

Tres problemas del derecho sucesorio español

(Legatario de parte alícuota Coheredero. Legitimario)

POR EL
DR. DIEGO ESPIN CANOVAS
Catedrático de la Facultad de Derecho

Nuestro Código civil adolece de una gran imprecisión dogmática en la regulación del derecho sucesorio. Mucho debe esta parte de nuestro Derecho civil común, a la obra integradora y correctora del Tribunal Supremo y de la Dirección General de los Registros y del Notariado. A pesar de ello, todavía ha de enfrentarse el intérprete con problemas, que a veces parecen insolubles si se desea una solución capaz de alcanzar el rango de comunis opinio. Sólo por esa labor jurisprudencial, se ha podido reducir en buena parte el inmenso cúmulo de opiniones divergentes, ocasionado por aquella incertidumbre, que nos recuerda el burlesco «Dezir» de Juan de Mena:

*Viene el pleyto a disputaçion
ally es Bartolo, e Cino, Digesto,
Juan Andrés e Baldo, Enrrique, do sson
mas opiniones que uvas en çesto.*

Como muestra de estas vacilaciones doctrinales, que plantea en forma aguda nuestro Derecho sucesorio, esbozamos un esquema de las posiciones más dispares mantenidas por nuestros juristas en torno a las figuras del legatario de parte alícuota, el coheredero y el legitimario. Sirvanles de unión temática, su común incertidumbre positiva. Reservo para otra ocasión mis propios puntos de vista.



I

LA FIGURA DEL LEGATARIO DE PARTE ALICUOTA

La determinación del carácter de heredero o legatario puede hacerse en definitiva, según un criterio subjetivo, derivado de la voluntad del testador, o bien siguiendo un criterio objetivo, en virtud del contenido universal o particular del propio llamamiento, independientemente de cual fuese la voluntad del causante.

Claro está, que en los casos en que la voluntad del testador coincida con el contenido patrimonial de la disposición (universal o particular), no surge cuestión alguna. Pero cuando exista discrepancia, será preciso optar por un criterio u otro. Es sabido que el Derecho romano se inclina por la voluntad del causante como ley de la sucesión, y en aras de esa voluntad, resuelve la grave dificultad conceptual que plantea la institución de heredero *ex re certa*, en el sentido de que, prescindiendo de tal mención, surta efecto la institución hereditaria, como hecha pura y simplemente. Por el contrario, el Derecho moderno, resuelve este problema inversamente, considerando que tal institución de heredero se considera como legado, siguiendo así el criterio objetivo.

Pues bien, el otro caso importante, de discrepancia entre la presumible voluntad del testador y el alcance de la atribución patrimonial del sucesor, es la del *legatum partitionis* o legado parciario, que tenía lugar cuando el testador dejaba a una persona una parte de la herencia, sin nombrarla heredera. Aunque el llamado a una parte alícuota o fracción numérica del total es hereditario, debía recibir esa cuota del *universum ius*, y por tanto debía merecer la consideración de heredero más que la de legatario, sin embargo el no haber sido instituido heredero por el causante impedía el darle este carácter. Como dice Iglesias Santos «el

partiarius o legatario no es *heres* y, de consiguiente, ni pecha con las deudas, ni tiene título para dirigirse, como acreedor hereditario, contra los deudores de la herencia» (1). El legatario *parciario*, dice Pacchioni, en el mismo sentido «no se hacía heredero de la parte que se le asignaba, sino simplemente acreedor del heredero. Sin embargo, éste no le podía transmitir directamente la parte de herencia debida por ser intransmisible la cualidad de heredero y, por lo tanto, había que recurrir a medios indirectos para lograr de un modo aproximado el efecto querido por el testador» (2).

Por tanto, también en el caso del legado *parciario* o de parte alícuota de la herencia, se inclinaba el derecho romano, por el criterio subjetivo atribuyéndole carácter de legatario y no de heredero, por no haber hecho el testador el nombramiento de heredero. Pero tampoco, en este punto, el derecho moderno ha seguido el criterio subjetivo, sino el objetivo resolviendo la cuestión del legado *parciario*, numerosos Códigos actuales en el sentido de considerar como heredero al llamado a una parte alícuota de la herencia, aunque se le denomine legatario y no heredero (3).

Con estos antecedentes veamos si en el régimen de nuestro Código civil es admisible la figura anómala del legatario de parte alícuota y qué efectos produce, o si por el contrario, dicho llamamiento ha de ser considerado como verdadera institución hereditaria, aunque no haya sido así

(1) IGLESIAS SANTOS, II, 279.

(2) PACCHIONI, II, 325, quien añade que «según la opinión de los sabinianos bastaba que el heredero transfiriese al legatario la *actimatio* de la cuota que el testador le había asignado con la *partitio*; pero podía transferir también, por los modos legales, las cosas y valores de la herencia, *pro parte*, realizando estipulaciones especiales para el reparto del activo y del pasivo; *stipulationes partis et pro parte*. Con la *stipulatio partis* el heredero se obligaba a ceder al legatario, en la proporción establecida por la *partitio*, los créditos que se cobraran después de la parcial transmisión de las cosas hereditarias. Con la *stipulatio pro parte* el legatario se obligaba a responder en la misma proporción ante el heredero de las deudas hereditarias que éste pagase. Así, mediante un conjunto de actos diversos, se lograba aproximadamente el resultado que pretendía la voluntad del testador y que no se había podido alcanzar exactamente porque no era posible ceder la cualidad de heredero ni atribuirla más que por medio de *institutio*».

(3) Código italiano de 1865: «las disposiciones testamentarias que comprenden la universalidad o una cuota de los bienes del testador, son a título universal y atribuyen la cualidad de heredero» (art. 760).

Código portugués: es heredero «el que sucede en la totalidad de la herencia o en parte de ella sin determinación de valor o de objeto» (art. 1/36).

Código alemán: «Si el testador ha asignado su patrimonio o una cuota del mismo al favorecido, la disposición vale como institución de heredero, aunque el favorecido no haya sido designado con tal nombre» (parágrafo 2.087).

Código suizo: «Toda disposición que recaiga sobre la universalidad o una cuota parte de la sucesión es considerada institución de heredero» (art. 483, ap. 2).

Código italiano de 1492: «Las disposiciones testamentarias, cualquiera que sea la expresión o la denominación usada por el testador, son a título universal y atribuyen la cualidad de heredero, si comprenden la universalidad o una cuota de los bienes del testador. Las otras disposiciones son a título particular y atribuyen la cualidad de legatario».

La indicación de bienes determinados o de un conjunto de bienes no excluye que la disposición sea a título universal, cuando resulte que el testador ha querido atribuir aquellos bienes como cuota del patrimonio» (art. 588).

denominada por el testador. En suma, ¿sigue nuestro Código el camino del Derecho romano, en este punto, o la orientación del Derecho moderno?

