 y 1.924 C. c. se deduce la regla general contraria de la que es excepción el supuesto previsto en el art. 840 de concurrir en la sucesión hijos naturales, y también Mucius Scaevola (157) opinó que, si todos los herederos son legítimos, esos gastos han de ser rebaja del caudal y restarse su importe de la suma del patrimonio del difunto, e igualmente si todos los herederos son voluntarios o legatarios. A su juicio, de los arts. 902 y 903 —que respectivamente facultan a los albaceas para pagarlos y, a dicho fin, para vender bienes de la herencia si no hubiera en ésta dinero bastante al efecto— y del art. 1.894 —que considera esos gastos como crédito contra la herencia del difunto y determina que, si éste no hubiese dejado bien alguno, los gastos funerarios, proporcionados a la calidad de su persona y a los usos de la localidad, deberán ser satisfechos por quienes en su vida habrían tenido la obligación de alimentarle— se deduce que su importe es baja general del caudal. Y cree que el art. 840 lo ratifica, “por cuanto al establecer un precepto propio para un caso especial, viene a demostrar que de no existir tal regla, regiría el principio opuesto”: “Si se cree que tales gastos por su naturaleza han de detraerse forzosamente de la parte de libre disposición, no había para qué haber establecido

(154) MANRESA, op. y vol. cit., art. 818, B, p. 373. En igual sentido. BONET RAMÓN, “Compendio...”, vol. V, 96, C, p. 557.

(155) RAFAEL RAMOS, “El tercio de libre disposición”, en R. G. L. y J. 107, 2 sem. 1905, p. 227.

(156) LÓPEZ R. GÓMEZ, “Tratado Teórico Legal del Derecho de Sucesión”, vol. I, Valladolid, 1891, cap. XV, n. 22, pp. 570 y ss.

(157) SCAEVOLA op. cit., vol. XIV, arts. 818 a 822, A, d, pp. 452 y ss.

la regla particular del art. 840. La existencia de éste induce a pensar que el legislador considera comprendida entre las cargas deducibles del art. 818, la deuda que nos ocupa, porque de no ser así, era completamente superflua e inútil". Esa regla del art. 840 no es sino consecuencia, dice, de "la tradicional animosidad contra los hijos naturales" y, a su juicio, es lesiva a la dignidad de los hijos legítimos "declararlos exentos por ministerio de la ley del sagrado deber de sufragar los gastos para el reposo de las cenizas de sus padres".

Sánchez Román (158) abunda en que es excepcional el criterio del art. 840 C. c., precepto al que en este punto considera merecedor de crítica desfavorable, pues cree que hubiese sido menos censurable haber dado al precepto carácter *general*, para imputar estos gastos en todo caso al tercio de libre disposición. Lo cual no le parece admisible, dado que el art. 818 sólo excluye de la deducción las deudas y cargas impuestas en el testamento y los arts. 902, 903 y 1.924, n. 2 presuponen la imputación de esos gastos a toda la herencia.

En la práctica, influida seguramente por el hecho de ser estos gastos haya deducible en la liquidación del impuesto de sucesiones, los gastos fúnebres y sufragios suelen deducirse del total caudal previamente al cálculo de los haberes hereditarios. Posiblemente este criterio sea el más correcto en cuanto no exonera a los hijos y demás legítimos de tal piadoso deber, y tan sólo en cuanto lo ordenado a este respecto por el testador exceda de lo que sea usual, atendidas las circunstancias personales, deberá imputarse ese exceso al tercio de libre disposición.

A₂) PARTICULARIDADES DE LAS REGIONES FORALES EN LA FIJACIÓN DEL HABER RELICTO LÍQUIDO PARA CÁLCULO DE LAS LEGÍTIMAS.

17-a') Aragón.

I) El art. 119 de la Compilación se remite en esta materia al art. 818 del Código civil para fijar la legítima material colectiva, al comenzar diciendo: "*Dos terceras partes del caudal, fijado conforme a lo dispuesto en el artículo ochocientos dieciocho del Código civil...*".

Sin embargo, para la determinación del activo bruto, es preciso tener en cuenta algunas de las reglas relativas a la liquidación y división de la comunidad conyugal o patrimonio consorcial. El art. 56 se ocupa de su liquidación y el 58 de su división y adjudicación. Estas requirieren previamente la liquidación, como expresan las primeras palabras del art. 58, 1: "*Liquidado el patrimonio, el caudal remanente se dividirá y adjudicará...*". Por consiguiente, lo liquidado previamente al cónyuge superviviente, no se habrá de computar en "el caudal remanente", ni por consiguiente podrá entrar en el cálculo de la herencia del premuerto, de la que forma parte la mitad o la porción pactada del

(158) SÁNCHEZ ROMÁN, op. cit., VI-II, cap. XV, n. 81, *Primera*, pp. 909 y ss. y n. 113, p. 947.

patrimonio consorcial una vez hechas las deducciones previstas en el art. 56. Y, entre éstas, además de los reintegros y reembolsos debidos a los patrimonios privativos —que engrosan éstos—, del pago de las deudas, o aseguramiento de las pendientes, de la firma de dote y donaciones entre esposos y cónyuges (sin perjuicio de la computación de éstas entre el *donatum*), se señala —en el art. 56, núm. 4— la *detracción de aventajas*.

Las *aventajas forales* habían sido definidas (159) como: “Aquéllas cosas que el cónyuge sobreviviente puede sacar por fuero de la masa de los bienes comunes antes de la división” (160).

Las *aventajas forales* (161) las reconoció el Apéndice Aragonés en su art. 56 (162); y las recoge el art. 57 de la Compilación, que dice así:

“Uno. El cónyuge sobreviviente detraerá de los bienes comunes, como *aventajas*, sus ropas de uso y llevar, sus instrumentos de trabajo de un valor no desproporcionado al patrimonio consorcial, y ajuar de casa en consonancia con el tenor de vida del matrimonio: además de cualesquiera otros bienes que, como tales *aventajas*, le conceda la costumbre local”.

“Dos. El derecho a la *aventaja* es personalísimo y no se transmite a los herederos”.

— — —

(159) JOAQUÍN COSTA, “Derecho consuetudinario y economía popular de España” (Barcelona, 1880), T. I, p. 172.

(160) Fueros 2 y 3 *De iure dotium*: 1 *De secundis nuptiis*; único *De rebus quae mortua prima uxore vir debeat recipere ante partem*; único *De Adventagiis quas uxore premortua, vel ipsa superstite, vir aut eius successores habere debent*; único *De rebus sive adventagiis quas vir et eius haeredes debent recipere ante partem*; y Observancias 34 *De iure dotium* y 3 y 7 *De secundis nuptiis*.

Ha hecho notar PALÁ MEDIANO (“*Aventajas forales*”, en Nueva Enciclopedia Jurídica, T. III —Barcelona, 1951—, pp. 194 y s.) que el carácter legal de las *aventajas* las diferencia del *preciput* francés de carácter contractual; y que las *aventajas forales* presuponen “un régimen de comunidad, es decir, la existencia de cosas comunes, entre las cuales figuran las que han de ser materia de esta percepción *ante partem*.”

(161) FRANCO Y LOPEZ (“*Memoria de las instituciones que deben continuar subsistentes del Derecho aragonés*”, Zaragoza, Parte tercera, pág. 103) enumeró las *aventajas forales* entre las instituciones de las que podía prescindirse “sin experimentar notable perjuicio los habitantes de este antiguo Reino, antes bien, obteniendo quizá no despreciables ventajas”. El Congreso de Jurisconsultos aragoneses de 1881 llegó a preguntarse si interesaba conservarlas, aun siendo la respuesta afirmativa, y la doctrina se mostró dividida en este punto (Cfr. LUIS RIERA AISA, “El derecho de *aventajas*”, en R. G. L. y J. 172 —2.º semestre 1942— pp. 41 y s.).

(162) El art. 56 Apéndice decía: “Sin detrimento de la extinción de las deudas exigibles a la disuelta sociedad, el cónyuge sobreviviente que no tenga renunciado el derecho a las *aventajas*, el cual es personalísimo y no pasa a los herederos, las detraerá con preferencia a toda distribución entre los partícipes. Si no existe pacto que especifique las *aventajas*, éstas serán las de uso local, donde existan por costumbre vigentes.”

Caracteriza esta regulación:

a) Su atribución sólo al cónyuge viudo y con carácter personalísimo, con lo que desaparece el viejo problema de la concurrencia del viudo con los herederos del supérstite (163).

β) Su tránsito de ser las *aventajas* institución de *derecho escrito* a serlo de *derecho consuetudinario* (164), y a volver a ser primigeniamente legales en el art. 57 Comp.

γ) Su remisión supletoria a la costumbre para la especificación de las *aventajas* no enumeradas en el art. 57, § 1, Comp. (165).

δ) La prelación reconocida en el art. 56 Comp. a los acreedores del consorcio —colocadas en segundo lugar— respecto a la deducción de las *aventajas* forales —puestas en cuarto lugar (166).

II) En cuanto al *usufructo de viudedad* del cónyuge supérstite, que en el Derecho anterior se refería sólo a los bienes sitios si específicamente no es extendido a los muebles (167), hoy el art. 72 de la

(163) Cfr. respecto esa concurrencia en el Derecho anterior, MANUEL DESSY LÓPEZ. "Aventajas forales", en Anuario de Derecho Aragonés VI (1951-52), pp. 115 y ss.

(164) Cfr. RIERA AISA. loc. cit., pág. 48, quien ha opinado que: "La explicación de la aparente contradicción la hemos de hallar en el hecho de que el derecho de *aventajas*, a pesar de su regulación legal no debía observarse en todo el territorio de Aragón y que la institución fue cayendo en desuso en muchas comarcas... Por tanto, en aquellas otras comarcas en las que se mantuvo el uso de las *aventajas*, pudo muy bien considerarse que las mismas estaban reguladas, no por los viejos Cuerpos legales que las reglamentaban, sino por la costumbre que las establecía."

(165) MANUEL DIESTE JIMÉNEZ. "Diccionario de Derecho Civil Aragonés" —Madrid. 1896—, pp. 60 y s.) las enumeraba deduciéndolas de los diversos fueros que las regulaban. A saber:

Aventajas del marido: "todos sus vestidos, libros, armas, caballos y bestias de cabalgar que hubiese en la casa, con sus monturas, un par de bestias de arar con los útiles necesarios al efecto, si las hubiese, y una cama compuesta de ropas buenas".

Aventajas de la mujer infanzona: "todos sus vestidos y joyas, una cama compuesta de las mejores ropas que hubiere en la casa, un vaso de plata, una esclava, una mula de cabalgar y dos bestias de arar con los útiles necesarios para ello. Y si todas estas cosas no existieren, sacará las que hubiere, y además, de todos los enseres que hubiere en la casa, uno de cada especie".

Aventajas de la mujer villana: las mismas que la *infanzona*, "excepto el vaso de plata y la esclava".

(166) Esta cuestión había dado lugar a opiniones discrepantes entre los autores. PALÁ MEDIANO (loc. cit., p. 195) observa que "ha de tratarse de deudas de la sociedad conyugal de las que responden los bienes comunes entre los que figuran los que han de ser extraídos como *aventajas*; para el pago de la responsabilidad pueden hacerse efectivos con los demás bienes comunes, muebles e inmuebles, dejando para el último lugar aquellas cosas que son objeto de *aventajas*. Por otra parte, muchas de éstas (como el lecho, los vestidos y los instrumentos de trabajo) "eran y son hoy (L. de E. C. 1949) inembargables".

(167) El Fuero "*De iure dotium*" lo refirió a todos los bienes. Sin embargo, la práctica, reconocida en las Cortes de Monzón de 1390, limitó su contenido a los bienes *sitios*. Este criterio fue el seguido en el art. 63. § 1.º del Apéndice foral, para la que denominó *viudedad legal*. La Compilación, como regla general, vuelve al criterio del Fuero.

Compilación lo amplía “sobre todos los bienes del que primero fallezca a salvo lo pactado en instrumento público o lo dispuesto en mancomún por ambos cónyuges”, aunque según el § 2.º del mismo artículo: “Por voluntad de uno de los cónyuges expresada en testamento o instrumento público podrá reducirse el derecho de viudedad del otro a los inmuebles por naturaleza y a los sitios comprendidos en el número 1.º del artículo 39. Si el valor de unos y otros no representa la mitad del caudal hereditario se extenderá la viudedad a otros bienes hasta completar dicha mitad”.

Añade el art. 77: “El derecho expectante de viudedad no comprende los bienes que los cónyuges reciban a título gratuito con prohibición de viudedad o lo sujeto a sustitución fideicomisaria, salvo lo dispuesto en el artículo 74”.

b') *Baleares.*

18. El art. 47 dispone: “La legítima se computará en relación a los bienes hereditarios existentes al fallecimiento del causante y por el valor que tuvieren en la fecha en que se practique la liquidación”.

La norma no difiere, pues, de la regla general del art. 818 del Código civil, sino en cuanto a la precisión —que ésta no contiene, pero que se deduce de su naturaleza de *pars bonorum*—, de que se satisfará según el valor que atengan los bienes al efectuarse su liquidación. Pero debemos notar que ésta es una regla relativa a su pago, pero no a su determinación objetiva a efectos de fijar la oficiosidad e inoficiosidad de legados y donaciones, que queda fijada al fallecimiento del causante.

c') *Cataluña.*

19) *Legítimas propiamente dichas.*

El apartado 2.º, del § 1.º, art. 129, señala la primera regla para determinar la cuantía de la legítima: “Se partirá del valor que los bienes de la herencia tenían al tiempo de fallecer el causante, con deducción de las deudas del mismo, los gastos de última enfermedad, entierro y funeral”.

De este apartado es de destacar:

1.º La regla —inversa a la del art. 47 de la Compilación Balear— que hace nominalmente fija la cuantía de la legítima catalana en momento del fallecimiento del causante (168).

2.º La deducción como baja del caudal de “los gastos de última enfermedad, entierro y funeral”.

Además del art. 19, resultan una serie de bienes que deben distraerse del caudal del marido y no pueden computarse en el mismo,

(168) Cfr. nuestro estudio “Contenido cualitativo de la legítima en el Derecho especial de Cataluña”, pendiente de publicación en las “Miscel-lanies Maspons Anglósell”.

puesto que de ellos dice que: “*Son propiedad de la mujer...*”. Estos son:

1.º *Los vestidos y ropas de uso personal* (169).

Así dispone el art. 19, § 1.º, hasta su segunda coma:

“*Son de propiedad de la mujer los vestidos y ropas de uso personal, aunque hayan sido adquiridos con dinero del marido...*”.

2.º *El anillo nupcial* (170).

“*Son propiedad de la mujer...*” —prosigue el art. 19, § 1— “*...el anillo nupcial*”.

3.º *El lecho conyugal* (171).

Concluye el mismo § 1.º del art. 19: “*...y, caso de premoriencia del marido, el lecho conyugal*”.

4.º *La “joya mitjana”* (172).

El art. 19, § 2.º, recoge esta institución:

“*Cuando al disolverse el matrimonio no tuviere la mujer, aparte del anillo nupcial, la propiedad de ninguna joya por virtud de dona-*

(169) FONTANELLA (“*Tractatus de Pactis Nuptialibus*”, CI. VII, gl. VI, Pars. VI, n. 55, cfr. ed. Lugduni 1667, vol. II, p. 482), siguiendo la opinión de FERRER, entendió que no sólo por costumbre de la ciudad de Barcelona, sino por Derecho común se debían a la viuda los vestidos de uso cotidiano. Y (n. 58) explicó que: “*De vestibus quotidianis, et ad usum quotidianum partis, quae et quales debeant muliere adiucari, non possum tibi tradere certam regulam: id enim totum in prudentis Iudicis arbitrio est positum, quia juxta qualitatem personarum, et eorum facultates, iudicabit quae dici debeant quotidianae, et ad usum, quotidianum paratae et quae non: non enim in hoc sunt aequalia omnia matrimonia*”, como el mismo FERRER y HONDEDEUS observaron.

Nótese que el art. 19 de la Compilación habla de los vestidos y ropas de “*uso personal*” en lugar de “*uso cotidiano*”.

(170) También FONTANELLA (n. 58), siguiendo a FERRER, estimó que el anillo nupcial era debido a la mujer no sólo por costumbre de Barcelona, sino por Derecho común. En los nn. 60 y ss. se ocupó de precisar “*de quo annulo intelligeretur consuetudo, an de eo quo postea mulier desponsatur...*” “*vel annulo benedictionis, qui datur pro arrhis*”, según la opinión de Ferrer y de Cáncer.

(171) R. FAUS y F. DE A. CONDOMINES (“*Derecho civil especial de Cataluña*” —Barcelona, 1960—, art. 19, pág. 58) observan que el art. 19 de la Compilación ha recogido la tradición de atribuir a la mujer el lecho conyugal.

(172) Para entender la costumbre de la “*joya mitjana*” o “*segona joya*” hay que partir de los siguientes presupuestos que —siguiendo a FONTANELLA (loc. últ. cit., nn. 65 y ss., pág. 483)— fueron explicados por DURÁN y BAS (“*Memoria acerca de las instituciones del Derecho civil de Cataluña*” —Barcelona, 1883—, Cap. II, pág. 50):

“*Es opinión común que cuando la entrega se hace antes de la celebración, las joyas pasan a ser propiedad absoluta de la mujer, a lo menos siempre que hay presunción de que el futuro esposo las entregó con ánimo de donar (tal es la opinión de FONTANELLA y otros), y aquella, disuelto el matrimonio, las retiene y puede disponer libremente de las mismas; y cuando se entregan después, el marido retiene la propiedad y la mujer tiene simplemente el uso.*”

Pues bien, era costumbre barcelonesa, que es extendida por la Compilación a todo Cataluña, que de estas últimas joyas la mujer tuviera derecho a detraer una de las medianas (cfr. DURÁN y BAS, loc. últ. cit., p. 50 y PELLA y FORGAS, “*Código civil de Cataluña*” —Barcelona, 1916—, vol. I, arts. 75 a 100, p. 233 y siguientes).

ción del marido, podrá reclamar, o podrán reclamar sus herederos, una de las joyas de mediano valor que tuviere el marido de entre las que ella hubiese usado durante el matrimonio, siempre que los bienes restantes del marido fuesen suficientes para el pago de las deudas”.

20. *Bienes comprendidos en la sucesión de un impúber.*

En cuanto a los bienes incluidos en la sucesión de impúberes o a reserva vidual o lineal, deben tenerse en cuenta las siguientes reglas:

a) *Bienes relictos por un impúber procedentes del padre o madre.*

— Caso de haber usado el padre o madre de la facultad de ordenar su sustitución pupilar (art. 157), u ordenada la sustitución vulgar con valor de pupilar tácita (art. 159), los bienes que el impúber hubiese adquirido de éste por herencia o legado no integrarán la herencia del impúber, sino que *“el sustituto tendrá este carácter”* [de heredero del causante] (art. 157), inciso 1.º); por lo cual no se computarán para calcular la legítima que corresponda a los ascendientes en la herencia del impúber. *Mutatis mutandae* se aplicará igual regla en el supuesto de sustitución ejemplar, por remisión del artículo 161, § 2, Comp.

— De no haber usado el padre o madre de esa facultad, tendrá aplicación la *sucesión troncal* respecto de los bienes considerados de procedencia paterna o materna (art. 251 Comp.), sin embargo: *“Si hay ascendientes de la otra línea conservarían su derecho a la legítima sobre dichos bienes”* (art. 251, regla 2.ª).

b) *Bienes relictos por un impúber que no sean de procedencia paterna ni materna.*

— Caso de haber usado el padre o la madre de la facultad de ordenar su sustitución pupilar, el sustituto —excepto respecto de los bienes que el impúber heredó o recibió como legado del sustituyente— tendrá el carácter *“de heredero del impúber en la herencia por éste relicta”* (art. 157, ap. 1.º, inciso 2.º), aplicable también en la sucesión ejemplar conforme al cit. art. 161, § 2.º); y, en consecuencia, el artículo 161, en su § 3, dispone: *“Los legitimarios del impúber o del incapaz únicamente tendrán derecho a la legítima en la propia herencia de éstos. Formará parte de la misma la legítima que al impúber o incapaz corresponda en las sucesiones en que se haya dispuesto la sustitución”.*

— Caso de no haberse dispuesto sustitución pupilar, se aplicará la regla *Tercera* del art. 251: *“En los demás bienes del impúber su sucesión intestada se regirá por las reglas generales, sin distinción de líneas”.*

21. *Bienes reservables.*a) *Bienes sujetos a reserva viudal.*

Se había afirmado que estos bienes no forman parte de la herencia del reservista y que por tanto no debían computarse para calcular el importe de las legítimas debidas en su sucesión (173).

La cuestión resultaba diferente según se examinara a través de los términos de las leyes *Feminae* y *Generaliter* (Cod. V-III, 3 y 5) o del texto de la ley *Hac edictali* (6 h. t.), especialmente, de las Novelas II y XXIV.

Respecto de la primera Fontanella (174) subrayó que la ley no llamaba de modo inmediato a los hijos comunes, sino que reclamaba un acto de la viuda, que era la que disponía si bien sólo podía hacerlo a favor de los descendientes de las primeras nupcias.

En cambio, conforme la Novela XXII, cap. XXIV, § 1.º, los reservatarios recibían los bienes reservables sin integrar la legítima de ninguno de los padres, pues decía: “no investiguemos tampoco si son herederos del padre o de la madre que les premuere, o que muere después, ni si, ciertamente, hay otros herederos, o no los hay, sino que, como dijimos antes, les damos este premio, ya si son hechos herederos, ya también si no; y percíbanlo por igual los que ciertamente sobreviven...”.

Ese reparto igualitario automático y forzoso no se avenía con espíritu del Derecho catalán indígena orientado a la conservación de las casas o patrimonios familiares (175). Ello dio lugar a discusiones en el período que precedió a la Compilación catalana (176).

La Compilación distingue dos supuestos según haya usado o no el reservista de la facultad de distribución que le confieren los §§ 2.º y ss. del art. 270.

— La regla general la establece al art. 269, § 2.º: “*Al fallecer el cónyuge viudado los bienes reservables o sus subrogados se deferirán a los referidos hijos o descendientes reservatarios que existan*”

(173) Cfr. FONTANELLA, op. cit., Cl. VII, Gloss II, Pars I, n. 28 (ed. y vol. cit., p. 367) que también recoge MASPONS ANGLASELL, op. cit., n. 300, n. 2.º (p. 149).

(174) FONTANELLA, op. cit., Cl. IV, Gloss XI, Pars I, núm. 17 (p. 116) que cita la opinión de RAUDENO (Decis. Pisa, 22, núm. 25).

(175) JOSEPH FAUS I CONDOMINES, “Els capitols matrimonials a la comarca de Guissona”, en R. J. de Cataluña, XIII, año 1907, p. 384.

(176) Era favorable al reparto igualitario JUAN MALUQUER ROSÉS, “Algunas consideraciones relativas a la reserva por segundas nupcias”, en R. J. de Cataluña LII, año 1952, pp. 543 y ss.; y defendía el criterio electivo RAMÓN M.ª ROCA SASTRE, “Elogio del criterio electivo de la ley *Feminae* y otras cosas acerca de la reserva binupcial”, en R. J. Cat. LI, pp. 210 y ss. Nos mostramos ampliamente favorables a este criterio en “Las reservas en el Cap. V del tit. IV, Lib. III del Proyecto de Compilación del Derecho Civil de Cataluña, redactado por la Comisión de juristas catalanes”, I, en R. J. de Cataluña LVII, año 1958, pp. 135 y ss.

al acaecer dicho fallecimiento, quienes lo adquirirán como sucesores del consorte premuerto...".

— La excepción abarca no sólo la distribución expresa por el cónyuge reservista (art. 270, § 2), sino también los supuestos en que no habiéndola hecho tenga dispuesto heredamiento universal a favor de alguno de los reservatarios (§ 3.º) o le haya instituido heredero por heredamiento puro o preventivo o por testamento, o le haya donado o legado los bienes reservables (§ 4); y para estos supuestos (en el §5) dispone:

"Ejercitada en cualquiera de las formas previstas la facultad de elegir o distribuir los bienes reservados adquiridos por dichos herederos, donatarios o legatarios perderán por ministerio de la ley, al fallecimiento del reservista, la cualidad de reservados, estimándose a todos los efectos legales que pertenecen a la herencia privativa del reservista, y en consecuencia se computarán al objeto de calcular el importe de la legítima que a los legitimarios corresponda en la sucesión de aquél, y se imputarán al pago de la misma". Es decir, que integrarán la herencia del reservista a efectos de calcular la legítima de los reservatarios, pero no la de los otros legitimarios, v. gr., hijos no comunes, naturales, cuarta marital del cónyuge viudo del búbuo.

β) Bienes sujetos a reserva lineal (177).

El art. 272, § 3, aplica en caso de que los reservatarios sean descendientes del reservista las mismas reglas que acabamos de ver aplicar a la reserva viudal. Dice así este párrafo: *"Será de aplicación a esta reserva lo que establecen los dos artículos anteriores; pero lo dispuesto en los párrafos 2.º y ss. y del art. 270 sólo será de aplicación si los reservatarios son hijos y descendientes del reservista"*.

22. Cuarta marital.

La Compilación catalana establece un régimen especial para el cómputo de la cuarta marital, en el art. 150, §§ 1.º y 3.º, que disponen:

Art. 150, § 1: *"Para la fijación de la cuarta marital se atenderá al valor de los bienes de la herencia al tiempo de determinarla, deducidos los gastos de última enfermedad, entierro y funeral del marido y las deudas hereditarias"*.

Art. 150, § 3.º: *"Serán aplicables a la cuarta marital en cuanto lo consienta su propia naturaleza, las reglas de la cuarta falcidia sin previa deducción de legítimas ni obligación de formar inventario"*.

En lo referente a su cómputo, esas reglas de la falcidia se contienen en el art. 229 Comp. Cat. De este precepto debe excluirse la aplicación a la cuarta marital del § 4, pues determina como momento

(177) Nos ocupamos de este tema, en el período preparatorio de la Compilación, en nuestro trabajo últ. cit., II, 2, R. J. C. LVII, p. 163.

Aspecto cuantitativo de las legítimas

para valorar los bienes para el cómputo de la falcidia el de la muerte del causante, lo cual se halla en contradicción con la regla específica del art. 150 que para la cuarta marital refiere el valor de los bienes al tiempo de determinarla. Son, en cambio, aplicables, además de la regla general del art. 229, § 1.º —“*El activo hereditario líquido lo formarán el conjunto de bienes y derechos que compongan la herencia al fallecer el testador, después de rebajar las deudas hereditarias y demás conceptos deducibles según las normas siguientes*”—, los §§ 2.º, 3.º, con excepción del inciso “*las legítimas, incluso la del heredero que sea legitimario*”, y 5.º, de los cuales resultan las siguientes reglas:

— Para determinar el *activo bruto*:

Art. 229, § 2.º: “*Se considerará que integran la herencia los bienes y derechos del testador dispuestos en legados o en donaciones por causa de muerte o entre consortes, los créditos del testador contra el heredero y los extinguidos en virtud de legados de liberación o perdón de la deuda correspondiente*”.

— Para determinar el *activo líquido*:

Art. 229, § 3.º: “*Se rebajarán del activo hereditario: las deudas del testador, aunque fuesen por razón de dote o en que el acreedor sea el propio heredero; los gastos de última enfermedad, entierro y funerales del testador y los de inventario y defensa de los bienes hereditarios...; los legados para fines piadosos, benéficos o docentes y los de alimentos*”.

— Para valorar ciertos créditos y deudas:

Art. 229, § 5.º: “*De los créditos y deudas hereditarios a plazo se descontará lo que su aplazamiento importe, y se prescindirá de los créditos y deudas condicionales, eventuales o dudosos, incluso de las deudas que puedan derivarse de fianzamientos prestados por el testador; pero de resultar cobrables y una vez hechos efectivos, se rectificará la falcidia, con el consiguiente abono al heredero o a los legatarios, según los casos*”.

Es de notar que la mayor parte de estas reglas no difieren de las aplicables a la legítima ordinaria. El mayor detalle del art. 229 deriva de la finalidad de disipar dudas que no se presentan en el cómputo de aquélla. En cambio, son normas específicas de la falcidia, aparte de la no inclusión de lo donado entre vivos y de la deducción —para el cómputo de la cuarta falcidia, pero no para la marital— de las legítimas: la deducción de la dote debida, de los gastos de inventario y defensa de los bienes hereditarios, y de los legados para fines piadosos, benéficos o docentes y los de alimentos.

d') *Vizcaya*.

23. El hecho de que la legítima colectiva vizcaína se componga de unos bienes troncales y otros bienes, muebles y raíces no troncales, da lugar a una consecuente particularidad, porque los bienes troncales son en su totalidad legítima *per se* cualquiera que sea su

valor y tanto si la proporción de ésta con relación al del conjunto del caudal es inferior, igual o mayor de los cuatro quintos de éste. Es decir, que el quinto sólo es de libre disposición en cuanto se cubra con bienes muebles o con raíces no troncales. Para calcularlo se deducen las deudas del causante.

a) *Bienes troncales.*

El conocimiento de su contenido activo requiere, en primer término, la determinación de qué bienes son troncales. Para serlo se deben reunir tres requisitos, uno de naturaleza, otro de situación y otro de procedencia.

1.º El requisito de *naturaleza* exige que se trate de *bienes raíces*, y, según el § 2.º del art. 6 de la Compilación de Vizcaya, lo son:

“Primero. Los comprendidos en los números primero a séptimo inclusive, del artículo trescientos treinta y cuatro del Código civil”.

“Segundo. Las sepulturas en las iglesias”.

Quedan, por tanto, excluidos de su consideración de bienes raíces, a los efectos de que tratamos, los enumerados en el art. 334, números 8, 9 y 10. Es decir: los minas, canteras y escoriales (178), los diques y construcciones fluviales, lacustres o marítimas, y las concesiones administrativas de obras públicas y las servidumbres y demás derechos reales sobre bienes inmuebles.

2.º El requisito de *situación* de los bienes raíces, consiste en que *se hallen en el Infanzonado*, es decir fuera del perímetro de las doce Villas no aforadas (Bermeo, Durango, Ermua, Guernica y Luno, Lanestosa, Lequeitio, Marquina, Ochandiano, Ondarroa, Portugalete, Plencia y Valmaseda), de la Ciudad de Orduña y del término municipal de Bilbao (179), con las siguientes extensiones para dichas villas, aplicable también a la Ciudad de Orduña (§ 4.º, art. 3), según precisan los §§ 2.º y 3.º del art. 3.º:

“Las heredades y tierras inmediatamente contiguas a los núcleos urbanos de las doce villas no aforadas se presumirán anexas a los mismos por subordinación o destino y estarán regidas, por tanto, por el Código civil, salvo que, constituyendo pertenecidos de un caserío, respondan a la unidad de explotación agrícola del mismo.

”También se presumirán anejos al núcleo urbano de las doce villas no aforadas y regidos por el Código civil:

”a) *Las construcciones y espacios de terreno enclavados en su término municipal, cuando estén destinados a una explotación industrial, a usos o actividades distintas de las meramente agrícolas o no constituyan pertenecidos de un caserío.*

”b) *Los espacios de terreno enclavados en su término municipal*

(178) Ya con anterioridad el Tribunal Supremo había negado el carácter de *raíces*, con relación al Fuero de Vizcaya, a las minas (SS. 23 febrero 1882, 26 enero 1885, 23 diciembre 1885 y 14 abril 1886).

(179) Arts. 20 y 30, § 1.º, Comp. Vizcaya.

afectados por planes de urbanización oficialmente aprobados, con arreglo a la actual o futura legislación sobre el suelo (180)."

3.° El requisito de *procedencia* se concreta, conforme a la conocida expresión de Pedro de Echevarría y Goiri, en una "*coincidencia genealógica de personas y bienes*" (181), como en toda *troncalidad pura*.

La Compilación de Vizcaya examina esa conexión, al determinar el carácter troncal de los bienes raíces, en su art. 9, que dice:

"Tienen la consideración de troncales:

"*Primero. Con relación a la línea descendente todos los bienes raíces sitos en el Infanzonado, lo mismo los heredados que los comprados, aunque hubieren sido adquiridos de extraños.*"

"*Segundo. Con relación a las líneas ascendente y colateral, todos los bienes raíces sitos en el Infanzonado que hayan pertenecido al tronco común del heredero y del causante de la herencia, incluso los que este último hubiere adquirido de parientes tronqueros. En su caso, las palabras heredero y causante se sustituirán por las de comprador y vendedor.*"

"*Tercero. Los adquiridos por permuta de bienes troncales con otros que no lo sean, radicantes en el Infanzonado.*"

El art. 8, § 2.° completa la determinación de este requisito fijando su límite:

"*En la ascendente, el parentesco troncal termina en el ascendiente que el primero poseyó la raíz, sin perjuicio de los derechos de los ascendientes del mismo en la sucesión que no sea troncal.*"

4.° La S. de 17 febrero 1970 ha excluido del juego de la *subrogación real* la regla *pretium succedit loco rei* al afirmar que el dinero obtenido por el ejercicio de la saca foral —o retracto gentilicio vizcaíno— no se subroga en lugar de la raíz vendida y, por tanto, no es foral.

β) *Deducción de deudas y disposiciones piasdas.*

24. Ahora bien, las deudas del causante y sus disposiciones piasdas se imputan al quinto de libre disposición, y sólo en cuanto al

(180) Cfr. respecto de la *ratio* de todas estas restricciones nuestro trabajo —anterior a la Compilación— "Glosas al § 3.° del art. 10 del Código civil", III, en A. D. C., XII-II, abril-junio 1959, p. 573.

(181) Cfr. LUIS CHALBAUD y ERRAZQUIN, op. cit., I, pp. 24 y ss., donde se recoge el informe de ECHEVARRÍA y GOIRI, JOSÉ DE SOLANO Y POLANCO ("Estudios jurídicos de Fuero de Bizkaia" —Bilbao, 1918—, cap. II, pp. 35 y ss.) aseguró que esa doctrina "la vemos confirmada en todas las disposiciones del Código foral, que hablan siempre de "travesía de tronco" del "tronco de donde dependen los bienes", indicando sin cesar que para que la troncalidad se dé, es preciso la doble genealogía de la persona y de la cosa, y si menciona los parientes al hablar de los bienes raíces, como en la ley 8 del título 20, dice "que no pueden hacerse donaciones y mandas o disposiciones a extraño habiendo descendientes, ascendientes (por ser herederos forzosos) o parientes profincos "de travesía de tronco". Citó también SOLANO las leyes 8, tít. 21, 25, tít. 11, y 2 y 3 del tít. 17.

exceso afectan a la raíz troncal (tratándose del legado a favor del alma, sólo hasta cubrir el importe del quinto en lo que no hubieren bastado los bienes no troncales).

Así resulta de los arts. 28 y 29 de la Compilación vizcaina, que disponen:

“Artículo veintiocho. *Cuando el testador tenga hijos, descendientes o ascendientes, todos legítimos, el quinto de libre disposición se computará teniendo en cuenta el valor de los bienes hereditarios, previa deducción de las deudas; pero será inoficiosa la disposición de lo que exceda de los bienes no troncales.*”

“*Las deudas del causante se pagarán con el importe de los bienes muebles y con las raíces no troncales y sólo en defecto de unos y otros responderán los bienes y raíces troncales de cada línea, en proporción a su cuantía.*”

“Artículo veintinueve. *El legado del quinto en favor del alma se computará estimando el valor de todos los bienes, hecha deducción de las deudas, pero se obtendrá en primer término de los muebles y raíces no troncales. Cuando el importe de estos bienes no llegue a cubrir el del legado se acudirá a la raíz troncal para extraer lo que falte de ambas líneas del causante en proporción a su cuantía.*”

“*En la frase «legado en favor del alma» se entienden comprendidas todas las disposiciones piadosas del testador, como sufragios en general, limosnas para los pobres, legados a establecimientos de beneficencia y demás que tengan fines semejantes.*”

γ) Para computar la legítima de los hijos comunes, pero no la de los habidos de otro matrimonio, se incluirán los bienes sujetos a las reservas de los arts. 36, 37 y 38 Comp. Vizc., como resulta de su propia ratio, y también las que estén afectas a la del art. 811, C. c., por argumento de más o menos con relación al art. 36 Comp. Vizc.

δ) *La reversión al donante de los bienes raíces donados con carga de alimentos* a un descendiente, si éste falleciere en vida de aquél sin dejar hijos ni descendientes legítimos, que regula el art. 39, conforme a la ley 17, Tít. XX del Fuero de Vizcaya, no crea los problemas que, según antes vimos, ha suscitado la reversión del art. 812 C. c., que no se plantean dado el carácter troncal y no de parte alicuota que tiene la legítima de los ascendientes en el Derecho vizcaíno.

e') *Navarra.*

25. Sabemos que —como en Ayala— no hay en ella legítima individual ni colectiva al no ser la legítima foral de contenido material, sino formal (182). Pero, en sentido muy lato e impropio, es legítima la viudedad o *fcaldat*, en virtud de la cual al viudo o viuda tiene derecho al usufructo de fidelidad, por razón de la cual —como dice— el cap. 3, tít. II, Lib. IV del Fuero de Navarra— “*deve tener*

(182) Cfr. “El apartamiento y la desheredación”, I. 2. en A. D. C. CXXI-I, pp. 5 y ss.

las heredades”, “*et todo el mueble deve recibir*”. Es decir, se trata de un usufructo universal; pero no se extiende a los bienes que el cónyuge difunto tuviera en usufructo ni a los que poseía con la limitación derivada de su título adquisitivo de que a su muerte pasen a otra persona (S. 22 diciembre 1920, Ley 202 del Proyecto de 1959 y Ley 215 de la Recopilación privada de 1967 (183).

B) COMPUTACIÓN DEL “DONATUM”.

B₁) En el régimen del Código civil.

Recordemos que el art. 818 C. c., en su § 2.º, dice:

“Al valor líquido que los bienes hereditarios tuvieren se agregará el que tenían todas las donaciones colacionables del mismo testador en el tiempo en que las hubiera hecho.”

Antes (núm. 1) ya hemos señalado las mínimas variantes observadas en las dos primeras ediciones del Código, y que sus antecedentes legislativos se hallan en el art. 803 del Anteproyecto 1882-1888 y en el art. 648 del Proyecto de 1851.

De las diferencias que se observan entre la redacción de estos dos últimos preceptos —idénticos literalmente— y la del art. 818, en su § 2.º, sólo puede tener trascendencia la inclusión en éste del adjetivo “colacionables” calificando el sustantivo “donaciones”.

¿Tiene alguna significación esta adición a las palabras “todas las donaciones”? De tenerlo, ¿cuál es su significado? (184).

26. Para introducirnos en esta cuestión, conviene que previamente recordemos que, en Derecho Romano, la *querela inofficiosae donationis* y la *querela inofficiosae dotis* aparecieron bastante más tardíamente que la *querela inofficiosi testamenti* (185); y que, en un principio, dieron lugar a que se superpusieran dos medidas legítimas diversas. Así:

a) A efectos de la *querela inofficiosi testamenti* sólo se sumaban

(183) “Recopilación Privada del Derecho Privado Foral de Navarra”, redactada por J. GARCÍA GRANERO, J. J. NAGORE, J. AIZPÚN TUERO, ALVARO D’ORS, J. J. LÓPEZ JACOISTE y J. ARREGUI GIL. Ley 216, p. 85.

(184) De ello nos hemos ocupado extensamente en nuestros “Apuntes de Derecho sucesorio” III, § 11, *cf. ed. sep.*, pp. 463 y ss. y A. D. C., VIII-II, pp. 209 y ss. También en “Computación, imputación y reducción de las donaciones en los principales ordenamientos jurídicos del Occidente europeo”, en Revista del Instituto de Derecho Comparado, núm. 3, julio-diciembre 1954, pp. 61 y ss.; y en “Notas críticas a la pretendida distinción entre cuota de reserva y cuota de legítima”, III, en A. D. C., VIII-I, enero-marzo 1965, pp. 109 y ss.

(185) Según VON MAYR (“Historia del Derecho Romano”, lib. II, sec. II, cap. IV y lib. III, sec. II, cap. IV —trad. de la 8.ª ed. alemana por W. ROCES, Barcelona, 1926—, vol. II, pp. 235 y ss. y 328 y ss.) las huellas de la *querela inofficiosi testamenti* se remontan a la época de la República, mientras las otras dos querellas fueron introducidas por ALEJANDRO SEVERO.

a lo *relictum* las donaciones imputables a la legítima (186); es decir, además de las *mortis causa* (187), las siguientes *inter vivos*; dotes y donaciones *propter nuptias* (188), las *ad emendam militiam* (189) y las expresamente verificadas como anticipo de legítima (190).

b) A los efectos de la *querrela inofficiosae donationis vel dotis* se requería un doble cómputo y sólo se daba lugar a su ejercicio si la inoficiosidad se daba en ambos cómputos, respectivamente referidos, a la fecha de la donación a la de la muerte del donante (191); pero todas las donaciones anteriores debían computarse para comprobar la inoficiosidad de las ulteriores (192), así como de las disposiciones testamentarias del causante (193), y, entre ellas, debían computarse e imputarse a la legítima del querellante todas las donaciones recibidas por el mismo de cualquier clase que fuesen (194).

Esta duplicidad de remedios dio lugar a que la glosa plantease la cuestión de si cabía al padre donar *inter vivos* todo el montante de que podía disponer sin incidir en la inoficiosidad perseguida por la *querrela inofficiosae donationis* y, además, disponer *mortis causa* de lo relicto sin tener que respetar a sus herederos forzosos más que aquella parte que ante la *querrela inofficiosi testamenti* se estimaba como porción legítima, es decir, calculándola tan sólo del montante de lo relicto, según el texto de la ley *Cum quaeritur* (Cod., III-XXVIII, 6).

Rodrigo Suárez (195) nos explica cómo lo planteó la glosa magna en el vers. 6 *quaero* de la ley 1, *Cod. de inoffi. don.* (III-XXIX): Un padre donó nueve onzas e instuyó herederos en las tres restantes a sus hijos gravándoles de legados y fideicomisos que no les gravaban en más de tres cuartos de lo relicto. ¿Disponían los hijos de algún remedio? O, ¿es que podía disponer, el padre, de tres cuartas partes a título de donación y de otras tres cuartas partes de lo relicto por acto de última voluntad?

Habían argumentos para excluir ambas querellas, con lo que se posibilitaría la existencia de dos porciones de libre disposición, una *inter vivos* y otra *mortis causa* (196). Pero la glosa magna lo resolvió

(186) Cfr. WINDSCHEID, op. cit., § 581, nota 3, ed. cit., vol. III, p. 253.

(187) Instit. II-XVIII, § 6.º; Dig. V-II, 8 § 6.º; Cód. III-XXVIII, 36 pr.

(188) Cod. h. t. 29.

(189) Cod. h. t. 30, § 2.º

(190) Dig. h. t., 25, pr. y Cod. h. t. 35, § 2.º

(191) Novela 92, cap. I, cfr. WINDSCHEID, op. cit., § 586, ed. y vol. cit., pp. 271 y ss. y nota 7.

(192) Nov. 92, cap. I, versic. 2.º

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

(194) Cfr. WINDSCHEID, loc. cit., nota 9, p. 272.

(195) RODRIGO SUÁREZ, "Repetitionis Legis Quoniam in prioribus. C. de inoffic. testamento". *Declaratio legis regni*, § últ. *Ad lectur l. post rem iudicatum*, n. 23 a 25, cfr. Opera omnia, ed. Douaci 1614, p. 570.

(196) Decía RODRIGO SUÁREZ: "quia querelam inofficiosae donationis non dabat, cum donatio novem unciarum non fuit inofficiosa; ex quo non exedebat legitimam: quia tres unciae remanserunt filio, quae erat integra legitima: Nec etiam habet querelam inofficiosae testamenti. Nam ad hoc, ut cesset querela

negativamente, criterio con el cual se muestra conforme Rodrigo Suárez (197), pues la legítima debía computarse sobre la suma de las nueve onzas donadas y de las tres remanentes en el caudal relicto, de modo que la ley *Cum quaeritur* debía completarse e integrarse con lo dispuesto en el título *De inofficiosae donationis* del propio *Codex*.

La cuestión así resuelta en el Derecho común se mantuvo más dudosa en el Derecho Real de Castilla, tanto por lo que se refiere al quinto de libre disposición, como al tercio de mejora, y, consiguientemente a la legítima.

La ley 7, tit. XII, lib. III del Fuero Real prohibió a quien tuviera hijos que donara más del quinto, y la ley 9, tit. V del mismo libro permitió mejorar a su muerte en el tercio y dejar un quinto "por su alma, o en otra parte, do quisiere e non a ellos". Esto indujo a la creencia de que el padre podía disponer de dos quintos, uno en vida y otro para después de su muerte fundándose en que las dos referidas leyes se hallaban situadas en títulos distintos. La ley 28 de Toro trató de resolver esa duda de acuerdo con el criterio del Derecho común y dispuso:

"La ley del fuero, que permite que el que tuviere fijo o descendiente legítimo pueda hacer donación de la quinta parte de sus bienes e non mas, e la otra ley del fuero, que assi mesmo permite que pueda mandar teniendo fijos o descendientes legítimos al tiempo de su muerte la quinta parte de sus bienes, se entienda e platique que por virtud de una ley e de la otra, no pueda mandar el padre ni la madre a ninguno de sus fijos ni descendientes más de un quinto de sus bienes en vida o en muerte."

Palacios Ruvios (198) entendió restrictivamente que esta ley sólo prohibía dar un quinto en vida y otro en muerte a un mismo hijo, pero no donar un quinto a uno y otro quinto a otro hijo, contrariamente la opinión general (199) la interpretó en el sentido de que el

talis. sufficit quod filio relinquatur quarta de bonis qua reperiuntur tempore mortis *l. cum quaeritur, c. de inoff. test. et ind. § quarta*, sed cum tempore mortis solum repercebantur tres unciae sufficit quod de illis tribus unciis habeat quartam et per consequens residuum potuit legari" (n. 25).

(197) RODRIGO SUÁREZ, siguiendo a la glosa lo razona así: "quod debet filius habere omnes tres uncias integras relicto onere legatorum: et sic non dicitur legitima habita consideratione ad quartam trium unciarum, quae erant: et remanserunt tempore mortis, sed omnes tres unciae dicuntur tota legitima, et integra pro legitima debentur filio in totum, habito respectu ad bona, quia erant duodecim..." (núm. 25).

(198) PALACIOS RUVIOS, op. cit., lex XXVIII, núm. III, cfr. ed. cit., fol. LXXXII vto.

(199) Así opinaron: RODRIGO SUÁREZ (loc. últ. cit., nn. 21 a 26, pp. 570 y s.); GREGORIO LÓPEZ ("Glosa a las palabras "en vida" de la ley 8, tit. IV, Partida 5.ª, n. 48 a dicho título; cfr. ed. Barcelona, 1843, p. 50 del vol. III); TELLO FERNÁNDEZ ("Prima Pars Commentariorum in Constitutionem Taurinas"; lex XXVIII, n. 1, cfr. ed. Granatae, 1566, fol. 221); JUAN GUTIÉRREZ ("Practicarum Quaestionum Civilis", lib. II, Quaest. LXIX, n. 1; cfr. Opera Omnia, ed. Colloniae Allobrogum, 1730, t. II, p. 158); MELCHOR PELÁEZ DE MIERES ("Tractatus de maioratum et meliorationum Hispaniae. Prima pars,

padre o madre, además del tercio, no podía disponer más que de un solo quinto, a favor de hijos o extraños, entre lo dejado en vida y lo dispuesto en testamento.

27. Respecto al cómputo para cálculo del tercio la ley 25 de Toro dispuso:

“El tercio y quinto de mejoría fecho por el testador no se saque de las dotes, y donaciones propter nuptias, ni de otras donaciones que los hijos e descendientes traxeren a colación o partición.”

I) ¿Se trataba de una norma imperativa, o bien de una norma simplemente interpretativa de la voluntad del testador?

II) La expresión *“no se saque”*, ¿fue empleada con significado material de *no extraer*, o bien en el contable de *no calcular*?; es decir, ¿se refirió sólo a la *masa de extracción* o también a la *masa de cálculo* de las mejoras testamentarias ordenadas?

En otras ocasiones (200) hemos tratado de clasificar las diversas interpretaciones ofrecidas por la doctrina en los siguientes grupos:

a) Una primera posición, apoyándose fundamentalmente en las leyes 19 y 23 de Toro, afirmó que la mejora se debía extraer y calcular exclusivamente de los bienes que el causante tuviere a la hora de la muerte (201).

Se replicó que las leyes 19 y 23 de Toro no decían, respecto de la mejora de tercio, más de lo que la citada ley *Cum quaeritur* del *Codex* decía de la legítima romana al referirla a lo que el testador dejara al tiempo de la muerte, y, sin embargo, la doctrina de la ino-

Quaest. LVIII, nn. 26 y 35; cfr. ed. Granatae, 1575, fol. 208 vto. y fol. 210 vto. *in fine* y s.); JUAN MATIENZO (*“Commentaria in librum quintum recollectionis legum Hispaniae”*, tít. VI, lex XII, 28 Tauri, gl. III, n. 1; cfr. ed. Mantuae Carpetanae, 1580, fol. 162); ANDREA ANGULO (op. cit., lex XII, gl. única, nn. 1 y 2; ed. cit., p. 637); ANTONIO AYERVE DE AYORA (*“Tractatus de Partitionibus Bonorum...”*, Pars II, Quaest. VIII, n. 17; cfr. ed. Granada, 1586, fol. 80). ALFONSO DE ACEVEDO (*“Commentaria Iuris Civilis in Hispaniae Regias Constitutiones”*, lib. V, tít. VI, lex XII —Tauri 28—, n. 1; cfr. ed. Lugduni, 1737, t. III, p. 201); JOSEPH FERNÁNDEZ DE RETES (*“De donationibus academica relectio”*, cap. VIII, n. 16, en *“Novus Thesaurus Iuris Civilis et Canonici”* de Gerardi Meerman; cfr. ed. Hegae-Comitum, 1753, t. VI, p. 589).

(200) Cfr. nuestros *“Apuntes...”*, III Parte, § 11, A. ed. sep., pp. 464 y ss. y A. D. C. últ. cit., pp. 300 y ss., y *“Notas críticas...”*, n. 30, loc. cit., pp. 112 y ss.

(201) PALACIOS RUVIOS. *“Repetitio rubricae et capituli “Per vestras”, de donationibus inter virum et uxorem”*. *Repetit. cap.*, § 23. *Sed pulchrum est*, n. 3, cfr. ed. Lugduni 1538, fol. 154; y *Glossmata...* lex XXV, n. 1; ed. cit., fol. LXVI; MIGUEL DE CIFUENTES, op. cit., lex XXV, nn. 1, 2 y 3, ed. cit., fol. XXV vto.; DIEGO CASTILLO, op. cit., lex XXVI, n. 1, ed. cit., fol. 118 vto.; FRANCISCO MUÑOZ ESCOBAR, *“De ratiotitiniis administratorum et computationibus variis aliis Tractatus proegnotissimus”*, Computatio I, nn. 7 a 13; cfr. ed. Lugduni 1733, pp. 3 y ss.; JUAN DEL CASTILLO SOTOMAYOR, *“Quotidianodum controversiarum Iuris”*, Lib. IV *“De coniecturis et interpretationis ultimarum voluntatum”*, cap. XV, nn. 39 y 48, ed. Coloniae Allobrogum 1752, pp. 126 y 129 y ss.

ficiosidad de las donaciones implicó —como hemos visto— la acumulación de *donatum* y *relictum* (202).

Palacios Ruvios (203) había explicado su interpretación con un ejemplo: Un padre con tres hijos tenía 100, dotó a una hija con 20, mejoró a un hijo con tercio y quinto, e instituyó a los tres por partes iguales. Su solución fue: De los 100 se descuentan los 20 dados en dote; de los 80 relictos se deduce quinto y tercio, que suman 38; al resto de 42 se suma los 20 de la dote colacionable, y se divide la suma entre los tres hijos herederos, que tocan a cerca de 21 cada uno.

Pero este cálculo lo objetó Tello Fernández (204) contraponiendo otro ejemplo, que comentó así: El padre tiene 130, donó 10 a un hijo, mejoró a otro en tercio y quinto y dejó al morir 120. Si tercio y quinto se deducen sólo de 120, resultarán 56, con lo cual, sumada la dote, se gravará a los legitimarios en más de tercio y quinto de 130 ($24 + 32 + 10 = 66$). Y si los 10 donados se descontasen de los 56 de mejora, recibiendo 46 al mejorado de tercio y quinto, o se sumasen a la legítima los 10 de dote, resultaría que ni 46 es igual al tercio y quinto de los 120 relictos, ni 56 es igual al tercio y quinto de los 130 de la suma de *relictum* y *donatum*.

b) Otra posición distinguió según tercio y quinto tuvieran que ser el módulo de disposiciones *mortis causa* o de disposiciones *inter vivos*, calculándolos en el primer caso tan sólo del caudal relicto y en el segundo de la suma de éste más lo donado (205).

A esta distinción se objetó (206): “que no ha de ser de peor condición el padre que dio en su vida a sus hijos sus legítimas, que el que no las dio hasta la muerte *maxime* que en las dotes y donaciones propter nuptias se suele dezir y poner en la scriptura que lo da para en quenta de su legítima del hijo y aunque no se diga el derecho lo dize y dispone porque es donación ob causa hecha para este effecto...”, “...porque teniendo los otros hijos recibidas sus legítimas, enteramente de todos los bienes que su padre tenía y tuvo hasta el día de su muerte no pueden querrellarse de inoficioso testamento... aunque el padre diesse todos los bienes que le quedaron por vía de mejora a uno de sus hijos, pues lo pudo hazer *lege permittente*”.... “porque por la misma razón, que aniendo el padre en

(202) Cfr. JUAN GUTIÉRREZ (op. y lib. cit., Quaest. LXII, n. 1 *in fine*; ed. cit., p. 148) aclaró que las leyes 19, 23 y 29 “non dicunt tertium et quintum meliorationis intelligendum tantum fore de bonis, quae defunctus reliquit tempore suae mortis, sed quod valet bonorum defuncti ad ex trahendum tertium et quintum attendendis sit tempore mortis testatoris; quod diversum est”.

(203) PALACIOS RUVIOS, “Glossenata...”, lex XXV, nn. XIV y XV, fol. LXVIII.

(204) TELLO FERNÁNDEZ, op. cit., lex XXV, n. 4, fol. 197 vto.

(205) ANTONIO GÓMEZ, op. cit., lex XXV, n. 1 y lex XXIX, n. 35, ed. cit., fol. 92 y fol. 94, LUIS DE MOLINA S. I., “De Iustitia et Iure”, Tract II, Disput. CCXXXVI, cfr. ed. Conchae 1593, col. 1.463, C.

(206) AYERRE DE AYORA, op. cit., Pars II, Quaest III, nn. 4 y 5, ed. cit., fol. 76 vto. y ss.

vida dado a un extraño el quinto de sus bienes no puede después en la muerte disponer de otro quinto entre extraños en perjuicio de sus hijos: *ut in l. 28 de Toro, l. 12, tit. 6, li. 5 reco.*, por esa misma razón a contrario sensu auiendo dado el padre a sus hijos, en su vida en dote, y donación *propter nuptias*, lo que les pertenecía, y auian de auer de sus bienes en su legítima no era obligado en muerte a darles otra legítima si no tiene más bienes adquiridos al tiempo de la muerte...”

c) Una tercera posición entendió que el verbo “sacar” en la ley 25 de Toro no ha de entenderse por *deducir* o *calcular*, sino solamente por *detraer* y *extraer* de modo efectivo. Así la *ratio* de la ley 29 era que la dote y las donaciones *propter nuptias* se imputaban a la legítima, por lo cual de ellas no se *extraían* las mejoras de tercio y quinto; pero en cambio se tenían verbalmente en cuenta para calcularlas (207).

Tello (208) aplicó este criterio al ejemplo antes referido y propuso la siguiente solución: de la suma de los 120 relictos y los 10 donados, es decir, del total de 130, se debe calcular tercio y quinto, en conjunto 60 (*y pico*), de los que se han de restar los 10 de la donación quedando 50 (*y pico*) para el mejorado.

d) Finalmente otros autores estimaron que la ley 25 de Toro partía de la *presunta voluntad del causante, pero no trataba de limitarle su potestad dispositiva*. A juicio de éstos existirían *dos masas de cálculo de las mejoras*: Una de *cálculo posible* según la ley, equivalente a quinto y tercio de la suma de *relictum + donatum*. Otra de *cálculo presunto*, que es a la que se refería la ley 25 de Toro, que consideraba lo relicto no sólo como masa de extracción, sino también como masa de cálculo de las mejoras si no resultase ser otra la voluntad del mejorante (209).

Angulo lo planteó lúcidamente: *En el terreno del Derecho necesario, para calcular las legítimas, debe sumarse al caudal relicto el importe de las donaciones simples y causales, incluso si el donatario se abstuviera de la herencia. En cambio, no es de derecho necesario que se haga la acumulación de dichas donaciones “ob causan” para calcular*

(207) TELLO FERNÁNDEZ, op. cit., nn. 1, 2 y 3 (fol. 195 y ss., ed. cit.); AYERVE DE AYORA, op. Pars et Quaest cits., nn. 5 y 6, fol. 76 vto. y ss. y Pars IV, tercer *exempl. partitionum* (ed. cit., fol. 188); ALPHONSO DE ACEVEDO, op. lib. y tit. cits., lex IX (25 Tauri), n. 8 (ed. y vol. cits., p. 183).

(208) TELLO, loc. cit., n. 4, fol. 198.

(209) RODRIGO SUÁREZ, op. cit., Declaratio legis Regni, § 6, quaeritur, nn. 1 y 2 (ed. cit., pp. 548 y s.); JUAN MATIENZO, op. cit., lex IX (Tauri 25), gl. I, n. 4 (fol. 156 ed. cit.) y gl. III, n. (fol. 156); JUAN GUTIÉRREZ, op. cit., lib. II, Quaest LXII (ed. cit., p. 139); ANDREA ANGULO, op. cit., lex IX, gl. I y II (ed. cit., pp. 474 y ss.); LUDOVICO VELÁZQUEZ DE AVENDAÑO, “Legum Taurinarum a Ferdinando et Joanna Regibus Hispaniarum foelices recordationes utilisima glossa”, ad 1 XXV, n. 5 (cfr. ed. Colloniae Allobrogum 1734, p. 55).

tercio y quinto (210). Pero tampoco lo es que no se acumulen las dotes y donaciones causales o simples para el cálculo de tercio y quinto, puesto que con tal acumulación no se lesiona la legítima (211).

Como regla presuntiva la ley 25 de Toro se explicó, fundamentalmente, por estimarse que no era presumible que el padre al testar se refiriese a los bienes que ya habían salido de su patrimonio, por lo cual se creyó más razonable entender que la mejora dispuesta como cuota de bienes iba referida por el disponente a los bienes que le pertenecían, pero no a los que ya no eran suyos. Lo que también resultaba analógicamente —refiriéndola a la mejora ordenada en tiempo de presente— de la ley *Si ita* del tit. *De auro et argen. lega.* del Digesto (XXXIV-II, 7 [8]) (212).

28. El panorama doctrinal que a este respecto presentaba el período precursor de la obra codificadora fue parecido al expuesto, pues casi todas las posiciones que acabamos de exponer tenían sus valedores (213).

(210) ANGULO, *lex cit.*, gloss. II, nn. 8, 18 y 30 (pp. 482 y s., 491 y ss. y 499).

(211) ANGULO, gloss. últ. cit., nn. 9 y 15 (pp. 485 y s. y 489 y s.) y n. 20 (p. 494) donde propone el siguiente ejemplo: "Un padre tiene un caudal de 400, del que 186 es tercio y quinto y 214 la legítima. Hace una donación simple y irrevocable de 50 y posteriormente mejora a otro hijo en tercio y quinto. Acumulada aquélla idealmente para cálculo de tercio y quinto, éstos siguen valiendo 186, de los que deben deducirse los 50 donados. Y si para el cálculo de dichas cuotas no se acumulan verbalmente los 50, tercio y quinto valdrán 162 y restarán 188 para las legítimas, pero al no bastar esa cantidad para satisfacer a los legitimarios se deberá añadir 26, que faltan, reduciéndose en ellos la mejora. De este modo las legítimas quedarán completadas igualmente en los 214 (= 188 + 26) y la donación simple más la mejora reducida en 26, darán $50 + (162 - 26) = 186$, tercio y quinto íntegro.

Supongamos que la donación anterior a la mejora es de 100.

Acumulándola idealmente para cálculo de tercio y quinto, éstos valdrán 186, de los cuales se deducen los 100 de la donación. Si no quiere acumularse idealmente para calcular dichas cuotas, tercio y quinto resultarán 140 y quedarán para las legítimas 160. Pero como la legítima íntegra es de 214, habrá que reducir la mejora en los 54 que faltan a la legítima, de modo que resultará que tercio y quinto también se llenarán totalmente con la donación y la mejora reducida: $100 + (140 - 54) = 186$.

Es decir, que por cualquiera de los dos procedimientos, correctamente aplicados, el resultado obtenido será el mismo.

(212) RODRIGO SUÁREZ, *loc. últ. cit.*, n. 1 (p. 548) y ANGULO, gloss. últ. cit., n. 1, vers. ITAQUE y n. 14 (pp. 486 y 488 y s.) y también n. 30 (p. 489).

(213) La primera tesis era sostenida por: JUAN ALVAREZ POSADILLA, "Comentarios a las leyes de Toro, según su espíritu y el de la legislación de España", ley XXV (cfr. ed. Madrid, 1796, p. 158); JUAN SALA, "Ilustración del Derecho Real de España", lib. II, tit. VI, n. 8, ejemplos II y III (cfr. 2.^a ed. Madrid, 1820, tomo II, pp. 182 y ss.); SALVADOR DEL VISO, "Lecciones elementales de Derecho Civil", parte segunda, lección XII, § VIII (cfr. ed. Valencia, 1868, t. II, pp. 435 y s.).

La tercera por SANCHO LLAMAS Y MOLINA, "Comentarios a las Leyes de Toro", Ley XXV, nn. 6 y ss. (cfr. ed. cit., vol. I, pp. 444 y ss.); FLORENCIO

García Goyena (214) fue decidido defensor de acumular idealmente todas las donaciones para sumarlas al caudal relicto y calcular de su suma el importe, tanto de la legítima como de la cuota de mejora y de la parte de libre disposición.

Por su influjo y el peso de sus razones, la sección que redactaba el Proyecto de 1851, bajo su presidencia, aprobó en 30 de octubre de 1848 la solución propuesta por él, consistente, según su propia explicación, “*en hacer una sola masa de los bienes dejados por el padre al morir, y de los que donó en vida; el resultado de esa agregación decidirá de la legítima de los hijos, y, por consiguiente, de las mejoras*”.

En consecuencia, el artículo 648 de dicho Proyecto, en su § 2.º, determinó que, para fijar la legítima, “*el valor líquido de los bienes hereditarios se agregará el valor que tenían todas las donaciones del mismo testador...*”

Y el artículo 652 del mismo Proyecto de 1851, que encabezaba la sección de mejoras, decía: “*Los padres y ascendientes pueden disponer en vida o en muerte, en favor de cualquiera, aunque sea extraño, de todo lo que no sea legítima rigurosa de sus hijos y descendientes...*” Con lo cual invirtió los términos de la vieja regla que proclamaba que *toda la herencia era legítima, excepto quinto y tercio*. La sustracción al todo ya no era de quinto y tercio, sino de la legítima, para determinar inversamente, no ya la legítima, sino las cuotas disponibles libremente y como mejora. Según el expresado criterio de García Goyena, tanto en el cálculo hecho de este o de aquel modo el resultado era el mismo, pero se disipaban las dudas —que calificó de absurdas— que anteriormente se habían suscitado. Por eso (215), al glosar el artículo 652, dice que: “Este artículo es de jurisprudencia universal, y no necesita motivarse, ni admitirse comentarios: todo lo que no sea legítima rigurosa es de libre disposición”.

29. El Código civil, al interpolar en el art. 818, § 2, con relación al art. 648, § 2.º, del Proyecto de 1851, la palabra “*colacionables*” en el inciso “*todas las donaciones del testador*”, detrás de la palabra “*donaciones*”, hace de aquélla la clave de su interpretación (216).

¿Es una misma regla la que debe aplicarse para calcular la legi-

GARCÍA GOYENA. “Concordancias...”, vol. cit., apéndice n. 8, a las “Mejoras”, pp. 341 a 346.

La cuarta por JOSEF FEBRERO, op. cit., Parte II, lib. II, cap. III, § IV, nn. 142 y ss. (ed. cit., II-II, pp. 272 y ss.). Las citas correspondientes a las ulteriores versiones de la obra de FEBRERO, revisadas respectivamente por JOSEPH MARCOS GUTIÉRREZ, por EUGENIO DE TAPIA y por GARCÍA GOYENA, AGUIRRE, MONTALBÁN y VICENTE y CARAVANTES, pueden verse en nuestros “Apuntes de Derecho Sucesorio”, III parte, notas 467 y ss. (cfr. ed. sep., pp. 405 y ss. y A. D. C., VII-IV, pp. 1091 y ss.).

(214) GARCÍA GOYENA, loc. últ. cit., p. 341.

(215) GARCÍA GOYENA, op. y vol. cit., glosa al art. 652, p. 100.

(216) “Apuntes...”, cits., III parte, § 11, A). cfr. ed. sep., pp. 464 y ss. y A. D. C., VIII-II, pp. 300 y ss.

tina estricta, la parte disponible como mejora y la cuota de libre disposición? Es decir, ¿son tres partes alicuotas de un mismo todo?; o bien, ¿la acumulación de lo *donado* al líquido relicto puede desequilibrar esa proporcionalidad?

Para calcular la legítima, ¿deben agregarse contablemente todas, sin excepción, o sólo determinadas donaciones? ¿Repercute esa reunión ficticia en el cálculo de las porciones disponibles?

Es sabido —y de ello también nos habíamos ocupado— (217) que los términos “collatio”, “conferre”, “colación”, “rapport”, tienen un doble significado. Uno gramatical, vulgar, lato y otro rigurosamente técnico, jurídicamente estricto. ¿En cuál de estos sentidos es empleado el término “colacionables” en el artículo 818 del Código civil?

Para unos autores el concepto de colación coincide con el conjunto de las operaciones de computación, imputación y reducción, de las cuales el art. 1.035 no es sino una aplicación singular (218).

Para otros la palabra colación tiene igual sentido en el 818 y en el art. 1.035 (219), sin perjuicio de que tenga otro menos propio aplicado al cómputo previo al ejercicio de la reducción de las liberalidades no colacionables (220).

Y, según la doctrina dominante, hay dos conceptos de colación distintos más amplio en el art. 818, que corresponde al de reunión ficticia o computación para cálculo de la legítima y de la porción libre y otro estricto, basado en la presunta voluntad del causante, aplicable exclusivamente a las relaciones de los herederos forzosos entre sí, regulado en los artículo 1.035 y ss. (221).

(217) “Apuntes...”, III parte, § 6. A (ed. sep., pp. 366 y ss. y A. D. C., VII-IV, pp. 1052 y ss.); § 8, A (ed. sep., pp. 398 y ss. y A. D. C., VII-IV, pp. 1084 y ss.) y § 10, A (ed. sep., pp. 434 y ss. y A. D. C., VIII-II, pp. 270 y ss.).

(218) JOSÉ MARÍA DE MANRESA Y NAVARRO, “Más sobre donaciones colacionables a efectos de fijar las legítimas”, en Rev. Gral. de Leg. y Jur., vol. 99 (2.º semestre 1901), pp. 343 a 345.

(219) FELIPE SÁNCHEZ ROMÁN, “Estudios de Derecho civil”, t. VI-II, cap. XV, nn. 113, pp. 952 y ss. y tít. VI-III, cap. XXVIII, n. 57 (ed. Madrid, 1910, p. 2026).

(220) MODESTO FALCÓN, “Exposición doctrinal del Derecho civil español, común y foral”, lib. III, tít. preliminar, cap. III, sec. II, § V, n. 12 (5.ª ed. Barcelona, 1897, t. III, p. 239); ENRIQUE PÉREZ ARDÁ, “El problema de la colación”. Rev. Gral. de Leg. y Jur., t. 109 (2.º semestre 1906), pp. 217 a 226; ANTONIO MAURA, “Dictámenes”, t. IV, dict. n. 4 —de 13-II-1913— pp. 33 a 45 (ed. Madrid, 1930); JULIO OTERO Y VALENTÍN, “Anticipos de legítima” (Valladolid, 1914), pp. 113 y ss.; ANTONIO ARENAS, “La colación en el Código civil”, Rev. Der. Priv., tomo II —marzo 1915—, pp. 75 a 77; FELICÍSIMO DE CASTRO, “Derecho Civil”, t. II, pp. 361 y ss. (Madrid, 1928).

(221) RAFAEL NAVARRO AMANDI, “Cuestionario del Código Civil Reformado”, art. 1.037 (Madrid, 1890), t. III, pp. 459 y ss.; JOSÉ MORELL Y TERRY, “Donaciones colacionables a efectos de fijar la legítima”, en Rev. Gral. de Leg. y Jur., vol. 98 —1.º semestre 1901—, pp. 288 a 307, y vol. 99 —2.º semestre 1901—, pp. 320 a 330; y “Colación especial exigida en el artículo 1.035 del Código Civil”, en Rev. Gral. de Leg. y Jur., vol. 108 —1.º semestre 1906—, pp. 27 a 45 y 113 a 132; F. SERRANO BERNARD, “Las donaciones a extraños

La Memoria del Tribunal Supremo de 1902, respaldando el criterio de su S. de 16 junio del mismo año, determinó claramente la diversa esfera de los artículos 818 y 1.035 C. c. en los siguientes términos:

“Basta con la lectura atenta de los mismos para comprender que la palabra colación la ha empleado el legislador en dos conceptos distintos; y por eso es por lo que, sin determinarlo bien, no es posible comprender el alcance y trascendencia de las disposiciones que aquéllos contienen, induciendo a fácil error o confusión; uno, el de aportación a la masa hereditaria de lo que el heredero forzoso haya recibido en vida o tenga que recibir por testamento; otro, el de su

son parte de la herencia al solo efecto de fijar la legítima”, en Rev. Gral. de Leg. y Jur., vol. 132 —1er. semestre 1918—, pp. 385 a 390; RICARDO OYUELOS, “Digesto, Principios, Doctrina y Jurisprudencia referentes al Código civil español”, lib. III, tít. III, cap. II, sec. V, n. 17, cap. VI, sec. I, n. 2.º (Madrid, 1921), tomo IV, pp. 42 y ss. y p 335); DEMÓFILO DE BUEN, “Notas al Curso elemental de Derecho Civil”, de A. COLIN y H. CAPITANT, t. VIII (Madrid, 1928), cap. II, sec. XI, § 6.º, p. 340 y cap. IV, sec. VII, pp. 423 y s.; FELIPE CLEMENTE DE DIEGO, “Instituciones de Derecho Civil Español”, lec. 97 (cfr. ed. Madrid, 1932, t. III, pp. 393 y ss.); AMADEO DE FUENMAYOR CHAMPIN, “Estirpe única y representación hereditaria”, en “Estudios Jurídicos”, año II —octubre 1942—, n. IV, fasc. 2 de Derecho Privado, pp. 55 a 63; A. ABELAIRA LÓPEZ, “La fijación de la legítima en Derecho español”, en Foro Gallego, n. 57-58 —marzo-abril 1949—, pp. 83 y ss., en especial 100 y 101; MIGUEL ROYO MARTÍNEZ, “Derecho Sucesorio mortis causa” (Sevilla, 1951), pp. 329 *in fine* y 335 y ss.; RAMÓN MARÍA ROCA SASTRE, Notas al “Derecho de Sucesiones” de Theodor Kipp, § 131, I (ed. Barcelona, 1951, vol. II, pp. 295 y ss.); JOSÉ LUIS LACRUZ BERDEJO, Notas al “Derecho de Sucesiones”, de JULIUS BINDER, § 33 (ed. Barcelona, 1953), p. 306; y “Derecho de Sucesiones. Parte General”, § 70, n. 424, en especial nota 5 c) y d), pp. 565 a 568 (Barcelona, 1961); FRANCISCO ESPINAR LAFUENTE, “La herencia legal y el testamento”, n. 157, nota 79, p. 343 (Barcelona, 1956); JOSÉ CASTÁN TOBEÑAS, “Derecho Civil Español, Común y Foral”, t. VI-I, séptima edición, Madrid, 1960, § XLIII, III, 3, pp. 298 y a.; DIEGO ESPÍN CÁNOVAS, “Manual de Derecho Civil Español”, vol. V, cap. III-V, 8, c, nota 71 (Madrid, 1957), p. 120; PASCUAL MARÍN PÉREZ, Notas a la Tercera Edición del “Curso elemental de Derecho Civil”, de A. COLIN y H. CAPITANT, t. VIII (Madrid, 1957), cap. IV, sec. VII, epíg. *Fijación de la legítima*, b), p. 674; J. SANTAMARÍA ANSA, “Comentarios al Código civil”, art. 818, vol. I, p. 810 (Madrid, 1958); FEDERICO PUIG PEÑA, “Tratado de Derecho Civil Español”, vol. V-II, cap. XIV, 6, A, b, 2.º, pp. 400 y s. (Madrid, 1963); JOSÉ PUIG BRUTAU, “Fundamentos de Derecho Civil”, V-II, cap. II, I, II, p. 138 (Barcelona, 1964); ALFREDO GARCÍA-BERNARDO LANDETA, “La legítima en el Código civil”, Oviedo, 1964, pp. 175 y ss.; JOSÉ LUIS DE LOS MOZOS, “La colación”, Madrid, 1965, n. 38, pp. 131 y ss.; BONET RAMÓN, “Compendio...”, n. 167, pp. 848 y s.; FRANCISCO CASTRO LUCINI, “Temas de Derecho Sucesorio”, Madrid, 1965, tomo 119, p. 134; MANUEL ALBALADEJO, “Compendio de Derecho Civil”, Barcelona, 1970, cap. XXXIII, 12, p. 596. Además de lo que expusimos en la III Parte de nuestros referidos “Apuntes de Derecho Sucesorio”, hemos sintetizado los conceptos, respectivamente: de “computación” en “Computación, imputación y reducción de las donaciones en los principales ordenamientos del occidente europeo”, en Rev. del Instituto de Der. Comparado, n. 3 (julio-diciembre 1954), pp. 45 y ss.; y de “colación” *propriamente* dicha en “La colación *propriamente* dicha en el Código civil español”, en Revista de Derecho Español y Americano, año II, n. 7 (mayo-junio 1957), pp. 3 y ss.

computación, o sea, el destino que haya de darse a los bienes colacionables; si la no colación significa exclusión de tales bienes de la masa hereditaria, para que de ellos no se hiciera aprecio alguno en unas particiones, ¿cómo había de salvarse el principio de integridad de la legítima reconocido en los antedichos artículos 1.035 y 1.037? ¿Sobre qué base, con qué elementos se podría contar para resolver acerca de la inoficiosidad de lo donado?" "No, no es posible salvar el mencionado principio sin traer a la cuenta de las particiones todo lo que con relación a las legítimas deba computarse, ya sea para imputarlo a las mismas, ya a la mejora, ya, en su caso, al tercio de libre disposición".

En el art. 818 no colacionables equivale a no computables para el cálculo de la legítima y tercios de mejora y libre disposición (222). Luego trataremos de precisar cuáles son las donaciones que a ese fin no son computables.

30. Oteados los diversos sentidos que la doctrina ha dado a la palabra *colacionables* empleada en el artículo 818 C. c., vamos a exponer ahora, en síntesis, las posiciones —de las que más largamente nos ocupamos en el § 11 de la III Parte de nuestros "Apuntes de Derecho Sucesorio"— de los autores que, en torno a dicho artículo y al sentido por ellos dado a aquella palabra, han tomado posición acerca del modo como se han de calcular la legítima y la porción libre cuando el causante hubiese otorgado donaciones *inter vivos* a legitimarios y a extraños. Para mayor claridad y sencillez las haremos girar en torno a las posiciones de Manresa, de Sánchez Román y de la seguida por la mayoría de los autores posteriores al Código civil.

a) Manresa ha sido continuador del antiguo criterio de Palacios Ruvios, Muñoz de Escobar, Castillo Sotomayor, Alvarez Posadilla y Sala. A su juicio:

"Del líquido que resulte [«comprendiendo solamente los bienes y derechos pertenecientes al testador, al tiempo de la muerte, con deducción de las deudas y demás obligaciones del caudal»] se deducirá el tercio, de que el padre puede disponer libremente en todo caso, para pagar las mandas y legados del testamento, y que ha de servir de medida para apreciar si son o no inoficiosas las donaciones a extraños, y a los dos tercios restantes, que constituyen la legítima de los descendientes, se agregará el importe de las donaciones colacionables por el valor que tenían al tiempo de hacerlas. La cantidad que resulte sumando los dos tercios de legítimas y las donaciones colacionables, se repartirá por partes iguales entre los herederos forzosos, o en la proporción que les corresponda conforme a la ley y a la voluntad del testador (223).

(222) MORELL, R. G. L. y J., vol. 99, p. 326 y pp. 323 *in fine* y ss.

(223) MANRESA, "Comentarios...", vol. VII (6.^a ed. Madrid, 1943), art. 1.035, II, B, p. 553.

Según su criterio (224), las donaciones hechas a extraños “no pueden exceder del tercio de libre disposición, computado por el valor líquido de los bienes que hubiere dejado el padre al tiempo de su muerte, sin colacionar dichas donaciones ni agregarlas, bajo ninguna forma, a la masa hereditaria para liquidar la herencia. Si las donaciones exceden de dicho tercio serán inoficiosas, cualquiera que fuese el caudal del donante al tiempo de hacerlas, y deben reducirse en cuanto al exceso, observándose para la reducción lo que ordena el artículo 654”.

Pero cabe objetarle a Manresa que no parece evidente que el artículo 808 emplee la expresión *haber hereditario* como equivalente riguroso de *herencia*; puesto que los artículos 818 a 820 determinan que para el cómputo de la legítima se agreguen contablemente al líquido relicto el importe de las donaciones colacionables y que lo donado a extraños se impute al tercio libre.

Además, la imputación, sea a la legítima o a la parte libre, de una donación que no se ha computado, supone un absurdo contable. En realidad, en estos casos no debería hablarse de *imputación*, sino, acaso, de *comparación* (como en el supuesto de que se permita a un extraño conservar, sin sufrir reducción, los bienes donados hasta un valor igual a la parte de libre disposición relicta y sin que ésta pierda su carácter disponible —posición que, contra la común opinión, atribuyó Palacios Ruvios a la ley 28 de Toro, admitiendo que pudiera disponerse de un quinto por donación y de otro por testamento—) o de *desplazamiento* (en el caso de que lo donado a un legitimario o a un extraño, hasta el montante, respectivamente, de la legítima o de la parte libre, calculadas con relación al caudal relicto, desplace de aquellas porciones la sustancia relicta de modo que, en sus respectivos casos, deje de ser legítima o porción libre). Ese desplazamiento resultaría, de esa mal llamada imputación, cuando lo donado ocupare contablemente el lugar de un valor relicto equivalente, derramándolo fuera de su correspondiente cuota; es decir, dejándolo extra parte, al pasar a ser considerado parte libre o legítima, inversamente a lo que sería sin el desplazamiento.