En favor de la existencia en nuestro Código del legado parciario se alega principalmente:

a) Que el art. 655 al tratar de la reducción de donaciones por inoficiosidad dispone que «sólo podrán pedir reducción de las donaciones aquellos que tengan derecho a legítima o a una parte alícuota de la herencia, y sus herederos o causa habientes», añadiendo en el párrafo tercero que «los donatarios, los *legatarios que no lo sean de parte alícuota* y los acreedores del difunto, no podrán pedir la reducción ni aprovecharse de ella». Esta referencia a los legatarios que no lo sean de parte alícuota, se interpreta en el sentido de que en el código se reconoce la existencia de legatarios de parte alícuota (Traviesas) (4).

b) Que la ley de Enjuiciamiento Civil considera como parte legítima para promover el juicio voluntario de testamentaría a «cualquiera de los legatarios de parte alícuota del caudal» (art. 1038, n.º 3.º) regulándose en los preceptos siguientes la intervención de dichos legatarios de parte alícuota (arts. 1039, 1049, 1055, etc.). También de esta admisión como parte legítima para intervenir en el juicio voluntario de testamentaría se deduce la existencia en nuestro derecho de esta clase de legatarios (Traviesas) (5).

c) Que la Ley hipotecaria alude, aun sin mencionarlos, a los legatarios de parte alícuota, pues el art. 42, n.º 7.º, permite la anotación preventiva de su derecho al «legatario que no tenga derecho, según las leyes, a promover el juicio de testamentaría». Como los únicos legatarios que tienen derecho a promover el juicio de testamentaría son precisamente los de parte alícuota, según acabamos de ver, se deduce de ello, que la ley hipotecaria al permitir la anotación preventiva de su legado a los legatarios que no sean de parte alícuota, ya que no pueden pedir el juicio de testamentaría, está excluyendo de la anotación de su derecho a los legatarios de parte alícuota. De esta forma el art. 42 citado aun sin mencionar a tales legatarios, está implícitamente refiriéndose a los mismos. Campuzano, en defensa de este precepto hipotecario, alega que se basó «en que tales legatarios (los de parte alícuota) eran más bien herederos (6). Actualmente el nuevo Reglamento hipotecario de 14 de febrero de 1947,

(4) TRAVIESAS, *Legados* (RDP, XVIII, 1931, p. 101); también se apoya en el art. 655 del Código civil para afirmar la admisibilidad del legado de parte alícuota, SÁNCHEZ ROMÁN, *Estudios de Derecho civil*, 2.ª ed. Madrid, 1919, IV-2.º, p. 1129.

(5) TRAVIESAS, *Legados* (RDP, XVIII, 1931, p. 101); SÁNCHEZ ROMÁN, *Estudios*, IV-2.º p. 1298.

(6) CAMPUZANO, *Principios generales de derecho inmobiliario y legislación hipotecaria*, Madrid, 1925.

alude expresamente a tales legatarios al disponer que «a los efectos de las anotaciones preventivas reguladas por los artículos anteriores, los legatarios de parte alícuota se considerarán asimilados en todo caso a los herederos» (art. 152).

d) Recientemente Roca Sastre ha realizado un meritorio esfuerzo en pro de la construcción de la figura del legatario de parte alícuota en nuestro Derecho del Código civil. Parte dicho jurista de la afirmación de que los preceptos que de modo incidental aluden a tal figura, en varios cuerpos legales, que acabamos de mencionar, y en los que generalmente se basa la doctrina favorable a tal legado, son insuficientes, teniendo que apoyarse su existencia en otros preceptos. Alega por su parte fundamentalmente, que nuestro Código sigue el criterio romano subjetivo (salvo la inadmisión de la institución *ex re certa* y la no exigencia de nombramiento formal de heredero, bastando su voluntad en ese sentido), para atribuir el carácter de heredero, como se desprende del art. 668, ap. 2, según el cual «en la duda (sobre atribución a título de herencia o de legado), aunque el testador no haya usado materialmente la palabra heredero, si su voluntad está clara acerca de este concepto, valdrá la disposición como hecha a título universal o de herencia». Afirma Roca Sastre «que este precepto confirma evidentemente que en el Código civil no basta para ser heredero que uno sea llamado a una cuota hereditaria, sino que además se requiere que el testador le confiera la cualidad de heredero, bien explícitamente, empleando materialmente esta palabra, bien implícitamente por circunstancias que revelen que éste era su deseo, voluntad o intención; no cabe duda, pues, que el llamado a una cuota hereditaria será un legatario de parte alícuota». Y combatiendo la tesis objetiva pura de la sucesión a título universal, cree que el argumento deducido del art. 768 que no admite la institución *ex re certa*, es recusable, pues igual puede servir para sustentar su criterio, antes expuesto, es decir, que «para que haya una institución de heredero se requiere que se cumplan dos requisitos: objetivo (asignación de una cuota hereditaria, al menos) y subjetivo (voluntad de que el beneficiado sea heredero)». Y consecuentemente, según el mismo autor, «si falta el elemento objetivo, hay un legado de cosa singular, y si falta el requisito subjetivo, tenemos un legado de parte alícuota» (7). Sostiene, por tanto decididamente la existencia en nuestro Código civil del legado de parte alícuota, como figura distinta de la del heredero.

En contra de la admisibilidad en nuestro Código civil del legado de parte alícuota se alegan fundamentalmente los siguientes argumentos:

(7) ROCA SASTRE, *El legado de parte alícuota* (Estudios de Derecho privado, II, pp. 189, 190 y 191).

a) Que la referencia que el art. 655 de nuestro Código contiene al legado de parte alícuota se debe a un manifiesto error en que incurrió nuestro legislador al transcribir, con algunas modificaciones el análogo precepto del Código italiano de 1865 (art. 1.092), en cuyo párrafo tercero se habla de legatarios, sin distinción alguna, ni referencia a los que no lo fueren de parte alícuota. Y prescindiendo de la génesis de esta errónea transcripción del precepto que sirvió de modelo al nuestro, se afirma por Ossorio Morales, que carece de sentido esta referencia a los legatarios que no lo sean de parte alícuota, pues daña la finalidad del art. 655, o sea la reducción de las donaciones inoficiosas, ningún legatario, sea de la clase que sea, puede pedir la reducción de las donaciones, pues sólo corresponde esta acción a los legitimarios. Por tanto, añade Ossorio Morales, «si esa referencia a los legatarios que no lo sean de parte alícuota—hecha de un modo incidental, en una parte del Código no dedicada a las sucesiones—carece de sentido y sólo se explica por un error del legislador, sería totalmente infundado querer apoyarse en ella, para justificar *a sensu contrario* la admisibilidad, en nuestro ordenamiento vigente, de legados de parte alícuota» (8).

b) Que la regulación hecha por la ley de Enjuiciamiento civil de la intervención del legatario de parte alícuota en el juicio de testamentaría en los arts. 1.038 y siguientes no puede servir para argumentar la posibilidad de tales legatarios en el régimen del Código civil, según afirma Ossorio Morales, no sólo porque, como tuvo que reconocer Traviesas, la ley sea anterior al Código, «puesto que tratándose de dos leyes, una de carácter substantivo y otra de carácter adjetivo, puede no haber entre ellas incompatibilidad y no ser de aplicación el aforismo *lex posterior derogat priori*», rigiendo en términos generales la de Enjuiciamiento en materias de orden procesal. Lo que ocurre—añade—es que, según el artículo 1.976 del Código civil, éste deroga todo el derecho civil común anterior en todas las materias que son objeto del Código, y siéndolo las sucesiones en general y concretamente los legados, sólo al Código habrá de atenderse para fijar el concepto de sucesión a título singular y las distintas modalidades que el legado puede asumir» (9).

c) Que nuestro Código sigue el criterio moderno objetivo para la determinación de la sucesión universal o particular, como lo demuestra el art. 768, según el cual «el heredero instituido en una cosa cierta y determinada, será considerado como legatario». De este precepto deduce Ossorio Morales que «el criterio para distinguir uno de los términos de la

(8) OSSORIO MORALES, *El legado de parte alícuota* (Estudios de Derecho privado, p. 123 ss. esp. 131. Puede verse más ampliamente en este estudio la curiosa génesis de la referencia contenida en nuestro art. 655 al legatario que no lo sea parte alícuota.

(9) OSSORIO MORALES, *El legado de parte alícuota*. (Estudios cit., p. 132).

antítesis (legado), viene así fijado expresamente de un modo objetivo por el legislador atendiendo al ámbito de la disposición; y aunque nada se determina para el otro término (herencia), es obligado, en buena lógica, aplicarle el mismo criterio y, por consiguiente, *a sensu contrario* entender que el legatario que con este carácter aparezca llamado en el testamento, será un verdadero heredero si por la extensión y el contenido del llamamiento resulta que se le atribuye la universalidad del patrimonio del causante o una parte alícuota de él. En suma, que en los casos de institución *ex re certa* y de legado parciario, la contradicción que el Derecho romano resolvía haciendo prevalecer el título de heredero, se salva en Derecho moderno atendiendo al contenido objetivo del llamamiento» (10).

d) Que el argumento que se pretende deducir en favor de la tesis subjetiva de los artículos 675 y 668, al señalar la voluntad del testador como norma decisiva para la interpretación del testamento, carece de fundamento y por tanto no existe contradicción alguna entre esos preceptos y los arts. 660 y 678, de sabor objetivo, porque lo que aquellos preceptos (675 y 668), establecen «es que la declaración de voluntad del causante no está sujeta al rigorismo formal que el Derecho romano imponía, y por consiguiente, que ni es necesario ni basta con que el testador haya empleado los términos *«heredero o legatario»* para que sus disposiciones sean consideradas como tales, sino que es necesario averiguar si ha querido *realmente* instituir heredero o establecer un legado; pero para saber esto habrá que atender al contenido que ha querido dar a su disposición y comprobar si su propósito ha sido atribuir a una persona la universalidad o una cuota de su patrimonio, en cuyo caso será heredero, o una o varias relaciones determinadas, en cuyo supuesto será legatario» (11).

La posición de la jurisprudencia no ha sido muy decidida en este punto, pues por una parte la Sentencia de 11 de febrero de 1903 parece admitir la existencia del legado de parte alícuota y en cambio la de 10 de enero de 1920 parece orientarse, aunque incidentalmente hacia la teoría objetiva. Una nueva posición se inicia con la importante Resolución de la Dirección General de los Registros de 4 de noviembre de 1935 y la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de noviembre de 1940, que marcan un criterio intermedio de admisibilidad de la figura del legado de parte alícuota en nuestro Código, por no existir una identidad entre

(10) OSSORIO MORALES, *El legado de parte alícuota* (Estudios cit., p. 148). BONET RAMÓN en su Comentario a la S. de 16 de octubre de 1940 (RDP. XXV, 1941, p. 40) sigue también abiertamente el criterio objetivo insistiendo en los mismos argumentos.

(11) OSSORIO MORALES, (RGLJ, t. 169, p. 150, 1941, recogido también en *Escritos cit.*, p. 153). Sigue también la orientación objetiva, BONET RAMÓN, Comentario a la S. de 10 de octubre de 1940 (RDP, 1941, p. 40).

dicho legado y el heredero, aunque se den ciertas notas de analogía que aproximen el tratamiento del legatario de parte alícuota al régimen del heredero, en virtud de las cuales deba ser citado el legatario de parte alícuota a la formación de inventario, como si se tratase de heredero, para que tenga conocimiento del patrimonio en que ha de participar (Res. 4 noviembre 1935) y así mismo se le otorga al legatario de parte alícuota «una condición asimilable a la de heredero a beneficio de inventario». (S. 16 octubre 1940). En ambas, Resolución y Sentencia, se aborda ya plenamente el problema de la posibilidad del legatario de parte alícuota en nuestro Derecho, que anteriormente sólo de modo incidental se aludía, sin entrar de lleno en la cuestión.

Dada la transcendencia de la Resolución y Sentencia citadas, las transcribimos a continuación (12):

Resolución de 4 de noviembre de 1935: «Tanto en la mayoría de los Códigos modernos como en la doctrina nacional y extranjera predomina el criterio de considerar el legado de parte alícuota como una verdadera disposición de carácter universal, hasta el punto de entenderse que no ostenta la cualidad de heredero el llamado con esta denominación a quien no se atribuya la adquisición del patrimonio del *de cuius*, y sí al que lo adquiere en su totalidad o en una porción matemática aunque no haya sido llamado como heredero, ya que la institución no debe ir unida a las palabras, sino que deriva de la sustancia misma de la disposición, de tal manera que, cualesquiera que sean las expresiones empleadas por el testador, será reconocido como heredero el sucesor en la universalidad de los bienes o una cuota parte de ellos, teniendo toda otra persona favorecida la cualidad de legatario.

Si bien en el marco de nuestro Derecho positivo podría parecer aventurado establecer una absoluta identidad entre heredero y legatario de parte alícuota, no lo es, en cambio, estimar que, dada la naturaleza, alcance y efecto de esta especie de legado, la ausencia de su reglamentación en el Código civil y la facultad que de un lado se otorga y de otro se niega a este legatario por los arts. 1.038 de la ley de Enjuiciamiento civil y 42, núm. 7.º de la ley Hipotecaria, deben serles aplicables determinados preceptos legales relativos al heredero, y muy especialmente aquellos cuyo fin inmediato es el conocimiento, por el sucesor, del patrimonio en que ha de participar, su cuantía y composición, punto en el que la semejanza entre el heredero y el legatario de parte alícuota aparece más destacada».