Un dilema resulta insoslayable a esta tesis: o el padre dispondría de un tercio de lo relicto más otro tercio de igual cuantía por vía de donación; o bien, habría que imputar al tercio de libre disposición de lo relicto el valor de lo donado a extraños, vaciando el equivalente relicto para que engrosara la legítima, pero entonces ésta ya no sería un tercio ni de lo relicto ni de la suma de lo relicto y de lo donado (225).

(224) MANRESA, op., vol. y arts. cits., II, A, p. 550.

(225) Véase el ejemplo que al respecto puso el notario Antonio Arenas (loc. cit., p. 75): “Un padre, al que sobreviven sus hijos, dona en vida a un extraño nueve; a su fallecimiento quedan en su poder bienes que valen tres, sin deudas ni cargas conforme al criterio que parece desprenderse de la letra de los artículos 1.035 y 818 y que defienden los citados comentarios [de MAN-

b) La tesis de Sánchez Román —como dijimos hace tiempo— (226) se puede relacionar, como próxima, no sólo con la de los clásicos Gómez y Molina, S. I., y con la de los más recientes Benito Gutiérrez, La Serna y Montalbán, “sino con la modernamente defendida por Cicu en Derecho italiano... La diferencia básica estriba en la distinta concepción de la legítima relicta, romanista en nuestros autores, y como reserva germánica por Cicu”.

Posteriormente, Guillermo G. Valdecasas (227) ha formulado su tesis, que trata de aplicar a nuestro Derecho la distinción de Cicu, entre cuota de reserva y cuota de legítima, y que —salvando la diferencia entre el carácter asignado a la legítima *mortis causa* por Sánchez Román (228) y el señalado a la cuota de reserva por G. G. Valdecasas (229)— coincide con la de aquél en el modo de determinar tanto la parte forzosa de lo relicto como el cómputo básico para la reducción de las donaciones (230).

En síntesis, Sánchez Román opina que existen tres cómputos legitimarios:

1.º Dimanante del art. 808, en rel. con el 818, § 1, que determina la *legítima de lo relicto frente a los herederos voluntarios y legatarios*, de la que a su juicio se deriva que la parte libre del caudal relicto, sólo se calcula con relación al activo líquido de éste, sin agregar, ni siquiera contablemente, el valor de donación alguna, colacionable o no (231).

RESA], resultará que, como el donatario no es heredero forzoso, no tendrá obligación de colacionar y, por ende, que como la donación no es colacionable, no hay que agregar los nueve a los tres para fijar la legítima; pero como quiera que la donación es a todas luces inoficiosa, ¿cómo y en cuánto la hemos de reducir? Confesamos que nosotros no sabemos pasar de aquí, y que no se nos ocurre qué habría de hacerse, porque si el caudal hereditario es tres, uno será la cantidad de libre disposición, y entonces ¿al donatario sobran ocho? No, porque quedaría uno de libre disposición en su poder y uno de libre disposición en la herencia, que ya son dos, y aunque así no fuera tampoco sabemos qué habrá de hacerse con esos ocho que devolviera el donatario, porque si se suman a los dos que tenemos de legítima y mejora, hacemos subir estos dos tercios a 10, y sería un verdadero absurdo; lo mismo resulta cuando la donación no es inoficiosa: cantidad donada a un extraño, uno; caudal relicto, nueve; tercio de libre disposición, tres; hay que respetar la donación íntegramente, y entonces los tres de libre disposición, ¿pueden invertirse, por ejemplo, en legados? Resultará que entre ellos y la donación suman cuatro, y los dos tercios de legítima y mejora sólo seis; se ve que resulta, en uno y otro caso, la imposibilidad de encontrar una regla que, dentro del cumplimiento del precepto fundamental del artículo 636, sirva para reducir ni respetar las donaciones...”

(226) “Apuntes...”, III Parte, § 11, nota 738, ed. sep., p. 469 y A. D. C. VIII-II, p. 305.

(227) GUILLERMO G. VALDECASAS, “La legítima como cuota hereditaria y como cuota de valor”, en R. D. P. XLVII, noviembre 1963, pp. 957 y ss.

(228) SÁNCHEZ ROMÁN, op. cit., vol. VI-III, cap. XVIII, n. 57, pp. 2026.

(229) G. G. VALDECASAS, II, 3, pp. 966 y ss.

(230) G. G. VALDECASAS, III, 2, pp. 973 y ss.

(231) SÁNCHEZ ROMÁN, op. cit., vol. VI-II, cap. XV, n. 113, p. 953.

2.º Resultante del art. 818, § 2, para calcular la *legítima de cada uno de los herederos forzosos en sus relaciones entre sí*, a cuyo fin se suma a lo relicto líquido lo recibido a título lucrativo por los herederos forzosos que concurren con otros de igual calidad a la sucesión, bien sea imputable a la legítima o en concepto de mejora (232).

3.º Consecuente con los arts. 654, 656 y 818 y ss., para determinar la *legítima a los solos efectos de la reducción de las donaciones inoficiosas*, que requiere la suma a lo relicto líquido de todas las donaciones quien quiera que sea el donatario (233).

c) La opinión predominante (234) sigue el criterio que habían defendido Tello Fernández, Ayerve de Ayora y Acevedo y que luego continuó Llamas y Molina y que García Goyena hizo triunfar en el art. 618, § 2.º, del Proyecto de 1851, según ésta sólo hay un cálculo de la legítima y para realizarlo hay que sumar a lo relicto líquido todas las donaciones no exceptuadas de computación por razón de sus circunstancias (que luego examinaremos): legítima estricta, tercio de mejora y tercio de libre disposición, son siempre cuotas iguales del mismo todo, formado contablemente con aquella suma que es su base común de cálculo. En efecto:

1.º Los artículos 808 y 818 del C. c. deben interpretarse en recíproca conexión. El primero determina las cuotas que constituyen la legítima de los hijos y descendientes legítimos, la porción disponible como mejora y la de libre disposición. El segundo indica el modo de determinar el montante de una de esas cuotas ideales, la legítima. Aquél señala la *proporción* y éste la *base* a la que debe aplicarse aquélla.

2.º Un examen conjunto de los artículos 818, 819 y 820 hace palpable la evidencia de que las donaciones hechas a extraños deben ser computadas a todos los efectos. El artículo 820 comienza diciendo: "*Fijada la legítima conforme a los dos artículos anteriores*", con lo cual da por sentado que tanto el artículo 819 como el 818 son normas reguladoras de su fijación, y que ambos son correlativos al respecto. Ello obliga a interpretarlos en recíproca relación. Y si el artículo 819 hace entrar en juego lo donado a extraños, para imputarlo a la parte libre, es que esas donaciones deben computarse para fijar la masa de donde deducir la parte libre y también la legítima, no sólo por la referencia de las primeras palabras del artículo 820 al 819 (uno de los dos anteriores), sino también por la correlatividad de una u otra cuota que resulta relacionando el artículo 819 con el 818 del C. c.

Al efecto, nada arguye en contra el artículo 808, si se interpreta sistemáticamente, relacionándolo con los demás citados. Su referencia

(232) SÁNCHEZ ROMÁN, op. cit., vol. VI-III, cap. XVIII, n. 57, p. 2026.

(233) SÁNCHEZ ROMÁN, loc. últ. cit., pp. 2025 y s.

(234) Corresponde a los autores citados *supra* en la nota 221.

a “*las dos terceras partes del haber hereditario*”, debe entenderse en relación con los artículos 818, 819 y 820 —que detallan el cómputo de la legítima— y sin exigir al Código civil una precisión técnica que no tiene y que es desmentida por normas concretas del propio cuerpo legal.

Por otra parte, la tesis contraria no puede superar un argumento *ab absurdum*, que ya fue esgrimido en el siglo XVI por Ayerve de Ayora. ¿Es que para calcular lo libremente disponible *mortis causa* lo donado como anticipo de legítima, por ser *donatum* y no *relictum*, no puede imputarse a lo relicto del que es anticipo? Como notó aquel autor: si el padre pudo en vida satisfacer íntegramente la legítima a sus hijos mediante donaciones —sin perjuicio del derecho irrenunciable de éstos al suplemento—, resultaría anómalo que esos mismos hijos pudieran exigir una segunda legítima respecto a los bienes que restaran al causante a su fallecimiento —no habiendo lugar a complemento por no haberse incrementado la fortuna de éste—, y, además, resultaría de peor condición el padre que en vida anticipó generosamente la legítima a sus hijos, que el que nada les dejara antes de su muerte.

3.º Si, tal como el artículo 636, § 1.º afirma, “*ninguno podrá dar ni recibir, por vía de donación, más de lo que pueda dar o recibir por testamento*”, tendremos que convenir en que: o bien hay que formar, al menos contablemente, una masa única con lo relicto y lo donado, para aplicar el módulo correspondiente a la suma; o bien, habrá que formar dos masas distintas, para aplicar a cada una los mismos módulos, de modo tal que hubiese una legítima, una parte de mejora y otra de libre disposición de lo relicto y otras tantas partes de lo donado. Pero esta duplicidad e independencia es desmentida por el artículo 820, núm. 1.º, que dispone: “*Se respetarán las donaciones mientras pueda cubrirse la legítima reduciendo y anulando, si necesario fuere, las mandas hechas en testamento*”. Lo cual significa que unas y otras se imputan a una cuota del todo idealmente formado con donaciones y bienes relictos.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha confirmado esta interpretación.

La S. 4 mayo 1899, basándose en el artículo 819, interpretó el artículo 818 en el sentido de que lo donado a extraños también se colaciona para calcular y salvaguardar la legítima, cargándose a la cuota hereditaria de libre disposición.

Y la S. 16 junio 1902, en su segundo considerando, al referirse a la admisión por el artículo 1.036 de la dispensa de colación concedida por el causante, explica que: “lo que se ha querido decir es que entonces no se imputarán las donaciones en la legítima, pero no que se prescindiera de ellas en el inventario o cuerpo general de hacienda para imputarlas donde corresponda... también para saber si el testador se ha extralimitado en sus facultades...”.

Doctrina que el Presidente del Tribunal Supremo explicó en la Memoria de 1902, concluyendo la necesidad de traer a la cuenta de

las particiones “todo lo que con relación a las legítimas deba computarse, ya sea para imputarlo a las mismas, ya a la mejora, ya, en su caso, al tercio de libre disposición”.

Esta opinión es la que hemos sostenido desde hace años pero con la matización de distinguir para calcular la parte de libre disposición y la mejora, la *masa de cálculo posible* y la *masa de cálculo resultante de la voluntad del causante* (235). Es decir, entendemos que es muy posible que el *de cuius*, al mandar testamentariamente cuotas de libre disposición o de mejora sólo quiera referirse a cuotas del haber relicto sin computar lo donado. Se trata, pues, de un problema interpretativo de la voluntad del testador, que, con respecto al Derecho anterior al Código civil, presenta como novedad la desaparición de la presunción de que la cuota dispuesta sólo se refería al montante de lo relicto, de no constar que la voluntad del causante hubiese sido la de referirla contablemente a la suma de lo relicto y de lo donado. Novedad que diferencia el criterio actual del sostenido en el régimen de la ley 25 de Toro por Rodrigo Suárez, Matienzo, Juan Gutiérrez, Velázquez de Avendaño y, más modernamente, por Febrero y sus anotadores.

31. Acabamos de ver que por razón del sujeto beneficiario de la donación —es decir, del donatario— todas las donaciones son computables para calcular cualesquiera de las cuotas del haber partible; ahora debemos examinar si por razón de su objeto y de su fin son o no computables todas las donaciones.

El Derecho histórico nos ofrece a estos respectos las cuestiones, muy discutidas por los autores de si era computable lo donado *minutim* o *parvee quantitatis* (236) lo gastado por el padre en concepto

(235) “Apuntes...”, III Parte, § 11, A) *in fine*: cfr. ed. sep., pp. 482 y 483 y A. D. C. VIII-II, pp. 318 y s.

(236) Las opiniones más contrapuestas fueron la de RODRIGO SUÁREZ (op. cit., “Repetitio Legis Regni. § últ., n. 27, p. 571), que sostuvo su no-computación, y de la de TELLO FERNÁNDEZ (op. cit., lex 28, n. 4, fol. 222), que entendió que debían computarse e imputarse al quinto, pues “de minimis habenda est ratio ut de magnis”. Opiniones intermedias fueron las de MATIENZO (op. cit., Lib. 5, Tit. 6, lex XII, 28 de Toro, gloss III, nn. 2 y 3, fol. 162 *in fine* y vto.) que entendió imputables al quinto las donaciones *minutim* hechas a los hijos y no las a extraños; GREGORIO LÓPEZ (glos. a las palabras “*en vida*” de la ley 8, tít. IV, 5.^a Partida, ed. y vol. cits., p. 50, n. 48) y JUAN GUTIÉRREZ (op. cit., Lib. II, Quaest. LXVIII, n. 2, pp. 157 y ss.) consideraron respaldada por la costumbre y más equitativa la opinión de SUÁREZ, pero con la salvedad de que si la acumulación de tales donaciones *minutim* arrojase una suma considerable deberían computarse e imputarse al quinto; AYERVE DE AYORA (op. cit., Pars II, Quaest. XXXV, nn. 31 y 32, fol. 112), aplica esta salvedad si las donaciones no fueron muy menudas ni muy necesarias, sino que honestamente pudiera haber pasado el padre o madre sin darla, porque su hacienda ni su calidad le obligaban a ello; y ANGULO (op. cit., lex. XII, gloss. única, n. 26, p. 647) sólo las estimaba computables en supuesto de fraude, “*ut nec donatio immodica sit, vel ad finem defraudandi fiat*”.

de alimentos de sus hijos (237) o para su educación y carrera (238) y las donaciones remuneratorias (239).

Después de promulgado el Código civil, dada la forma un tanto confusa con que se entrecruzan en el mismo la computación para cálculo de las legítimas y la colación propiamente dicha, no ha resultado clara la determinación de las donaciones no computables. De ellos hemos ocupado en nuestros "Apuntes de Derecho Sucesorio" (240) y de lo allí estudiado ofrecemos aquí las siguientes conclusiones:

a) *Donaciones remuneratorias.* El artículo 622, a pesar de su defectuosa redacción y sus deficiencias técnicas, lleva a solución de que estas donaciones sólo deben computarse en cuanto al plus-valor de lo donado respecto al servicio remunerado (241). La prueba de ese plus-valor corresponderá al legitimario reclamante.

b) *Donaciones onerosas y modales.* El mismo artículo 622 lleva a la conclusión de que sólo son computables en lo que excedan del valor del gravamen o *modus* impuesto (242).

c) *Donaciones usuales.* Hoy la cuestión de su computación se centra en la posibilidad de insertarlas entre los "regalos de costumbre", a que se refiere el artículo 1.041 *in fine* (243). La determinación de ese carácter es indudablemente una cuestión de hecho, que los Tribunales deberán resolver caso por caso atendiendo a sus diversas circunstancias, como son la posición económica y social del donante, la ocasión del regalo, los vínculos personales con el donatario, el valor de lo donado. Entre los regalos usuales, además de los de santo,

(237) Cfr. JUAN SALAS, "Digesto Romano-Español", T. II, 6.^a parte, L. XXXVII, Tít. VI, n. 13; cfr. 2.^a ed. Madrid, 1852, p. 84.

(238) Cfr. PEDRO GÓMEZ DE LA SERNA y JUAN MANUEL MONTALBÁN, "Elementos del Derecho Civil y Penal de España", Lib. III, tít. III, lex. V, § II, n. 219; cfr. 13 ed. Madrid, 1882, vol. II, p. 142); BENITO GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, "Código o estudios fundamentales sobre el Derecho civil español", Lib. III, cap. V, sec. III, art. 2.^o; cfr. ed. Madrid, 1863, vol. III, pp. 550 y ss.

(239) DIEGO SEGURA, ("Repetitiones decem super", § final, L. III, ff. de lib. et postum et pupil. Rapet. § Cum filiae. Lex Coheredi. ff. de Vulga. § Cum filiae, e coherendi, n. 174; cfr. novissime ed. Salmantiae, 1547, fol. 1); PALACIOS RUVIOS ("Receptitio...", § 50, fol. 46); DIEGO CASTILLO (op. cit., proemio, fol. 4 vers. "Ex quo tria singulariter infero"); y LUIS DE MOLINA S. I. (op. cit., Disp. 244, col. 1505) sostuvieron que no debían computarse para cálculo de las legítimas ni imputarse al quinto. Contrariamente COVARRUVIAS ("In tít. de testamentis interpretatio" "Ex cap. cum in officiis, n. 11; ed. Lugduni 1584, vol. II, p. 46) que las estimó imputables a quinto y tercio.

(240) "Apuntes...", III Parte, § 11, B, pp. 484 y ss., o A. D. C. VIII-II, pp. 319 y ss.

(241) Así han opinado MORELL (R. G. L. y J. XCIX, p. 326), FUENMAYOR "Estirpe única y representación hereditaria", en "Estudios jurídicos", año II, octubre 1942, núm. IV, fasc. 2 de Derecho Privado, págs. LXII y ss. y notas 112 y 106; LACRUZ BERDEJO *Notas* al Binder, § 33, p. 306; GARCÍA-BERNARDO, op. cit., p. 176.

(242) MORELL, FUENMAYOR, LACRUZ, GARCÍA-BERNARDO loc. últ. cit.

(243) En este sentido, ROCA SASTRE, *Notas* al Kipp, § 136, II, vol. II, p. 346; LACRUZ BERDEJO y GARCÍA-BERNARDO, ops. y locs. últ. cit.

aniversario, etc., deben incluirse las limosnas, donativos y propinas, que por su cuantía y ocasión puedan reputarse usuales.

d) *Donaciones de frutos, rentas e intereses.* Han sido opuestos los criterios de Morell (244), que las consideró no computables, y de Fuenmayor (245), según el cual “el Código para nada distingue entre bienes y frutos, intereses y rentas y sería absurdo que debiera contarse en la masa hereditaria la donación que comprendiese una pequeña parte del patrimonio y se dispensara de la reunión ficticia a la donación cuantiosa realizada con intereses o rentas”. En realidad, el Código civil no ofrece base para que las donaciones, hechas o no con frutos, rentas o intereses, no se computen, si no tienen además el carácter de donación usual.

e) *Gastos por alimentos, educación, curación de enfermedades, aunque sean extraordinarias, aprendizaje, equipo ordinario.* Están enumeradas en el artículo 1.041 del C. c. entre las no colacionables, junto a los regalos de costumbre. Tradicionalmente se han considerado no computables en el cálculo de la legítima. Circunstancia que, unida a la confusión en algunos preceptos del Código entre colación y computación, a que antes hemos aludido, inclina a considerarlas excluidas de la computación para cálculo de las legítimas.

f) *Gastos que el padre hubiera hecho para dar a sus hijos una carrera profesional o artística rebajando lo que éstos habrían gastado viviendo en casa y compañía de los padres.* Algunos autores (246) han entendido que no deben computarse a no ser que el padre hubiese ordenado su computación o colación, aplicando así también el artículo 1.042 no sólo a la colación propiamente dicha sino también a su computación para calcular las legítimas. Sin embargo, la letra del artículo 1.042 no favorece esta interpretación, ya que dispone que se lleven a la masa *cuando perjudiquen a la legítima*. Si pueden perjudicar a la legítima es que deben computarse idealmente para calcularla y saber si la perjudican. La reducción por inoficiosidad del exceso presupone el cómputo total a efectos de calcularlo. Por eso se ha dicho (247) que la regla del artículo 1.042 se descompone en tres: una de computación y dos de imputación, según haya ordenado o no el padre su colación y según lesione o no, las demás legítimas. A juicio nuestro estos gastos sólo pueden considerarse dispensados de computación cuando, atendiendo el nivel económico y social de la familia de que se trate, quepa o no incluirlos entre los gastos normales de educación de los hijos y, por tanto, comprendidos en el artículo 1.041 del Código civil.

(244) MORELL, loc. últ. cit.

(245) FUENMAYOR, loc. últ. cit.

(246) DE BUEN (*Notas al COLIN y CAPITANT*, vol. VIII, p. 426), FUENMAYOR y LACRUZ (loc. últ. cit.).

(247) MANUEL CALDERÓN NIETRA, “La colación en el Código civil”, en R. G. L. y J. CXI, 2 semestre 1907, p. 134.

g) *Primas de seguros a favor de tercero concertadas por el causante sobre su propia vida.* Hemos indicado antes (cfr. *supra* número 8) que, a juicio nuestro, las primas satisfechas no deben computarse si puede considerárselas comprendidas entre las donaciones usuales o los deberes de previsión jurídica o meramente morales, habida cuenta tanto de su modicidad como de la persona y circunstancias del beneficiario y de los deberes morales que para con éste tuviera el estipulante.

32. Hemos visto al ocuparnos del cómputo del caudal relicto que, conforme al artículo 818 para calcular de la legítima y fijar la parte disponible y la indisponible del caudal relicto, éste se valora en la fecha de fallecimiento del causante; pero que, a dicho fin, se agrega—conforme al § 2.º del mismo artículo 818— el valor que tenían las donaciones “*en el tiempo en que las hubiere hecho*”.

La historia y el Derecho comparado (248) nos han ofrecido dos criterios distintos a este respecto: uno, que refiere el valor de lo donado al tiempo de otorgarse la donación; y otro, que lo remite a la fecha del fallecimiento del causante.

El Derecho romano, debido al distinto origen de la *querella inofficiosi testamenti* y *querella inofficiosae donationis*, no ofreció el mismo criterio para determinar en qué momento se valoraban las donaciones para juzgar de la oficiosidad de las mismas y de las demás que el mismo causante hubiese otorgado. Así la dote y las otras donaciones por causa de matrimonio (249), para la compra de un cargo público (250), las *mortis causa* y las verificadas como anticipo de legítima (251) se valoraban al fallecimiento del causante; y, en cambio, las demás donaciones se valoraban con referencia a la fecha en que se otorgaron (252).

No cupo duda de que en el régimen de las leyes de Toro, el valor de los bienes del causante se computaba a la fecha del fallecimiento del causante, tanto a efectos del cómputo y límite de las mejoras (leyes 19 y 23) como al de la inoficiosidad, de las donaciones, excepto la dote respecto de la cual se confería en la ley 29 opción al marido para escoger para su estimación entre el momento de otorgarse o el del fallecimiento del dotante (253); pero como a ese caudal y para dichos cálculos, debían sumarse las donaciones simples y las

(248) Cfr. nuestro cit. “Computación, imputación y reducción de...”, I, D, pp. 67 y s.

(249) Cód. III-XVIII, 29.

(250) Cód. h. t., 30.

(251) Céd. h. t., 35, § 2.

(252) Nov. 92, cap. I.

(253) Acerca de esta opinión y de si fue o no revocada por la Pragmática de Madrid de 1534 (l. 1, tít. II, libr. V, y la Novísima Recopilación), cfr. nuestros “Apuntes...” III Parte, §§ 6 y 8, pp. 380 y ss. y 414 y s., o en A. D. C. VII-IV, pp. 1066 y ss. y 1100 y s.

causales hechas por el causante, se planteó en qué momento debían valorarse para efectuar dicha suma. Angulo (254) entendió:

1.º Que lo donado a cuenta de la legítima o con carácter revocable como mejora debía valorarse conforme las reglas de la colación, que según el Derecho romano, se remitía al tiempo de la muerte del causante, pero restándose el aumento debido a industria del donatario y sumándose el valor del detrimento causado por su culpa.

2.º Que lo donado irrevocablemente a cuenta de la mejora —tanto si fuese de cuota como de cosa cierta—, debía valorarse con referencia al tiempo de la donación, de modo que los aumentos de valor y el riesgo de la pérdida o los detrimentos, recaerían en el donatario aunque aquéllos no se debieran a su industria ni éstos a su culpa.

La razón de esa diferencia la atribuyó, de una parte, a la actualidad de la enajenación, en el segundo supuesto, y, de otra, al carácter en cierto modo condicionado de las mejoras revocables junto a la naturaleza de anticipo de las imputables a la legítima.

García Goyena (255), al glosar las palabras “*En el tiempo en que las hizo*” del artículo 648 del Proyecto de 1851 —antecedente del vigente 818 C. c.— se remitió a lo que expuso en el artículo 887 acerca de la colación, “sobre los motivos de habernos separado de los Códigos modernos y de la opinión común”. Y, de sus comentarios a este artículo (256) con respecto a nuestra cuestión, son de destacar las siguientes frases:

“La donación o dote fue una verdadera enajenación, y poco importa que la cosa fuese mueble o inmueble; se donó por lo que entonces valía; éste es el hecho.

“El derecho aplicable a este hecho es no menos claro: el aumento o detrimento de la cosa, su pérdida, aun casual e inculpable, es para su dueño, que a su vez la puede enajenar; y tal vez hayan ocurrido dos o muchas enajenaciones.

“Esta ha sido la opinión de toda mi vida, sin negar que la contraria era la común, y tal vez la más conforme al derecho constituido; pero ahora se trata de constituir el que parezca más sencillo y conveniente.”

Para mejor comprender la cuestión enunciada, debemos distinguir tres posibles causas determinantes de la diferencia de valor, nominal o real, que puede resultar entre el día de la donación y el del fallecimiento del causante:

1.º Aumentos de valor debidos a la industria o capital del donatario y disminuciones imputables al mismo por dolo o culpa.

2.º Aumentos o disminuciones, independientes de la conducta del donatario, debidas a la revalorización o desvalorización efectiva de la cosa por ciertas causas extrínsecas (v. gr. crecimiento o decadencia

(254) ANGULO, *op. cit.*, lex VII, gloss. I, n. 36, pp. 434 y ss.

(255) GARCÍA GOYENA, *op. y vol. cits.*, art. 648, p. 98.

(256) GARCÍA GOYENA, *op. y vol. cits.*, art. 887, p. 256.

de una ciudad, nuevo trazado de una vía de comunicación, etc.), o bien por caso fortuito, fuerza mayor o hecho de tercero (v. gr.: mutación de cauce, accesión verificada por tercera persona).

3.º Aumentos o disminuciones ficticias de valor, debidas exclusivamente a la oscilación del valor de la moneda. Supuesto en el cual no varía el valor efectivo de la cosa, pero sí su determinación monetaria o valor nominal.

Si el cambio de valor es debido a mejoras o deterioros imputables al donatario, los resultados obtenidos en cualquiera de los dos momentos de la valoración, coinciden prácticamente dadas las correcciones aplicables en el sistema de valoración de las donaciones al fallecimiento del donante, en virtud de las cuales se le debe abonar el importe de las mejoras que hubiere realizado en la cosa donada y cargársele el de los deterioros o pérdida debidos a su culpa.

La disparidad, en cambio, es real y evidente respecto de los aumentos, deterioro o pérdida no imputables al donatario y objetivamente producidos en la cosa donada en el transcurso del tiempo transcurrido desde la donación hasta la muerte del donante. Los riesgos, favorables y adversos, recaen en donante o donatario según se refiera la valoración a uno y otro momento.

Pero otra cuestión a dilucidar es la referente al falso *plus valor* de la cosa debida a un *minus valor* de la moneda. Se trata de decidir si la valoración de lo relicto y lo donado debe hacerse en una moneda que si bien nominalmente es la misma, no tiene el mismo valor adquisitivo en el momento al que se refiere la valoración de lo relicto que tenía en las fechas en las que se fijó el valor de cada una de las donaciones efectuadas.

Entre los autores que se han ocupado de esta cuestión no hay acuerdo (257). A juicio nuestro (258), en las relaciones sucesorias no parece que pueda interferirse el carácter de orden público que se atribuye al principio nominalista, aun cuando lo tuviera en la contratación; y parece contrario a la equidad aplicar medidas distintas para estimar lo que reciben y lo que han recibido los diferentes interesados en una misma herencia. Sería injusto que la unidad de valor no fuera la misma para valorar los distintos elementos que componen la masa de cálculo de las legítimas, que han de ser objeto de imputación y, tal vez, de reducción.

(257) Son nominalistas MARÍN MONROY, "La colación...", loc. cit. pp. 252 y ss.) —a pesar de que critica este criterio que cree impuesto por el Código— y ROCA SASTRE, "Notas al Kipp", vol. II, § 131, I, p. 304. En cambio, son partidarios de considerar como *cifra de valor* y no como *cifra de dinero* esas estimaciones. NÚÑEZ LAGOS ("La colación y crítica de los problemas de valoración (una conferencia de MARÍN MONROY)" en R. G. L. y J. 180, 2.º sem. 1946, pp. 721 y ss., y LACRUZ BERDEJO, *Notas al Binder*, § 29, III, p. 260.

(258) Cfr. "Apuntes...", III, § 11, C, pp. 494 y s. o A. D. C., VIII-II, pp. 327 y ss., y "La antítesis inflación-justicia", en R. Jur. de Cataluña, LIX, septiembre-octubre 1960, pp. 577 y s., o en R. Internacional del Notariado, 50-51, 2.º y 3er. trim. 1961, pp. 47 y ss.

Sin embargo, a veces tampoco resulta equitativa la aplicación de la moneda actual para medida del valor que lo donado tenía el día de la donación. Así, v gr.:

Parece que será justo aplicar la moneda actual para estimar —real y no nominalmente— el valor que tenía lo donado cuando se donó, si lo donado es un inmueble que el donatario conserva. Pero, en cambio, no parece que lo sea si el donatario enajenó la finca antes de desvalorizarse la moneda para con su importe cubrir sus necesidades, o cuando la finca donada haya sido también desvalorizada por la ley (v. gr.: como la propiedad urbana arrendada en virtud de la L.A.U.), o si lo donado fueren títulos de la deuda pública que también conserva el donatario. Parece atinado en esos casos, como expresa Kipp (259), para el Derecho alemán, atenerse a las circunstancias específicas del caso, sin cerrarse a ninguno de los dos criterios prefijados, y aplicar el que resulte más razonable atendidas aquéllas.

B₂) ESPECIALIDADES DE LAS REGIONES FORALES EN ORDEN A LA COMPUTACIÓN DE LAS DONACIONES.

Las compilaciones de los Derechos forales han concretado las diversidades de estas regiones, con respecto del Código civil, en la materia que aquí examinamos.

ab) Aragón.

33. Hemos visto antes que el artículo 119, a fin de computar el caudal del cual se deduce la legítima material colectiva, se remite “a lo dispuesto en el artículo ochocientos dieciocho del Código civil”. Lacruz Berdejo (260) comenta así esta remisión:

“El artículo 119 establece como base de la fijación de la legítima el mismo patrimonio que el Código civil; es decir, la reunión del *donatum* y el *relictum*: la proporción de los dos tercios no se aprecia exclusivamente frente al caudal dejado por el causante, sino al producto de reunir éste y lo que donó en vida. Puede ocurrir, así, que todo el caudal relicto sea de libre disposición, porque el causante hizo efectiva la legítima a los hijos por medio de donaciones; puede ocurrir, al contrario, que nada del caudal relicto sea disponible, porque las donaciones a extraños llenan ya la tercera parte del patrimonio base. En punto al cálculo de la legítima global, entonces no hay diferencia con el Código; como en él, desde luego, no entran en el caudal resultante las dotes y donaciones *propter nuptias* (cfr. art. 1.333), salvo, acaso, en el supuesto de segundas nupcias, frente a los hijos del primer matrimonio” (261).

(259) Kipp, op. y vol. últ. cit., § 88, VII, I, p. 55 en rel. § 131, I, 4, a, p. 292.

(260) JOSÉ LUIS LACRUZ BERDEJO, “Las legítimas en la Compilación”, VII, en R. C. D. I., XLIV, marzo-abril, 1968, p. 518.

(261) Nótese que no estamos de acuerdo con LACRUZ acerca de que en el

bb) *Baleares*.

34. La Compilación balear no contiene ningún precepto que determine si las donaciones han de computarse por el valor de los bienes donados en la fecha de la donación o por el que tengan en la fecha del fallecimiento del donante, previo deducir el importe de las mejoras e incrementar el de los deterioros imputables al donatario. ¿Significa ello que esta determinación se regula por las normas del Código civil, concretamente por su artículo 818?

Entre las disposiciones relativas a la isla de Mallorca tenemos las referentes a las donaciones universales (arts. 8 a 13) y a la definición (art. 50) no aplicable a la isla de Menorca (art. 65) y sí, en cambio, a las de Ibiza y Formentera (arts. 69 y 80).

La *donación universal* equivale a una sucesión universal y la *definición* a la compensación anticipada de la legítima con una donación o ventaja, cualquiera que sea su valor. ¿Repercuten estas instituciones en la determinación del valor de lo donado a efectos del cómputo de las legítimas?

¿El criterio realista (262) del artículo 47 debe aplicarse a la donación universal, que el artículo 8.º define como "*valdebera de presente y efectiva a la muerte del donante o de su consorte*"? Creemos que sí, dada su efectividad a la muerte del donante, parece que a la donación universal debe aplicársele el criterio del artículo 47 Comp. en cuanto a referir la determinación de los bienes computables y a su valoración respectivamente a la fecha del fallecimiento del causante y la del pago de la legítima.

¿Se debe aplicar igual criterio a las demás donaciones? Del artículo 50 resulta que ni el donatario ni los herederos del donante, cuando haya habido "definición", pueden reclamar a efectos de la legítima del donatario rectificación alguna por razón de su valoración. Pero, ¿podrán los demás legitimarios exigir que, para calcular la propia legítima se compute lo donado al que la recibió con definición según su valor a la fecha de satisfacerse sus legítimas o, al menos, al de la muerte del donante? No parece adecuado referirla al momento de pagarse la legítima, puesto que el heredero obligado a satisfacerla no corre con el *periculum* ni el *commodum* de esos bienes, que al causarse la sucesión ya no la integran, y tal vez —dada la eficacia de la

régimen del Código civil no se computen las dotes y las donaciones *propter nuptias* para el cálculo de la legítima. Del art. 1.333 sólo se deduce su irrevocabilidad por las causas previstas, 644 y 648 C. c., pero no su no computación a efectos del art. 818 y ni siquiera su no reducibilidad a tenor del art. 654. Por otra parte, no debemos olvidar que precisamente esas donaciones en el Derecho de Castilla, como en Derecho romano, estaban catalogadas entre las *ob causam*, imputables a la legítima según determinaba la ley 29 de Toro.

(262) Cfr. JUAN HERNÁNDEZ CANUT, "La compilación del Derecho civil especial de Baleares", en A. D. C., XIV-III, julio-septiembre 1961, p. 680, que dice, comentando el art. 47: "se trata de una posición realista que advierte la ascendencia romana y la huida de la postura nominalista".

“definición”— tampoco sea adecuado valorarlos a la muerte del donante, sino con referencia al momento de la donación.

¿*Quid* respecto las demás donaciones? No juegan aquí las razones que acabamos de dar y, sin duda, deben computarse en el momento de fallecer el causante, y creemos que también a ese momento hay que referir su valoración, al menos si el donatario no fuera el heredero, pues a partir de ese instante, además de quedar concretada su aplicación a la legítima del donatario, esa corrección implica también la plena asunción de su correspondiente *periculum* y *commodum*. En cambio, si el donatario fuese el heredero, parece adecuada la total aplicación de los criterios del artículo 47.

cb) *Cataluña*.

1) *En las legítimas ordinarias*.

35. La misma cuestión suscitada en el Derecho común acerca del cómputo de todas las donaciones para calcular las legítimas, fue planteada en Cataluña y resuelta de igual modo en Sentencia de 4 de diciembre de 1604 de la Regia Cancillería, en la causa de Bartolomé Renius contra los pupilos Renius de Mataró, en la que se resolvió que las legítimas no pueden disminuirse por donaciones ni dotes y deben satisfacerse como si éstas no hubieran sido hechas (263).

Cierto es que Borell i Soler (264) no tuvo en cuenta la solución del Derecho común y, siguiendo a los romanistas modernos, contempló la solución sin la armonización de los criterios de la *querella inofficiosi testamenti* y la *querella inofficiosi donatonis vel dotis*, y habló de que se computaban las donaciones colacionables, las en anticipo de legítima y las inoficiosas. ¿Quiso decir con ello que las demás no se computaban? No lo opinaron así otros autores (265), que estimaron que todas debían computarse, tal como Durán y Bas propuso en su Memoria (266).

La Compilación catalana se ocupa de la computación de las donaciones en el ap. 2.º del § 1.º del artículo 129 y de su valoración en el § 2.º del mismo artículo.

(263) Cfr. FONTANELLA, “De pactis nuptialibus”. Cl. V, Gloss I, Pars III, n. 37; cfr. ed. Lugduni 1667, vol. II, pp. 38 y s. Cfr. también FRANCISCO MASPONS ANGLASSELL, “Nostre Dret Familiar segons els autors clasics y les sentencies del antich Suprem Tribunal de Catalunya”, Barcelona, 1907, §§ 299 y 300, pp. 148 y s.

(264) ANTONI M.^a BORRELL I SOLER, “Dret civil vigent a Catalunya”, § 505, ed. cit., vol. V-2.º, pp. 420 y s.

(265) GUILLERMO M. BROCA Y JUAN AMELL, “Instituciones de Derecho civil catalán vigente”, n. 740, cfr. 2.ª ed. Barcelona, 1886, vol. II, p. 430; JOAQUÍN ALMEDA Y ROIG, en dictamen fechado en Barcelona, noviembre 1890, cfr. “Dicámenes”, Barcelona, 1920, p. 99.

(266) MANUEL DURÁN Y BAS, “Memoria de las Instituciones del Derecho civil de Cataluña”, Barcelona, 1883, Parte 6.ª, cap. 4, p. 201.

Dice el artículo 129, § 1.º, ap. 2.º: “A este valor líquido [de lo relicto] se añadirá el de los bienes que hayan sido donados por el causante, sin más excepción que las donaciones, liberalidades y expensas a que se refiere el artículo 1.041 del Código civil, las efectuadas de conformidad con el uso, el esponsalicio o “escreix” y la “soldada”.

De estas excepciones, la del artículo 1.041 C. c. tiene específicos precedentes catalanes (267). Si bien este artículo ya incluye los «regalos de costumbre», el 129 Comp. Cat. expresamente añade las donaciones «efectuadas de conformidad al uso», tal vez para hacer con ello especial referencia a los usos de la propia región o de comarcas o localidades de la misma. El carácter remuneratorio de la “soldada del pubill” (art. 43) justifica su no computación; y la razón de la exclusión del esponsalicio o “escreix” parece que radica en que el “escreix” a la muerte de la mujer o el marido, sin perjuicio del usufructo del supérstite, pasa a los hijos (art. 46 Comp. Cat.) no como herencia sino, conforme las SS. de la Audiencia de Cataluña de 23 noviembre 1590 y 17 julio 1614, “ex stipulatione ipsorum favorem facta, et sic iure proprio” (268).

El artículo 129, § 2.º, precisa: «El valor de los bienes objeto de dichas donaciones o liberalidades será el que tenían al tiempo de fallecer el causante, previa deducción de las mejoras útiles costeadas por el donatario en los bienes donados y al importe de los gastos extraordinarios de conservación o reparación que haya sufragado el mismo, no causados por su culpa. Al valor de los bienes se agregará la estimación de los deterioros originados por culpa del donatario que hubiesen disminuido su valor. De haber el donatario enajenado los bienes donados, se tomará como valor el que tenían en el momento de la enajenación. De los bienes que hubiesen perecido por culpa del donatario, sólo se computará su valor al tiempo en que su destrucción tuvo lugar».

Faus Esteve y Condomines Valls (269) glosan: “El artículo 818 en relación con el 1.045 ambos del Código civil propugnan solución distinta, que puede resultar altamente injusta en épocas de depreciación monetaria. Por ello, y principalmente porque éste es el criterio del *Corpus* se valora el *donatum* referido al fallecimiento del causante, con lo que se mitigan en parte las consecuencias de la depreciación monetaria, y se introduce por vía indirecta una aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*, de indudable justicia”.

(267) Cfr. FONTANELLA, op. cit., cl. VII, Glos. I, Pars II, n. 29, ed. y vol. cits., p. 367. Por eso, MASPONS ANGLASELL (op. últ. cit., n. 300, 1.º, nota *, p. 149) dice que no han de imputarse los gastos hechos por el padre para la educación de los hijos, enfermedad, etc.

(268) Cfr. Fontanella, op. cit., Cl. VII, Gloss I, Pars I, núm. 64, p. 362. También MASPONS, op. cit., n. 147, p. 71, nota *.

(269) RAMÓN FAUS ESTEVE y FRANCISCO DE A. CONDOMINES VALLS. “Derecho civil especial de Cataluña, Ley de 21 de julio de 1960 anotada”, Barcelona, 1960, p. 180.

36. Se computa como donación la participación del cónyuge premuerto que adquiera el supérstite en virtud del pacto de sobrevivencia, en los bienes comprados en esta cláusula.

Así lo determina el artículo 61, § 2.º: «*En los bienes comprados por ambos cónyuges con pacto de sobrevivencia, la adquisición de la participación del premuerto se computará en la herencia de éste a efectos de lo previsto en el artículo 24 y cálculo de la legítima, y se imputará en pago a cuenta de la cuarta marital*».

La naturaleza jurídica de la compraventa con pacto de sobrevivencia fue tema discutido en nuestras revistas jurídicas entre los años: 1944 a 1966 (270). En los dos primeros trabajos (271) que dedicamos:

(270) La bibliografía de las compraventas con pacto de sobrevivencia, es muy limitada:

EMILIO SAGUER OLIVET, Notario de Gerona, en la pág. 16 de su *Institución de los Fideicomisos* y sus efectos en Cataluña (Gerona, 1913).

MARTÍN MESTRES, en un artículo publicado en *La Notaría* le hace una simple referencia.

JOSÉ MARÍA DE PORCIOLES Y COLOMER, en su conferencia pronunciada el 16 de abril de 1934 en la "Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya", con el título "Règim Econòmic-Familiar al Baix-Urgell i Segrià" (publicada en *Conferències sobre varietats del Dret Civil Català* (Barcelona, 1934), refiriéndose a la compraventa con pacto de sobrevivencia (págs. 186 y ss.), cuya validez defiende, observa que "prescindiendo de la fórmula hábil con la que se ha introducido, hay una donación entre esposos".

JOSÉ MARÍA SANAHUJA SOLER, en el t. II de su *Tratado de Derecho Notarial* (Barcelona, 1945 —págs. 385 *in fine* y 386—), señala la afinidad entre el heredamiento mutuo, las ventas a los esposos por mitad y al sobreviviente de los dos a solas, el usufructo mutuo y el seguro sobre la vida entre los dos consortes. "Son —dice— contratos a título oneroso y aleatorios en que uno de los contratantes consiente en dejar en caso de defunción, algo en favor del otro, para ganar otro tanto en caso de sobrevivencia. La disposición del uno es la contrapartida y la condición de la disposición del otro".

Como trabajos monográficos especialmente dedicados a este tema citaremos por orden cronológico:

"La compraventa por mitades indivisas y con pacto de sobrevivencia. Su naturaleza jurídica y su eficacia en el Derecho común y en el foral catalán", que publicamos en la *Revista de Derecho Privado*, año XXVIII, págs. 708 y ss..

"Dos casos prácticos - "Segundo caso práctico: La cláusula o pacto de sobrevivencia en compraventas por cónyuges de predios en común y proindiviso en relación con la *Ley Hac Edictali* y con la edificación del solar común por uno solo de los consortes", trabajo que nos publicó *La Notaría*, LXXX, 2.º tr. 1945, págs. 120 y ss.

CIRILO MARTÍN RETORTILLO: "El impuesto de derechos reales aplicado a instituciones forales. Compraventa por consortes con pacto de supervivencia", en *Rev. Der. Priv.*, XXIX (julio-agosto 1945), págs. 438 y ss. Si bien, este autor, afirma que en buenos principios no puede calificarse de donación el pacto de sobrevivencia, concluye que "el examen de las circunstancias y fines que caracterizan a la institución encaminada en la generalidad de los casos a favorecer al cónyuge poniéndolo a salvo de toda discusión de los herederos del cónyuge que premuere, demuestra el acierto con que vienen procediendo los liquidadores al apreciar que existe una donación entre cónyuges, una adquisición graciosa".

FRANCISCO VIRGILI SORRIBES: "Problemas que suscita la compraventa con pacto de supervivencia cuando existe asociación de compras y mejoras entre los cónyuges compradores" en *La Notaría*, LXXX, 4.º tr. 1945, págs. 332 y

al tema, entendimos que los derechos de los legitimarios del cónyuge premuerto dependían de la construcción dogmática externa que se reconociera a la compra con pacto de sobrevivencia. En el último (272), por el contrario, rechazamos ese criterio por entender que, de una parte, significaba el olvido de que al Derecho le interesan más los resultados que las construcciones dogmáticas y los desplazamientos de valor más que las salvedades conceptuales; y, de otra, porque suponía una visión limitada al aspecto externo (o traslativo real) de la compraventa concertada con ese pacto sin valorar suficientemente la relación interna entre los dos compradores que satisfacen por mitad el precio para comprar conjuntamente en vida y definitivamente para el supérstite, una cosa determinada.

Ya en un tercer trabajo (273) habíamos distinguido: 1, la adquisición a favor del supérstite, que derivábamos directamente de la compraventa; y 2, el pago del precio por mitad por los compradores en utilidad de ambos, en cuanto al usufructo o al dominio temporal (según la tesis que se acepte), y de uno solo, el que sobreviva, en cuanto a la propiedad definitiva consecuentemente, e incluimos en el cómputo de las legítimas del comprador premuerto la parte del precio por él satisfecha. Aunque el negocio se considere unitario, lo cierto es que produce siempre un desplazamiento patrimonial que favorece al sobreviviente, y resulta desfavorable para los herederos del premuerto: el vendedor nunca puede perder, se halla fuera del *aleas*, mientras gana el comprador que sobrevive y pierden los herederos del que premuere. Pero esta distinción entre cosa y precio pagado, que apoyamos en la establecida entre capital y primas del seguro de vida a favor de tercero en la S. 22 diciembre 1944, fue fundadamente discutida (274).

siguientes. Trabajo en el que defiende la dualidad de la compraventa y el pacto que califica de oneroso y aleatorio.

Nuestra réplica: "Teleología y Dogmática de la compraventa con pacto de sobrevivencia", en *La Notaría*, LXXXI, 4.º tr. 1946, págs. 362 y ss.

ALVARO CALVO SORIANO: "Adquisiciones con pacto de sobrevivencia", en *Revista Derecho Privado*, XXXVI (mayo 1952), pág. 361. Interesantísimo trabajo que trata de desentrañar el pacto de sobrevivencia, penetrando en su esencia vital sin dejarse detener por su forma documental.

Y finalmente el que publicamos en *Revista Jurídica de Cataluña*, LIV, julio-agosto 1955, pp. 291 y ss., "Las compras con pacto de sobrevivencia en Derecho catalán", donde rectificamos algunos de nuestros conceptos anteriores.

Además, deben consultarse dos Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado. Una para Cataluña, de 19 mayo 1917, en la que el Notario Pablo Sanahuja defiende brillantemente la eficacia del pacto, que la Resolución admite; y otra para Mallorca, de 5 de mayo de 1932, en la que entabló el recurso Manuel Barañbar Arrarás. Notario entonces de Lluchmayor, desestimado por la Dirección.

Finalmente debe consultarse el Auto de la Audiencia Territorial de Cataluña, de 18 de enero de 1938.

(271) R. D. P., XXVIII, p. 72 y *La Notaría*, LXXX, pp. 130 y ss.

(272) R. J. de Cataluña, LIV, pp. 305 y s.

(273) *La Notaría*, LXXXI, pp. 379 y ss.

(274) ALVARO CALVO SORIANO, loc. cit., pp. 377 y ss.

En nuestro último trabajo, avanzando en la percepción realista, entendimos que el pacto de sobrevivencia, adosado a una compraventa conjuntamente efectuada, suponía la aposición a ésta de un fideicomiso contractual impuesto en interés de los compradores (275). Siendo así, las razones conceptuales abonan la computación, para cálculo de las legítimas, de la parte de la cosa que en vida había correspondido al cónyuge premuerto y no sólo de la parte del precio que éste satisfizo. A favor de esta solución abundaban también otras razones, a saber (276):

Teleológicamente la ocultación de precio y la desvalorización constante de la moneda jugarían contra los legitimarios si la computación para calcular las legítimas se limitase a sumar la parte del precio de la compra correspondiente al supérstite. Cierto que bajo este aspecto teleológico se contempla otro panorama cuando los compradores sólo tienen hijos comunes y se observa que, con el pacto, se trata de asegurar la viudez del padre o madre ancianos.

En el plano conmutativo es evidente que si no perdemos la percepción de la realidad, no nos puede ofrecer duda que la efectividad del desplazamiento económico se consuma al fallecer el primero de los compradores, y que en ese momento se produce el enriquecimiento del supérstite en un valor igual al que, por igual causa y sincrónicamente, deja de hacer tránsito del patrimonio del supérstite a su herencia.

Es de notar, sin duda alguna, que es muy distinto donar dinero para que el donatario lo invierta por su cuenta y riesgo, que pretender desdoblar conceptualmente un negocio prácticamente concebido unitariamente al contemplar sus resultados previsibles y tratar de aislar la inversión del precio y el resultado de ésta, que están íntimamente enlazados en la intención de los dos compradores.

Condomines y Faus Esteve (277) han glosado así el texto que comentamos: “El segundo párrafo del artículo 61, por cierto objeto de muchas discusiones en el seno de la Comisión, trata de evitar que mediante este pacto pueda burlarse el juego de la ley *Hac edictali* o que se perjudiquen los derechos legitimarios de los hijos; precisamente Saguer al referirse a esa institución, de la cual es un ardiente partidario, dice que es evidente que los hijos tienen derecho a la legítima en la mitad que dejó el cónyuge premuerto, sin perjuicio de tenerla otra vez sobre la totalidad, si no resultan herederos del cónyuge sobreviviente”.

II) *En la cuarta marital.*

37. La llamada que el artículo 50, § 3.º, hace a las reglas de la cuarta falcidia nos llevan, en la materia que ahora nos ocupa, al ar-

(275) R. J. de Cataluña, LIV, pp. 302 y ss.

(276) R. J. de Cataluña, LIV, pp. 308 y s.

(277) FAUS ESTEVE Y CONDOMINES VALLS, op. cit., p. 94.

título 229, § 2.º, que para el cálculo de ésta considera integrados en la herencia «los bienes y derechos del testador dispuestos»... “en donaciones por causa de muerte o entre consortes” (que también se confirman al morir el cónyuge donante, conforme resulta del artículo 20 Comp. Cat.).

Pero, además, entre las disposiciones específicas que regulan directamente la cuarta marital, el artículo 150, § 3.º dice: «La viuda podrá pedir la reducción o la invalidación de las donaciones entre vivos otorgadas por su marido cuando el designio del donante hubiese sido de defraudar la cuarta marital». Sin duda en este caso tales donaciones *inter vivos* se computan para calcular la cuarta marital; pero, ¿se computan también las hechas sin tal designio aun cuando no sean reducibles?

db) *Vizcaya.*

38. La ley 13, tit. XX del Fuero de Vizcaya, relativa a la donación a un hijo de todos los bienes muebles o raíces que integraran la casa o caserío con sus pertenecidos nos ayuda a entender los artículos 21, 22 y 30 de la Compilación, y la ley 14 del mismo título nos es útil para comprender el artículo 28 Comp.

La primera aclara que los bienes raíces y sus pertenecidos donados se computan en la legítima global.

La segunda esclarece cómo se computa el quinto de libre disposición incluyendo no sólo lo relicto sino también lo donado. Decía así:

“Otro sí: dijeron que habían de fuero, uso y costumbre, y establecían por ley, que cualquier home o mujer que hobiere bienes muebles, así vacas o bueyes, o otros cualesquiera ganados y ropas de lino, o lana, u oro, o plata, y otros cualquier bienes muebles, en caso que tengan hijos o descendientes, o ascendientes legítimos, puedan mandar y disponer de todo lo fasta el quinto de todos sus bienes muebles y raíces, y no más: y a falta de los tales descendientes y ascendientes legítimos, pueda disponer de todo el mueble a su voluntad, reservando la raíz para los profincos tronqueros; con que si deudas hobiere, y bienes muebles el que tal raíz tuviere de lo mueble se paguen las deudas y no de la raíz”.

No queda duda pues de que el art. 28 Comp. cuando habla “el valor de los bienes hereditarios” se refiere tanto a lo relicto como a lo donado. El Fuero en sus citadas leyes 13 y 14 del tit. XX contempla a la par donaciones y disposiciones testamentarias.

II. DETERMINACION DE LOS DIVISORES

Obtenido el *dividendo*, siempre que se trata de calcular una legítima que sea parte alicuota del haber, hay que aplicarle el *divisor* legalmente determinado.

Ese divisor se refiere generalmente a la *legítima global* de cada clase de legitimarios.

A su vez la *legítima global* debe ser distribuida, entre los integrantes de la clase de legitimarios de que se trate, de conformidad exclusivamente con uno o bien parcialmente con ambos de los dos siguientes criterios:

— por partes o porciones legalmente determinadas, sea por cabezas, por estirpes o por líneas: *legítima individual*;

— a elección del causante facultado para usar de una facultad de libre distribución dentro del grupo de legitimarios: *legítima electiva o mejora*.

A) DIVISORES PARA LA DETERMINACIÓN DE LAS LEGÍTIMAS GLOBALES

A₁) *En el Código civil.*

El Código civil regula las legítimas globales de los descendientes y ascendientes, legítimos y naturales.

39. *En el parentesco legítimo.*

a) *De los descendientes legítimos.*

El artículo 808, § 1.º, dice: “*Constituye la legítima de los hijos y descendientes legítimos las dos terceras partes del haber hereditario del padre y de la madre.*”

Este precepto tiene como precedente legislativo el artículo 793, § 1 del Anteproyecto de 1882-1888, redactado por la Comisión codificadora conforme la propuesta de Augusto Comas (278). El artículo 642 del Proyecto de 1851, mantenía la legítima de los cuatro quinto —tradicional en Castilla, desde la ley 1, título V, libro IV del Fuero Juzgo, recogida en la ley 9, tit. V, lb. III del Fuero Real aclarada en la ley 28 de Toro (8, tit. XX, libro X de la Novísima Recopilación)—, y tan sólo proponía una reducción en su ap. 2, según el cual: “*Quedando un solo hijo descendiente*”, la legítima “*será de los dos tercios*” (279).

Esta cuota legitimaria, a partir de la reforma de 4 julio 1970, puede ser compartida por el hijo adoptivo, si lo es con adopción plena,

(278) Cfr. MANUEL ALONSO MARTÍNEZ, “El Código civil en sus relaciones con las legislaciones forales”, cap. IV, sec. IV; cfr. 2.ª ed. Madrid, 1947, pp. 146 y ss.

(279) Cfr. FLORENCIO GARCÍA GOMENA, op. cit., vol. II, cap. VI, sec. I, p. 91, que explica:

“Una sola innovación se ha hecho en la legítima de los hijos por parecer razonable en sí misma, y aún conforme al espíritu de nuestra actual legislación.

“El arma del tercio quedaba embotada en manos del padre cuando tenía sino un hijo o descendiente. Se ha sustituido, pues, por la facultad de disponer del tercio de todos los bienes a favor de extraños; el padre será así más fuerte, y el hijo más sumiso”.

o recibirla éste totalmente si el causante no dejare descendencia legítima, como luego veremos.

b) *De los ascendientes legítimos.*

El artículo 809, modificado por Ley de 24 abril 1958, dice: “*Constituye la legítima de los padres o ascendientes legítimos la mitad del haber hereditario de los hijos y descendientes, salvo el caso en que concurrieren con el cónyuge viudo del descendiente causante, en cuyo supuesto será de una tercera parte de la herencia.*”

La expresada reforma de 1858, introdujo el inciso comprendido entre la primera coma y el final. El texto originario tenía un apartado segundo que decía: “De la otra mitad podrán disponer libremente, salvo lo que se establece en el artículo 836”. El texto primitivo fue tomado del artículo 794 del Anteproyecto 1882-1888, sin más diferencia que la referencia hecha en el hoy desaparecido inciso segundo, al precepto de la legítima viudal, que era entonces el 821 y no el 836.

En cambio, en el Proyecto de 1851, en el ap. 2.º del art. 642, únicamente reducía a la mitad la legítima de los ascendientes “siendo uno solo”, pero “siendo aquéllos dos o más”, la mantenía en los dos tercios fijados en la ley 6 de Toro (1, tít. XX, Lib. X, Novísima Recopilación). García Goyena (280) explicó aquella reducción para guardar la proporción con la legítima de los descendientes que también, como acabamos de ver, reducía el Proyecto, cuando sólo quedaba uno.

En virtud de la reforma de 1970 los padres adoptantes en la adopción plena desplazan a los ascendientes legítimos ocupando su lugar.

40. *En el parentesco natural:*

c) *De los hijos naturales de los legitimados por concesión real —conforme el art. 844 C. c.—, o —según el art. 843— en defecto, de sus descendientes legítimos.*

a) *En concurrencia con hijos y descendientes legítimos* no se fija legítima global sino individual de cada hijo natural y sólo se fija globalmente el máximo. El art. 840, § 1, dice así: “*Cuando el testador deje hijos o descendientes legítimos e hijos naturales legalmente reconocidos, tendrá cada uno de éstos derecho a la mitad de la cuota que corresponda a cada uno de los legítimos no mejorados, siempre que quepa dentro del tercio de libre disposición, del cual habrá de sacarse, deduciendo antes los gastos de entierro y funeral.*”

Corresponde este precepto al art. 826 del Anteproyecto 1882-8. que señala como antecedente (281) el art. 744 del Código italiano

(280) GARCÍA GOYENA, loc. últ. cit., p. 91.

(281) Cfr. la edición cuidada por MANUEL PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, vol. cit., p. 254.

de 1865, con la diferencia derivada de no conocerse la mejora en el Derecho taliano (282).

El concepto de hijos "legítimos no mejorados" lo matizaremos luego (núm. 43).

También veremos luego la repercusión que puede tener el concurso con ellos de hijos adoptivos.

β) En *conurrencia con ascendientes legítimos*, dispone el artículo 841, § 1.º: "*Cuando el testador no dejare hijos o descendientes legítimos, pero sí ascendientes legítimos, los hijos naturales reconocidos tendrán derecho a la cuarta parte de la herencia.*"

El originario art. 841 C. c., lo mismo que el art. 827 del Anteproyecto 1882-8, señalaba a los hijos naturales como cuota legítimaria de la mitad de la parte de libre disposición. Sin duda la modificación del art. 809 por la Ley de 24 abril 1958, que hizo variable la cuota legítimaria de los ascendientes según concurrieran o no con el cónyuge viudo, dio lugar a que la misma ley modificara el artículo 841, § 1, en el sentido indicado de fijar en una cuarta parte y no en la mitad de la parte de herencia de libre disposición" —que sería un cuarto o un sexto, según hubiera o no cónyuge viudo— la legítima de los hijos naturales.

En cambio el § 2.º del mismo art. 841 olvida esa reducción de la legítima de los ascendientes, al disponer —para respetar la legítima del viudo que en ese caso es de un tercio en usufructo— que a los hijos naturales se les adjudicará la suya "sólo en nuda propiedad, mientras viviere el viudo, lo que les falte para completar la legítima. Olvido que deja inútil ese párrafo, pues $1/3 + 1/3 + 1/4$ siempre caben en la unidad (cfr. *infra*, núm. 60-5).

γ) *En cualquier otro caso*, dice el art. 842: "*Cuando el testador no dejare descendientes ni ascendientes legítimos, los hijos naturales reconocidos tendrán derecho a la tercera parte de la herencia.*"

Con la sola variante de "no dejare" por "no hubiere dejado" corresponde al art. 828 del Anteproyecto 1882-8, que lo tomó del art. 817 del Código italiano de 1865 con la diferencia cuantitativa de que éste les atribuía "dos terceras partes de la cuota que les hubiese correspondido si fuesen legítimos".

(282) La ley 11. Tit. XIII. Partida 6.ª, había equiparado en la sucesión de la madre los hijos naturales, que no fueren incestuosos ni sacrilegos, a los legítimos; pero la ley 9 de Toro sólo en defecto de hijos legítimos concedió legítima a los hijos naturales. En la sucesión del padre no se les reconoció, en cambio, sino el derecho de alimentos que la ley 8. Tit. XIII. Partida 6.ª, les confirió si el padre nada les dejase, si bien la ley 10 de Toro a los padres naturales que no dejaran descendencia legítima les autorizó a que atribuyeren toda la herencia a los hijos naturales, aunque sobrevivieran ascendientes legítimos, quienes en cualquier caso —conforme la ley 6 de Toro— tenían derecho a legítima de dos tercios.

Alonso Martínez (283) explicó que “Lo importante en la materia es que la ley no confunda a los hijos legítimos con los naturales, ni a éstos con los de dañado y punible ayuntamiento: en la cadena de la generación son tres eslabones distintos y la ley debe hacer de ellos tres categorías diferentes”, por lo cual se acordó que la porción hereditaria de los hijos naturales “no fuera en ningún caso superior ni igual a la de los hijos legítimos” (ac. 2.º); pero “fuera mayor cuando no quedaran más que descendientes” (ac. 3.º).

De conformidad con estos acuerdos la ley de Bases de 17 mayo-1888, expresó “que si concurren con hijos legítimos no podrá exceder [la porción hereditaria de los hijos naturales reconocidos] de la mitad de lo que por su legítima corresponde a cada uno de éstos; pero podrá aumentarse cuando sólo quedaren ascendientes”.

d) *De los padres naturales.*

Dispone el art. 846 C. c.:

“El derecho de sucesión que la Ley da a los hijos naturales pertenece por reciprocidad en los mismos casos al padre o madre naturales”.

Literalmente dice lo mismo que el art. 832 del Proyecto 1882-88, que no señaló precedentes en sus notas (284).

La pauta de la reciprocidad no ha sido unánimemente interpretada por la doctrina —refiriéndola unos autores a la igualdad de cuota y otros a la igualdad de proporción—, no tenemos jurisprudencia al respecto, ni se ha aprovechado la reforma de 1958 para aclarar este extremo, a pesar de la repercusión que en caso de aceptarse el segundo criterio que expondremos pudiera tener en la cuantía de esta legítima la modificación introducida en el art. 809.

El primer criterio, que nos parece más ajustado al texto legal, refiere la reciprocidad a la *igualdad de cuota en identidad de supuesto de hecho*. Es decir, que no pudiendo tener legítima el padre o madre natural, sino a falta de descendientes legítimos o hijos naturales de su hijo natural, y siendo la legítima de los hijos naturales, a falta de hijos legítimos y de ascendientes legítimos de su padre o madre natural, un tercio del haber: esa misma cuota de *un tercio* ha de constituir la legítima del padre o madre natural (285).

(283) ALONSO MARTÍNEZ, op. cit., cap. VII; ed. cit., pp. 205 y ss.

(284) Cfr. la vers. cit., p. 254.

(285) Han sostenido este criterio: MANRESA, “Comentarios...”, vol. VI, art. 846, p. 552; SCAEVOLA, “Código...”, vol. XIV, art. 846, III, pp. 971 y s.; SÁNCHEZ ROMÁN, op. cit., vol. VI-II, cap. XV, n. 106, p. 928; R. DE LA ESCOSURA y MATEO AZPEITIA, “Contestaciones de Derecho Civil”, vol. II, tema 143, p. 664; DE BUEN, Notas al Curso... de Colin y Capitant, vol. VIII, cap. II, Sec. XI, § 5. d, pp. 338 y s.; VALVERDE VALVERDE, “Curso...”, vol. V, cap. XI, § 2.º, pp. 264 y s.; DE DIEGO, “Instituciones...”, vol. III, lec. 89, pp. 221 y s.; CASTÁN TOBEÑAS, “Derecho civil...”, vol. I, II, 4.ª ed. 1939, tema LXVII, n. III, p. 365; J. SANTAMARÍA, “Comentarios...”, vol. I, art. 846, pp. 825 y s.;

El segundo criterio plantea la reciprocidad como *igualdad de proporción*, de modo que si la cuota legitimaria de los hijos naturales es la mitad de la correspondiente a los hijos legítimos: la de los padres naturales ha de ser la mitad de lo correspondiente a los padres legítimos, es decir, *una cuarta parte* (286). Si bien es de observar que, después de la reforma del art. 809 del año 1958, como en caso de concurrir el cónyuge viudo la legítima de los ascendientes legítimos se reduce a un tercio, la de los padres naturales con ese criterio sería de *un sexto*.

Después de la reforma de 1970, los adoptados con adopción plena por el hijo natural excluyen todo derecho legitimario de los padres naturales.

A₂) *En las regiones forales.*

41. Sabemos que en las regiones forales de Navarra y Ayala no hay legítima material. En las demás hay legítimas, bien sea sólo globales o también individuales.

a₂) *En Aragón.*

Es sabido que en Aragón la legítima recae "*forzosamente en descendientes legítimos y solamente en ellos*", que no hay otros herederos forzosos, y comprende *dos terceras partes* del caudal. El epígrafe de este artículo la denomina "*legítima material colectiva*". La fijación de la legítima en dos tercios fue ya hecha en el art. 30, § 1.º, del Apéndice foral aragonés, que resolvió de esta forma una vieja cuestión (287).

PUIG PEÑA. "Tratado...". vol. V-II, cap. XIII, 2, pp. 349 y s.; BONET RAMÓN, "Compendio...". vol. V, n. 110, p. 611.

(286) En este sentido LÓPEZ R. GÓNEZ, "Tratado teórico legal...", vol. I, cap. XV, n. 22, pp. 578 y s.; RAFAEL RAMOS, "De la sucesión...", vol. II, cap. XXXIV, n. 10, pp. 224 y s.; ROYO MARTÍNEZ, "Derecho Sucesorio", cap. XIX, § 5, p. 218; ESPÍN CÁNOVAS, "Manual...", vol. V, sec. II, cap. II, VIII, pp. 310 y s.; PUIG BRUTAU, "Fundamentos...", vol. V-III, cap. I, 8, pp. 86 y s.; BONET RAMÓN, "Código civil", art. 846, p. 664.

(287) Según Sessé: "*In regno tota hereditas est legitima*". Sin embargo, MARCELIANO ISABAL (voz "Legítima" en Aragón en "Enciclopedia Jurídica Española", vol. XXI, Barcelona, s. f., p. 252) observó que "al revés de Sessé opinaron los antiguos foristas. MOLINO (*Repertorium forarum*, etc.) dice haber aprendido de ellos que si bien por el fuero *De exheredatione regnorum* el padre no podía desheredar sin causa legítima a los hijos, la costumbre había llegado a autorizar esa desheredación permitiendo la institución de un extraño". Criterio que dieron por vigente, a finales del siglo XVIII IGNACIO JORDÁN DE ASSO y MIGUEL DE MANUEL Y RODRÍGUEZ ("Instituciones del Derecho Civil de Castilla", Lib. II, Tit. III, Cap. II, Aragón, cfr. 3.ª ed. Madrid, 1780, p. 205). Pero LUIS FRANCO Y LÓPEZ en su "Memoria sobre las instituciones que deben continuar subsistentes del "Derecho civil Aragonés" (Zaragoza, 1886, Parte segunda, III, pp. 93 y s.), desmintió que existiera esa posibilidad. (Para un completo resumen de esta cuestión, cfr. SANTIAGO VIDIELLA, "De la legítima de los descendientes en Aragón", en Rev. Der. Priv. VI [mayo 1918], pp. 142 y ss.).

b₂) *En Mallorca y Menorca.*

El Derecho de Mallorca (y el de Menorca, por remisión a aquél del art. 65) determina globalmente las legítimas de los descendientes y ascendientes legítimos, de los hijos y padres naturales y los hijos adoptivos con adopción plena en la siguiente forma:

a) *Hijos legítimos siempre, y, si no concurren con éstos, los hijos naturales en la sucesión de la madre y los hijos adoptivos con adopción plena:* según el ap. 2 del § 1.º art. 41 Comp. “*Constituye su legítima la tercera parte de la herencia si fueren cuatro o menos de cuatro, y la mitad si excedieren de este número...*”. La Compilación ha recogido, pues, la legítima establecida por Justiniano en su Novela CXVIII.

Tanto los hijos naturales en la sucesión de la madre como los adoptivos con adopción plena, si concurren con descendientes legítimos no tienen señalada cuota global, sino individual, como luego veremos.

β) *Padres y ascendientes legítimos:* según el art. 42, ap. 2.º: “*Constituye su legítima la tercera parte de la herencia*”.

La Compilación balear resuelve así para Mallorca y Menorca una cuestión muy debatida por los autores en cuanto a la aplicación del Derecho romano (288), tanto antes de la promulgación del Código civil como después de ésta (289).

(288) Se señalaron hasta tres interpretaciones diferentes respecto la aplicación del Derecho romano a la cuantía de la legítima de los ascendientes legítimos. Se sostuvo: que era la cuarta parte del *as* hereditario, la tercera parte del mismo, y la tercera parte del haber que abintestado hubiese correspondido al ascendiente, habida cuenta que éste al concurrir con hermanos de doble vínculo del causante, conforme la Novela CXVIII, la compartía con éstos por partes iguales.

La tesis que la fijaba en la cuarta parte del *as* se apoyó en la opinión de que las Novelas de Justiniano no variaron la cuantía de la legítima de los ascendientes (cfr. en este sentido JUAN O'CALLAGHAN, “Legítima de los ascendientes en Mallorca”, en R. D. P., V, 1918, pp. 151 y ss.) y, especialmente, en la interpretación verificada por una *Ordinació nova*, contenida en la Compilación hecha por los doctores CANET y MESQUIDA en 1623, que dice: “Per tolrá tos dupte statuim é ordenam que la lligítima dels atsendents sia també, la quarta parte de assó que succeirían abintestat” (cfr. MATÍAS MASCARÓ Y ALBERTY, “Derecho foral de Mallorca”. Palma, 1904, p. 166). Pero se objetó que las *Ordinacions noves* no fueron sino respetables opiniones de CANET y MESQUIDA, sin fuerza legal, ni hay constancia de que la referida tuviera precedente en privilegio conocido alguno de rey mallorquín (cfr. JUAN AGUILÓ VALENTÍ, “La legítima foral de los ascendientes según el Derecho vigente en Mallorca”, Madrid, 1913, pp. 22 y ss.).

La opinión de que la legítima equivale a un tercio del *as*, se fundó en la aplicación, en igualdad de circunstancias, a los ascendientes de la misma legítima que para los descendientes estableció la Novela XVIII, cap. I de Justiniano, por el hecho de que los ascendientes nunca pueden concurrir en mayor número de cuatro (tesis de JUAN ALCOVER, según AGUILÓ, cfr. loc. cit., pp. 24 y siguiente).

Pero preponderó el criterio del *tricus tricentis*, que atribuía al ascendiente el tercio de la cuota que abintestato le correspondería. Se basó en la Nove-

γ) *Hijos naturales reconocidos, y sus descendientes legítimos por representación, en la sucesión del padre.*

— Concurriendo con descendientes legítimos no se señala cuota global, sino únicamente individual proporcional a la de aquéllos (artículo 43, a).

— Concurriendo con ascendientes legítimos, según el art. 43, b, “tendrán los hijos naturales una cuota global equivalente a la de aquéllos”, es decir, de *un tercio*.

Se trata de una innovación de la Compilación, pues antes de ella, conforme al Dig. V-II, 29, § 1, los hijos naturales sólo eran legítimarios en la herencia de su madre.

δ) *Padres naturales, en la sucesión de los hijos naturales reconocidos, y adoptantes, en la sucesión de los adoptados con adopción plena, tienen los mismos derechos que tendrían si fuesen sus padres legítimos: es decir, como los ascendientes legítimos, un tercio.*

c₂) *En Ibiza y Formentera.*

Conforme el art. 79, § 1, Comp. Bal.: “*Constituye la legítima de los descendientes la tercera parte del haber hereditario si fueren cuatro o menos de cuatro, y la mitad de la herencia si excedieren de este número, contándose los hijos por cabezas y los demás descendientes por stirpes*”.

Es decir, como en el resto de Baleares, la cuantía de la legítima de los descendientes en Ibiza y Formentera es la justinianea de la Novela CXVIII.

La cuantía de las demás legítimas en estas dos islas se rige supletoriamente por el Código civil.

d₂) *Cataluña.*

Según el art. 129 Comp. Cat.: “*La cuantía de la legítima es la cuarta parte...*”.

la CXV, cap. IV de Justiniano, y especialmente en que así fue vivido en las costumbres y lo entendieron prestigiosos juristas baleares. Se cita un dictamen de 10 de mayo de 1874 emitido por los letrados MIGUEL IGNACIO FONT, ANTONIO SBERT y PEDRO SAMPOL, en el que invocaron la jurisprudencia de los Tribunales; la remisión al Derecho justinianeo hecha por PEDRO RIPOLL Y PALAU en su “Memoria”; la exposición elevada al Ministerio de Gracia y Justicia por el Colegio de Abogados de Palma de Mallorca el año 1881, y el criterio de la Comisión especial de Derecho foral de Baleares que redactó el proyecto de 1903, integrada por RIPOLL, SAMPOL, GUASP, SOCÍAS, FONT y SUREDA MORERA. Cfr. en este sentido AGUILÓ, loc. cit., pp. 38 y ss. y LUIS PASCUAL GONZÁLEZ, “Derecho Civil de Mallorca”, Mallorca 1951, pp. 224 y ss.

(289) Se discutió si el tercio de la cuota abintestato de los ascendientes se debía referir a la que les correspondía conforme la Novela CXVIII, según la cual concurrían en la sucesión junto con los hermanos germanos del causante, o bien a la correspondiente con arreglo al art. 935 C. c., conforme al cual no se da ese concurso. En los Proyectos de Apéndice de 1920 y 1949 y en el informe conjunto de los Colegios de Abogados de Palma y Notarial de Baleares de 7 de abril de 1929, se sostuvo el criterio de la Novela CXVIII (cfr. PASCUAL Y GONZÁLEZ, op. cit., pp. 224 y ss.).

La cuarta es la cuota legitimaria tradicional en Cataluña y el final de un proceso histórico limitativo de su cuantía. Parece que inicialmente rigió en Cataluña, en algunas localidades, la legítima goda, modificada en Barcelona por costumbre, que la señaló en ocho quinceavos, y, en otras poblaciones, la justiniana del tercio o la mitad, según el número de hijos. La Constitución de las Cortes de Montblanch de 1333 extendió la legítima justiniana a todo Cataluña. A Barcelona por Privilegio dado por Pedro el Ceremonioso en 1343, se le aplicó la legítima teodosiana de la cuarta parte, que Felipe II, en la Constitución de las Cortes de Monzón de 1585, en su cap. 4, extendió a todo Cataluña (290), tanto para los descendientes como para los ascendientes. La misma cuantía tenía la *quarta antonina o plana* para los arrogados impúberes y los adoptados por ascendiente de ulterior grado (291).

e₂) *Vizcaya*.

El art. 21 Comp. Vizc., la señala (292) en términos generales: "*La legítima o herencia forzosa se halla constituida por los cuatro quintos de la totalidad de los bienes del testador. El quinto restante es de libre disposición*".

Sin embargo, para los profincos colaterales tronqueros, conforme el n. 4 del art. 22, queda circunscrita "*respecto de los bienes troncales de la propia línea*".

B) DETERMINACIÓN DE LAS LEGÍTIMAS INDIVIDUALES

B₁) *En el Código civil*.

42. *En el parentesco de consanguinidad legítima*.

a) *Legítima de los hijos y descendientes legítimos*.

El art. 808, § 2.º, C. c., autoriza que el padre o madre podrán "*disponer de una parte de las dos que forman la legítima, para aplicarla como mejora a sus hijos y descendientes legítimos*". Y, según el art. 823, § 1.º: "*El padre o madre podrán disponer a favor de alguno o algunos de sus hijos o descendientes legítimos de una de las dos terceras partes destinadas a legítima*".

(290) Cfr. GUILLERMO M.^a BROCA y JUAN AMELL, op. cit., vol. II, § 740, p. 429.

(291) Cfr. BORRELL I SOLER, op. cit., vol. V, § 500, nn. 15, 16 y 17. p. 300, y § 513, n. 1, p. 458.

(292) Sigue este artículo el precedente de la ley 5, Tít. XXI, del Fuero de Vizcaya, que disponía: "Testador alguno que tenga descendientes, o ascendientes, pueda mandar a estraños más de la quinta parte de sus bienes; de la qual quinta parte de sus bienes, se hayan de sacar, y hacer las animalias, y mandas pias, ante todas cosas".

Vemos, pues, que se regula la legítima de los hijos y descendientes legítimos descomponiéndola en dos mitades: la legítima estricta y la mejora.

I) *Distribución de la mejora*

De una de esas dos terceras partes se faculta al padre o madre para “*disponer a favor de alguno o algunos de sus hijos o descendientes legítimos*”. Es decir, esta mitad de la *legítima larga*, o porción de *mejora*, es legítima colectivamente de los descendientes, pero no individualmente, en cuanto el testador puede distribuirla a su arbitrio o dejarla a cualquiera de sus descendientes, sea de primero o ulterior grado. Pero el lugar para ocuparse más detenidamente de ello es al tratar específicamente de las mejoras.

Concurriendo los hijos legítimos con un hijo adoptado plenamente, según el art. 179, n. 1, éste “*no podrá percibir por la mejora más que el hijo legítimo menos favorecido*”.

II) *Atribución de la legítima corta, y en cuanto no haya mejora de la larga.*

La autorización del art. 823, § 1.º, no sólo no se extiende, sino que *sensu contrario* está implícita la prohibición de aplicarla a la otra mitad de la *legítima larga*, o sea, a la *legítima corta*. En cambio, ninguno de los preceptos que regulan la legítima de los hijos descendientes legítimos, nos dice por qué orden y cómo deben ser distribuidas, entre unos y otros, esa *legítima corta* y la parte de la *legítima larga* no utilizada para mejorar (293).

43. La respuesta sólo la podemos hallar en el Derecho anterior, que el Código civil debió recoger (294), en los precedentes legislativos del mismo y en la aplicación analógica de otros de sus preceptos.

(293) Así dice SÁNCHEZ ROMÁN, op. cit., VI-II, cp. XV, n. 39 (ed. cit., pág. 796): “es lo cierto que, por lo que se refiere a las *legítimas* propiamente tales, o en la sucesión testada, este n. 1 del art. 807 ni ningún otro sobre esta materia tienen redacción adecuada que así lo exprese [igualdad de los hijos *per capita*s, con preferencia a sus respectivos descendientes, que entran *por representación, in stirpes*], si se observa que, a pesar de los términos generales en que están concebidos los arts. 924 y siguientes que definen y reglamentan el *derecho de representación*, parecen sólo escritos para la sucesión intestada, de cuyo cap. 3.º, Lib. III, forman la sección 3.ª

(294) El mismo SÁNCHEZ ROMÁN (loc. y pág. últ. cit.) nos dice que la interpretación del art. 807, n. 1.º, “no ha ofrecido duda a juristas ni tribunales, poseídos con rara unanimidad, del espíritu tradicional del Derecho romano y patrio en esta materia”.

a) *Distribución igualitaria entre los hijos.*

Debe hacerse *per capita*, por iguales partes. En efecto:

1.º La aplicación del *Derecho histórico* es muy clara:

La ley *Dum inlicita* (*Lex Visigothorum* IV-I, 1) abrogó la anterior facultad de disponer *mortis causa* y tan sólo permitió la mejora como excepción a la igualdad entre los hijos. Durante los siglos siguientes a la caída del Reino visigodo aparece predominante una tendencia a la igualdad sucesoria de los descendientes. Todos tenían igual derecho a la herencia paterna, y debían partir por iguales partes los bienes de sus padres, ora hiciesen testamento ora muriesen abintestato (295). Así el Fuero de Cuenca, en su rúbrica 230, ordenó: “quod neque pater neque mater aliqui possint dari alicui filiorum suorum, neque sano, neque infirmi, sed omnes equaliter accipiant, tam in mobile quam in radice”. Y, al reaparecer las mejoras, éstas representaron una excepción a esta distribución igualitaria (296).