Sentencia de 16 de octubre de 1940: «Examinado el tema a la luz de

(12) V. los Comentarios a esta Sentencia de Ossorio Morales (RDP, t. 169, 1941, p. 149), y Bonet Ramón (RDP, 1941, p. 40), y la crítica de la misma hecha por el primero, y también en algunos aspectos, aunque no en el fondo de la misma, Roca Sastre, *Estudios, cit.*, II, 198.

la más nutrida doctrina científica, inspirada en el criterio objetivo de la herencia, la nota distintiva de los conceptos de heredero y legatario, no la da, como era norma en el Derecho romano, la voluntad del testador, manifestada en las palabras con que hace el llamamiento a su herencia, sino que surge del propio contenido de la disposición testamentaria, según atribuya a los sucesores el patrimonio en su totalidad o parte proporcional (herencia), o en alguno de sus elementos individualizados o grupo de ellos concretamente determinado (legado), y así, el legatario de parte alícuota tendrá la condición de heredero, porque sucede en bienes indeterminados, esto es, en una parte abstracta del *universum ius*.

Si se examina el tema en nuestra legislación y en la doctrina jurisprudencial, ya no se podrá afirmar que impere netamente el criterio objetivo, pues si bien es verdad que la norma básica de distinción la da el artículo 660, corroborado por el 768 del Código civil, de marcado sabor objetivista, no se puede prescindir de la tendencia espiritualista o de acatamiento de la voluntad del testador, que fluye, no sólo del arraigo que en nuestro país tiene el legado de parte alícuota como institución distinta de la de heredero, y del entronque subjetivista del vigente Derecho español con el Derecho romano, las Partidas y el Ordenamiento de Alcalá, sino también y principalmente, de los arts. 675 y 668 del Código, que imprimen a la intención del causante el rango de ley de la sucesión, máxime en aquellos casos en que por existir disposiciones testamentarias de tipo ético-afectivo o jurídico-familiar, resulte más acusada la distinción, o en aquellos otros en que aparezca diáfana la voluntad del testador en el sentido de que uno de los instituidos sea el continuador de su personalidad y otro sea el legatario de parte alícuota, incluso con exención de cargas; por lo que procede concluir que en el estado actual de nuestro Derecho positivo no existe identificación absoluta de los conceptos de heredero y legatario de parte alícuota, siquiera el trato jurídico de ambos ofrezca múltiples aspectos de coincidencia por la nota común que los preside, como sucesores a título de atribución de bienes indeterminadamente.

Entre esos aspectos cabe señalar el de responsabilidad por deudas hereditarias, tratándose de legatario de parte alícuota en pleno dominio o en nuda propiedad que no haya sido excluido de ellas por el testador, ya que el legatario así instituido adquiere, por la propia naturaleza de la institución, una condición asimilable a la de heredero a beneficio de inventario, porque si en relación a los sucesores está constituida la herencia por el haber líquido que resulta después de deducir las cargas, necesariamente el legatario de parte alícuota, supeditado como el heredero a la liquidación del caudal hereditario, habrá de participar en ella proporcionalmente a su cuota hasta el límite de su haber líquido, y no más».

II

LA FIGURA DEL COHEREDERO

Cuando el llamamiento a la herencia comprendido en la delación testamentaria o intestada tiene lugar en favor de varias personas, surge entre éstas, desde la apertura de la herencia, una cotitularidad sobre la misma que plantea el problema de su propio carácter y naturaleza. Dicha cotitularidad cesa por la partición, la cual atribuye a cada coheredero (salvo la hipótesis de adjudicación de todos los bienes en proindivisión) la titularidad única sobre los bienes o derechos hereditarios que le hayan sido adjudicados (que plantea a su vez otro problema, la naturaleza de la partición). Por tanto, la comunidad hereditaria se inicia con la apertura de una herencia a la que están llamados varios herederos y termina por la partición. Esta opera la división de la herencia, dando lugar a otros problemas que no examinamos; ahora nos concierne tan sólo la situación anterior a dicha división, es decir, la indivisión hereditaria, cuya naturaleza ha sido objeto de un amplio debate en nuestra doctrina, motivada por la ausencia de una regulación adecuada.

El Código civil, en efecto, se sitúa en torno a la comunidad hereditaria, en el momento de su terminación por la partición, descuidando la regulación específica de la misma comunidad; la doctrina y jurisprudencia por su parte se han enfrentado con la cuestión de la caracterización de tal comunidad carente de dicha regulación legal, planteándose principalmente la alternativa de su inclusión en la órbita de la comunidad romana o por cuotas, o en la comunidad germánica o en mano común, destacándose una posición intermedia entre ambos tipos comunitarios con predominio de elementos de uno o de otro. Otra cuestión relacionada con la anterior, y también planteada por algún sector doc-



trinal es la del ámbito objetivo de esa comunidad hereditaria, cuestión cuya solución prejuzga lógicamente la anterior. Exponemos a continuación ambas cuestiones en sus líneas generales.

NATURALEZA DE LA COMUNIDAD HEREDITARIA FRENTE A SU CARACTERIZACIÓN COMO COMUNIDAD ROMANA O GERMÁNICA

Ya hemos dicho que generalmente se ha planteado el problema de la naturaleza jurídica de la comunidad hereditaria en torno a la alternativa entre su inclusión en el tipo romano o germánico tendiendo a predominar una posición intermedia acentuándose bien el carácter de uno o de otro según cada autor, en los términos que vamos a ver:

a) *Comunidad de tipo romano*: Para Chamorro, la comunidad hereditaria se resuelve en una pluralidad de comunidades igual al número de cosas y derechos reales comprendidos en la herencia, siendo dichas comunidades del tipo de la comunidad romana o por cuotas indivisas, sin más especialidad que la «restricción que para el comunero implica la carencia de la facultad de disponer de su derecho en cada comunidad, que no podrá ser enajenado, cedido o hipotecado antes de la partición, como sería posible en otros casos al amparo del art. 399 del Código civil», restricción que según dicho autor se explica como una restricción del *ejercicio* del derecho hereditario indiviso establecida en beneficio de cada coheredero.

Con un sentido diferente, en cuanto que reconoce que existe una comunidad unitaria sobre el total patrimonio hereditario, pero coincidente en cuanto a caracterizar dicha comunidad sobre toda la herencia como una comunidad de tipo romano, se ha manifestado Roca Sastre, según el cual «en cierto modo—ó sea siempre sin ver en la herencia una suma de comunidades sobre cada cosa singular que la integran, ya que, cada una de ellas no puede considerarse aisladamente sino como parte de un todo—, puede decirse que la comunidad hereditaria es de tipo romano, pero cada cosa singular está atribuida a los herederos en comunidad germánica o en mano común, y hallándose ausente en ellas, en consecuencia, toda idea de cuota y, por tanto, de negociabilidad de la misma».

Posición igual a la anterior mantiene Royo, según el cual «la comunidad hereditaria es, en cuanto a la *hereditas*, comunidad por cuotas, al modo romano, y en cuanto a cada bien concreto, comunidad *zur gesamte Hand* o mancomunidad que únicamente permite la disposición

cuando *todas las manos* concurren a la enajenación o al gravamen» (13).

b) *Comunidad de tipo germánico*: En nuestra reciente doctrina se ha sustentado el carácter germánico de la comunidad hereditaria por Romero Cerdeiriña y por García Valdecasas (Guillermo); según este último «la comunidad hereditaria española sería comunidad sobre la herencia como un todo. Ciertamente que dentro de ella se pueden distinguir tantas comunidades como derechos singulares integran la herencia, pero en cada una de estas comunidades no existe división por cuotas, ni puede pedirse la división material del objeto; son típicamente comunidades *zur gesamten Hand*»; García Valdecasas, reconoce que «la comunidad sobre el patrimonio, en cambio, lleva consigo la existencia de cuotas disponibles y la posibilidad de pedir la división de la herencia. Pero esto—añade—no desvirtúa el principio de la mancomunidad» (14).

c) *Posición intermedia*: Se mantiene un carácter intermedio de la comunidad hereditaria por Sanz y García Granero, entre otros, inclinandose ambos dentro de esta posición ecléctica hacia el predominio de elementos germánicos. Según Sanz, «si se contemplan las relaciones jurídicas aisladas del causante hay en ellas un cambio de titularidad. En su lugar quedan todos los herederos conjuntamente, creándose una cotitularidad, tanto en los elementos activos del patrimonio, como en las deudas del mismo. Esta cotitularidad es de muy difícil caracterización, pues en algún aspecto se asemeja a la germánica, y en otros, sobre todo en cuanto a las deudas, a la cotitularidad solidaria; en cambio, está muy lejana de la comunidad romana o por cuotas» (15). Más abiertamente se inclina por el carácter germánico, García-Granero, dentro siempre de una posición ecléctica; dice, en efecto, que «no son totalmente extrañas a la comunidad hereditaria las notas de la *gesamte Hand*, aunque, fuerza es reconocerlo, en ciertos aspectos se parecen más al condominio romano. De todo ello puede deducirse que la comunidad hereditaria es una institución híbrida o intermedia que presenta puntos de coincidencia tanto con la comunidad romana como con la germánica. En el régimen interno y en cuanto al goce de las cosas comunes se rige por las reglas de la proindivisión romana, de la que toma también el carácter transitorio y la existencia de cuotas. En el régimen externo, a efectos de garantía de los acreedores de la herencia y de ejercicio de los poderes dispositivos, actúan los principios rectores de la *gesamte*

(13) CHAMORRO, *Los derechos hereditarios* (RGLJ, t. 169, 1941, pp. 330 ss.); ROCA SASTRE, *Derecho hipotecario*, Barcelona, 1948, II, p. 539. V. también, ROCA SASTRE, *Notas a trad. esp. Emuiccerus*, V-L.º, p. 17; ROYO, *Derecho sucesorio*, p. 326.

(14) GARCÍA VALDECASAS (GUILLERMO), *La comunidad hereditaria* (Anales de la Academia Matritense del Notariado, VII, p. 256, 1953, y RGLJ, t. 191, p. 395, 1952). V. también la posición de ROMERO CERDEIRIÑA en trabajo cit.

(15) SANZ, *Comentarios a la nueva ley hipotecaria*, Madrid, p. 112, 1945.

Hand, de la que así mismo recibe la indeterminación e inconcreción de los derechos eventuales de los coherederos» (16).

La Jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo ha mantenido también una posición intermedia para caracterizar la comunidad hereditaria aunque sin precisar completamente su naturaleza. La importante Sentencia de 30 de abril de 1935 afirmó que la comunidad entre coherederos constituye «un tipo especial de comunidad que si bien está comprendida en el marco general de la comunidad de bienes y derechos que regula el tít. III del libro II del Código civil, tiene características propias y un principio de régimen orgánico, que la erigen en una categoría intermedia entre el condominio ordinario y la persona moral» (17).

La Dirección General de los Registros y del Notariado afirma decididamente la separación de la comunidad hereditaria, de la comunidad ordinaria regulada por nuestro Código civil sobre moldes romanos aproximándose más hacia su caracterización como comunidad germánica. Así la Resolución de 29 de agosto de 1925 afirma que «la situación jurídica de una masa hereditaria correspondiente a varias personas se distingue de la propiedad proindiviso inscribible por cuotas: *primero*, en que se refiere a un patrimonio y no a un objeto singular; *segundo*, en que el coheredero no puede disponer hipotecariamente de la parte de un inmueble que acaso haya de pertenecerle cuando se realice la partición; y *tercero*, en que está admitida la inscripción sobre una finca cualquiera de las cuotas que los coherederos se atribuyen en la unidad patrimonial, aunque ésta pueda contener inmuebles inscritos en diferentes Registros a nombre de los causantes». Y la Resolución de 1.º de junio de 1943 llega a afirmar que «el derecho hereditario, admitido por las disposiciones que implantaron la primitiva ley Hipotecaria para enlazar los títulos universales *mortis causa* con las fincas y derechos inscribibles, desenvuelto más tarde en una forma un poco ambigua, como si se apoyara en la antigua doctrina de que, dada la unidad de la herencia, los herederos son propietarios proindiviso de los bienes relictos desde la muerte del causante, y por último, regularizada bajo la influencia del Derecho alemán como mancomunidad de orden privado o copropiedad en mancomún, entra en la práctica actual a gozar de los privilegios del Registro, sin ajustarse rigurosamente a los principios de prioridad, publicidad y especialidad, y puede introducir la confusión en los libros

(16) GARCÍA GRANERO, *Cotitularidad y comunidad* (RCDI, XIX, 1946, pp. 623 ss.).

(17) V. también las Sentencias de 4 de abril de 1905, 19 de noviembre de 1929 y 25 de enero de 1943, a que después nos referiremos.

hipotecarios si no se vigila escrupulosamente el contenido de los documentos presentados para inscribirlo» (18).

ÁMBITO OBJETIVO DE LA COMUNIDAD HEREDITARIA

Desde el punto de vista del ámbito objetivo de la comunidad hereditaria nuestra doctrina muestra iguales vacilaciones y división de opiniones. Sirvan de comprobación las siguientes opiniones, en parte ya expuestas:

a) *Cotitularidad única sobre un patrimonio*: De la Cámara concibe la comunidad hereditaria como una comunidad especial que se distingue tanto de la propiedad colectiva como del condominio, caracterizada entre otras notas por ser *universal* ya que recae sobre un patrimonio; y Ossorio Morales insistiendo en esa nota de comunidad sobre un patrimonio, afirma que «sólo el hecho de tener por objeto una universalidad de bienes, o sea el patrimonio del causante concebido abstractamente como unidad, prescindiendo de los elementos singulares que lo integran, es lo que puede dar substantividad conceptual a la comunidad hereditaria. Y que este es el carácter de nuestra comunidad hereditaria lo revela el art. 71 de nuestro Reglamento hipotecario (se refiere este autor al de 1915), al dar por supuesto que cada coheredero, antes de la adjudicación de bienes concretos y determinados, sólo tiene derecho a una parte del patrimonio hereditario».

También mantiene el carácter de comunidad universal, Lacruz, para quien «se trata de una comunidad universal, es decir, que versa sobre toda la herencia, y no—aunque lo contrario podría deducirse de los artículos 1514, 1517 y 1860 Código civil, que parecen presuponer una comunidad sobre cada objeto concreto, y cuyo modo de expresión es ciertamente defectuoso—sobre los singulares bienes y derechos».