Por otra parte, en Derecho romano la legítima correspondía a los hijos por partes iguales: “ut pro rata iis distribuatur, id est pro virile portione...” (Ins. II-XVIII, § 7.º). Criterio que, por tanto, hay que relacionar con la declaración de la ley 17, Tít. I, Sexta Partida: “Mas si este atal ovisse fijos, o otros herederos que descendissen del, puede partir entre ellos lo que ouire, de manera, que de a cada uno dellos su legitima parte...”. Legítima que, según explicó Ulpiano (Dig. V-II, 8, § 6), debía equivaler a la cuarta parte de “quod ad eum esset peruenturum, si intestatus pater familias decessisset”, lo que confirma la igualdad de los hijos en su derecho cuantitativo a la legítima, completándose esta regla con las de preferencia de grado y derecho de representación (Instit. III-I, § 6.º, inc. 1 y Nov. CXVIII, cap. II). Este texto tuvo expresiones más o menos perfectas, en el Fuero Juzgo IV-II, 2 y IV-I, 1; en el Fuero Real III-VI, 1 y 7 y en la ley 3, tít. XIII, 6.ª Partida.

Y las leyes de Toro, regularon las mejoras de tercio y de quinto como excepciones a la distribución igualitaria de los bienes entre los hijos.

2.º Toda la *discursión acerca de las legítimas y la libertad de testar en el período codificador* gira en torno a cuál es el sistema preferible como criterio si el de distribución igualitaria, o el del arbitrio del padre. Sabemos, por Alonso Martínez (297), que la Comisión General de Codificación aceptó la propuesta transaccional de Augusto

(295) FRANCISCO MARTÍNEZ MARINA, “Ensayo Histórico Crítico sobre la antigua legislación y principales cuerpos legales de los reynos de León y Castilla” (Madrid, 1807), n. 244 (pág. 200), explicó: “Y aunque la ley goda otorgaba facultad al padre o abuelo para mejorar al hijo o al nieto en el tercio del haber, los nuestros la abandonaron en este punto, decretando una total igualdad en las sucesiones y herencias de bienes raíces, y aún de los muebles”.

(296) Cfr. MANUEL ANTONIO ROMERO VIELTEZ, “La Mejora” (Madrid, 1936), II, V y C, pp. 52 y ss.

(297) ALONSO MARTÍNEZ, op. y cap. cit., sec. IV (ed. cit., p. 146).

Comas, consistente en la siguiente fórmula: “*El caudal del padre se considerará dividido en tres partes iguales, constituyendo una la legítima de los hijos, disponiendo aquél de la otra a su albedrío y destinando el tercio restante a la sabia institución de las mejoras*”. Con lo cual, la legítima era la porción que no era libremente disponible, ni susceptible de mejora, conservando por consiguiente su tradicional característica de ser objeto de división igualitaria.

3.º) Como principio o norma general interpretativa, cabe aducir el art. 765, según el cual: “*Los herederos instituidos sin designación de partes heredarán por partes iguales*” (298).

4.º La aplicación analógica de otros preceptos del Código, apoyada en los precedentes históricos, nos lleva a una distribución igual a la que dispone para la sucesión abintestato. Para ésta el art. 932 dice que: “*Los hijos del difunto le heredarán siempre por su propio derecho, dividiendo la herencia por partes iguales*” (299) y al art. 932 lo completa el art. 934: “*Si quedaren hijos y descendientes de otros hijos que hubiesen fallecido, los primeros heredarán por derecho propio y los segundos por derecho de representación*”.

β) *Distribución por estirpes entre los nietos y descendientes de ulterior grado.*

La aplicación del derecho de representación en la posición y los derechos de los legitimarios, a favor de los descendientes legítimos de hijos premuertos (300), nos conduce al art. 926 C. c.: “*Siempre que se herede por representación, la división de la herencia se hará por estirpes...*”; y, analógicamente, al art. 934 que, al regular la sucesión intestada en la línea recta descendente, dice: “*Si quedaren hijos y descendientes de otros hijos que hubiesen fallecido, los primeros heredarán por derecho propio, y los segundos por derecho de representación*”; y al artículo 933: “*Los nietos y demás descendientes heredarán por derecho de representación y, si alguno hubiese fallecido dejando varios herederos, la porción que le corresponda se dividirá entre éstos por partes iguales*”.

γ) *La repudiación de la legítima no favorece al heredero, sino que amplía la participación de los demás legitimarios, pues del divi-*

(298) MARIO NAVARRO AMANDI (“Cuestionario del Código Civil Reformado...” —Madrid, 1890—, T. III, art. 801, pág. 291) comentó: “Cuando un testador instituye a varios herederos sin designación de partes, heredarán por partes iguales: del mismo modo, cuando la ley establece una legítima para diversas personas sin expresar en qué proporción han de distribuirla, debe entenderse que todos han de heredar por iguales porciones. Esta es una regla general que realmente no necesita justificarse, porque establecida en el artículo 765 para los instituidos por el testador, ¿cómo ha de sentarse en principio otra para los llamados por la ley?”

(299) MANRESA (op. cit., vol. VI, art. 808 —ed. cit., pp. 242 y s.—) considera aplicables los arts. 921 a 934, “aunque no lo diga expresamente el artículo 808 ni otro alguno”, y añade luego: “Se presenta en primer término la idea de igualdad”.

(300) Cfr. “Distribución del derecho a la legítima individual de los descendientes en el Código civil”, 5, en R. D. P. LI, septiembre 1967, p. 735.

Por se resta el número de los repudiantes (301). El art. 985, § 2.º dice: “*Si la parte repudiada fuere la legítima, sucedrán los herederos por su derecho propio, y no por el derecho de acrecer.*”

Igual criterio se aplicará en caso de indignidad y de desheredación, cuando, por no dejar descendencia legítima el indigno o desheredado, no sean de aplicación, respectivamente, los arts. 871 y 857 C. c. (302).

b) *Legítima de los padres y ascendientes legítimos.*

a) De sobrevivir el padre y/o la madre, el art. 810, § 1.º dice:

“*La legítima reservada a los padres se dividirá entre los dos por partes iguales; si uno de ellos hubiere muerto, recaerá todo en el sobreviviente.*”

β) Si sólo quedaran ascendientes de ulterior grado, según el art. 801, § 2.º:

“*Cuando el testador no deje padre ni madre, pero sí ascendientes, en igual grado, de las líneas paterna y materna, se dividirá la herencia por mitad entre ambas líneas. Si los ascendientes fueren de grado diferente, corresponderá por entero a los más próximos de una u otra línea.*”

El principio de proximidad de grado excluye, pues, el de división por líneas, que sólo se aplica en caso de igualdad de grado.

En igualdad de grado dentro de cada línea, la legítima se dividirá por partes iguales (303).

44. c) *En la filiación y paternidad adoptiva plena.*

a) *Legítima de los hijos adoptivos con adopción plena.*

Asimilados, al respecto, por la reforma de 1958 a los hijos naturales reconocidos, la de 4 julio 1970 los ha equiparado a los hijos legítimos: y, por tanto, ha de sumarse el número de éstos y de aquéllos para distribuir la legítima estricta y la larga no utilizada por el causante para mejorar (art. 179, § 1.º). El criterio, expresado en el n. 1 de este párrafo, de que el adoptivo no puede recibir como mejora “más que el hijo legítimo menos favorecido”, muestra que con esa limitación, el adoptado plenamente, comparte los dos tercios reservados como legítima a los descendientes legítimos por el artículo 808 C. c. Luego veremos la repercusión que, en su legítima,

(301) Cfr. *Ibid.*, § 5, e, pp. 736 y s.

(302) Cfr. *Ibid.*, § 5, d, pp. 735 y s.

(303) Cfr. MANRESA, op. cit., vol. VI, art. 810, p. 246; SCAEVOLA, op. cit., vol. XIV, art. 810, p. 236; SÁNCHEZ ROMÁN, op. cit., VI-II, cap. XV, n. 59, pp. 836 y s.; F. DE LA ESCOSURA y M. AZPEITIA, op. y vol. cits., tema 143, p. 661; VALVERDE VALVERDE, op. y vol. cits., cap. IX, § 2.º; p. 220; ROYO MARTÍNEZ, op. cit., XIX, § 1.º, p. 207; ESPÍN CÁNOVAS, op. y vol. cits., sec. III, cap. II, n. IV, p. 297; PUIG BRUTAU, “Fundamentos...”, vol. V-III, cap. I, 6, pp. 75 y ss.; BONET RAMÓN, “Compendio...”, vol. V, § CXXXVI, n. 106, p. 585.

puede tener el hecho de que además concurren hijos naturales reconocidos.

β) *Legítima del padre y madre adoptantes: ocupan "en la sucesión del hijo adoptivo la posición de padres legítimos"* (artículo 179, § 3.º).

d) *En el parentesco natural.*

a) Legítima de los hijos naturales.

45. *En concurrencia con hijos legítimos, según el art. 840, § 1.º, C. c., cada uno de los hijos naturales tendrá: "Derecho a la mitad de la cuota que corresponda a cada uno de los legítimos no mejorados, siempre que quepa en el tercio de libre disposición, del cual habrá de sacarse, deduciendo antes los gastos de entierro y funeral."*

Este precepto obedece a la base 16 de la ley de Bases: "*Tendrán los hijos naturales reconocidos derechos a una porción hereditaria, que, si concurren con hijos legítimos, nunca podrá exceder de la mitad de lo que por su legítima corresponda a cada uno de éstos*"; y aplica el criterio de la Comisión codificadora (304) de que "la porción legítima no exceda, ni siquiera iguale, a lo que se dé al hijo legítimo menos favorecido".

La doctrina ha planteado varias cuestiones referentes a esa proporcionalidad de la legítima de los hijos naturales respecto de la legítima de los legítimos.

I) Unas se refieren al entendimiento de la expresión hijos legítimos "no mejorados".

— ¿Significa que la medida de la legítima de un hijo natural es la mitad de la porción que de los tres tercios de la herencia reciba el hijo legítimo a quien no se mejore?

En ese caso, la legítima del hijo natural sería la mitad de la parte viril que a un hijo legítimo correspondería en todo el haber. Esta interpretación casa bien con la letra del art. 840 cuando se refiere "a la mitad de la cuota que corresponda a cada uno de los legítimos no mejorados"; pero sin duda no encaja con su espíritu, pues, si trata de la cuota legitimaria del hijo natural, es más lógico entender que para calcularla el precepto se refiera a la cuota legitimaria del hijo legítimo y no a la cuota global que éste reciba. Lo confirma así el texto de la base 16, antes transcrito, que refiere la cuota de legítima del hijo natural a la mitad de la legítima de cada hijo legítimo (305).

— ¿Indica que la legítima del hijo natural ha de tener como mó-

(304) Cfr. ALONSO MARTÍNEZ, op. cit., cap. VII, p. 201. El acuerdo de la Comisión fue literalmente redactado así: "Segundo: Que esta porción hereditaria no fuera en ningún caso superior ni igual que la de los hijos legítimos".

(305) Cfr. DE DIEGO, op. y vol. cit., Lec. 89, p. 218.

dulo la porción viril de cada hijo legítimo en el tercio de la legítima estricta?

No han faltado autores que defendieran esta interpretación (306) y en una ocasión el Tribunal Supremo ha ofrecido cierta base para sostenerla (307). En contra de este criterio se ha aducido fundamentalmente: 1.º Que confunde tercio de mejora y mejora efectiva, y que el tercio de mejora es legítima si no hay mejora. 2.º Que la Comisión codificadora mostró el sentido auténtico del precepto al entender que el hijo natural no podía recibir mayor porción que la mitad de lo que correspondiese al legítimo menos favorecido (308).

— ¿Quiso referirse la proporción a la porción de los tercios de legítima y mejora recibida por el hijo legítimo menos favorecido?

La referencia, antes indicada, de Alonso Martínez al criterio de

(306) Así LÓPEZ R. GÓMEZ, *op. cit.*, vol. I, cap. XV, n. 22, p. 568. RAFAEL RAMOS BASCUÑANA, *op. cit.*, vol. II, cap. XXXIV, 5, B, pp. 211 y s. en relación con cap. XXXIII, n. 8, pp. 177 y ss.

(307) La S. 2 diciembre 1930 se halló ante un supuesto en el cual el causante había atribuido por vía de mejora a sus hijos legítimos la tercera parte de todos sus bienes, derechos y acciones y, en otra cláusula de un testamento que otorgó el día siguiente, precisó que dejaba a sus hijos legítimos el tercio de mejora de la manera expresada, pero ordenando que se distribuyera entre ellos de modo que la parte de uno de los hijos excediera en dos mil pesetas de la de sus hermanos y la de una de sus hijas en mil pesetas a la de su hermana. Los hijos naturales, a los que el testador les reconoció la legítima correspondiente conforme al Código civil, demandaron basándose en que los hijos legítimos no estaban mejorados. En la segunda instancia la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Granada, rechazó la demanda, por considerar que "conforme al artículo 840 del Código civil, la legítima de los actores, como hijos naturales, reconocidos por el causante, debe ser determinada teniendo en cuenta la legítima estricta que pudiera corresponder y corresponde a los hijos legítimos coherederos, aparte de lo que les correspondiera por mejora en la forma y modo que el citado artículo establece". Interpuesto recurso de casación fue rechazado por el Tribunal Supremo que, en su 7.º considerando, dijo que el Tribunal de instancia, "interpretando con acierto lo expresado por el causante, cuya voluntad resulta patente en la cláusula mencionada de su testamento, y discurriendo sobre la base del caso especial del pleito, no ha infringido en modo alguno los susodichos artículos del Código civil —por otra parte no interpretados con análogo criterio por los tratadistas— al declarar la Sala, aunque con unos términos de generalidad innecesarios para el pleito, sino concretándose a la realidad del mismo y del testamento que lo originó en tales extremos, válida expresión de la voluntad del testador por hallarse conforme con las disposiciones legales, que la legítima de los actores, es decir, de los hijos naturales reconocidos por el causante, debe ser determinada teniendo en cuenta la legítima estricta que pudiera corresponder y corresponde a los hijos legítimos, con independencia de lo que les correspondiera por mejora en la forma que el citado artículo 840 establece". Entendemos que el Tribunal Supremo, en esta Sentencia, viene a indicar que la voluntad del testador puede excluir que la legítima de los hijos naturales se compute con relación a mayor porción de la legítima estricta, para lo cual le basta mejorar expresamente a todos los hijos legítimos.

(308) Cfr. MUCIUS SCAEVOLA, *op. y vol. últ. cit.*, art. 840, III, B, a, pp. 873 y ss.; DE BUEN, *Notas cits.*, vol. cit., cap. II, sec. XI, § 5.º, p. 336; ESPÍN, *op. y vol. cits.*, VII, 2, p. 308; PUIG PEÑA, *op. y vol. cits.*, cap. XII, 2, D, 1.º, e, pp. 333 y s.

la Comisión de Códigos parece favorable a esta interpretación. Igualmente puede observarse que mejora en sentido gramatical es lo que se recibe de más respecto de otros hijos, y que, por tanto, cuando verbalmente se mejora a todos los hijos por igual realmente no se mejora a ninguno; que si se les mejora desigualmente sólo se mejora realmente a quienes se les asigna mayor porción. Sin embargo, creemos que esta interpretación es la que en el fondo rechaza el Tribunal Supremo en su citada S. de 2 diciembre 1930 (309).

— ¿Refiere la participación a lo que reciban con cargo a los tercios de legítima estricta y de mejora aquellos hijos legítimos a favor de los cuales el testador no haya dispuesto *expresamente* de porción alguna del tercio de mejora, y, por tanto: si no hay mejora expresa alguna, a su porción viril en los dos tercios, y si la hay, a la que les corresponda en la suma del tercio de legítima estricta y del residuo del tercio de mejora no utilizado por el testador para ordenar mejoras expresas?

Este es el criterio seguido por la inmensa mayoría de los autores (310) y por el Tribunal Supremo en S. 27 diciembre 1935 (311), que declaró en su 5.º Considerando:

“...la legítima de los hijos o descendientes legítimos la forman dos tercios del caudal hereditario si no hay mejora, o un tercio si se destinó a ésta todo el segundo, o bien el primero y lo que reste del segundo, en la parte del mismo sustraída a dicho fin, constituyendo por tanto una cuota distinta en cada sucesión la legítima que corresponde a cada hijo legítimo, con imperio de la teoría llamada del dividendo variable, por lo que la frase “hijos legítimos no mejorados”, empleada en el referido artículo 840, responde exclusivamente al principio cardinal de impedir que el hijo natural reciba, con cualquier motivo o circunstancia, mayor participación en la herencia que la representada por la mitad de lo que en el respectivo caso corresponda al hijo legítimo no favorecido con mejora, partiendo de la realidad de hijos y descendientes mejorados y no mejorados,

(309) Cfr. *supra* nota 307.

(310) Así: MANRESA, op. y vol. últ. cit., arts. 840 a 844, II, 3.º, pp. 535 y ss.; SCAEVOLA, loc. últ. cit.; SÁNCHEZ ROMÁN, op. cit., VI-II, cap. XV, n. 78, pp. 901 y ss.; DE DIEGO, op. y loc. últ. cit., p. 218; DE BUEN, loc. y pág. últ. cit.; VALVERDE VALVERDE, op. y vol. cit., cap. XI, p. 260; CASTÁN TOBEÑAS, “Derecho civil...”, 4.ª ed., vol. I-2.º, tema LXVII, II, B, a, pp. 361 in fines y s.; ESPÍN, loc. últ. cit.; PUIG PEÑA, op. y pág. últ. cits.; SANTAMARÍA, op. y vol. cit., art. 840, pp. 823 y ss.; PUIG BRUTAU “fundamentos...”, vol. V-III, cap. I, 7, C, 1, p. 82; BONET RAMÓN, “Código...”, art. 840, p. 660.

(311) En el supuesto de hecho de la S. 27 diciembre 1935, el testador no tenía sino una única hija legítima, sin ascendientes de esa clase, y un hijo natural. Interpusieron la demanda los legatarios, hermanos y sobrinos del testador, a quienes la cuantía de la legítima del hijo natural —al aplicarse al tercio de libre disposición— les reducía su porción. El Tribunal Supremo partió de la precisión hecha en su 3er. considerando de que hace falta acto expreso del testador para que haya mejora, aparte de los casos excepcionales de los arts. 828 y 782 C. c.

ya que cuando no hay mejora no se da la posibilidad de que alguien ostente tal beneficio o quede fuera de él y en este sentido no cabe interpretar la frase expresada como referida a un tercio de mejora ideal y abstracta, presente siempre en toda sucesión, con voluntad expresa del causante o sin ella, porque su significado equivalga a la total, perenne e invariable exclusión del tercio de mejora, para fijar la cuota del hijo natural”.

II) Otra cuestión referente a la proporcionalidad de las legítimas del hijo natural y del hijo legítimo no mejorado, fue planteada por Sánchez Román (312) para el caso de concurrir el cónyuge viudo sin tener el testador descendientes de un ulterior matrimonio —por lo cual la cuota viudal recae como es lo normal en el tercio de mejora—, en el cual, en cuanto no recaiga sobre mejora expresa, el usufructo viudal afectará a la parte correspondiente en la legítima larga de cada hijo legítimo, que éste recibirá, en nuda propiedad, por razón de lo cual cree que la mitad correspondiente a esta porción también el hijo natural deberá recibirla en nuda propiedad. En contra, objetó De Buen (313) que la legítima viudal no disminuye la cuota de los hijos legítimos, sino que tan sólo se la limita, y que la expresión del art. 840 al referirse a lo que corresponde a los hijos legítimos no mejorados se refiere a la *cuantía* y no a la *calidad*.

III) La cuota legitimaria de cada hijo natural puede resultar reducida:

1.º Por la deducción de los gastos de entierro y funeral (314).

2.º En el supuesto de que el producto de multiplicar el número de hijos naturales por la mitad de la cuota legitimaria de los hijos legítimos no mejorados arroje una cantidad que exceda del tercio de libre disposición después de deducidos de éste dichos gastos de entierro y funeral; deberá reducirse la cuantía de aquélla para que su producto no exceda del remanente de dicho tercio una vez hecha la indicada deducción. Este supuesto se dará, v. gr., cuando el número de hijos naturales sea el doble o más que el de legítimos, e incluso en cuanto exceda en uno si ningún descendiente legítimo hubiese sido mejorado.

3.º En caso de concurrir el cónyuge viudo e hijos de un anterior matrimonio del causante: Supuesto que regula el art. 836, redactado por Ley 24 abril 1958 en los siguientes términos:

“En caso de concurrir hijos de algún matrimonio anterior del causante, el usufructo correspondiente al cónyuge viudo recaerá sobre el tercio de libre disposición”.

“En tal supuesto, si hubiese hijos naturales, se adjudicará a éstos

(312) SÁNCHEZ ROMÁN, op., vol. y cap. últ. cit., n. 78, pp. 901 y ss. CASTÁN TOBEÑAS (loc. últ. cit., nota 1, p. 362) califica de “muy científico el criterio de SÁNCHEZ ROMÁN”.

(313) DE BUEN, loc. últ. cit., c), p. 336. En igual sentido PUIG PEÑA, loc. últ. cit., d), pp. 332 in fine y s.

(314) Cfr. *supra*, n. 16.

su legítima en nuda propiedad, y si, mientras dure el usufructo, estuvieren en el caso de pedir alimentos, tendrán derecho a exigirlos de todos los legitimarios en proporción a su haber hereditario”.

46. En otros supuestos de concurso, no interviniendo descendientes legítimos.

En concurrencia con ascendientes, así como no concurriendo con descendientes ni ascendientes, la legítima individual de los hijos naturales será una parte viril, de la cuota global respectivamente fijada en los arts. 841 y 842 C. c. (cfr. *supra*, n. 40). Las razones que, como hemos visto, militan para la distribución *per capita* de la legítima de los hijos legítimos pueden aplicarse también para la distribución de su legítima entre los hijos naturales. La aplicación del derecho de representación a favor de los descendientes legítimos del hijo natural está expresamente reconocido en el art. 843 C. c.

1) En concurrencia con adoptados plenamente, sin haber descendientes legítimos.

Según dice la regla 2.^a del § 1.^o art. 179, modificado por la Ley de 4 julio 1970: “Si concurriere [el adoptado plenamente] con hijos naturales reconocidos, cada uno de éstos no podrá percibir menos porción que el adoptivo”.

Esta regla, en el supuesto de no concurrir descendientes legítimos parece desdoblarse en las dos siguientes:

1.^o Los adoptados plenamente y los hijos naturales en caso de concurrir deberán equipararse en cuanto se refiera a las legítimas.

Pero esta equiparación conviene analizarla: Hemos visto, por una parte, que los hijos naturales en concurso con ascendientes tienen derecho a una cuarta parte de la herencia, sin perjuicio del usufructo del cónyuge viudo (art. 841), y que si no concurren con descendientes ni ascendientes legítimos tienen derecho a un tercio de la herencia; y, de otra, que los adoptados plenamente ocupan la posición de los hijos legítimos, es decir, excluyen a los ascendientes legítimos del adoptante y tienen derecho a dos tercios del caudal. Creemos que —como ha dicho García Cantero (315)—, en ese supuesto de concurrencia de adoptado plenamente, hijos naturales y ascendientes legítimos, debe prevalecer la equiparación del adoptivo al legítimo a efectos de que los ascendientes sean excluidos y, en cambio, la particularidad del art. 179, n. 2, debe aplicarse únicamente respecto de la equiparación de la cuantía de la legítima de los adoptados plenamente y los naturales.

¿Cómo se aplicará, pues, la regla 2.^a del art. 170, § 1.^o si cada hijo natural “no podrá percibir menos porción que el adoptivo”? ¿Se ampliará la legítima de aquéllos?, o ¿se reducirá la de éste?

(315) GABRIEL GARCÍA CANTERO, “Aspectos sucesorios de la nueva Ley de adopción”, en R. G. L. y J. 229, 2.^o sem. 1970, pp. 681 y s.

(316) o bien, ¿se dividirán unos y otros la suma de sus legítimas originarias respectivas por partes inguales?

Notemos que con la primera de estas soluciones se esfuma la parte de libre disposición, y también con la tercera, tanto si, en el supuesto de no concurrir ascendientes, se estima que es un tercio la legítima originaria de los hijos naturales, como si se considera que hay que partir de que éstos tienen derecho a la mitad de lo que por legítima corresponde a cada hijo legítimo —a los cuales son equiparados los adoptados plenamente— y salvo si fuese menor el número de hijos naturales que el de adoptados. Así el testador no podría favorecer con nada en pleno dominio a su cónyuge viudo.

Por otra parte, es de notar que la primera solución sólo sería viable si el número de hijos naturales no excediera de la mitad del de hijos adoptivos, pues si éstos tienen derecho a dos tercios del haber, sólo siendo los naturales la mitad en número, podrán éstos recibir igual porción aumentándose su legítima sin sobrepasar con ese aumento el as hereditario.

Pero, la segunda solución cambia la fórmula de “no menos el natural que el adoptivo” por “no más el adoptivo que el natural”, por lo cual no parece correcta.

No queda, pues, sino la tercera solución. Con ella, sin embargo, se produce la paradoja de que los hijos naturales reciben mayor participación concurrendo con adoptados plenamente que con adoptados simplemente.

2.º En la parte disponible no puede beneficiarse más al hijo adoptivo que a cualquiera de los naturales. Extraña regla que, en concurrencia con hijos naturales, hace de peor condición al adoptado plenamente que a cualquier extraño. Extraña regla, también, porque mientras en concurrencia con descendientes legítimos puede el adoptado plenamente recibir más que cualquier hijo legítimo —si no hay mejora y de la parte de libre disposición se le deja más que al legítimo a quien más se beneficie— paradójicamente no puede recibir más que el natural que reciba menos.

II) *En concurrencia conjunta con adoptados plenamente y con descendientes legítimos.*

47. ¿Qué significa, en este caso, la regla 2.ª del § 1.º, art. 179?

Confesamos que la respuesta no parece fácil. Hallamos no menos que cuatro posibles interpretaciones. A saber:

1.º Equiparados los adoptados plenamente a los hijos legítimos, e igualados a aquéllos los naturales, los hijos de cualquiera de estas

(316) GARCÍA CANTERO (loc. cit., pp. 680 y s.) se inclina por esta solución: “Basta, pues —dice—, la concurrencia de un único hijo natural reconocido para que el hijo adoptado plenamente reciba idéntico trato que si fuera simplemente adoptado.

tres clases deberán compatir por partes iguales la misma legítima (317).

Confesamos nos parece difícilmente explicable la razón por la cual los hijos naturales son de mejor condición cuando, además de concurrir con descendientes legítimos, concurren con un adoptado plenamente. ¿Por qué, precisamente en este caso, han de restar mayor porción a la parte disponible con cargo a la cual el adoptante podría compensar a los hijos legítimos —especialmente a los nacidos con posterioridad a la adopción— de la disminución causada en su legítima por la concurrencia del hijo adoptivo?

Además el art. 840 dice que, en concurrencia con hijos legítimos, cada hijo natural reconocido tendrá “derecho a la mitad de la cuota que corresponda a cada uno de los legítimos no mejorados”; y conforme al art. 942, en la sucesión intestada, de concurrir con descendientes legítimos, los hijos naturales “sólo percibirán de la herencia la porción que se les concede en los arts. 840 y 841”. ¿Es que para el supuesto de concurrir adoptados plenamente han sido derogados estos preceptos por el art. 179, § 1.º, en su versión 1970?

¿Acaso no sólo resulta, modificado el art. 808, al incluir al hijo adoptivo en los dos tercios de legítima de los descendientes, sino que incluso es derogado respecto de los hijos naturales reconocidos cuando éstos concurren con el adoptivo? ¿No parece tal vez excesiva esta extensión derogatoria no expresamente ordenada? ¿No parece ilógico que la legítima de los hijos naturales tenga fuerza expansiva respecto la de los legítimos cuando, con unos y otros, concorra algún adoptado plenamente? ¿Por qué la tiene precisamente en ese caso?

¿Es posible que reciban, en ese caso, en conjunto los hijos natu-

(317) Supongamos un caso, en el cual concurren tres hijos legítimos, tres naturales y un adoptado plenamente. El testador lega el tercio de libre disposición a su cónyuge viudo, salvando lo que por legítima corresponda a sus tres hijos naturales, e instituye herederos a sus tres hijos legítimos y al adoptado plenamente por partes iguales. Veamos cómo puede aplicarse la voluntad testamentaria a la luz de los textos que regulan las legítimas de las tres clases de hijos concurrentes.

Si queremos aplicar, en igual plano y a la vez, las dos reglas del art. 179, § 1, tendremos que si los tres hijos legítimos y el adoptado plenamente han de repartirse los dos tercios de legítima larga por partes iguales, corresponderá a cada uno un sexto del haber. Pero como ninguno de los hijos naturales puede recibir menos que el adoptivo, tendremos: en primer lugar, que el cónyuge viudo nada podrá recibir de la parte de libre disposición, pues toda ella quedará absorbida por los hijos naturales; y, en segundo lugar, que si el adoptado ha de recibir lo mismo que los hijos legítimos menos favorecidos e igual que aquél debe recibir también cada uno de los naturales: habrá de repartirse, por consiguiente, la herencia entre los siete por partes iguales. Pero en ese caso los hijos naturales recibirían más del tercio de libre disposición en contra del art. 840, y cada uno de los legítimos, en los dos tercios, tendrá menos que su parte viril de la cuota señalada en el art. 808, aún contando al hijo adoptivo, y a pesar de no haber mejora alguna.

El ejemplo podríamos variarlo. Podríamos hacer jugar la mejora y cambiar el número de los hijos de cada una de las clases en juego. Pero, siempre, el intento de solucionar el problema nos llevaría a semejantes perplejidades.

rales más del tercio de libre disposición, en contra de lo previsto en el art. 840, el cual, habiendo hijos legítimos, exige que la legítima de los naturales “quepa dentro del tercio de libre disposición”? ¿También ha sido derogada esta norma en ese supuesto? Si no habiendo ningún adoptado, la legítima de los hijos naturales, en concurrencia con legítimos, no puede exceder de un tercio, ¿es lógico pensar que, en cambio, cuando además concorra algún adoptado plenamente sí que puede exceder de dicho tercio?

2.º Reducir la legítima del adoptado plenamente hasta igualarla con la de hijo natural (318).

Pero esta solución convierte la regla 2.ª, del § 1.º, del art. 179 Código civil, de norma para fijar la porción del hijo natural en “no menor porción que el adoptivo”, en norma para fijar la de éste “en no mayor porción que el natural”, y además parece muy alejada de la regla general enunciada en el primer epígrafe del mismo precepto. Ciertamente es que podría aducirse que esa excepción resulta, precisamente, de una de las dos particularidades que limitan la igualdad inicialmente declarada.

3.º Sumar las cuotas primigenias de legítima de los adoptados plenamente y de los hijos naturales y distribuir su suma entre unos y otros por cabezas (319).

(318) Este criterio es el que parece que sigue GARCÍA CANTERO (loc. cit., p. 681) que lo apoya en la circunstancia de que la particularidad primera del art. 179 dice “concurriendo sólo con hijos legítimos”. Pero esta particularidad se refiere al hecho de no poder recibir como mejora el adoptado plenamente más que el hijo legítimo menos favorecido, por lo cual la valoración del adverbio *sólo* insertado en ella no puede tener aquella interpretación *sensu contrario* —sino la absurda de que en caso de no concurrir *sólo* con ellos, podrían recibir como mejora más que el legítimo menos favorecido—, pues aquella interpretación únicamente cabría si ese adverbio *sólo* estuviera puesto en el párrafo inicial, que consigna la regla general de equiparación, pero no es así.

Si en el mismo ejemplo puesto en la nota anterior resolvemos que la norma del n. 2.º del § 1.º del art. 178 C. c., no afecta en modo alguno a los hijos legítimos, sino sólo al adoptado plenamente, a quien ha de reducirse su legítima para igualarla a la de cada hijo natural, resultará que, si a cada hijo natural le corresponde por legítima la mitad de lo correspondiente a cada legítimo y a cada uno de éstos, en nuestro caso, le corresponde un sexto del haber, a cada natural le corresponderá un doceavo (tres doceavos en total, y quedarán tres doceavos para el cónyuge viudo legatario de la parte de libre disposición) y, entonces, la legítima del hijo adoptivo habrá de ser reducida a un doceavo. Pero, en ese caso, la legítima de los hijos legítimos quedaría incrementada en el doceavo en el que se habría reducido la del adoptivo, y, siendo así, ni el adoptado recibiría tanto como el legítimo menos favorecido ni tampoco los naturales alcanzarían a obtener ni siquiera la mitad de lo recibido como legítima por los hijos legítimos no mejorados.

(319) Continuando con el mismo ejemplo que en las notas anteriores y aplicándole la tercera solución, tendríamos que los tres hijos legítimos tendrían que distribuirse dos tercios por partes iguales y los naturales el otro tercio también por partes iguales, pues así cada uno de éstos recibiría regularmente la mitad que cada uno de aquéllos por legítima larga, al no haber mejora para ninguno. Introducido el hijo adoptivo: correspondería un sexto a cada hijo legítimo, otro sexto —es decir, igual porción—, al adoptado y un noveno a cada

Pero con esa solución: el adoptado plenamente no ocupa la misma posición que el legítimo, y el natural recibe más de la mitad de la legítima larga de éste.

Tal vez ocurre que chocamos siempre con un imposible matemático, porque no se puede ser a la vez igual a dos desiguales.

4.º No aplicar la norma 2.ª de este § 1.º del art. 179, cuando, con el adoptado plenamente, no solamente concurren hijos naturales, sino también legítimos.

Las dificultades antes observadas pueden incluso hacer pensar en que, tal vez, el n. 2 del art. 179, § 1, debe entenderse aplicable exclusivamente al supuesto de concurrir adoptados con adopción plena e hijos naturales no habiendo descendientes legítimos. De ser así, al concurrir las tres clases de hijos, no se aplicaría ese núm. 2.º, sino únicamente el art. 840, a los hijos naturales.

Aun así se presentaría el problema de determinar si, en este caso, el cómputo de la legítima de los hijos naturales se debe hacer con relación a lo que cada hijo legítimo no mejorado recibe mercedo ya por la concurrencia o del adoptado, o con referencia a lo que le habría correspondiendo sin la concurrencia de éste. Como razón a favor de esta segunda tesis podrá aducirse que así la legítima de los hijos adoptivos no perjudicará a los naturales, pero cabría replicar que si directamente disminuye la de los legítimos no hay razón para que no pueda disminuir indirectamente la de los naturales, y que sólo con la primera solución se cumplirá lo dispuesto en el art. 840, § 1. .

hijo natural. Sumadas las legítimas de éstos y la de aquél y dividiendo la suma por partes iguales, tendríamos como resultado que la suma del sexto del adoptado y el tercio libre aplicado como legítima a los naturales, es decir, la mitad de la herencia en conjunto, debería repartirse por partes iguales entre los cuatro, o sea, a razón de $3/24$ cada uno. Pero en ese caso los tres naturales en conjunto recibirían $9/24$, es decir, más de un tercio de la herencia, con lo cual se contravendría los arts. 808 y 840 C. c.

Poniendo otro ejemplo en el que supondremos un causante fallecido abintestato, un hijo legítimo, otro natural y un adoptado plenamente, tendremos: en primer lugar, que si el adoptado plenamente y el hijo legítimo ocupan en la sucesión intestada igual posición, por la asimilación establecida en el artículo 179, § 1, pr., serían herederos *ab intestato* por partes iguales, sin perjuicio de la legítima del hijo natural reconocido, conforme el art. 942, que en ese caso sería un sexto. Aplicadas así únicamente dos reglas generales de los arts. 942, en rel. con el 840, y del 179, § 1.º, pr., tendríamos que al hijo legítimo le corresponderían dos sextos y medio, al adoptivo, otro tanto, y el restante un sexto, sería para el natural. Pero, en segundo lugar, como tenemos el n. 2.º del § 1, art. 179, habrá que corregir ese resultado con esa regla particular que, según el criterio de la tercera interpretación que ahora analizamos, dará lugar a que sumemos el *sexto* del hijo natural y los *dos sextos* y medio del adoptado y a que los dividamos por mitad ($1/6 + 5/12$): $2 = 7/24$, de modo que a cada uno de los dos le correspondería $7/24$, es decir, un sexto y tres cuartos de otro sexto, frente a los dos sextos y medio del hijo legítimo (es decir, $10/24$). Con lo cual, no se cumpliría el art. 840, pues el hijo natural recibiría más de la mitad que el legítimo, ni el art. 179, 1, pr., pues el adoptado plenamente no resultaría equiparado al hijo legítimo.

β) *Legítima de los padres naturales:*

Para la determinación de la legítima individual del padre y madre natural concurriendo ambos a la sucesión del hijo, resulta indiferente aplicar el criterio de la sucesión por líneas o el de la sucesión por cabezas. Ambos arrojan el mismo resultado: división por mitad. Al no alcanzar la legítima a ningún otro grado en la línea ascendente natural, no pueden darse los efectos característicos de la sucesión por líneas.

47 - d) *Legítimas dimanantes de la adopción simple.*

a) *De los adoptados.*

Conforme al art. 180, § 3.º, ap. 1.º: “*El hijo adoptivo ocupa en la sucesión del adoptante la misma posición que los naturales reconocidos*”.

Este precepto plantea la misma cuestión que con la reforma de 1958 se suscitó al relacionar los arts. 179, § 1 —que en la adopción plena seguía el criterio de equiparar los adoptados plenamente a los hijos naturales— y 840.

La combinación de los arts. 179, § 1.º, en versión 1958, y 840 debía interpretarse en el sentido de considerar al hijo adoptivo *como un hijo natural más* (320), puesto que el art. 179 decía que tendrán los mismos derechos, y dado que el módulo puesto a los hijos naturales es fijado individualmente, para cada uno, en el art. 840, § 1.º. E igualmente debía resolverse así al coordinar ese mismo párrafo de aquella versión del art. 179 con los arts. 841 y 842; de modo que la cuarta parte, en concurrencia con ascendientes legítimos y la tercera parte, en concurrencia con otros herederos, debía ser distribuida *per cápitas* sin distinción entre los adoptados plenamente y los hijos naturales (321), y —conforme al art. 843— con representación

(320) FRANCISCO CASTRO LUCINI (“Los derechos sucesorios del hijo adoptivo”, en R. D. P. XLIV, 1960, p. 643) preguntó si el hijo adoptivo vendrá considerado como un hijo natural más “dividiéndose la legítima entre todos, o se estimará que le corresponde una parte igual a la que por legítima tienen los hijos naturales”. Su respuesta fue favorable a la primera solución, es decir, a que el hijo adoptivo tomara su parte dentro de la legítima de los hijos naturales, como si fuese uno más de ellos. “Esta solución —dijo— hace menos violenta la cualidad de legitimaria atribuida al adoptado pleno por el artículo 179, y su falta de expresión en el artículo 807, pues considerándosele como un hijo natural más está virtualmente comprendido entre los hijos naturales que menciona el número tercero de este artículo, y coincide *mutatis mutandis* con la aplicada por la doctrina francesa sobre el texto pleno por el artículo 356 del Código de Napoleón, a cuyo tenor el adoptado y su descendientes legítimos tienen en la herencia del adoptante los mismos derechos que los hijos y descendientes legítimos y es lógica esta solución, pues la contraria equivaldría a romper, en favor de los adoptados, la equiparación establecida por el legislador.”