En el mismo sentido afirma Ferrandis Vilella que «la comunidad hereditaria es una comunidad universal porque supone la concurrencia de varias titularidades iguales (cualitativamente) sobre una *universitas iuris*», añadiendo que «no puede admitirse que existan tantas comunidades como objetos, o sea, que haya una comunidad hereditaria sobre cada uno de ellos» (19).

(18) V. también las Resoluciones de 27 de marzo de 1917, 21 de febrero de 1923, 22 de septiembre de 1924, 6 de diciembre de 1926, etc., y el comentario a la Resolución de 1.º de junio de 1943 por BONET (RGLJ, t. 175, p. 217).

(19) DE LA CÁMARA, *El derecho hereditario en abstracto* (RCDI, II, 1926, pp. 490 ss.); OSSORIO MORALES, Comentario a la Sentencia del T. S. de 25 de enero de 1945 (RGLJ, t. 173, p. 656); LACRUZ, Notas a la trad. cit. de Binder, p. 248; FERRANDIS VILELLA, *La comunidad hereditaria*, p. 45.



b) *Cotitularidad plural sobre bienes singulares*: Como vimos, para Chamorro, la comunidad hereditaria no es comunidad sobre un único objeto, ni siquiera universal, sino tantas comunidades de bienes como cosas integren la herencia, caracterizando dichas comunidades como de tipo romano, pero sin el posible *ejercicio* del derecho de disposición de cada comunero.

Próxima a esta posición, en cuanto que rechaza abiertamente la existencia de una cotitularidad universal o comunidad sobre un patrimonio, hay que incluir la de Beltrán de Heredia (José), para quien no cabe afirmar «dentro de la regulación legal española, la existencia de un nexo o vínculo de cohesión indispensable para que la comunidad hereditaria pueda tener el carácter de una *universitas iuris*; y para que el simple complejo de los bienes que la integran pueda adquirir una unidad orgánica. Dichos bienes no tienen, en nuestra ley, una valoración conjunta, ni proporcionan otra utilidad que la de los bienes individuales que la componen. Ni siquiera puede decirse que exista la unidad de *destino a un fin*, que se da en otros complejos patrimoniales. Se trata de un simple complejo de bienes, unidos, transitoriamente, en virtud del fenómeno de la delación hereditaria en la que encuentran su origen y fundamento», añadiendo que «esa unión circunstancial, no produce técnicamente una comunidad, sino simplemente una cotitularidad; dentro de la misma estará comprendida todo el complejo de bienes que tenía el causante, no sólo las cosas, sino también los créditos y las deudas, no susceptibles como ya sabemos, de verdadera comunidad. Si están incluidos dentro del complejo hereditario no es porque formen parte de una comunidad, sino con el único fin de facilitar la división de aquel complejo, que no llega a adquirir, repetimos, el carácter de unidad que los autores admiten». Pero aparte de esta cotitularidad de tal complejo de bienes, de carácter transitorio, afirma Beltrán que «es indudable que existe una verdadera comunidad respecto de aquello (cosas y derechos) que puede estar en común. Esta comunidad se encontrará también sometida a la especialidad que preside la materia, pero no puede haber duda alguna de que se trata de una comunidad de bienes, por cuotas partes, sometida a las normas de los arts. 392 y ss. del Código civil» (20).

c) *Cotitularidad única sobre el patrimonio hereditario y cotitularidad plural sobre los bienes hereditarios*: Los anteriores criterios que conciben el objeto de la comunidad hereditaria recayendo, bien sobre un patrimonio universal, o contrariamente sobre bienes singulares sin que quepa afirmar la existencia de un patrimonio universal, no son total-

(20) CHAMORRO, loc. cit.; BELTRÁN DE HEREDIA (José), *La comunidad de bienes en derecho español*, pp. 99 ss.

mente inconciliables a juicio de algunos de nuestros tratadistas que distinguen entre el entero patrimonio hereditario, sobre el cual existe una comunidad y cada uno de los bienes que lo integran, los que a su vez, separadamente, son objeto de comunidades especiales. Pero tampoco reina acuerdo, dentro de esta concepción pluralista o compleja sobre la caracterización de unas y otras comunidades, como se ve en las posiciones de García Valdecasas y Roca Sastre.

Para García Valdecasas, ya hemos visto que «la comunidad hereditaria española sería comunidad sobre la herencia como un todo», comunidad que a pesar de la existencia de cuotas disponibles y la posibilidad de pedir la división de la herencia, se caracteriza por dicho civilista como mancomunidad germánica, que no queda desvirtuada por tales desviaciones. Pero dentro de esta mancomunidad sobre el completo patrimonio hereditario, reconoce este jurista que se pueden distinguir tantas comunidades como derechos singulares integran la herencia», cuyas comunidades son típicamente comunidades *zur gesamten Hand*, ya que en ellas no existe división por cuotas, ni puede pedirse la división material del objeto (21).

Según Roca Sastre, en cambio, «la comunidad hereditaria recae directamente sobre el patrimonio relicto y sólo mediatamente se refiere a los bienes singulares o concretos que integran el *corpus universitatis*; solamente se proyecta sobre estos bienes por el hecho de formar los mismos el contenido de dicho patrimonio. Por esta simple razón de integración, puede afirmarse que dichas cosas singulares o concretas pertenecen al común de herederos. Pero en el aspecto hereditario, estas cosas, como se ha dicho antes, no son contempladas aisladamente o con entidad propia, sino como simples componentes de un todo; de aquí la fungibilidad de los elementos integrantes del patrimonio, y que, para contrarrestarla, existan los derechos reales de garantía», añadiendo que «esta distinción nos permitirá aclarar cierta confusión que se produce en este punto. La comunidad hereditaria, en cuanto recae directamente sobre la herencia en su unidad patrimonial, constituye una comunidad de tipo romano o por cuotas, ya que éstas se hallan configuradas como elementos patrimoniales y son negociables. En cambio, respecto de las cosas o elementos singulares integrantes del patrimonio relicto, dicha comunidad de tipo romano no se reproduce sobre cada una de ellas, pues tales cosas, en su individualidad propia, son irrelevantes dentro de la indivisión patrimonial, de modo que cada una de ellas *pertenece plenamente*, en bloque o sin configuración de cuotas, al mancomún de herederos, precisamente por el hecho de producirse las mismas, en este

(21) GARCÍA VALDECASAS, trabajo citado.

aspecto, como simples partes de un todo» (22). Es decir, que para este ilustre hipotecarista, aun con la salvedad de que las cosas que integran la herencia no son una suma de comunidades, por formar en su conjunto un entero patrimonio, o comunidad hereditaria, de tipo romano, se destaca que cada cosa es atribuída a los herederos en comunidad germánica.

(22) ROCA SASTRE, *Derecho hipotecario*, 11, Barcelona, 1948, pp. 538 ss.