(321) En estos dos supuestos cabría sostener que los hijos adoptivos tenían derecho a una cuarta o una tercera parte, a distribuir entre ellos caso de ser varios, independientemente de la correspondiente a los hijos naturales o legíti-

de los premuertos por sus respectivos descendientes legítimos por estirpes.

Creemos que debe aplicarse hoy igual criterio al relacionar el nuevo art. 180, § 3, ap. 1, con los arts. 840, 841 y 842 C. c.

¿*Quid* si con hijos naturales concurren adoptados, unos con adopción plena y otros con adopción simple? ¿Cómo deben ponerse en relación el art. 179, § 1, b, 2.º, con el art. 180, § 3, ap. 1.º? ¿Participarán los tres por partes iguales de la suma de sus legítimas originarias?, o bien, ¿sólo promediarán sus legítimas los naturales con los adoptados plenamente? El problema no existe para quienes (322) entienden que el adoptado plenamente al concurrir con algún hijo natural se equipara a éste en cuanto a la cuantía de la legítima, pues con ese criterio los adoptados de una y otra clase resultarán equiparados en este supuesto al hijo natural y, por tanto, también entre sí.

β) De los adoptantes en la adopción simple.

Según el art. 180, § 3.º, ap. 2: “*El adoptante ocupa en la sucesión del hijo adoptivo una posición equivalente a la del padre natural*”.

49- g) *Legítima del cónyuge viudo.*

La legítima del cónyuge viudo es siempre individual. Se le atribuye singular y directamente y no englobándola en grupo alguno de legitimarios de iguales derechos.

Las complicaciones a que daba lugar el texto originario del Código civil (323) en la determinación de su cuota, cuando concurría

mados por concesión, si los hubiere de alguna de estas dos clases o de ambas. Supuestos en los cuales de concurrir también con el cónyuge viudo, parte de la herencia sólo la recibirían unos y otros en nuda propiedad, gravándoles el usufructo de éste o prorata; con lo cual tendría aplicación el art. 841, § 2.º, que además debería aplicarse analógicamente al supuesto del art. 842. Pero no creemos que este criterio fuera el más acertado, por las siguientes razones:

1.º) Porque la duda, en el último extremo, creemos que debe resolverse, tanto más tratándose de una innovación, en el sentido que en menor grado limite la libre disposición.

2.º) Porque sólo con el otro criterio se equiparan hijos naturales y adoptivos, pues con el último, según fueran más numerosos unos y otros recibirían menor o mayor porción.

3.º) Porque aquella solución es la correlativa a la que —como hemos visto— parece clara en el supuesto del art. 840, y no parece lógico seguir otro criterio en los arts. 841 y 842.

(322) Así, GARCÍA CANTERO, loc. cit., p. 684.

(323) ALONSO MARTÍNEZ (op. cit., cap. IX, pp. 288 y ss.) nos explica cómo se gestó la regulación de la legítima viudal en el Código civil, partiendo de discutir la inclusión en el mismo de un derecho de viudedad semejante al de Aragón o Navarra. Una vez decidido que se redujera a una participación del caudal —explica— se presentaron dos proposiciones:

— Una de FRANCO Y LÓPEZ, proponiendo que el viudo tuviera el usufructo legal de una tercera parte de los bienes, sin perjuicio de los derechos en el

con varios hijos legítimos (324), desaparecieron en la reforma de 24 abril 1958. Según ésta, corresponde al cónyuge viudo que reúna los requisitos exigidos en el art. 834 C. c. (325):

a) "...si concurre a la herencia con hijos o descendientes legítimos, tendrá derecho al usufructo del tercio destinado a mejora" (art. 834, final); pero si concurre con "hijos de algún matrimonio anterior", "recaerá sobre el tercio de libre disposición" (art. 836, § 1).

β) "...concurriendo con hijos naturales reconocidos será un tercio en usufructo..." (art. 841, § 2, inc. 1) (326).

tercio que pudieran dimanar de las capitulaciones matrimoniales o de disposición testamentaria del premuerto.

— Otra de EDUARDO GARCÍA GOYENA, que propuso atribuirle una cuota en usufructo igual a la que por legítima corresponda a cada uno de los hijos; de un tercio en concurso con ascendientes, y de la mitad en concurrencia con colaterales. Argumentó a favor de esta proposición, que cabalmente el Código de una nación eminentemente latina como Italia, asignaba al cónyuge viudo la misma porción del Fuero Juzgo, por lo cual no hacía en realidad más que proponer la vuelta a la antigua legislación nacional. Su propuesta la articuló en bases que, en ciertas partes, fueron rechazadas pero que, en lo demás, fueron perfectamente acogidas por la generalidad de los vocales de la Comisión.

Así se logró el acuerdo, contenido en la Base 17 de la Ley de 11 de mayo de 1868, de limitar el usufructo viudal "a una cuota igual a lo que por su legítima hubiera de percibir cada uno de los hijos si los hubiese".

Este criterio es el que desarrolló el primitivo art. 834 en su § 1.º, al determinar que: "tendrá derecho [el viudo o viuda] a una cuota, en usufructo, igual a la que por legítima corresponda a cada uno de sus hijos y descendientes legítimos no mejorados".

El § 2.º, de dicho primitivo art. 834, prevenía que: "Si no quedare más que un solo hijo o descendiente, el viudo o viuda tendrá el usufructo del tercio destinado a mejora...". Notemos que ésta ha sido la solución generalizada, después de la reforma de 1958, por el vigente art. 834, a todo supuesto de concurrencia con hijos legítimos cualquiera que sea su número.

(324) Se había discutido arduamente por la doctrina la determinación del dividendo y del divisor. En cuanto aquélla se formularon las teorías del dividendo máximo (los tres tercios cuando los hijos los recibieran por igual), del dividendo fijo o mínimo (el tercio de legítima estricta) y del dividendo variable medio (legítima estricta más la parte o el todo del tercio de mejora no utilizado expresamente para mejorar) que es la que preponderó. Acerca de la segunda, hubo partidarios de divisor simple (integrado sólo por el número de hijos legítimos), del divisor compuesto (número de hijos más el cónyuge viudo, es decir: $x + 1$) y una tercera posición, intermedia o casuística, que proponía adaptarla al caso en cuestión, según el número de hijos y según hubiese o no mejora (cfr. un expresivo resumen de todas estas posiciones en CASTÁN TOBEÑAS, op. cit., ed. Madrid, 1944, vol. IV, tema XC, n. 5, pp. 546 y ss., y también el estudio de LUIS HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, "La cuota viudal y su regla fija", en R. G. L. y J. 180, 1 sem. 1946, pp. 390 y ss. y 546 y ss.).

(325) JOSÉ M.ª CASTÁN VÁZQUEZ, "Sucesión forzosa y sucesión contractual", 5, "Personas con derecho a la porción conyugal", en Revista de Derecho y Ciencias Sociales de la universidad de Concepción (Chile), año XXXII, enero-marzo 1964.

(326) Según luego veremos, no han faltado quienes creen que el § 2.º del art. 841, sólo se refiere al supuesto de triple concurrencia de cónyuge viudo, ascendientes e hijos naturales. Según unos (cfr. *infra* notas 399 y 400 el concurso de sólo aquél con éstos no se halla previsto, por lo cual se produjo con la

γ) “No existiendo descendientes, pero sí ascendientes, el cónyuge sobreviviente tendrá derecho al usufructo de la mitad de la herencia” (art. 837) (327).

δ) “No existiendo descendientes ni ascendientes, el cónyuge sobreviviente tendrá derecho al usufructo de los dos tercios de la herencia” (art. 838) (328).

¿En los dos últimos supuestos —arts. 837 y 838— los descendientes y los ascendientes han de ser legítimos —o adoptivos con la adopción plena—, o se incluyen también los naturales, y, por tanto, también los adoptivos en la adopción simple? (329). Relacionando la desaparición del calificativo legítimo —que aparecía en la anterior versión del art. 857 y ha desaparecido del vigente 838— con lo dispuesto en el referido inciso del art. 841, § 2; parece que se incluyen en la previsión de estos artículos tanto los descendientes y ascendientes naturales como los legítimos.

B₂) DETERMINACION DE LAS LEGITIMAS INDIVIDUALES EN LAS REGIONES FORALES.

50- a₂) En Aragón.

En Aragón, ha dicho Lacruz Berdejo (330), es punto de partida que “no hay más legítima material individual que la que resulta de la existencia de lo global y de la necesidad de asignarla a personas concretas”.

La facultad electiva del causante hace que ningún descendiente, salvo si es único, “puede alegar, mientras vive el causante, una expectativa legitimaria cuantitativamente medible”.

Pero, a la muerte del causante, aparte de los derechos asignados por éste individualmente a descendientes comprendidos en el grupo

reforma de 1958, una laguna legal que se debe llenar aplicando bien sea como costumbre *practer legem* o directamente como norma no derogada el antiguo art. 837, que confería al cónyuge viudo la cuota de la mitad de no concurrir con descendientes ni ascendientes legítimos. Otros (cfr. *infra*, nota 398), en cambio, creen que sencillamente se aplica el art. 838 y que el usufructo viudal es de dos tercios de la herencia.

(327) El primitivo art. 836 C. c. atribuía en este supuesto un tercio de la herencia en usufructo, conforme la propuesta de EDUARDO GARCÍA GOYENA aceptada por la Comisión Codificadora (cfr. ALONSO MARTÍNEZ, loc. últ. cit., p. 289).

(328) Para ese supuesto, el originario art. 837 le asignaba el usufructo de la mitad de la herencia, de acuerdo con la misma fórmula propuesta por E. García Goyena.

(329) Sobrentienden que sólo se refieren a los legítimos, BATLLE VÁZQUEZ, “Observaciones sobre la reforma del Código civil”, VI, en R. G. L. y J. 105, 2 sem. 1958, p. 451, y BONET RAMÓN, “Código...”, arts. 837 y 838, p. 658. PERÉ, cfr. *infra*, n. 63, p. Pero véase *infra*, nota 401.

(330) LACRUZ BERDEJO, “Las legítimas en la Compilación”, VIII, loc. cit., p. 519.

legitimario, puede surgir *ex lege* la facultad de reclamar legítima individualmente determinada en los siguientes supuestos:

1) No uso por el causante —por sí o por fiduciario— de su facultad dispositiva, ni *inter vivos* ni *mortis causa*, absorbiéndose entonces la sucesión forzosa por la intestada. Igual sucede en caso de preterición de todos los descendientes con ignorancia de la existencia de alguno (art. 22, 2.º).

2) Preterición consciente o desheredación injusta total, es decir, de todos los legitimarios; que da lugar a la delación intestada de dos tercios del caudal (art. 22, 1.º), esto es a su reparto por cabezas entre los hijos y por estirpes de hijos premuertos entre los descendientes legítimos de éstos.

Notemos, para éste y el anterior supuestos, que el art. 128 Comp. Aragón se remite a los arts. 931 a 934 C. c.

3) Preterición o desheredación injusta singulares en función de la cual el legitimario que la sufra “tendrá derecho a una porción del caudal igual a la del menos favorecido por el testador” (art. 123 Comp. Ar.).

4) Institución de varios legitimarios como herederos por el causante sin asignarles bienes concretos, que da lugar a que se distribuyan los dos tercios, deducidas las atribuciones hechas a otros legitimarios, proporcionalmente a la cuota de su institución (331).

En resumen, como explica el mismo Lacruz (332), el proceso de formación de la legítima material individual es notoriamente distinto al del Código civil. En éste, deducida la mejora efectiva, el resto de los dos tercios es dividido por el número de hijos para señalar la legítima individual, que se hará efectiva, a costa de la sucesión o de reducción de donaciones, contra cualquiera que la perjudique, incluso los restantes legitimarios. “En Aragón en cambio, siendo la legítima colectiva, no existe una legítima individual material, necesaria y extensiva a todos los legitimarios; lo único cierto es que, al menos uno, tendrá ese derecho. Consiguientemente, no es posible la previa fijación, en todos los casos, de una legítima por partes alicuotas, y si sólo hay, en el primer momento una legítima global, en la que se imputan todas las atribuciones *mortis causa* e *inter vivos* que han tenido lugar en favor de los legitimarios, sin distinguir entre tercio libre, mejora y reserva. Ningún descendiente puede demandar a otro por infracción de la legítima estricta, ya que al ser libre la distribución entre ellos, la reserva individual sólo existe en el sentido de que los dos tercios deben distribuirse entre los legitimarios pero no en el de que a cada uno haya que darle su parte, por pequeña que sea”.

(331) LACRUZ, loc. cit., p. 520.

(332) LACRUZ, pp. 520 y s.

51 - b₂) *Balearcs.*

a) *Normas generales.*

La legítima individual de los hijos legítimos, tanto en Mallorca (art. 41, § 1) como en Menorca (art. 65) e Ibiza y Formentera (artículo 79), es una parte viril del tercio o de la mitad del caudal según el número de hijos no pase de cuatro o menos o bien sea de más de cuatro. El art. 79, §, 1, en su inciso final —referente al Derecho de Ibiza y de Formentera— es más explícito al respecto, al decir: “*contándose los hijos por cabezas y los demás descendientes por estirpes*”.

Del art. 50, aplicable a Mallorca y no a Menorca (art. 65) pero sí a Ibiza y Formentera (art. 80), se deduce que la legítima renunciada y finiquitada por *definición* acrece al heredero y no a los demás legitimarios.

β) *Especialdades de Mallorca y Menorca.*

I) *Hijos naturales reconocidos, tanto en la sucesión del padre como en la de la madre, e hijos adoptivos, con adopción plena si —unos y otros— no concurren en la sucesión con descendientes legítimos.*

Se distribuyen por cabezas, es decir, por partes iguales, y sus descendientes legítimos por representación y estirpes, la cuota legitimaria de un tercio o la mitad según su número no exceda o pase de cuatro (arts. 41, § 2, y 43, § 1.º).

II) *Hijos naturales reconocidos, en la sucesión de la madre, e hijos adoptivos con adopción plena, concurrendo con descendientes legítimos:*

“*Conseverarán éstos su derecho a la mitad o al tercio de la herencia que, según su número, les corresponda y se detrará del resto en cuanto quepa dentro del mismo, para cada uno de los hijos adoptivos y naturales una cuota viril de cuantía igual a la que cada uno de los hijos legítimos corresponda*” (art. 41, § 2.º, ap. 2.º).

III) *Hijos naturales reconocidos en la sucesión del padre, concurrendo con descendientes legítimos:*

“*Cada uno de los hijos naturales tendrá derecho a la mitad de la cuota correspondiente de cada uno de los hijos legítimos. según el número de éstos, aplicándose a este caso lo dispuesto en el artículo 41 para análogo supuesto de concurrencia*” (art. 43, a).

IV) *Hijos naturales reconocidos en la sucesión del padre, en concurrencia con ascendientes legítimos:*

“*Tendrán los hijos naturales una cuota global equivalente a la de aquéllos*” (art. 43, b), que por aplicación del § 1.º del mismo art. 43, se distribuirán, “*por partes iguales*”, y “*sus descendientes legítimos por representación y por estirpes*”.

V) *Padres y ascendientes legítimos en la sucesión de sus hijos y descendientes legítimos; padres naturales en la de sus hijos naturales*

reconocidos, y adoptantes en la de los adoptados con adopción plena:

Para los primeros, dice el art. 42, ap. 3.º: “*Concurriendo ambos padres, se dividirá entre ellos la legítima por mitad, y si alguno de ellos hubiere fallecido, su parte corresponderá a los ascendientes de grado más próximo, con sujeción a las reglas establecidas para la sucesión abintestato.*”

La división por mitad es sin duda aplicable al padre y madre naturales o adoptantes, conforme la remisión que hace a los derechos legitimarios de los padres legítimos el art. 44. Pero con la particularidad de que los ascendientes de ulterior grado no cuentan en el parentesco natural ni en el adoptivo.

VI) *Cónyuge viudo.*

Conforme al art. 45 le corresponde *un tercio, la mitad o dos tercios* en usufructo según concurra con descendientes, con ascendientes o no concurra con éstos ni aquéllos —a este respecto hay que entender asimilados a los legítimos, a tenor del art. 41 a los hijos naturales en la sucesión de la madre y a los adoptivos en la adopción plena—, pero, concurriendo con descendientes de anteriores nupcias, en caso de contraer las nuevas, su cuota está sujeta a la reducción prevista en el art. 53, es decir, para que su valor “*no exceda del que corresponda al hijo legítimo menos favorecido*”.

c₂) *Cataluña.*

52. La distribución de la legítima individual en Derecho catalán se efectúa conforme las siguientes reglas:

α) 1.ª regla general, referida en principio a los *hijos y descendientes legítimos*:

Se distribuye según el art. 124 § 1.º “*por partes iguales, representando a los premuertos sus respectivos descendientes legítimos por stirpes*”.

Esta regla es aplicable: a los hijos naturales en la sucesión de la madre y en la del padre si no dejan hijos y descendientes legítimos (art. 126). y a los hijos adoptivos, sin distinción, si no concurren con descendientes legítimos (art. 125).

β) *Regla especial para la legítima de los ascendientes legítimos:*

Según el art. 124, § 2, aps. 2.º y 3.º: “*Los padres lo serán [legitimarios] por mitad, y si alguno de ellos hubiese premuerto, lo serán los ascendientes de grado más próximo, por una mitad en la línea paterna y por otra en la materna, y por partes iguales entre los de cada línea; pero si fueren de diferente grado, sólo serán legitimarios los de grado más próximo de una u otra línea*”.

γ) *Id.* para los hijos adoptivos en concurrencia con legítimos: “*Su legítima será independiente de la cuota legitimaria que íntegramente corresponda a los legítimos*”, según el ap. 2.º, art. 125, que añade en su ap. 2.º: “*La legítima de cada hijo adoptivo no podrá exceder la porción viril que resulte de dividir una cuarta parte del valor*”.

liquido de la herencia por el número de aquéllos, sumado al de los hijos legítimos y estirpes de descendientes legítimos de padre premuerto."

Esta regla es aplicable a los hijos naturales en la sucesión de la madre si concurren con hijos y descendientes legítimos, según el art. 126, § 2.º

δ) *Id.* para el padre o madre en la sucesión de sus hijos naturales y de los descendientes legítimos de éstos corresponde sólo a la madre, si el padre no los hubiere atendido en cuantía superior a la deuda alimenticia; o a los dos por mitad, en caso de haberlos atendido el padre en cuantía superior (art. 128).

ε) 2.ª regla general; que está contenida en el art. 130: "*Para determinar la legítima individual entre varios legitimarios hace número el que de ellos sea heredero, así como el legitimario que lo haya renunciado, el que haya sido desheredado justamente y el declarado indigno de suceder al causante, sin perjuicio de que los hijos y descendientes legítimos del desheredado o declarado indigno, que sea hijo legítimo o natural del causante tengan el derecho que les atribuyen los artículos 761 y 857 del Código civil.*"

Consiguientemente, al contarse para calcular las legítimas individuales el renunciante, el indigno y el justamente desheredado, su parte —salvo los supuestos de aplicación de los arts. 761 y 857 C. c. incrementa la herencia libre y no la cuota de los otros legitimarios. Es decir, la regla es la contraria de la que sigue el Código civil, y corresponde a la romana del Dig. V-II, 8, § 8.

F. de A. Condomines y R. Faus (333) comentan que este artículo "se limita a aplicar la regla clásica romana *exheredatus parten facit ad minuendam legitimam*. La duda, que a algunos se ofrecía, respecto a si la legítima renunciada acrecía a la herencia o la parte del renunciante entraba en el cómputo para la determinación de la legítima individual, la resuelve el último párrafo de este artículo de acuerdo con la naturaleza de aquélla, pues dada su configuración obligacional, su renuncia se asimila a la remisión de deuda mancomunada simple".

ζ) *Reglas especiales para la cuarta marital.*

Se contienen en el art. 149 Comp.:

"La cuarta marital consiste en la cuarta parte de la herencia líquida del marido. No obstante, si éste dejare cuatro o más hijos legítimos comunes o no, o estirpes de descendientes legítimos de hijos premuertos, consistirá dicha parte en una porción igual a la que al fallecer intestado el marido hubiera correspondido a cada uno de sus hijos. En caso de existir hijos comunes la viuda sólo tendrá el usufructo de la cuarta marital y la nuda propiedad quedará integrada en la herencia."

"La cuarta marital sufrirá la reducción que impone el párrafo pri-

mero del artículo 253 si la viuda lo fuere de segundo o ulterior matrimonio del causante y quedare algún hijo del anterior o anteriores matrimonios o estirpe de hijo premuerto”.

d₂) Vizcaya.

53. Podemos deducir de la compilación vizcaína las siguientes reglas:

α) Al ser excluida con la fórmula de apartamiento la legítima material individual (334), podemos decir que en Vizcaya, en principio, no hay legítima individual, al ser electiva la atribución de la global dentro de cada grupo y grado de legitimarios. Puede, sin embargo, haberla de hecho si en el grupo y grado preferente no existe sino un solo legitimario.

Hay una distribución troncal por líneas en la legítima de los ascendientes y de los profincos colaterales tronqueros.

Si el causante no hubiere usado válidamente de su facultad atributiva y distributiva, la legítima quedará absorbida en la sucesión intestada regulada en los art. 31, 32 y 33 Comp. Vizc.

β) Como regla especial, innovada por la Compilación (335), dispone su art. 26: “El cónyuge viudo tendrá el usufructo de la mitad de los bienes de libre disposición cuando no concurra con hijos o descendientes legítimos.”

III. PROBLEMAS QUE SUSCITAN LOS COCIENTES

A) CUESTIÓN DE LA CONMIXTIBILIDAD O INCONMIXTIBILIDAD DE LAS CUOTAS DE LEGÍTIMA, ABSOLUTA Y RELATIVA, Y DE LIBRE DISPOSICIÓN.

54. Conviene que volvamos a repasar el art. 808 C. c.: “Constituyen la legítima de los hijos y descendientes legítimos las dos terceras partes del haber hereditario del padre y de la madre.

”Sin embargo, podrán éstos disponer de una parte de las dos que forman la legítima, para aplicarla como mejora a sus hijos y descendientes legítimos.

”La tercera parte restante será de libre disposición”.

Ahí tenemos determinados, aplicándolos en cada caso al dividendo, los módulos o la medida en que el ascendiente puede disponer:

a) sólo a favor de sus hijos legítimos por partes iguales, sin perjuicio de la representación del hijo premuerto por sus descendientes legítimos (*tercio de legítima estricta*); b) a favor de todos, igual o desigualmente, o de cualquiera o cualesquiera de sus descendientes legítimos de cualquier grado (*tercio de mejora*); y, c) libremente a favor de aquel o aquellos parientes o extraños a quienes quiera favorecer el causante (*tercio de libre disposición*).

(334) Cfr. “El apartamiento y la desheredación”, I, 3, en A. D. C. XXI-I, pp. 7 y ss.

(335) Cfr. ANTONIO ASTORQUI, “Introducción al Derecho civil de Vizcaya y Alava”, Bilbao, 1941, p. 116.

Para el entendimiento de esta norma hemos de hacer, ante todo, dos observaciones que en este punto estimamos primordiales.

Una: La expresión “*haber hereditario*”, de este art. 808, ha de remitirse al *haber computado en la forma prevista en el artículo 818 C. c.* (336). Por consiguiente, el caudal relicto incluso podrá ser todo él legítima, todo mejora o todo parte de libre disposición, o bien podrá serlo en proporción distinta a la señalada en el artículo 808, según resulte una vez imputadas a una y otra, a dos o a las tres cuotas de la masa computada las donaciones de uno u otro tipo, que en vida haya otorgado el causante.

Otra: referente al sentido que debe darse a la expresión de que la imputación debe hacerse a una de las tres *partes* o *cuotas* expresadas, que es el problema del que ahora vamos a ocuparnos.

Es de observar la tendencia de algunos juristas a cosificar conceptos que realmente no representan una cosa, es decir, aquello que no es una realidad óptica, sino sólo un modo de hacer explícita una relación lógica establecida por el hombre para un determinado fin. Así, v. gr., puede ser un modo de determinar un contenido real fluido y variable (337); o bien una forma de significar la mediación del derecho de otro en una relación que, si bien se apoya en aquel derecho (338), está referida a una cosa, o, simplemente, tan sólo expresión de un módulo de participación en el goce o disfrute y disposición de una cosa (339).

(336) Cfr. nuestras “Notas críticas acerca de la pretendida distinción entre cuota de reserva y cuota de legítima”, III, en A. D. C. XVIII-I, enero-marzo 1965, pp. 109 y ss.; y “Contenido cualitativo de los descendientes en el Código civil”, n. 11, en A. D. C. XXIII-I, pp. 51 y ss., y *supra*, n. 30.

(337) Así hemos visto que se ha querido considerar como un *corpus* las denominadas *universitas* que, en realidad, no son sino expresiones de una determinación *sub specie universitatis* (cfr. “*Pignus Tabernae*”, n. 7, en A. D. C. VI-IV, octubre-diciembre 1953 pp. 801 y ss.; o en “Estudios sobre Derecho de cosas y garantías reales”, Barcelona, 1962, pp. 481 y ss.).

Véase también, en nuestra *nota crítica* al libro de ROLF SERICK, “Apariencia y realidad en las sociedades mercantiles” (en A. D. C. XI-IV, octubre-diciembre 1958, pp. 1180 *in fine* y ss.), una referencia a: los intentos de cosificar las *universitas facti*; el uso abusivo de la expresión *res incorporalis* aplicándolo para recubrir un problema con un nombre, como quien envuelve en celofán las piezas de un mecanismo que no sabe montar; la enunciación del llamado derecho hereditario *in abstracto*, que es útil como *nomen iuris* mientras no se trate de cosificarlo.

(338) Cfr. nuestra crítica al concepto de *derechos sobre derechos* en “La hipoteca del derecho arrendaticio”, Madrid, 1951, I Parte, IV, 2, 3 y 4, pp. 82 y ss., así como en la citada nota al Serick, pp. 1181 y ss., o en “Panorama del Derecho civil”, Barcelona, 1963, tema V. I, pp. 131 y ss.

(339) Cfr. nuestra citada *nota* a la referida obra de Serick, p. 1181, donde advertimos: “Se ha querido cosificar las cuotas indivisas del condominio romano (Puchta y gran parte de la doctrina española). Cuando en realidad la cuota no es sino la expresión matemática de la concurrente titularidad de cada condueño, posición disponible (al contrario que la del cotitular *zur gesamt Hand*) y que no sólo señala el módulo de la participación en caso de liquidación —como en la germánica— sino además la medida del disfrute, percepción

Hay que reconocer que, sin duda, ha influido en ello la mediatización de la realidad por el conceptualismo, que ha tendido a sustituir la cosa real por su imagen mental elaborada como una pseudorealidad conceptual, puramente mental y meramente lógica (340). A veces, se ha llegado a suplantarlo dogmáticamente, o a confundir en arbitraria mezcolanza, la realidad con los conceptos mediante los cuales se pretende explicar coherentemente la infinita variedad de aquélla (341).

En cierto modo se ha hecho algo parecido con los tercios de legítima, mejora y libre disposición, que para muchos se convierten en compartimientos estancos y de heterogénea naturaleza.

Hace años hicimos notar (342) que “se materializa demasiado el concepto de cuota. Ser instituido en una cuota de la herencia no es ser llamado a una porción concreta, sino designado a coparticipar del todo juntamente con los demás herederos testamentarios o legales”. La legítima no se concreta *a priori* en una cuota parte del haber, sino que significa la coparticipación de él en una proporción mínima dada.

E insistimos (343) en que “la herencia no se halla dividida en compartimientos estancos”; en que “no es correcto decir —aunque

de utilidades y participación en las cargas (LACRUZ BERDEJO y J. BELTRÁN DE HEREDIA)”.

Véase también nuestro “Panorama...”, tema VI, II, pp. 157 y s., donde señalamos alguna consecuencia práctica que ese error teórico pudo haber ocasionado.

(340) Cfr. nuestros estudios “La crisis del Derecho”, I, e, en R. G. L. y J. XV, 1.er sem. 1962, pp. 474 y ss., “Determinación de las relaciones jurídicas relativas a inmuebles susceptibles de trascendencia respecto a tercero”, II, B, en “Estudios sobre Derecho de cosas y...”, pp. 152 y ss., y “Panorama...”, tema V, I, pp. 128 y ss.

(341) El profesor de Filosofía de la Universidad de Lieja, Marcel de Corte (“L’homme contre lui-même”, París 1962, pp. 259 y ss.) nos ha advertido de lo tentador que resulta el empleo de un método lógico de representaciones abstractas y de lo difícil y duro que es sujetarse al mundo de la experiencia vivida.

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

Pero esto da lugar —como subraya, páginas después (p. 310)— a un fenómeno de *alienación*. Así una multitud de hombres “expulsados del mundo real, habitan otro mundo, que les domina, les obsesiona, dirige todos sus actos: son esclavos de sus sueños. El loco, decía con exactitud Chesterton, no es un hombre que ha perdido la razón, sino un hombre que ha perdido todo menos la razón. Alocada por su ruptura con la realidad, la razón humana emite, en un trance del espíritu, los ectoplasmas que le resultan oportunos, pero que una mirada atenta disipa instantáneamente”.

(342) “Imputación de legados otorgados a favor de legitimarios”, IV, en R. D. P. XXXII, abril 1948, p. 324.

(343) *Ibid.*, p. 341.

en sentido figurado frecuentemente se diga— que la herencia de un ascendiente se divide en tres tercios: de legítima estricta, mejora y libre disposición. No hay tal división en realidad. Lo único que sucede es que, de su herencia [mejor dicho, de la masa contable referida en el art. 818 C. c.], el ascendiente puede disponer libremente de una tercera parte; también a su arbitrio pero tan sólo entre descendientes, de otra, y de la restante sólo puede disponer a favor de todos los hijos por partes iguales. La fijación de la legítima sólo significa la determinación del valor de un tercio de la herencia —computando con ella el valor de las donaciones hechas por el causante—, pero no la fijación de un compartimiento”. El tercio de legítima “no pasa de ser un *nomen iuris*, o todo lo más una realidad de orden puramente contable, pero nada más que contable”, e igualmente los tercios de mejora y libre disposición.

Años más tarde (344) denunciarnos un error semejante consciente en “colocar una muralla, con un solo puente levadizo”, entre los tercios de mejora y libre disposición: “No se mira [en ese caso] al tercio libre, simplemente, como un valor límite de las liberalidades posibles a favor de extraños; y al tercio de mejora, sumado a aquél, sencillamente como un *máximum* que fija cuánto se puede dejar a un descendiente con exclusión de los demás, sino que, materializándolos, se los contempla como si fueran dos departamentos de la herencia, con fines y hasta naturaleza diferentes. Considerándolos no ya como la simple concreción ideal de unos límites, sino como cuotas distintas, definidas e incommixtibles”.

Espinar Lafuente (345), en este punto, está de acuerdo con nosotros. A su juicio, “salvo en el caso del art. 985 (reputado anómalo por casi toda la doctrina)”, el Código civil no sigue el sistema de *compartimientos estancos*, “sino el opuesto; el de considerar las partes de libre disposición y de legítima como *partes-límites* (meros topes cuantitativos)”. El art. 809 quiere decir, simplemente, “que las cuotas de los legitimarios de la línea de que aquí se trata tienen como límite máximo de reducción *el de una mitad*”, y de modo análogo estima que ha de entenderse el art. 829, el 835 y otros artículos.

55. No se crea que se trata de una cuestión puramente teórica. Esta cosificación de las cuotas convirtiéndolas en compartimientos estancos —bien sea que se efectúe conscientemente, por una visión conceptual de la realidad jurídica, o bien subconscientemente— ha dado lugar a pseudoproblemas, algunos de los cuales han hecho correr la tinta abundantemente. Aquí señalaremos solamente algunos como mera ilustración de lo que decimos.

a) Según Guillermo G. Valdecasas (346), cuando la donación

(344) “La mejora tácita”, VI, 1, Conferencia en la Academia Matritense del Notariado el 24 enero 1950, publicado en “Anales de la Ac. Matrit. del Notariado”, vol. VIII, p. 66.

(345) ESPINAR LAFUENTE, op. cit., n. 155, pp. 336 y ss.

(346) GUILLERMO G. VALDECASAS, “La legítima como cuota hereditaria y

no es colacionable por haber repudiado la herencia el donatario (artículo 1.036, inc. 2.º) o cuando el legitimario favorecido por el testador con un legado acepta éste y renuncia a la herencia, la donación, como en su caso el legado, “deberá imputarse exclusivamente a la parte disponible”.

Es cierto que el autor fundamenta estas afirmaciones en la razón conceptual por él sostenida, de que la legítima es herencia y su adquisición es inseparable de este título (347). Pero, ¿acaso no encierra este juicio un preconcepto que hace de la legítima una porción por naturaleza heterogénea de las demás del haber relicto, en cuanto no puede ser sino *pars hereditatis* y es indisponible por otro título distinto? ¿No presupone, al menos subconscientemente, que existe esa inconnixtibilidad de los tercios, convertidos en compartimientos estancos.

Con ese criterio lo que *a priori* fuese imputable a la parte disponible, como atribución además de la legítima, ya nunca podría cubrir ésta aunque a la hora de la sucesión el donatario nada más recibiera del causante, bien por voluntad de éste o por la del propio legitimario.

En este último caso de no recibirlo por repudiación de la herencia, un acto de un tercero (el legitimario repudiante) perjudicaría a los destinatarios de la porción disponible, en beneficio de los co-legitimarios, sin causa alguna que lo justificara, en cuanto contrariaría la voluntad del causante que quiso favorecer los destinatarios de la parte de libre disposición en todo cuanto no fuera reservado por la ley a los legitimarios en su conjunto. Y, en todo caso, asimismo, la voluntad del causante sería contrariada al limitarla en mayor cuantía del importe que, por legítima, debía disponer a favor de sus descendientes.

Como observamos al hacer la crítica de la tesis (348) de Guillermo G. Valdecasas: “Sólo la confusión de la cuota hereditaria atribuida al legitimario [cuando como tal se le atribuya] con la medida de su legítima puede dar lugar a aquella conclusión”...

b) Alfredo García Bernardo (349) ha opinado que cuando a un legitimario se le atribuye únicamente un legado: “Si se imputa a la cuota libre y no la cubre, hay preterición, ya que no puede entrar en juego el artículo 815, pues no hay base para un suplemento de la legítima, ya que el legitimario tiene que reclamarla íntegramente y el concepto de inoficiosidad total es extraño a nuestro C. c...”

El fundamento que principalmente lleva a García Bernardo hasta

como cuota de valor”, III, 2, en R. D. P. XLVII, noviembre 1963, p. 974, nota 36.

(347) Cfr. nuestra crítica al respecto en “Notas críticas a la pretendida distinción...”, 26, en A. D. C. XVIII-I, pp. 100 y ss.

(348) “Notas críticas...”, loc. cit., p. 103.

(349) ALFREDO GARCÍA BERNARDO Y LANDETA, “Preterición formal y material y nulidad de la institución, I, C, 3 a 5, en A. D. C. XXII-II, abril-junio 1969, pp. 341 y s.

esa consecuencia es su personal concepto de lo que él denomina preterición material (350). Sin embargo, creemos que, aun siendo así, podría haber evitado llegar a esa consecuencia si no hubiera tenido prefigurada la división en tercios como algo más que un módulo contable para apreciar la inoficiosidad.

La imputación a una u otra cuota no es una aplicación a una porción de la herencia, incommixtible con las otras, sino la determinación contable de cómo el cansante va gastando su libre disponibilidad y su facultad de mejorar, o cumpliendo su deber en satisfacer las legítimas estrictas.

Por eso, en el raro supuesto en cuestión, el verdadero problema queda concretado a saber si la voluntad del testador es que el legítimo *no reciba más que ese legado* o bien *que lo reciba además de su legítima larga o corta*. No hay otra alternativa posible (351), y el problema es sólo de *medida*, no se trata de encerrar lo legado en una o en otra cuota incommixtible con efectos sorprendentemente dispares según donde quede estabulada.

56. c) Igualmente ocurre, como hemos dicho al contemplar los tercios de mejora y de libre disposición, en el supuesto de haber donado con dispensa de colación o con carácter de mejora.

Lacoste (352) proclamó que la cuota destinada a mejora y la de libre disposición son dos masas de bienes que “no tienen de común más que la posibilidad de poderse acumular en ciertos casos en las manos de un mismo propietario. Son distintas en cuanto a su origen; opuestas en cuanto a su naturaleza y caracteres. La una aherrojada en la legítima o, por lo menos, en un círculo muy restringido de herederos; la otra franca e independiente; en fin, cada una de ellas rigese por reglas particulares”.

Y Ferrara (353) situó la diferencia entre ambas cuotas en la dispar naturaleza jurídica que tienen, a su juicio, la mejora y la dispensa de colación. “Mientras el donante —dijo— con dispensa de colación alcanza a la parte disponible y hace una verdadera liberalidad, el ascendiente mejorante no hace una verdadera liberalidad, sino un ordenamiento de favor entre sus herederos legítimos, en virtud del poder autónomo que para esto le corresponde por su autoridad de padre, y para la satisfacción de finalidades ideales y familiares que trascienden del fuero de los intereses económicos” (354).

(350) Cfr. nuestra crítica en “Contenido cualitativo de la legítima de los descendientes en el Código civil”. nota 4, en A. D. C. XXIII-I, pp. 10 y ss.

(351) Cfr. nuestra nota últ. cit., p. 12.

(352) JORGE DE LACOSTE “La mejora”, trad. del francés por LUIS GARCÍA GUTIJARRO, Madrid, 1913, cap. V, sec. III. § III, p. 178.

(353) FRANCESCO FERRARA, “El sistema de la legítima y de la mejora en el Derecho español”, según la reseña hecha por Jerónimo González, “Las conferencias del Doctor Ferrara”, VI-V, en R. C. D. I., V, enero 1929, p. 65.

(354) En igual sentido, AMADEO DE FUENMAYOR CHAMPÍN, “La mejora en el sistema sucesorio español”, Coimbra, 1946, p. 34.

Eso mismo movió a Uriarte Berasátegui (355) a preguntar: “¿Es que los mandatos de mejora y no colación, cuyo espíritu común en la intención del ascendiente es que al donatario no se le descuente el importe de la donación en su herencia, aunque por ello sea mayor o mejor heredero, se ha convertido por imperio de la ley en *órdenes de imputación a tercios*?” Y le llevó a responder descorazonado, sintiéndose impotente ante la injusticia y la antijuridicidad del que creía ser criterio legal: “La ley, con fines especiales, ha impuesto un artificio de tercios de herencia, y los ha desenvuelto con tan escasa sutileza jurídica...” que “hace incompatibles los tercios de mejora y libre”, con lo cual, al testador “le doblará y partirá en dos su voluntad, anulándola como ha dividido y separado ambos tercios en la herencia”.

Sin embargo, después de un sucesivo análisis de los arts. 656, 1.035, 1.036, 829, 819 y 825 C. c., hace tiempo comprobamos (356) que ese pretendido criterio legal no existe.

La mayor dificultad aparente se coloca en el art. 829, cuando ordena que si el valor de la mejora en cosa determinada “*excediera del tercio destinado a mejora y de la parte de legítima correspondiente al mejorado, deberá éste abonar la diferencia en metálico a los demás interesados*”, sin adudir para nada a su imputabilidad en el tercio de libre disposición. Pero la explicación podemos hallarla ya en nuestro Derecho histórico, donde encontramos el germen de una presunción legal *uris tantum* de la voluntad del mejorante: “quia —dijo Antonio Gómez— (357) mens et voluntas patris vel matris non fuit in plusquam tertio meliorare, et actus agentium non operantium ultra eorum intentionem: et limitata causa limitatum parit effectum”. No hay en el art. 829 sino una presunción o juicio legal acerca de cuál es la voluntad del mejorante. Ese es su fundamento (358) —presu-

(355) JOSÉ URIARTE BERASÁTEGUI, “El artículo 827 del Código civil”, en R. C. D. I., V, mayo 1929, pp. 332 y ss.

(356) “La mejora tácita...”, loc. cit., pp. 70 y ss. El art. 656 debe entenderse teniendo en cuenta que el tercio de mejora es parte disponible entre los hijos y descendientes. Los arts. 1.035 y 1.036 no pueden enmascarar que la dispensa de colacionar es una forma de mejora imputable al tercio de mejora si así resulta de la voluntad del donante. Y de los arts. 819 y 825 resulta que el primero se ocupa de la imputación de las donaciones que no tengan carácter de mejora, y el art. 825 determina que este carácter ha de ser atribuido expresamente.

(357) ANTONIO GÓMEZ, “Opus..., super legibus Tauri”, lex XVII, n. 14, vers. “*Item etiam infero*”; cfr. ed. cit., fol. 69.

(358) JOSÉ MORELL Y TERRY (“Mejoras”, II, B, en R. G. L. y J. 93, 2.º sem. 1898, pp. 578 y ss., o en “Estudios sobre el Código civil”, Madrid, 1894, p. 56), atendió para su aplicación a lo que más verosímil resulte que el testador o mejorante quiso. VALVERDE VALVERDE (op. cit., vol. V, cap. XII, § II, pp. 290 y ss.) consideró aplicable únicamente el art. 829, en cuanto la determinación que de su exceso hace, a la mejora de cuota con asignación de cosa cierta. Después de nuestra conferencia “La mejora tácita...” (VII, I, c, pp. 73 y ss.) han sostenido igual criterio ROCA SASTRE, *Notas al Derecho de sucesiones de Kipp*, II, § VII, Ap. IV, p. 362; LÓPEZ JACOISTE, “La me-

mir, salvo expresa disposición en contrario, que se trata de una mejora de cuota con determinación de cosa cierta o de una mejora de cosa cierta con limitación de cuota (359)—. No lo es la pretendida falta de fungibilidad y comunicabilidad entre cuotas de la herencia (360). La ley establece límites cuantitativos a la disponibilidad del causante, pero estos límites son sólo *realidades contables* para acotar dicha disponibilidad, no masas materiales objetivamente diferenciados. La ley pone límites a la disponibilidad, a la actuación del causante, pero no los materializa ónticamente en la masa.

57. En cambio, en Vizcaya los *bienes troncales* sí que forman una masa diferenciada materialmente e incommixtible. Pero notemos que la legítima troncal propiamente no viene determinada por una cuota —que sólo puede servir para señalar el límite en el cual, en su caso, pueden afectar los legados a favor del alma a los bienes troncales, cuando los bienes no raíces no alcancen a cubrir el quinto—, sino por la propia naturaleza y procedencia de los bienes. Masa que, a su vez, en la legítima de los ascendientes y de los profincos colaterales tronqueros se subdivide en otras, también incommixtibles entre sí, según la respectiva procedencia troncal de los bienes que integran cada una de ellas.

Algo parecido puede decirse en la sucesión de los impúberes en Cataluña respecto de los bienes troncales.

E igualmente es extensible en los supuestos de reserva vidual y lineal en cuanto a la distinción de los bienes reservables respecto de la masa general de la herencia.

En el epígrafe siguiente vamos a ocuparnos de modo especial de esa posible existencia de masas distintas en una misma sucesión.

jora en cosa determinada”, Madrid, 1961, cap. V, III, 1, pp. 164 y ss.; CÁMARA ALVAREZ, “Estudios sobre el pago con metálico de la legítima en el Código civil”, en los Estudios conmemorativos del “Centenario de la Ley del Notariado”, sec. III, vol. I, Madrid, 1964, pp. 914 y ss.; PUIG BRUTAU, “Estudios...”, V-III, cap. I, 5, VIII, pp. 70 y ss.; BONET RAMÓN, “Código...”, art. 829, p. 654. En este mismo sentido cabe aducir la sentencia del Tribunal Supremo, muy anterior de 5 noviembre 1925.

(359) SANCHO LLAMAS Y MOLINA (“Comentario crítico jurídico y literal a las ochenta y tres leyes de Toro”, Ley 23, n. 11, cfr. 3.^a ed. Madrid, 1853, T. I, p. 428), dice: “Aunque la mejora de cosa cierta es distinta de la de cuota, sin embargo, se puede decir que cuando la cosa cierta se hace con señalamiento de cuota hay caso en que el efecto participa de una y otra; tal es, por ejemplo, si la mejora que se hace de cosa cierta con señalamiento de tercio o de quinto la cosa señalada excede el valor de la cuota que en tal caso la mejora será de cosa cierta para que en aquella cosa, y no en otra, se verifique la mejora, y será de cuota para que no sea válida en la parte que excede de la cuota señalada, a diferencia de la mejora que se hace de cosa cierta sin señalamiento de cuota, la que debe valer aunque exceda del tercio y alcance el quinto; y si aún excede, debe imputarse a la legítima en virtud de la ley 26, que expresamente lo dispone para la mejora tácita”.

(360) “La mejora tácita...”, p. 77.

B) PROBLEMAS QUE PARA LA DETERMINACIÓN DE LOS COCIENTES PLANTEA LA EXISTENCIA DE MASAS DISTINTAS EN UNA MISMA SUCESIÓN

B₁) *Código civil. Bienes reservables y herencia del reservista.*

Hemos visto antes (361) las distintas posiciones mantenidas en torno a si los bienes sujetos a reserva viudal y lineal deben o no computarse para calcular la legítima de los descendientes comunes de ambos cónyuges o del reservista y del ascendiente del que procedían los bienes, respectivamente. También hemos mostrado nuestro criterio favorable a tales cómputos. Ahora se trata de ver cómo han de jugar en la misma herencia esas dos masas y cómo inciden en ellas las cuotas de legítima, mejora y libre disposición.

a) *Reserva viudal.*

58. La cuestión que aquí nos ocupa se halla íntimamente relacionada con la interpretación del art. 972 C. c., según el cual: "*A pesar de la obligación de reservar, podrá el padre o madre, segunda vez casado, mejorar en los bienes reservables a cualquiera de los hijos o descendientes del primer matrimonio, conforme a lo dispuesto en el artículo 823*".

Esta última referencia al art. 823 —que permite al padre o madre disponer como mejora a favor de alguno o algunos de los descendientes "*de una de las dos terceras partes destinadas a legítimas*"— ha sido el punto en el que se ha centrado la discusión. ¿Qué significado tiene esta llamada? (362).

1) Según una aplicación literalista del art. 823 a la llamada del 972, el bínubo solamente podrá mejorar en *un tercio de los bienes reservables* (363).

Este ha sido el criterio de la S. 17 junio 1967, que se apoya en las siguientes razones: 1.^a) Que se trata de una excepción que debe ser interpretada en forma restrictiva. 2.^a) Que el art. 972, no emplea las palabras "disponer de" sino que su referencia al término "mejora", remite el contenido cuantitativo que el art. 823 señala como equivalente a *la tercera parte del haber hereditario*. 3.^a) Que una institución creada para favorecer a los descendientes de la primera unión no debe servir para perjudicar a la mayoría en perjuicio de uno solo. 4.^a) Que equivaldría a una desheredación sin determinación de causa, que sería más contundente que la desheredación común, pues en aquélla no

(361) Cfr. *supra*, nn. 6 y 7.

(362) Cfr. el estudio que hicimos de esta cuestión en "La jurisprudencia del Tribunal Supremo y el artículo 811 del Código civil", II, § 6. 31, II, b, pp. 247 y ss., o en A. D. C., XIII-III, julio-septiembre 1960, pp. 713 y ss.

(363) SCAEVOLA, op. cit., vol. XVII, arts. 972 y 973; b, p. 267; MANUEL LEZÓN, "¿Está sujeta a las limitaciones preestablecidas en el artículo 972 del Código civil?", en R. D. P., VII, julio-agosto 1919, pp. 228 y s.; VICENTE JAÉN, "Derecho civil", Madrid, 1928, p. 825; ANTONIO MARÍN MONROY, "La reserva llamada tradicional u ordinaria. Su evolución", en R. C. D. I., VI, 1930, p. 900.

tendrían los hijos del desposeído ningún derecho a pesar de que su padre no cometió ninguna falta, mientras los hijos del justamente desheredado ocupan su lugar conforme al art. 857 (364). Añade la sentencia que en la reserva juega la mejora pero no el tercio de libre disposición, por lo cual de la facultad de desigualar a los reservatarios, no cabe usar sino en un solo tercio.

2) La aplicación analógica a la reserva del art. 823 referido a la legítima larga, lleva a que algún autor (365) entienda que la facultad de mejorar comprende la *mitad de los bienes reservados*.

3) La elevan otros (366) a *dos tercios de los bienes reservados*, interpretando en este sentido la llamada del art. 972 al 823 puesto que de éste resulta que sólo un tercio debe distribuirse necesariamente por igual entre los hijos, cuando no medie indignidad o desheredación.

4) La mayor parte de los autores (367) la extiende a la *totalidad de los bienes reservables*. Esta opinión se apoya fundamentalmente en

(364) No creemos que ninguno de estos argumentos sea convincente. Al primero puede y debe dársele la vuelta, pues es la reserva la que es una excepción a la norma general, que como tal excepción no puede extenderse fuera de su *ratio*, en la que contempló el conflicto entre el segundo cónyuge y los hijos de estas ulteriores nupcias frente a los hijos de las primeras nupcias, pero no los de éstos entre sí. ANTONIO GÓMEZ ("Opus... super Legibus Tauri", leyes XIV, XV y XVI, n. 7, vers. *Primo*, fol. 62) calificó la reserva viudal siguiendo la *communis opinio* de "*odiosa et mere poenalis*". El segundo argumento traduce las palabras "conforme a lo dispuesto en el artículo 823" por "en la proporción dispuesta en el art. 823" y además presupone —sin discutirlo— que los bienes que están *reservados* a la descendencia común no forman parte de la herencia del reservista, y que, por tanto, no se computan para calcular la legítima, la mejora y la parte libremente disponible respecto de estos hijos comunes. El tercero incurre en petición de principio al decir que la reserva tiene por fin favorecer a *todos* los descendientes de la primera unión, siendo así que aun cuando su *ratio* consiste en que el haber de éstos no sea disminuido como consecuencia de las segundas nupcias, no alcanza a interferirse en las relaciones que entre sí tengan los descendientes de las primeras, puesto que éstas ya están reguladas por las legítimas normales de los descendientes legítimos. La cuarta sería exacta si los presupuestos de los que parte lo fueran; pero no lo son si, como creemos, la mejora y la libre disposición que efectúe el reservista han de delimitarse, conforme el art. 823, sumando a su herencia los bienes reservables, con lo cual se acrecienta la legítima individual de la cual cada hijo común sólo puede ser privado por desheredación.

(365) ROYO MARTÍNEZ, op. cit., cap. XX, § 4.º, p. 234.

(366) DE BUEN, *Notas al "Curso..."* de COLIN y CAPITANT, vol. VIII, p. 389; PUIG PEÑA, op. cit., vol. V-II, cap. XVII, 6, p. 498; y BONET RAMÓN, "Compendio...", vol. V, n. 118, p. 633.

(367) MANRESA, "Código...", vol. VII, arts. 968 a 980. II, B, b, pp. 291 y ss.; LÓPEZ R. GÓMEZ, op. cit., vol. II, cap. VII, n. 11, pp. 247 y ss.; MORELL, "Bienes reservables", I Parte, III, en R. G. L. y J., 1er. sem. 1893 y ss., en "Estudios...", pp. 266 y s.; VALVERDE VALVERDE, op. y vol. cits., cap. XXI, pp. 473 y ss.; ELOY ESCOBAR DE LA RIVA, "El art. 811 del Código civil", San Fernando, 1940, p. 41; JOSÉ MARÍA TORRES MURCIANO, "La desheredación por el reservista", en R. G. L. y J. 173, 1er. sem. 1943, p. 282; ROCA SASTRE, "La desheredación por el reservista, II, en "Estudios...", pp. 331 y ss.;

las siguientes razones: 1.^a) Que el art. 973 comienza diciendo: “Si el padre o madre no hubiere usado *en todo o en parte*, de la facultad que le concede el artículo anterior...”, y sólo establece subsidiariamente las reglas de esa sucesión, de lo cual se deduce que éstas pueden ser totalmente excluidas por el uso “en todo” de la facultad de mejorar. 2.^a) Que la finalidad de la reserva queda cumplida si los bienes no salen fuera del ámbito de los descendientes de la primera unión. 3.^a) Que en los bienes reservables no cabe discriminar una porción de mejora y otra de legítima. En favor de esta tesis puede también señalarse que a su precedente, el art. 805 del Proyecto de 1851, García Goyena le señala el antecedente de la ley 3, Cod. V-IX, y dice que es contrario al criterio igualitario de la Nov. XXVI, cap. XXV (368), comentando: “Yo tengo por más moral que [el padre o madre bínubos] puedan disponer; y no se falta por esto a los casos y fines de la reserva, que han sido favorecer a los hijos del primero y a sus descendientes” (369).

5) Nuestra opinión (370) se concreta a entender que el reservista puede mejorar con los bienes reservados a cualesquiera de los descendientes comunes, *siempre que computados con los demás bienes del reservista, es decir sumados los reservados a los no reservables, se cubra la legítima individual estricta de cada uno de ellos.*

Hay dos razones teleológicas que conducen a esta solución: Una, que la llamada que el art. 972 hace al 823, no puede referirse a señalar en una cuota de los bienes reservables el límite de la cuantía de la mejora posible, para lo que faltaría toda *ratio*, como han notado Manresa (371) y Castán Tobeñas (372), sería un capricho del legislador que no es lícito presumir en los casos en que exista alguna solución racional. Otra razón es que de estimarse referida al total de los bienes reservados la facultad de mejorar, con su ejercicio podrían salir perjudicados algunos hijos comunes en la legítima individual que de no darse la reserva les habría correspondido, en el caso de que los bienes reservados con los que se mejorase a uno solo de ellos absorbieran —sumados unos y otros bienes— más que la suma de los dos tercios de todo el caudal y la legítima individual del mejorado.

Ambas razones resultarán contradictorias entre sí si no optamos por la única solución que las puede armonizar porque cubre tanto los

J. SANTA MARÍA, op. cit., vol. I, art. 972, p. 918; JOSÉ CASTÁN TOBEÑAS, “Derecho civil...”, vol. VI-I, ed. Madrid, 1960, § CXXXIX, II, 5. B, a, p. 189; ANNO ELFEEN, “La mejora en el vigente Derecho español”, 7, 2, en R. D. Notarial LXIII, enero-marzo 1961, pp. 86 y s; expone ésta y la anterior opinión sin decidirse por una u otra, ESPÍN CÁNOVAS, op. y vol. cit., cap. III, 3, p. 83.

(368) GARCÍA GOYENA, op. y vol. cit., art. 805, p. 204.

(369) GARCÍA GOYENA, op. y vol. cit., Apéndice 10, “Bienes reservados”, p. 366.

(370) “La jurisprudencia...”, loc. últ. cit., c. pp. 251 y ss., o en A. D. C. últ. cit., pp. 717 y ss. Se ha sumado a nuestra opinión PUIG BRUTAU, “Fundamentos...”, vol. V-III, cap. III, 2 D, pp. 275 y ss.

(371) MANRESA, loc. últ. cit., p. 292.

(372) CASTÁN TOBEÑAS, loc. y pág. últ. cit.

finés de la reserva como los de las legítimas. Para ello, hay que convenir —conforme antes vimos—, en que respecto de quienes no son descendientes del anterior matrimonio, los bienes reservados forman una masa diversa y separada de los demás bienes integrantes de la herencia del binubo; pero que, con relación a los descendientes comunes, para fijar su legítima y determinar su posible mejora, esos bienes integran la herencia del reservista. La llamada del art. 972 al 823 sólo tiene cabal sentido con esta solución.

La legítima individual de los hijos comunes no puede ser perjudicada por la existencia de la reserva. No fue ese el fin de esta institución. Tal resultado sería paradójico y absurdo. Y, por otra parte, cabe armonizar perfectamente la no reducción de la legítima individual de los hijos y descendientes comunes con el nacimiento y cumplimiento de la reserva, que no tiene como *ratio* modificación alguna de las relaciones entre los hijos comunes —de cuya igualdad o desigualdad se preocupa la institución de las legítimas, y no es función de las reservas, regularla—. Para conseguir esa armonización, basta computar los bienes reservables para calcular las legítimas y mejoras de los descendientes comunes y de la parte libremente disponible en cuanto se pueda cubrir con bienes no reservados. Así el interés protegido por las reservas no perjudica —puesto que no lo quiere su *ratio*— los intereses protegidos por las legítimas de aquellos mismos a quienes quiere proteger especialmente. Así se cumple totalmente el cometido de ambas instituciones.

Por lo tanto, los bienes reservables integrarán: la *masa de cálculo necesario* de la legítima individual de los hijos y descendientes comunes; la *masa de cálculo posible* de las mejoras dispuestas a favor de éstos y del montante de la parte que con relación a los mismos es disponible, además de la mejora en sentido estricto, y de la que lo es a favor de extraños en cuanto pueda cubrirse con bienes no reservados; y la *masa de extracción posible* de las mejoras y legados dispuestos a favor de los descendientes comunes que no lesionen la legítima individual de ninguno de ellos; e, incluso, la de sus legítimas individuales o de parte de ellas, pues nada se opone que se les satisfagan con bienes reservables cuando ellos se cuenten entre los reservatarios.

A cada uno de los hijos comunes debe corresponderles una parte viril de uno de los tercios de la herencia del reservista, calculándolos computando en ésta, a esos efectos, los bienes reservables, y restando de ese tercio las legítimas individuales de los hijos no comunes computadas exclusivamente de los bienes no afectados por la reserva. Si la mejora en bienes reservables afectase a la legítima individual, así calculada, de algún hijo común, deberá respetarse la primacía de ésta y reducir aquélla (373).

(373) Cfr. "La jurisprudencia...", loc. últ. cit., pp. 352 y ss. y A. D. C. últ. cit., pp. 718 y ss. De este estudio vamos a reproducir a continuación la nota 721 (corrigiendo de ella algún error de cifras):

b) *Reserva lineal.*

59. Hemos visto antes (374) el criterio contradictorio que ha mantenido la Jurisprudencia del Tribunal Supremo en lo referente a la integración de los bienes reservables en la herencia del reservista con respecto a la computación de la legítima de quienes sean descendientes comunes de los dos ascendientes contemplados en el artículo 811 y a la determinación de la parte disponible como mejora o libremente entre aquéllos.

De un lado tenemos las Ss. de 4 enero 1911 —al declarar— que “con esta reserva [del art. 811] o sin ella, mientras exista un solo descendiente al fallecimiento del último cónyuge, los bienes de la familia constituida por el matrimonio y su posteridad, estarán siempre regidos por el sistema de las legítimas y las mejoras y demás disposiciones legales del Código que regulan la sucesión entre los

“Supongamos que al fallecer un binubo deja dos hijos de su primer matrimonio y otros dos del segundo; un haber reservable de 100.000 pesetas y otro no reservable de 20.000.

“La legítima individual estricta de los hijos del segundo matrimonio sólo-
20.000:3
será $\frac{\quad}{4} = 1.666.66$ y cada uno de los tercios de mejora y de libre dis-

posición será *respecto a éstos* de 6.666.66. E igual valor, con referencia a extraños, corresponderá a la parte de libre disposición.

“En cambio, la legítima individual estricta de cada hijo común se computará sumando ambas masas. $100.000 + 20.000 = 120.000$, y de esa suma se sacará el tercio, $120.000:3 = 40.000$. Es decir, *para ellos*, cualquiera de los tres tercios equivaldrá a 40.000. Del tercio de legítima estricta habrá que deducir la correspondiente a los hijos no comunes, o sea: $40.000 - 3.333,33 = 36.666,66$, y dividida esa cifra por el número de hijos comunes tendremos la legítima individual:

de cada uno de ellos $\frac{36.666,66}{2} = 18.333,33$. Resultado que se comprueba mate-

máticamente con esta operación: $\frac{100.000:3}{2} + \frac{20.000:3}{4} = 16.666,666 + 1.666,666 = 18.333,33$.

“Si se mejora a un nieto común con todos los bienes reservables (valorados en 100.000), dado que respecto a él la herencia del binubo importa 120.000 y que de esta suma hay que restar 3.333.33 (equivalentes a la suma de las legítimas individuales estrictas de los dos hijos del segundo matrimonio) y 36.666.66 (equivalentes a la suma de las legítimas individuales estrictas de los dos hijos comunes), en total 40.000, resultará que —aun agotando el tercer tercio computado en 40.000 respecto la común descendencia— la mejora en los bienes reservables de ese nieto habrá de sufrir una reducción de 20.000 ($120.000 - 40.000 = 80.000$... y $100.000 - 80.000 = 20.000$), que deberán complementar las legítimas rigurosas de los hijos del primer matrimonio.

“Y si viviese el segundo cónyuge del binubo, su cuota legitimaria sería el usufructo de 6.666,66, que debería satisfacerse en bienes no reservados, y, por tanto, la legítima de los hijos del primer matrimonio debería completarse (en cuanto esa cuota viudal la contrajera respecto los bienes no reservados), con bienes reservados, reduciéndose en igual montante la mejora del nieto”.

(374) Cfr. *supra*, n. 7.

padres y descendientes legítimos”— y 25 marzo 1933 —que reconoce al reservista la facultad de mejorar a los descendientes comunes conforme lo previsto en el art. 972 para la reserva viudal.

De otra parte, hay las Ss. 8 octubre 1930, 8 junio 1954, 5 diciembre 1958, que rechazan que el reservista del art. 811 tenga esa facultad de mejorar.

“Es dudoso —escribió Castán Tobeñas (375), siendo Presidente del Tribunal Supremo— que, ante esta trayectoria de sentencias no uniformes, representativas de una doctrina no constante, puede entenderse formada una verdadera jurisprudencia.” En pocas ocasiones —comenta Puig Brutau (376)— resulta más patente que en el tema que acabamos de exponer la vacilación de la jurisprudencia, pues Sentencias del mismo Tribunal discuten entre sí, y argumentan en favor y en contra de una y otra solución. Como puede verse, la diferencia básica entre la concepción de que el artículo 811 marca la trayectoria irreformable de determinados bienes y la de que sólo se trata de evitar que unos bienes salgan de la línea familiar de su procedencia, producen resultados dispares en relación con supuestos de hecho sustancialmente iguales.”

Tampoco la doctrina ha demostrado un criterio unánime en torno a la facultad de mejorar en la reserva del art. 811 (377).

Unos autores (378) han negado al reservista toda posibilidad de disponer entre los presuntos reservatarios de los bienes reservables. El argumento fundamental esgrimido en favor de esta tesis (379) se cierra en que “cuando no se establece distinción ni preferencia alguna entre los llamados, la distribución de los bienes de la reserva tiene que hacerse por partes iguales, toda vez que..., no existe salvedad alguna en contrario”, aduciendo —como hizo la S. 8 junio 1954— los arts. 392, § 2.º, 1.138 y 765, que recogen el principio *ubi partes ex presac non sunt, aequales sunt*. Claro está que esta razón tan sólo

(375) CASTÁN TOBEÑAS, “Derecho civil...”, vol. VI-I, 7.ª ed., § CXL, II, 3, B, b, p. 228.

(376) JOSÉ PUIG BRUTAU, “Fundamentos...”, vol. V-III, cap. III, 3, VII, B, p. 342.

(377) Cfr. la clasificación que hicimos al respecto en “La jurisprudencia...”, II, cap. 5.º, n. 30, pp. 226 y ss., o en A. D. C., XIII-III, pp. 692 y ss.

(378) MUCIUS SCAEVOLA, op. cit., vol. XIV, art. 811, F, b, p. 314; MARTÍNEZ ALCUBILLA, “Código civil de España”, Madrid, 1890, nota 294, p. 238; MANRESA, “Código civil...”, vol. V, art. 811, IV, B, 2.º, p. 308; MORELL, “Comentarios a la Legislación Hipotecaria”, vol. IV, arts. 191 a 199, p. 403; LÓPEZ R. GÓMEZ, op. y vol. últ. cit., cap. VIII, n. 12, p. 253; DE BUEN, voz “Reserva de bienes”, en Enciclopedia Jurídica Española, vol. XXVII, p. 453; A. CHARRÍN, “Interpretación del artículo 811 del Código civil. Consulta”, en R. G. L. y J. 132, 2.º sem. 1918, pp. 413 y 416; MANUEL DE LA CUEVA Y DONOSO, “La verdad sobre el 811”, Sevilla, 1934, pp. 332 y ss.; CARLOS MARÍA ENTPIENA KLETT, “Sobre la reserva del 811”, en R. G. de D. XV, marzo 1959, p. 216; JOAQUÍN DOMÍNGUEZ DE MOLINA, “Algunas consideraciones sobre el artículo 811 del Código civil”, VI, a, en “Estudios jurídicos varios” del Centenario de la Ley del Notariado, vol. II, Madrid, 1962, pp. 641 y ss.

(379) DOMÍNGUEZ DE MOLINA, loc. cit., pp. 645 *in fine* y s.

podrá ser válida siempre y cuando la *ratio* de la norma no permita otra conclusión. Por eso, nos parece que dar así por cerrada la cuestión amparándose en esa "determinación" supletoria extrema, manifiesta un concepto bastante pesimista de la racionalidad de la ley y muy limitado del ámbito que tiene la jurisprudencia para desarrollar y profundizar las "conclusiones" de aquélla. Además, nos atrevemos a volver a insistir en que el art. 811 no "llama" sino que únicamente "reserva" (380). Y si no es lo mismo *reservar* que *llamar* cae también por su base toda la argumentación apoyada en la pretendida identidad.

Algunos (381) sólo admiten la atribución al ascendiente reservista de la facultad de mejorar del art. 972 en caso de concurrir la reserva lineal con reserva viudal. Pero, en ese caso, como razonó el 8.º Considerando de la S. 25 marzo 1933, constituiría una irritante desigualdad que pudiendo mejorar el viudo que contrajese nuevas nupcias, no pudiera hacerlo el que se conserve viudo.

Un grupo de autores que ha ido incrementándose últimamente en número y calidad (382) acepta la facultad electiva y distributiva del reservista únicamente cuando éste la ejercite a favor de los descendientes comunes, haciendo aplicación analógica del art. 972 C. c.

Y, en fin, otros (383) hemos admitido la facultad electiva del

(380) Cfr. lo que razonamos en "La jurisprudencia...", I, § 1.º, n. 6, pp. 23 y ss. y A. D. C. X-II, abril-junio 1957, pp. 347 y ss.

(381) ROYO MARTÍNEZ, op. cit., cap. XX, § 4, p. 234 y MANUEL DOCAVO NÚÑEZ, "Las reservas", en R. G. de D., XV, junio 1959, p. 18.

(382) A. CHARRÍN, "¿Son admisibles la mejora y el derecho de representación en la sucesión de bienes reservables con arreglo al artículo 811 del Código civil?", en R. G. L. y J. 91, 2.º sem. 1897, pp. 42 y ss.; CRISTÓBAL LOZANO SICILIA, "Interpretación del art. 811 del Código civil y la reserva del ascendiente del cónyuge viudo", Córdoba, 1898, pp. 197 y 218 y ss. —sin perjuicio de la especialísima posición de este autor—; JOSÉ REINO CAAMAÑO, "La reserva familiar como objeto de mejora", en R. G. L. y J. 128, 2.º sem. 1916, pp. 428 y ss.; FUENMAYOR, "Mejora ordenada por el reservista del artículo 811 del Código civil", en R. D. P., XXX, mayo 1946, pp. 345 y ss. —quien la limita al supuesto de que los únicos reservatarios sean descendientes comunes de uno y otro ascendiente—; ROCA SASTRE, "Estudios...", vol. II, p. 333; LUIS GÓMEZ MORÁN, "Las reservas en el Derecho español y en el comparado", Oviedo, 1949, pp. 81 y ss.; JOSÉ CASTÁN TOBEÑAS, loc. cit., pp. 228 y ss.; FEDERICO PUIG PEÑA, "Tratado...", vol. V-II, cap. XIX, 8, p. 350; BONET RAMÓN, "Compendio...", vol. V, n. 107, C. p. 601; LUIS Díez PICAZO, "Estudios sobre la jurisprudencia civil", n. 382, vol. II, Madrid, 1962, p. 586. Anno Elfgen, loc. cit., 7, 3, p. 87, quien, aun cuando somete su criterio al de la jurisprudencia, comenta: "La *ratio* de este controvertido artículo del Código civil es proteger de las incidencias de la sucesión, en una medida aún más fuerte a una determinada rama familiar. Teniendo en cuenta la semejanza de ambas reservas, sorprende el que no corresponda expresamente al ascendiente de la reserva lineal la facultad de mejorar".

(383) PASCUAL LACAL, "Un caso de aplicación del artículo 811 del Código civil", en R. C. D. I. VIII, agosto 1932, pp. 580 y ss.; TOMAS ALBI AGERO, "Reserva del artículo 811. Derechos del medio hermano del descendiente causante de la reserva, al fallecer el reservista con hijos, hermanos de doble vínculo de aquél", en R. D. P. XXIV, diciembre 1940, p. 320; y también nosotros en

reservista en supuestos más amplios, es decir, no sólo a favor de la común descendencia de ambos ascendientes, sino, aún no habiéndola, dentro del ámbito más amplio de los reservatarios.

Sin embargo, aquí sólo nos interesa la hipótesis de concurrencia de legítima y reserva a favor de la descendencia común a ambos descendientes, tanto en el caso de que no concurren como en el de que concurren también descendientes del reservista que no lo sean del otro ascendiente de quien procedían los bienes.

En esta hipótesis, cuanto hemos afirmado con respecto a la computación de las legítimas y cálculo de las mejoras en la reserva vidual, creemos que también debe aplicarse, *mutatis mutandi*, por igualdad de *ratio* e identidad de mecánica funcional, a la reserva lineal.

Las legítimas de los descendientes del reservista que, a la vez, sean reservatarios, así como la parte de mejora y la libremente disponible —aunque sólo pueda serlo a su favor si se cubre con bienes reservados—, debe computarse sumando los bienes reservables a los demás integrantes de la herencia del reservista (384), pues la reserva lineal no debe limitar el derecho que los reservatarios tengan, a su vez, como legitimarios y que, como en la reserva vidual, estimamos perfectamente compatibles entre sí.

Si el reservista *dejase descendientes que reunieran las condiciones exigidas por el art. 811 para ser reservatarios y otros que no lo fuesen*, los bienes reservables de aquéllos; la de *cálculo forzoso* de las legítimas de aquéllos; la de *cálculo posible* de las mejoras dispuestas a favor de los mismos, *a los cuales debe entenderse perfectamente aplicable la doctrina de los artículos 972 y 973 § 2.º C. c.*, y la de *cálculo posible* de la parte libremente disponible con tal de que los bienes reservados a ella imputados sean dispuestos a favor de cualquier reservatario. Paralelamente los bienes sujetos a reserva del art. 811, podrán formar parte de la *masa de extracción* de las legítimas de esos reservatarios, que a la vez sean legitimarios del reservista, de las mejoras de los reservatarios que sean descendientes del propio reservista y de las disposiciones libremente hechas a favor de cualquier reservatario. E, inversamente, no podrán integrar en modo alguno la masa de extracción de las legítimas y mejoras de los legitimarios y descendientes, respectivamente, del reservista que no sean a la vez reservatarios, ni de las demás disposiciones hechas por aquél a favor de personas que no reúnan esa condición (385).

“La jurisprudencia...”, II, § 5, n. 32, pp. 255 y ss. y A. D. C. XIII-III, páginas 721 y ss.

(384) Con mayor amplitud que nosotros, pues aplica el criterio aún fuera de la descendencia común a medio hermanos del descendiente, RAMÓN GAYOSO ARIAS (“Un caso dudoso en la aplicación del artículo 811 del Código civil”, en R. D. P. I, junio 1914, pp. 258 a 260, especialmente nota 4 de esta últ. pág.), entiende que los bienes reservables deben computarse para calcular las legítimas y las mejoras de los descendientes del reservista.

(385) Cfr. “La jurisprudencia...”, I, § 7, n. 48, p. 177 o A. D. C. X-IV, pp. 1108; y II, § 5, n. 33, p. 257 y A. D. C. XIII-III, p. 723.

B.) Regímenes forales.

a) Sucesión del impúber y reservas vidual y lineal en las legítimas de Cataluña.

60. Hemos visto antes (núm. 21 y núm. 24, y , respectivamente) que en Cataluña y en la tierra llana de Vizcaya los bienes reservables se computan —en Cataluña sólo en ciertos casos— para calcular la legítima de quienes a la vez sean reservatarios y legitimarios del reservista. Conviene ahora que, comenzando por Cataluña, precisemos estos supuestos.

1.º En la *sucesión troncal de los impúberes*: ésta no limita la legítima de los ascendientes de la otra línea del impúber (art. 251, regla 2.ª).

2.º En la *reserva vidual*, si el reservista ejercita, en cualquiera de las formas previstas en los §§ 2, 3 y 4 del art. 270 Comp. Cat., la facultad de elegir o distribuir los bienes reservables entre los reservatarios, es decir, entre los hijos comunes, se estima —conforme al § 5 del mismo art. 270— “a todos los efectos legales que pertenecen a la herencia privativa del reservista y, en consecuencia, se computarán al objeto de calcular el importe de la legítima que a los reservatarios corresponda en la sucesión de aquél, y se imputarán al pago de la misma”.

3.º En la *reserva del art. 811 C. c.*, conforme al art. 272, § 3, lo dispuesto en el referido párrafo 5 —y en otros— del art. 270, será de aplicación a esta reserva pero tan sólo “si los reservatarios son hijos y descendientes del reservista”.

En estos dos supuestos de reserva contemplados, los bienes sujetos a reserva, vidual o lineal, se computan en la *masa de cálculo* de la legítima de los hijos comunes e imputan en la *masa de extracción* de la misma. En cambio, no sólo están excluidos de la *masa de extracción* de la legítima de los demás descendientes legítimos, naturales o adoptivos del reservista, sino que tampoco se deben incluir en su *masa de cálculo*.

b) Reservas vidual y lineal en las legítimas de Vizcaya.

61. Es sabido que, conforme al art. 35 Comp. Vizc., el artículo 811 C. c. (386) tiene aplicación en el Infanzonado, y que en los arts. 36, 37 y 38 se regulan tres supuestos de reserva vidual.

El art. 36 declara reservables los bienes heredados por el padre o madre, que contrajere ulteriores nupcias, de un hijo, y que éste a su

(386) Antes de la Compilación había predominado ya el criterio de aplicar el art. 811 a Vizcaya como derecho supletorio. Así lo recogía, en sus arts. 45 y 47 el Proyecto de Apéndice de 1900. Así lo expresó el Tribunal Supremo en SS. 1 diciembre 1923 y 4 julio 1955, y lo admitió JADO y VENTADES. “Derecho civil de Vizcaya”, 2.ª ed. Bilbao, 1923, pp. 142 y ss. (Cfr. nuestro estudio “La jurisprudencia del Tribunal Supremo y el art. 811 del C. c.”, II, § 8, n. 50, p. 406; y A. D. C. XIII-III, pp. 871 y ss.).

vez hubiere heredado de su madre o padre premuertos, y, el art. 37, los bienes raíces que el bínubo por comunicación hubiere adquirido procedentes de la línea del cónyuge fallecido. Pues bien, el § 2.º del art. 36 y del § 1.º art. 37 —dispone que “*podrá el bínubo designar herederos entre las personas llamadas a la sucesión de tales bienes en la forma establecida para la sucesión testada*”.

El art. 38 dispone la reserva por el bínubo de los “*bienes raíces donados o dotados para un matrimonio*”, y el ap. 2.º de su § 1.º, autoriza: “*El donatario podrá designar de entre ellos [es decir, entre «los hijos y descendientes legítimos habidos en él, con exclusión de la descendencia que el cónyuge bínubo pudiere haber de ulterior matrimonio»] el sucesor de tales bienes y no podrá imponer sobre los mismos sustituciones o gravámenes, a no ser en favor de los hijos llamados a la sucesión*”.

Nada prevé, a este respecto, el art. 35 en relación a los bienes sujetos a la reserva del art. 811 C. c. (387). Pero es de notar que en caso de haber descendencia común a ambos padres, el supuesto del art. 36 comprende el del art. 811 con la adición de las segundas nupcias del reservista; y, siendo así, si el reservista en caso de contraer nuevas nupcias puede disponer libremente entre los descendientes comunes, habidos por el mismo con su cónyuge premuerto, con mayor razón ha de poderlo hacer no habiéndolas contraído.

c) *La sucesión de los vizcaínos de las villas y los bienes raíces por ellos relictos en la tierra llana.*

62. El art. 10, § 3.º, del Código civil dispone:

“*Los vizcaínos, aunque residan en las villas, seguirán sometidos, en cuanto a los bienes que posean en la tierra llana, a la Ley 15, título XXX del Fuero de Vizcaya.*”

(387) La aplicación del art. 811 al Infanzonado vizcaíno está restringida en cuanto a los supuestos en que es de aplicación. Como resumimos hace tiempo (loc. últ. cit., pp. 410 y s. y A. D. C. últ. cit., pp. 876 y ss):

a) Tratándose de bienes raíces troncales, la preferencia de los parientes troncales en la sucesión de un descendiente, tanto en la sucesión intestada (art. 32, a) como en la forzosa (arts. 28 y 29) impide que pueda tener lugar el supuesto del art. 811, pues si hay colaterales tronqueros éstos serán preferidos a los ascendientes que no lo sean, y de no haber tales colaterales no habrá beneficiarios de la reserva lineal.

b) Tratándose de bienes raíces originariamente adquiridos a título oneroso durante el matrimonio de los padres, es decir, que fueron gananciales de éstos, el supérstite se considerará tronquero (art. 7, n. 3.º), y como tal los heredará del hijo, quedando excluida la reserva del art. 811 no sólo al resultar por dicho motivo el cónyuge superstite pariente de la línea de donde los bienes proceden, sino porque en virtud de que la salvedad establecida en ese n. 3. del art. 7, sólo se refiere a reserva en caso de segundas nupcias del ascendiente, conforme al art. 26 y no a la lineal recogida por el art. 35.

c) Tratándose de bienes muebles o de inmuebles que, según el art. 3.º o según el 6.º por exclusión, no sean troncales: su sucesión se regirá por el art. 32, b, y se aplicará el art. 811 C. c., en virtud de la llamada que le hace el art. 35 Comp. Vizc.

La ley 15, título 20 del Fuero de Vizcaya aplicaba el principio, que previamente daba por sentado de “*que toda la tal rayz que tuviere [el vecino de las villas de Vizcaya] en la tierra llana, y juzgado de Vizcaya, sea de la condición y calidad, Privilegio y Fuero, que la otra rayz que poseen los viscaínos de la tierra llana troncal*”.

Esta ley ha sido sustituida por el art. 10 de la Compilación vizcaína de 30 julio 1959, que ha concretado e interpretado el § 3.º del art. 10 C. c. (388). Ese art. 10 Comp. Vizc. dice:

“*Los viscaínos, aunque residan en territorio distinto del foral de Vizcaya, si hubiere parientes tronqueros, sólo podrán disponer a título gratuito, «inter vivos» o «mortis causa», de los bienes troncales en favor de aquéllos.*”

La principal consecuencia de esta norma es la aplicación de los arts. 22, 23, 24, 27, 28, 29 y 30 en la disposición de estos bienes.

De ello deriva que en la sucesión de un vizcaíno no avecindado en la tierra llana que en su caudal relicto deje bienes troncales situados en la tierra llana, existen dos masas: a) la masa general, excluidos dichos bienes troncales; y b) los bienes troncales situados en la tierra llana que se rigen por los artículos del título IV de la Compilación antes indicados.