III

LA FIGURA DEL LEGITIMARIO

Nuestro Código encabeza la sección dedicada a «las legítimas» con la siguiente definición de las mismas: «legítima es la porción de bienes de que el testador no puede disponer por haberla reservado la ley a determinados herederos, llamados por esto herederos forzosos» (art. 806). El Código denomina por tanto a los legitimarios *herederos forzosos*, pero la doctrina observando que el testador puede cumplir dejando *por cualquier título*, la legítima (art. 815), permitiéndose incluso el pago de la legítima en dinero para conservar indivisa una explotación (artículo 1056, ap. 2) y que al cónyuge y a los hijos naturales se permite también el pago en metálico (arts. 838, ap. 1 y 840, ap. 2), entre otras características de la regulación legal, ha puesto en duda, sobre todo en estos últimos años, la cualidad de heredero del legitimario, manteniéndose fundamentalmente las siguientes posiciones:

A) El legitimario es un heredero: a) en todo caso; b) salvo el cónyuge; c) es un heredero pero con peculiaridades.

B) El legitimario no es un heredero: a) es titular de un derecho de crédito contra la herencia; b) es titular de un derecho real de realización de valor sobre la herencia; c) es titular de un derecho real de condominio sobre los bienes de la herencia.

Sin embargo, esta caracterización de la figura del legitimario bien como un heredero, bien como titular de un derecho contra o sobre la herencia (derecho de crédito o derecho real), no agota todos los posibles aspectos de la cuestión, pues aún para las teorías que niegan el carácter de herencia a la legítima, han de plantearse el supuesto de que el testador haya nombrado heredero al legitimario, originándose entonces una dualidad de títulos (heredero voluntario y heredero forzoso o legitimario), que puede resolverse, según varios criterios, en una incompatibilidad de los mismos (*teoría de la absorción*) o contrariamente mediante su compatibilidad (*teorías de la yuxtaposición, de la superposición, etc.*).

Los indicados problemas fundamentales llevan consigo múltiples cuestiones de difícil resolución (posibilidad y entidad del llamado legado en pago de legítima, derecho de opción entre la herencia voluntaria y la legitimaria, etc.), que a veces dependen de la postura adoptada frente a aquéllos y otras son más bien argumentos a esgrimirse en su defensa, resultando verdaderamente compleja la exposición de las múltiples tesis sustentadas, de las que sólo exponemos las más características.

LA DISCUSIÓN EN TORNO AL CARÁCTER HEREDITARIO DEL LEGITIMARIO

Ya hemos dicho que en nuestra doctrina se ha discutido con abundancia de argumentos y opiniones si el legitimario es realmente un *heredero forzoso*, o si por el contrario tal denominación legal es sólo aparente y no se trata de un verdadero heredero.

A) *El legitimario es un heredero*: la tesis tradicionalmente mantenida por nuestra doctrina desde la promulgación del Código civil, ha sido la de considerar al legitimario como un verdadero heredero. El principal argumento lo proporciona la interpretación literal del mismo Código que con reiteración denomina al legitimario heredero forzoso o simplemente heredero (arts. 763, 806, 807, 813, 814, 815, 816, 817, etc.). Se argumenta también en favor del carácter de heredero del legitimario, que tiene derecho a una *cuota parte* del patrimonio hereditario, por lo que responderá de las deudas (De Buen). Pero existen diversos matices dentro de esta posición:

a) Unos autores creen que todos los que tienen reconocido en el Código derecho a la legítima, tienen el carácter de herederos. Así, Sánchez Román, estima que «hay dos especies de herederos: voluntarios y forzosos», añadiendo respecto a estos últimos que «lo son por ministerio de la ley y está obligado el testador a reconocerles en su testamento como herederos por precepto de aquélla, que les otorga ese derecho y es en realidad quien los instituye», considerando también como tal heredero al viudo. En igual sentido se manifiesta Valverde, para quien «claramente se observa que el heredero a quien se otorga la legítima tiene la condición de sucesor a título universal, pues se les da un derecho de cuota en la herencia del causante, y por ende, la condición de copropietarios del haber, no de meros acreedores», incluyendo en este concepto al cónyuge. Y Manresa dice respecto al viudo que «el cónyuge viudo es un legitimario, un heredero forzoso. Su derecho, es, por lo tanto, esencialmente igual al de todos los legitimarios» (23).

(23) SÁNCHEZ ROMÁN, *Estudios*, VI-2.º; VALVERDE, V; MANRESA, *Comentarios al Código civil*, VI; también MUCIUS SCAEVOLE considera heredero al legitimario, incluso al cónyuge, Código civil, XIV.

b) Otros creyendo que los legitimarios ascendientes y descendientes son realmente herederos, estiman en cambio que el cónyuge viudo y posiblemente los hijos naturales no lo son. Así De Buen afirmando el carácter de heredero de los legitimarios ascendientes y descendientes legítimos, «puesto que tienen derecho a una cuota parte del patrimonio hereditario» y por tanto tendrán ese carácter «a los efectos del pago de las deudas», observa en cuanto a los demás legitimarios, que el Código les califica de herederos forzosos «en la forma y medida establecida» en los correspondientes artículos (art. 807-3.º), distinguiéndose la situación de los primeros, de la de los segundos, ya que éstos no tienen derecho a bienes determinados, pudiéndoseles pagar en dinero; y respecto al cónyuge viudo existe todavía otra diferencia, pues su preterición no anula la institución de heredero (24).

c) Como veremos al exponer las teorías contrarias al carácter de heredero del legitimario, en contra de dicho carácter se han alegado recientemente diversos argumentos, entre ellos el de la posibilidad de que el testador cumpla su deber para con el legitimario dejándole a título de legado lo que por legítima le corresponda, es decir, el llamado legado en pago de legítima, deduciéndose de esta posibilidad que resultaría reconocida en el art. 815, que el legitimario no es necesariamente un heredero, ya que su derecho puede resultar satisfecho por cualquier título, como ocurre cuando el testador le hace un legado. Frente a este y otros argumentos, Ortega Pardo, en un interesante estudio, rechaza tales objeciones, manteniendo en definitiva la tesis tradicional del carácter hereditario del legitimario, aunque reconociendo existen ciertos matices peculiares. Estima que el pretendido legado en pago de legítima es un acto particional del testador en virtud de las facultades que le otorga el art. 1056: «El legitimario instituido en testamento—dice—no se convierte en legatario por el hecho de que el causante designe los bienes determinados en que ha de suceder. Ese pretendido legado en lugar de la legítima no es más que un acto particional, permitido por el artículo 1056, y al que el heredero forzoso no puede oponerse» (25).