Pero, la cuestión estriba en examinar si verdaderamente se trata de dos masas totalmente separadas, una regida por el Código civil y otra por el Derecho de la tierra llana de Vizcaya, de modo que las legítimas, que afectan a una y otra, se acumulan. O bien, si estas dos masas no se hallan totalmente aisladas y separadas, sino que a su conjunto deben aplicarse, según la naturaleza de los bienes que la integran, las limitaciones de una y de otra legítima, pero sin acumularlas o sumarlas, sino tan sólo integrarlas complementariamente.

Se trata de un problema similar al planteado en Derecho internacional privado cuando entran en conflicto el principio de la unidad de la sucesión y las normas territoriales que protegen la conservación de los patrimonios familiares, como son las que excluyen las legítimas o las reducen a simbólicas o autorizan su pago en dinero, bien sea ordenándolo el título de la sucesión o facultándose legalmente para que se verifique en la partición sin perjuicio de que los legitimarios que —según la ley personal del causante— lo sean con derechos de mayor cuantía o cualidad puedan exigir su satisfacción con otros bienes del caudal de distinta naturaleza o situación, en el caso de haberlos (389).

(388) De la interpretación del art. 10, § 3.º C. c., antes de la vigencia de la Compilación de Vizcaya, nos ocupamos en “Glosas al § 3.º del artículo 10 del Código civil”, en A. D. C. XII-II, abril-junio 1959, pp. 569 y ss.

(389) Cfr. nuestra Ponencia presentada a la I Comisión del VII Congreso Internacional del Notariado Latino (Bruselas, 1963), II, § 14 publicado en “Estudios de Derecho Notarial” conmemorativo del “Centenario de la Ley del Notariado”, vol. II, p. 618 y la que, con la colaboración de Roberto Blanquer Uberos, José Luis Martínez Gil y Vicente Luis Simó Santonja, presentamos a la 1.ª Comisión del X Congreso (Montevideo, 1969), II, C, II, b, publicada en Rev. Der. Notarial LXIV abril-junio 1969, p. 37.

Los ejemplos pueden también ayudarnos a entender el problema: — Un vizcaíno residente fuera de la tierra llana fallece con un caudal de 120 de los cuales 90 están representados por bienes troncales sitos en aquella tierra. Deja cuatro hijos.

Con el criterio de *separar* totalmente ambas masas de bienes, tendríamos: legítima colectiva vizcaína = 90; legítima estricta del Código civil = 10; tercio de mejora según el mismo Código = 10, y de libre disposición = 10. Así la legítima corta de cada hijo en los bienes no troncales sería de 2 1/2 y la larga de 5.

Pero, con el criterio de considerar que hay sólo una sucesión, regida por la ley personal del causante con las particularidades derivadas de la aplicación del estatuto real a los bienes troncales de la tierra llana, *integrando complementariamente* una y otra tendremos: legítima estricta, tercio de mejora y parte de libre disposición según el Código civil; 40 cada una. De estos bienes, 90 son troncales, de los que el testador sólo puede disponer a favor de los hijos, pero puede atribuirlos libremente a uno cualquiera de ellos. Así, si el testador usara de esa facultad y designase a uno solo heredero de los bienes raíces en la tierra llana se imputarían así estos 90: 40 al tercio de mejora —no olvidemos que la legítima global vizcaína es legítima electiva como la mejora del Código civil—; 10 a su legítima estricta y 40 a la parte de libre disposición; y así cada uno de los demás hijos recibirá 10.

— Si el valor de los bienes troncales excediere de 90 sobre un total de 120, la facultad de distribuir y elegir del art. 23 Comp. Viz. mermaría la legítima de los demás hijos, de conformidad al art. 10, § 3.º C. c. y art. 10 Com. Vizc., pero ésta sería siempre mayor que con el criterio de separación de masas, pues el hijo elegido como heredero troncal no tendría otra legítima en los demás bienes, ni habría parte de libre disposición en éstos en tanto no se cubriese la legítima estricta de los hijos no elegidos.

— En el mismo supuesto familiar, supongamos que del caudal relicto de 120, los bienes troncales situados en la tierra llana equivalen a 60.

Aplicando el criterio de *separación de masas*, tendremos: legítima colectiva en los bienes troncales = 60; legítima estricta en los demás bienes, tercio de mejora y libre según el C. c. = 20, cada uno. El hijo elegido tendrá 60 en la sucesión forzosa troncal más 5 de legítima estricta si nada más se le asigna en el testamento, mientras cada uno de sus hermanos sólo tendrá 5 de legítima estricta, si no se les mejorase ni les atribuyera nada en la parte de libre disposición, y 10 de legítima larga si no se mejorase a nadie.

Si empleamos el criterio de *unidad de sucesión e integración complementadora de las normas legitimarias*, el resultado será: cada tercio del caudal en conjunto = 40. Elegido un solo hijo heredero en los bienes troncales, se le imputarían 40 como mejora, 10 a su legítima estricta y 10 a la parte de libre disposición. Cada uno de los

otros hijos tendría 10 de legítima estricta y quedarían 30 a la libre disposición del causante.

— En igual supuesto familiar y total: caudal relicto, los bienes troncales en la tierra llana valen 30.

En el criterio de *separación de masas*: esos 30 constituirían la legítima colectiva en los bienes troncales, mientras la legítima estricta, el tercio de mejora y el de libre disposición, según el Código, serán 30 cada uno, y la legítima estricta respecto de cada uno de éstos, incluido el elegido como sucesor troncal, sería de $7 \frac{1}{2}$.

Utilizando el criterio de *unidad de sucesión e integración complementadora de las normas legitimarias*, tendremos: el hijo elegido heredero troncal recibirá los 30, que importan los bienes troncales en la tierra llana, con cargo al tercio de mejora y en concepto de tal. La legítima estricta de cada hijo, incluido aquél, será de 10; quedarán otros 10 del tercio de mejora que el causante podrá utilizar como tal y 40 de su libre disposición.

El mismo criterio deberemos aplicar en el caso de concurrir, con la legítima foral sobre bienes troncales de la tierra llana, cualquier otra legítima afectante a la sucesión en general bien se halle régida por el Código civil (cónyuge viudo, hijos naturales, etc.) o por otra ley personal.

El principio de la unidad de la sucesión, y la consideración de que si bien el estatuto real correspondiente a un ordenamiento diferente de la ley personal del causante es aplicable como limitación de ésta, pero sin rotura total de aquel principio, nos lleva a considerar que jurídicamente no hay dos masas totalmente separadas, sino que sobre el haber total deben conjugarse ambos sistemas legitimarios, afectando: el de la ley personal al total en cuanto no choque con el estatuto real interferido, y la de este estatuto a los bienes a él afectos, sin perjuicio de que con el resto de la masa se compensen, en lo posible, las desviaciones cuantitativas y aun cualitativas, de ser viable, producidas en la ley personal por la incidencia real.

La imagen de dos masas materialmente distintas corresponde a una primera percepción, pero se trata de una visión a distancia no confrontada con averiguaciones profundas. Ocurre con ella como con tantas visiones de la naturaleza percibidas desde lejos y no analizadas con la experiencia de percepciones próximas del mismo objeto.

La solución jurídica interespacial exige el respeto concreto a una norma específica del estatuto real, y, salvando éste, el respeto, en cuanto no lo impida dicha regla específica, de la norma general reguladora. Las dos masas no existen a todos los efectos ni dan lugar a dos sucesiones, sino que solamente tienen realidad en cuanto exija el cumplimiento de tal norma específica, pero no más.

C) CONCURRENCIA DE COCIENTES DE LEGÍTIMAS DISTINTAS

No haremos aquí sino un repaso muy breve para enfocar especialmente los supuestos de que concurren en una misma sucesión

diferentes clases de legitimarios, puesto que esas figuras han ido ya desfilando ante nosotros en el examen general que hemos hecho de los divisores de las diversas clases de legítimas globales e individuales. La perspectiva que aquí tratamos de obtener requiere que distingamos dos supuestos tipo generales: a) Los casos en que la concurrencia de legítimas reduce la parte de libre disposición sin comprimirse aquéllas entre sí, en tanto quepan en ella, sin perjuicio de que en algunos casos la ley, para tales supuestos de concurso, reduzca algunas de las cuotas legitimarias. b) Los casos en que recíprocamente se comprimen las legítimas de los legitimarios de distintas clases concurrentes.

C - I) *Supuestos en los cuales la concurrencia de legítimas de legitimarios de clase distinta disminuye la parte de libre disposición, sin que aquéllas se compriman entre sí mientras quepan en ésta.*

C - I, 1) *En el Código civil.*

63. Tenemos los siguientes supuestos:

1) *Concurrencia de legítimas de hijos y descendientes legítimos y de cónyuge viudo cuando alguno o todos aquéllos sean de anteriores nupcias.*

El supuesto es regulado en el art. 836, § 1.º, que en su versión de 24 abril 1958, dice (390):

“En el caso de concurrir hijos de algún matrimonio anterior del causante, el usufructo correspondiente al cónyuge viudo recaerá sobre el tercio de libre disposición” (391).

(390) Este precepto en la versión originaria del Código civil constituía el art. 839, que decía: “En caso de concurrir hijos de dos matrimonios, el usufructo correspondiente al cónyuge viudo de segundas nupcias se sacará de la tercera parte de libre disposición de los padres”.

Notemos que entre este texto y el del actual art. 836, § 1.º, no hay sino una modificación de redacción, en el cambio de “*hijos de dos matrimonios*” por “*hijos de algún matrimonio anterior del causante*”, que da lugar a que la norma se aplique aunque no hayan hijos del ulterior matrimonio, bastando que los haya del primero, al contrario de la interpretación dada al texto anterior por la S. de 21 febrero de 1900.

(391) La solución del art. 836 § 1.º, tiene mayor importancia al haberse extendido la legítima del cónyuge viudo a todo el tercio de mejora. Sin embargo, es de observar, como lo ha hecho JOSÉ LUIS MEZQUITA DEL CACHO, en “La cuota viudal, tras su reforma (nota crítica)”, II, en R. G. L. y J. 206. 1er. sem. 1959, pp. 100 y ss., que la fórmula no parece feliz pues puede ocurrir que los destinatarios del tercio de mejora sean los hijos de las segundas nupcias y los del de libre disposición los de las primeras, atribución que puede hacer el causante en donación o en testamento (que puede ser ológrafo) y que es posible haga inadvertidamente. Por eso, sin duda hubiese sido más aconsejable la fórmula, que MEZQUITA propone (pp. 102 *infra* y s.), de que la cuota viudal recayera: “en primer término sobre lo percibido —fuera de la legítima estricta— por los hijos comunes; y sólo sobre el haber no estrictamente legitimario de los demás cuando aquella masa de extracción fuera inferior a un tercio de la herencia”.

2) *Concurrencia de hijos y descendientes de legítimos con hijos naturales o descendientes legítimos de éstos.*

Según el art. 840 § 1 la legítima de los hijos naturales, “habrá de sacarse”, en ese caso, “del tercio de libre disposición”; y, tan sólo, en cuanto “quepa dentro”, “deduciendo antes los gastos de entierro y funeral” (392). El mismo criterio deberá aplicarse en caso de concurrir adoptados con adopción simple en virtud de la asimilación a este respecto, de éstos a los hijos naturales según el art. 180 § 3.º, ap. 1.

3) *Concurrencia de ascendientes legítimos con el cónyuge viudo.*

Vimos antes que después de la reforma de 1958, la legítima del cónyuge viudo, no existiendo descendientes, pero sí ascendientes, consiste en el usufructo de la mitad de la herencia (art. 837), mientras que, en ese concurso, la legítima de los padres o ascendientes se reduce —de la mitad que antes era aún con ese concurso, y que sin él sigue siéndolo— a la tercera parte (art. 809, inciso final). Dice Bonet Ramón (393) que, por tratarse de un precepto excepcional y restrictivo es necesario entenderlo en el sentido de que para que se opere la reducción de la legítima de los ascendientes, es preciso que el viudo llegue a ser heredero, por lo cual si renuncia a la herencia o es incapaz para recibirla, la legítima de los ascendientes será de la mitad.

A pesar de que nada se diga expresamente hay que entender, incluso por la existencia del hoy desfasado —como veremos— artículo 841 1.º que ambas legítimas no se interfieren, y, una y otra, reducen la parte disponible, sin chocar entre sí (aunque hoy realmente la propia ley ya reduce previamente la legítima de los ascendientes para ese supuesto).

4) *Concurrencia de ascendientes legítimos o adoptantes plenamente con hijos naturales y/o adoptados simplemente.*

El texto del originario art. 841 era más explícito al respecto, al señalar a los hijos naturales, para este caso de concurrencia, “la mitad de la parte de herencia de libre disposición”. El texto vigente desde la reforma de 1958 en su § 1.º la refiere “a la cuarta parte de la herencia”. Sin embargo, no parece dudoso que esa cuarta parte se tomará de la porción de libre disposición, puesto que la reforma a ese respecto se hizo porque la legítima de los ascendientes, que en el texto del art. 809 primitivo era siempre de la mitad, ha sido reducida en la reforma de 1958 a un tercio si los ascendientes concurren con cónyuge viudo.

El § 2.º del mismo art. 841, que luego examinaremos, confirma que el Código sigue aplicando la legítima de los hijos naturales fuera de la cuota de los ascendientes legítimos.

(392) Respecto esta previa deducción, cfr. *supra*, n. 16.

(393) BONET RAMÓN, “Compendio...”, vol. cit., n. 106, p. 584.

El art. 179 § 2.º, reformado por ley de 2 julio 1970, asimila los adoptantes en la adopción plena a los padres legítimos.

5) *Concurrencia de ascendientes legítimos (o adoptivos en la adopción plena) con hijos naturales y/o adoptados simplemente y con el cónyuge viudo.*

Según el § 2.º del art. 841, en la versión dada por la ley de 24 abril de 1958, lo dispuesto en su § 1.º que señala en la cuarta parte la legítima de los hijos naturales concurriendo con ascendientes legítimos, "*se entiende sin perjuicio de la legítima del viudo que, concurriendo con hijos naturales reconocidos, será de un tercio de la herencia en usufructo y se adjudicará a éstos sólo en nuda propiedad, mientras viviere el viudo, lo que les falte para completar la legítima*" (394).

Este artículo parece redactado para solucionar un supuesto de concurrencia que da lugar a reducción. Ciertamente lo resolvía antes de la reforma de 1958, cuando, en este caso de concurso, la legítima de los ascendientes era de la mitad, la del viudo un tercio y la de los hijos naturales un cuarto, por lo que disponía que el usufructo viudal, en la parte del tercio que excediese de un cuarto, gravara la legítima de los hijos naturales. Pero después de esa reforma no parece que tal concurrencia requiera reducción alguna de ninguna de las legítimas concurrentes, pues hoy: la legítima del ascendiente concurriendo con el viudo, es de un tercio (4/12); la de éste en usufructo en el supuesto previsto en el artículo, según el mismo determina, es de un tercio (4/12), y la de los hijos naturales la fija el párrafo 1.º en un cuarto (3/12): o sea, que en total abarcan 11/12 y queda un dozavo libre.

Al parecer el mantenimiento de esta norma no es sino consecuencia de un olvido padecido por las Cortes que, al rectificar el art. 809, reduciendo a un tercio la legítima de los ascendientes en caso de concurrir con el cónyuge viudo, olvidaron concordar el art. 841 con esta reducción. Así lo reconoció Manuel Batlle Vázquez (395) que fue miembro de la Comisión de las Cortes que efectuó la indicada rectificación del art. 809; y esa ha sido la opinión de la doctrina en su mayoría (396). Sólo contadas excepciones (397) han pretendido bus-

(394) En su versión originaria el § 2.º del art. 841 decía: "Esto se entiende sin perjuicio de la legítima del viudo, conforme al artículo 836, de modo que concurriendo el viudo con hijos naturales reconocidos, se adjudicará a éstos sólo en nuda propiedad mientras viviere el viudo, lo que les falte para completar la legítima. Recordemos que el art. 836, entonces vigente señalaba como legítima al viudo en caso de no concurrir descendientes ni ascendientes, el usufructo de la tercera parte de la herencia.

(395) MANUEL BATLLE VÁZQUEZ. "Observaciones sobre la reforma del Código civil", VI, en R. G. L. y J. 105 2 sem. 1958, p. 452.

(396) R. MARTÍNEZ EMPERADOR. "Los derechos sucesorios del cónyuge viudo en la ley de 24 de abril de 1958", en Bol. de Inf. del Ministerio de Justicia, n. 424, 5 oct. 1958, pp. 3 y ss.; JOSÉ MARÍA AMUSÁTEGUI, RAFAEL IZQUIERDO, JOSÉ LUIS LLORENTE y ANTONIO PÉREZ VEGA. "Comentarios de

car sentido al art. 841, § 2, entendiendo que cuando se dé ese triple concurso la legítima de los ascendientes es de la mitad, a consecuencia de que el usufructo que constituye la legítima del viudo se reduce en ese supuesto a un tercio, en lugar de la mitad, a la que la eleva en concurso sólo con ascendientes la reforma del art. 837 de 1958. Pero no resultaría explicable por qué el mismo legislador al darse el concurso de ascendientes legítimos y cónyuge viudo eleva la cuantía de la legítima de éste al usufructo de la mitad, y que, en cambio, al darse además la concurrencia de hijos naturales, supuesto en el que reduce la cuantía de la del viudo a un tercio, volviera a subir a la mitad la legítima de los ascendientes. No puede vislumbrarse la *ratio* por la cual la interferencia de hijos naturales del causante pueda hacer de mejor condición a los ascendientes legítimos de éste.

6) *Concurrencia del cónyuge viudo con hijos naturales o adoptados simplemente.*

Nos hallamos ante un supuesto de concurrencia acerca de cuya solución discute la doctrina.

Por una parte tenemos el inciso del párrafo que acabamos de examinar del art. 841 C. c., que, después de salvar la legítima del cónyuge viudo, dice de ésta "*que, concurriendo con hijos naturales reconocidos, será un tercio de la herencia en usufructo*".

Notemos que, en la sección anterior, el Código civil al regular la legítima viudal, después de la reforma de 1958, no se refiere expresamente a este concurso, y fija la legítima viudal del cónyuge en el usufructo de un tercio (el de mejora), concurriendo con hijos o descendientes (art. 834), de la mitad, no existiendo descendientes pero sí ascendientes (art. 837) y de dos tercios, no existiendo ascendientes ni descendientes (art. 838).

En su versión originaria, el art. 837 disponía: "Cuando el testador no dejare descendientes ni ascendientes legítimos, el cónyuge sobreviviente tendrá derecho a la mitad de la herencia también en usufructo". Y se ha hecho notar que el actual art. 838 ha suprimido el adjetivo "*legítimos*", detrás de "*descendientes ni ascendientes*", del mismo modo que el art. 834, que fija en un tercio la legítima del

información legislativa", en A. D. C. NI-III, julio-setiembre 1958, pp. 881 *in fine* y s.; ALFONSO DE COSSÍO CORRAL y ANTONIO GULLÓN BALLESTEROS, *Notas* a la últ. ed. de las "Instituciones..." de DE DIEGO, vol. III, pp. 224 y s.; ARTURO MAJADA, "La reforma del Código civil", Barcelona 1958, p. 110; J. SANTAMARÍA, op. y vol. cit., art. 841, p. 824; PUIG PEÑA, op. cit., vol. V-II, cap. XIII, 5. E. pp. 367 y ss.; BONET RAMÓN, "Código...", art. 841, p. 662 y "Compendio...", vol. F, n. 109, p. 609. PUIG BRUTAU, "Fundamentos...", vol. V-III, cap. I, 7. C. 3, p. 84; CASTRO LUCINI "Temas..." Tema 122, n. 5, p. 176.

(397) N. GÓMEZ DE ENTERRÍA, "No hay error legal en el párrafo 2.º del nuevo art. 841 del Código civil", en Bol. de Inf. M. de Justicia, p. 427, noviembre 1958, pp. 6 y ss., de cuya opinión dice MEZQUITA DEL CACHO, loc. últ. cit., p. 109, que es francamente estimable.

cónyuge viudo en concurrencia “*con hijos o descendientes*”, tampoco les añade ese calificativo “*legítimos*” a diferencia del anterior artículo 834 que la refería a una cuota igual a la correspondiente por legítima “*a cada uno de sus hijos legítimos no mejorados*”.

Tres interpretaciones se han propuesto para resolver esta cuestión:

Primera: Presuponer que el art. 838 extiende su supuesto a todo caso en que falten descendientes y ascendientes *legítimos* y entender que el art. 841, § 2.º sólo regula la triple concurrencia de ascendientes, cónyuge viudo e hijos naturales; y, en consecuencia, resolver que, de concurrir sólo con estos últimos, la legítima del cónyuge viudo consiste en el usufructo de dos tercios.

Con este criterio (398) se resuelve la concurrencia estimando que la legítima que corresponde a los hijos naturales es de un tercio en plena propiedad y la que corresponde al cónyuge viudo la de dos tercios en usufructo, de los cuales el testador puede disponer libremente de la nuda propiedad.

Segunda: Entender que en la versión de 1958 se produjo una laguna legal, pues el art. 841, § 2, sólo contempla la triple concurrencia y ninguno de los artículos que regulan la legítima viudal prevé la existencia de hijos naturales del causante ni para fijar el usufructo viudal en un tercio (art. 834) ni para señalarlo en dos tercios (art. 838). Que, por lo demás —como se lee en su exposición de motivos de esa reforma—, la legítima de los hijos naturales no fue ampliada en ella. Por todo lo cual, no se acierta ver por qué la simple concurrencia de hijos naturales y cónyuge viudo ha de reducir la legítima a éste, mientras, inversamente, parece excesivo entender que la solución consiste en que, al darse esa concurrencia, el causante no pueda disponer de porción alguna en pleno dominio. Y ese vacío, cree un autor (399) que debe llenarse por la costumbre *praeter legem* que durante sesenta y nueve años aplicó la legítima del usufructo de la mitad al cónyuge viudo en ese supuesto, mientras que otro (400) opina que simplemente sigue vigente a este respecto la regulación anterior.

Tercera: Estima que los términos del art. 841, § 1, en el inciso que refiriéndose a la legítima del viudo dice “*que, concurriendo con hijos naturales reconocidos, será de un tercio*”, expresan claramente que contempla el curso de aquél con éstos, tanto si, además, concurren ascendientes, como si no concurren, pues de referirse sólo al triple concurso hubiese bastado que dijera: “*En ese caso la legítima del cónyuge viudo será de un tercio...*”. Por lo cual, en cualquier

(398) BATLLE VÁZQUEZ, loc. cit., pp. 451, parece presuponerlo. Le siguen N. GÓMEZ DE ENTERRÍA, loc. cit., p. 3 y 5, y explícitamente BONET RAMÓN, “Código...”, arts. 838 y 841, pp. 658 y 662, y “Compendio...” vol. V, núm. 109, y n. 114, p. 622. Implícitamente J. SANTAMARÍA (op. y vol. cit., art. 841, p. 824) parece limitar el supuesto del art. 841 § 2, inciso 1.º, a la triple concurrencia de ascendencia, hijos naturales y cónyuge viudo; pero nada más añade.

(399) MEZQUITA DEL CACHO, loc. cit., pp. 113 y ss.

(400) CASTRO LUCINI, op. cit., tema 122, V. 4.º, p. 175.

caso, de concurrir cónyuge viudo e hijos naturales, la legítima del viudo será de un tercio en usufructo, y la de los hijos naturales de otro tercio en plena titularidad (401). Creemos que este criterio es el más ajustado a lo que dice el texto del Código civil.

7) *Concurrencia del cónyuge viudo con padres naturales o adoptivos con adopción simple.*

De cualquier modo que resolvamos las dudas que se suscitan para la determinación de la cuantía de la una y de la otra, ambas legítimas discurren sin interferirse, pues su suma en ningún caso excede de la base, ya que la cuantía de la legítima de los padres naturales se discute si será de un cuarto o de un sexto (y no un tercio, en ese concurso), y la del cónyuge viudo, si será de dos tercios o de la mitad, según haya de aplicarse el art. 838 o el 837, es decir, según se incluyan o no en uno y otro sólo los ascendientes legítimos o también los naturales, como parece indicar la supresión en aquél del adjetivo "legítimos".

8) *¿Puede darse concurrencia de ascendientes legítimos o naturales con padre o madre adoptante con adopción simple?*

El concurso de padres legítimos y naturales no puede darse en la realidad; pero sí es posible que concurren padres legítimos o naturales con padres adoptivos tanto en la adopción plena como en la simple.

Ahora bien, jurídicamente el problema no puede plantearse en la adopción plena, pues los ascendientes legítimos quedan excluidos ya que así lo deciden los §§ 2.º y 3.º del art. 179 en su versión de 1970: "*Los adoptantes ocuparán en la sucesión del hijo adoptivo la posición de los padres legítimos*" (§ 2.º). "*Los parientes por naturaleza no ostentarán derechos por ministerio de la ley en la herencia del adoptante, sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 812 del Código*" (§ 3.º).

Pero se plantea en la adopción simple, ya que según el apartado final del § 3, art. 180: "*El adoptante ocupa en la sucesión del hijo adoptivo una posición equivalente a la del padre natural*" (402).

(401) MAJADA, loc. últ. cit.; expresamente PUG PEÑA, op. y vol. cit., cap. XII, § D, p. 367; PUG BRUTAU, loc. últ. cit., p. 84 (por su referencia a la solución de MAJADA; ALBALADEJO, "Compendio...", cap. XXXIII, n. 8, p. 593, que consigna cuatro supuestos en los cuales la legítima viudal es del usufructo de un tercio: "Si concurre con descendientes legítimos del difunto o con hijos naturales de éste, o con ambos, o con éstos y ascendientes legítimos".

(402) En la versión de 1958 el problema no se presentaba en la adopción menos plena, porque en ella no se daban derechos legitimarios, ni en la adopción plena, pues si bien —en el art. 179 § 1, inciso final— al adoptante se le concedieron los derechos sucesorios del padre natural, a la vez —en el § 3 del mismo artículo 179— se excluía de todo derecho sucesorio a los parientes por naturaleza.

Siendo así:

— Respecto a los padres legítimos, ¿el adoptante simple ocupa una posición subsidiaria?, o ¿una posición simultánea como los hijos naturales con los legítimos?

— Respecto a los padres naturales, los adoptantes simples, ¿ocupan una posición subsidiaria?, ¿se les anteponen?, o bien ¿concurren en la misma cuota, comprimiéndose en ella unos y otros?, o ¿concurren simultáneamente en otra cuota igual, sumándose ambas indisponibilidades para el adoptado? Literalmente parece más adecuada al texto del art. 180. § 3.º, la última solución propuesta.

C-12) *En los regímenes especiales o forales*

64. Estas cuestiones no se plantean en todos los regímenes especiales o forales, sino tan sólo en los Derechos especiales de Mallorca, Menorca y Cataluña, aparte del supuesto de la sucesión del vizcaíno de las villas con bienes troncales en la tierra llana, problema del que antes nos hemos ocupado. Veamos, pues, a ver los problemas suscitados en los regímenes civiles de Mallorca, Menorca y Cataluña.

a) *Mallorca y Menorca*

1) *En concurso con descendientes legítimos* —con derecho a un tercio o a la mitad, según no excedan o excedan de cuatro—, *todas las demás legítimas* deben deducirse de la parte libre, que deja de serlo en cuanto éstas la ocupen, a saber:

— El *cónyuge viudo*, en usufructo, un tercio del total o una cuota igual a la menor porción del hijo de anteriores nupcias que resulte menos favorecido (art. 45 en rel. con art. 53 Comp. Bal.).

— Los *hijos naturales reconocidos en la sucesión de las madres y los adoptivos con adopción plena*: una porción viril cada uno igual a la de los legítimos en cuanto quepan en la herencia después de deducida la legítima de éstos (art. 41, § 2).

— Los *hijos naturales reconocidos en la sucesión del padre*: una porción para cada uno igual a la mitad de la correspondiente a los legítimos, en cuanto quepan en el resto de la herencia (art. 43, a).

2) *En concurso con ascendientes legítimos* —con derecho a una tercera parte de la herencia—, también se deducirán del resto de la herencia, las siguientes legítimas:

— Los *hijos naturales* tendrán derecho a otro tercio de la herencia (art. 43, b).

— El *cónyuge viudo* tendrá derecho al usufructo de la mitad de la herencia (art. 45, § 3).

3) El *cónyuge viudo*, no habiendo descendientes legítimos, *en concurso con hijos naturales*, tanto en la sucesión de la madre como en la del padre, y/o *con hijos adoptivos con adopción plena*, recibirá el usufructo de un tercio, pues unos y otros deben estimarse equiparados a los legítimos en defecto de éstos (arts. 41, § 2 y 43, § 1) y se ha de entender que el art. 45, § 2.º, ap. 1.º, al señalar un tercio al *cónyuge viudo* en concurso con descendientes en términos gene-

rales engloba sin distinción también en cualquier caso a los naturales y a los adoptados plenamente.

4) El *cónyuge viudo* en concurrencia con *padres naturales o con adoptantes* en la sucesión de sus adoptados *plenamente*, hay que entender —por paralela razón a la antes expresada— que tendrá derecho al usufructo de la mitad de la herencia, mientras los padres naturales o adoptivos deducirán su tercio de la parte no afectada por el usufructo.

La *triple concurrencia* de descendientes legítimos, hijos naturales y/o adoptados plenamente y *cónyuge viudo* la examinaremos después en los supuestos de concurrencia que comprime algunas legítimas.

b₂) *Cataluña.*

Del mismo modo que, en Derecho romano, la cuarta marital y la cuarta antonina o piana recaían en cuotas diversas de la legítima de los descendientes o ascendientes legítimos, así también en Derecho catalán unas y otras legítimas son paralelas sin interferirse entre sí. Así:

1) Una cuarta corresponde a los hijos y descendientes legítimos. (art. 124, § 1) o, en su defecto, a los ascendientes legítimos (art. 124, § 2), o, en su caso, a la madre natural y/o al padre natural si reúne los requisitos exigidos para ello (art. 128).

2) Otra cuarta corresponde a las legítimas de hijos adoptivos con adopción plena, con la particularidad de que cada uno de ellos no recibirá mayor porción que la resultante de dividirla por la suma de hijos legítimos y adoptados plenamente (art. 125, ap. 2.º).

3) Otra cuarta para la legítima de los hijos naturales en la sucesión de la madre, con igual peculiaridad en la determinación de cada porción individual que la expresada para los plenamente adoptados (art. 126, § 2).

4) Otra cuarta está destinada a la viuda que reúna los requisitos exigidos para recibirla, en propiedad o en usufructo, toda o en una parte igual a la de cada hijo legítimo si éstos fueren cuatro o más (art. 149).

C-II) *Supuestos en los cuales la concurrencia de legitimarios comprime todas las legítimas o algunas de ellas.*

C-II₁) *En el Código civil.*

Esta compresión se produce en todas las legítimas individuales fijadas por partes viriles con relación a una cuota global dada y también se produce en las fijadas con relación a otras legítimas distintas (hijos naturales o adoptivos, con relación a los legítimos) en cuanto no quepan aquéllas dentro del máximo que se les señale como tope (tercio libre, disponible, resto de la herencia, cuarta).

Pero, además, hay algunos casos en los cuales los cocientes glo-

bales correspondientes a legitimarios de diversas clases se comprimen en caso de concurrencia. Así tenemos:

65. *Concurrencia en una misma sucesión, regida por el Código civil, del cónyuge viudo, de hijos legítimos de un anterior matrimonio y de hijos naturales y/o adoptivos con adopción simple.*

Hemos visto que conforme al art. 840, § 1, inciso final, C. c., la legítima de los hijos naturales se extrae del tercio de libre disposición, y que, según el art. 836, § 1, en caso de concurrir hijos de algún matrimonio anterior del causante, el usufructo correspondiente al cónyuge viudo recaerá sobre el tercio de libre disposición. La colisión de legítimas en caso de concurrir además, en estas circunstancias, hijos naturales, la resuelve el art. 836, § 2.º:

“En tal supuesto, si hubiere hijos naturales, se adjudicará a éstos su legítima en nuda propiedad, y, si mientras dure el usufructo, estuvieren en el caso de necesitar alimentos, tendrán derecho a exigirlos de todos los legitimarios en proporción a su haber hereditario.”

Se trata de una innovación de la reforma de 1958, pues en la versión originaria del Código civil, el art. 839, precedente del actual § 1.º del art. 836, no contenía párrafo 2.º que solucionase la concurrencia de la cuota legal usufructuaria del cónyuge viudo con la legítima de los hijos naturales. Esta, en cambio, la prevenía el art. 841 § 2 —hoy subsistente sin aplicación, según hemos visto— para caso de concurrir las legítimas de ascendientes, cónyuge viudo e hijos naturales, resolviendo que a éstos se les adjudicará “sólo en nuda propiedad, mientras viviere el viudo, lo que les falte para completar la legítima”. Pese a esta analogía, no toda la doctrina dio por resuelto con ella el problema de la concurrencia simple del cónyuge viudo con hijos naturales (403).

Solucionada la concurrencia a favor de la legítima del cónyuge viudo por el vigente art. 836, § 1, su § 2 otorga un específico derecho a los hijos naturales que “*estuvieren en el caso de necesitar alimentos*”, “*a exigirlos de todos los legitimarios en proporción a su haber respectivo*”. La regulación de este nuevo derecho a alimentos es evidentemente muy parca y no resuelve muchas de las cuestiones que plantea. Trataremos de concretar las resueltas en el mismo y las suscitadas y no resueltas en su texto:

1.º) Sólo surge el derecho a favor de aquellos hijos naturales, a quienes se adjudique su legítima en nuda propiedad, que “*estuvieren en el caso de necesitar alimentos*”, y, consiguientemente, mientras se hallen en dicho caso.

(403) Así SCAEVOLA (op. cit., vol. XIV, art. 840 al 842 B, d. pp. 893 y ss.), después de discutirlo largamente concluía por considerar más equitativa la reducción a prorrata de ambas legítimas, aún salvando la ortodoxia de la aplicación analógica del criterio del art. 841, § 2.º

2.º) No se aclara si se refiere a los *alimentos civiles* o amplios del art. 142, o a los *alimentos naturales* o “auxilios necesarios para la subsistencia, “instrucción elemental y la enseñanza de una profesión u oficio” del art. 143, §§ 2.º y 3.º:

— Si se tratase de una excepcional transmisión *mortis causa*, para este caso, del deber alimenticio de los padres naturales, establecido en el art. 143, § 1, n. 4, y llegaríamos a la solución de que se trata de alimentos civiles.

— Si se tratara de una excepcional extensión a los hermanos naturales (y veremos si también al cónyuge viudo del padre natural) del deber de los hermanos legítimos regulado en el art. 143, § 3, nos encontraríamos con la solución de que se trata de alimentos naturales.

Se ha argüido (404) en favor de que se trata de alimentos naturales o restringidos, que la obligación alimenticia introducida en el art. 836, § 2 “no es sino circunstancial” y, “como tal, excepcional y que debe ser por ende objeto de interpretación restrictiva en cuanto al contenido”.

También resultaría así de tratarse, como algún autor ha entendido (405), tan sólo de que en ese caso los hijos naturales no resulten de peor condición que los ilegítimos.

A nosotros, de la alternativa que hemos planteado, más bien nos parece que se trata de una excepcional obligación de hermanos naturales (y del cónyuge viudo del padre natural) —que no surge por razones sucesorias sino por causa de incidencias ocasionadas por el concurso de derechos sucesorios contrapuestos— que no pueden tener mayor extensión que el deber normal entre hermanos legítimos de abonarse los alimentos naturales.

3.º) Ha de tener como límite los rendimientos normales de la cuota del hijo natural de los cuales se priva a éste por la concurrencia del usufructo viudal (406), pues no es lógico que el sucedáneo exceda del derecho originario.

4.º) La obligación corresponde a “todos los legitimarios”, y, por lo tanto, no sólo a los hijos legítimos, sino también al cónyuge viudo (407). Pero no a los demás hijos naturales o adoptivos que no se hallen en situación de pedir alimentos pero que también reciban su legítima sólo en nuda propiedad (408), pues gravarles en este caso significaría una carga incongruente con el hecho de privárseles de los rendimientos de su cuota.

5.º) La obligación alimentaria ha de prorratearse entre los obligados “en proporción a su haber hereditario”, y por lo tanto no sólo

(404) MEZQUITA DEL CACHO, op. últ. cit., III, p. 105.

(405) BONET RAMÓN “Código...”, art. 830, p. 657; y “Compendio...”, vol. V, n. 109, p. 608.

(406) MEZQUITA, loc. y pág. últ. cit.

(407) MEZQUITA, loc. últ. cit., pp. 105 y s., y BONET RAMÓN, loc. últ. cit.

(408) MEZQUITA, p. 106.

a sus legítimas respectivas. Consiguientemente para hacer el cómputo ha de tenerse en cuenta también lo que el testador les haya atribuido, además de la legítima (409), a título de institución, mejora o legado, entendiéndose en sentido amplio "haber hereditario", pues lo equitativo al repartir las cargas es atender más a lo que se recibe que al título de la atribución.

C-II₂) *Concurencias que comprimen algunas legítimas en el Derecho de Mallorca y de Menorca.*

66. Se plantean los siguientes supuestos:

1) *Concurrencia de hijos adoptivos con adopción plena con hijos naturales habiendo además descendientes legítimos.*

Hemos visto antes que las cuotas de los hijos naturales y de los adoptados plenamente quedan desplazadas fuera de la cuota —del tercio o de la mitad— correspondiente a los hijos legítimos y limitada su cuantía a "cuanto quepa" en dicho "resto" (art. 41, § 2, ap. 3, y art. 43, a).

De no caber en ese resto hay que entender —a falta de norma en sentido distinto— que deberán reducirse a prorrata, del siguiente modo:

— Si se trata de concurrencia de adoptados plenamente con hijos naturales en la sucesión de la madre, a prorrata rigurosa o por igual, pues unos y otros están equiparados (art. 41, § 1, ap. 1.º y 2.º).

— Si los hijos adoptivos con adopción plena concurren con hijos naturales en la sucesión del padre, la reducción a prorrata habrá de hacerse sobre la base de que a aquéllos les corresponde doble porción que a éstos (arts. 41, § 2, y 43, a, en relación).

2.º) *Concurrencia de cónyuge viudo, con hijos legítimos y con hijos naturales y/o adoptados plenamente.*

El cónyuge viudo en concurrencia con descendientes tiene derecho al usufructo de un tercio de la herencia (art. 45, § 2, ap. 1.º); y el ap. 2.º, del mismo párrafo prevé la triple concurrencia anunciada y la resuelve del modo siguiente:

"En el supuesto a que alude el párrafo segundo del artículo 41, las porciones viriles de los hijos adoptivos o naturales se atribuirán a éstos en nuda propiedad en lo que, conjuntamente con las de los legítimos, sobrepasen el límite de los dos tercios de la herencia."

Mutatis mutandae, de igual manera habrá que aplicar esta solución a la concurrencia de cónyuge viudo en el supuesto del art. 43, a, y en el supuesto de combinarse los supuestos del art. 41, § 2, y del 43, a.

(409) MEZQUITA, p. 106 —que incluye lo recibido en nuda propiedad del tercio libre excepto por los demás hijos naturales o adoptivos—, y BONET-RAMÓN, loc. últ. cit.

3) *Concurrencia de ascendientes, viuda e hijos naturales en la sucesión del padre.*

Sabido es que en ese caso corresponde: a los ascendientes, un tercio (art. 42); a los hijos naturales, otro tercio (art. 43, *b*) y a la viuda, el usufructo de la mitad (art. 45, § 3.^o). El mismo art. 45, § 3, en su inciso final, resuelve este concurso, a favor de los ascendientes y de la viuda, al mantener la cuantía del usufructo de ésta “*aunque llegue a afectar a la cuota de los hijos naturales*”.