(24) DE BUEN, Notas cit., VIII, 329 ss. En el mismo sentido se expresa CASTÁN, quien afirma que «el Código español parece adoptar el criterio de considerar a los legitimarios como herederos, según se infiere de los arts. 806, 813 y 814. Pero en realidad, el criterio de dicho cuerpo legal no es absoluto, y no siempre el derecho a la legítima se traduce en derecho a bienes determinados, pues de una parte, en la legítima del cónyuge viudo y en la de los hijos naturales se admiten alternativas de pago en metálico (arts. 838 y 840, párrafo 2.º), y de otra, se autorizan los suplementos de legítima (art. 815), y se permite la indivisibilidad de aquellas cosas que desmerezcan mucho por su división (art. 1062) y la transmisión de explotaciones indivisas a uno de los herederos, que satisfaga en metálico su legítima a los demás (art. 1056, párrafo 2.º) (IV, 488, 6.ª edición).

(25) ORTEGA PARDO, *Heredero testamentario y heredero forzoso* (ADC, 1950, p. 352).

B) *El legitimario no es un heredero*: son numerosos los autores que en estos últimos años se han pronunciado en contra del carácter de heredero del legitimario. Frente al argumento literal de la propia calificación dada por el legislador de heredero forzoso, se ponen de relieve las dificultades que resultarían del propio Código, para poder aceptar ese carácter, principalmente las siguientes:

1.ª El testador no está obligado a instituir heredero al legitimario, sino a dejarle por cualquier título (art. 815) lo que por legítima le corresponda; por tanto pudiendo hacerlo como legatario y aún por medio de donación *inter vivos*, no se comprende cómo en estos casos el legitimario, que reciba su legítima como legatario o donatario y nada pueda reclamar frente al testamento, puede recibir la calificación de heredero.

2.ª El legitimario tiene derecho a una cuota de la herencia fijada después de deducir el pasivo (deudas y cargas no testamentarias), es decir, a una parte del activo (art. 818), no de toda la herencia, que está integrada por activo y pasivo (arts. 659 y 661). Luego si no responden de las deudas, no son herederos (art. 1003), pues incluso el heredero que acepta con el beneficio de inventario, sucede en las deudas aunque limitadamente, hasta donde alcancen los bienes de la herencia (art. 1023-1.º).

3.ª El legitimario podrá impugnar los actos de su causante que lesionen su derecho a una parte de la herencia líquida, pues no actúa como un sucesor suyo a título universal y por tanto no se le puede oponer la doctrina de los actos propios, según la cual nadie puede ir en contra de sus propios actos (o los de su causante a título de herencia) (26).

Pero si en la parte crítica de la tesis tradicional del carácter de heredero del legitimario, hay una cierta uniformidad, por parte de estos autores, las discrepancias son numerosas cuando se trata de construir positivamente la posición del legitimario, habiéndose mantenido, entre otras las siguientes posiciones:

a) Según De Diego, vistos los artículos en que nuestro Código parece configurar la legítima como *pars hereditatis* (arts. 808, 813, 814), y los que no siguen esta dirección (arts. 838, 840, ap. 2, 815, 1062) concluye que nuestro Código parece orientarse hacia la legítima *pars bonorum* o simple derecho de crédito. Se basa para esta afirmación, en los siguientes argumentos: 1.º la forma de pago de la legítima del cónyuge e hijos naturales; 2.º el suplemento de legítima que permite el art. 815; 3.º la posibilidad de indivisión del art. 1062 (27).

(26) V. estas objeciones, entre otros, en los trabajos de ROCA SASTRE, PUIG BRUTAU, GONZÁLEZ PALOMINO, VALLET DE GOTTISOLO, etc. Nos referimos más adelante a estos trabajos.

(27) DE DIEGO, *Inst.*, III, 225 al final y s. Obsérvese que habla indistintamente de *pars bonorum* o simple derecho de crédito, pero la referencia a los preceptos en que se permite el pago en metálico parece poner de manifiesto su pensamiento, más claramente, en favor de la legítima como simple derecho de crédito.

b) Según Roca Sastre, la legítima en nuestro Código, no es herencia por las razones anteriormente expuestas, sino un derecho real a la realización del valor de los bienes (no *pars hereditatis*, sino *pars valoris bonorum*). No es un simple derecho de crédito contra la herencia, sino un derecho a obtener un valor de la herencia pero a satisfacer en bienes de la misma. Pero se trata de un valor fijo, no sujeto al aumento o depreciación de los bienes hereditarios. «La legítima—dice—tiene un valor económico fijo, tasado, inmutable, no susceptible de aumento o disminución, a consecuencia de las variaciones de valor que, con posterioridad al fallecimiento del causante, se produzcan en los elementos hereditarios. El aumento o depreciación de estos elementos lo recibe o soporta exclusivamente el heredero o herederos, pero no los legitimarios», pues así se desprende de los arts. 818 y 654 al disponer el primero que «para fijar la legítima se atenderá al valor de los bienes que quedaren a la muerte del testador» y el segundo al referirse a la reducción de donaciones inoficiosas lo hace «computado el valor líquido de los bienes del donante al tiempo de su muerte» (28).

c) La opinión más corrientemente seguida por los que niegan el carácter de heredero al legitimario, es la de considerar que éste tiene derecho a una parte de los bienes de la herencia (no *pars hereditatis*, sino *pars bonorum*) una vez satisfechas las deudas. Así Puig Brutau, afirma que «legítima es la parte alícuota del activo hereditario, resultante una vez deducidas las deudas del causante, que la ley atribuye a determinadas personas llamadas legitimarios. Su concreción cuantitativa depende del valor de los bienes que quedaren una vez hecha la indicada deducción (art. 818), y ha de consistir en definitiva en la percepción de bienes pertenecientes o comprendidos en la herencia (art. 806)» (29).

EL PROBLEMA DE LA COMPATIBILIDAD O INCOMPATIBILIDAD ENTRE LA HERENCIA VOLUNTARIA Y LA HERENCIA FORZOSA

Ya dijimos que cualquiera que sea la opinión mantenida sobre el carácter del legitimario en torno a su calificación legal de heredero, hay que plantearse también la cuestión de la compatibilidad entre su situación como legitimario y la que surge para el mismo al ser instituido heredero por el testador, habiéndose mantenido, entre otras, las siguientes posiciones: a) incompatibilidad entre el llamamiento legal a la legítima y el llamamiento testamentario a la herencia, por considerar que este úl-

(28) ROCA SASTRE, *Naturaleza jurídica de la legítima* (RDP, 1944, 199).

(29) PUIG BRUTAU, Estudios cit. en colaboración con ROCA SASTRE, II, 142. En el mismo sentido de considerar al legitimario con derecho a una parte de los bienes de la herencia, no como heredero: LACRUZ, *Notas a Binder*, p. 293, etc.

mo absorbe al primero (*teoría de la absorción*); b) compatibilidad entre ambos llamamientos por estimar que los efectos propios de cada uno pueden coexistir (*teorías de la yuxtaposición, de la superposición y otras*).

A) *Incompatibilidad entre la herencia voluntaria y la forzosa*: Según esta opinión no es posible ninguna compatibilidad entre el carácter de heredero voluntario procedente de la institución de heredero en testamento y el de heredero forzoso atribuido por la ley al legitimario. Su actitud, como heredero voluntario es incompatible con la de legitimario. Aquél es un sucesor del causante, continuador de sus relaciones jurídicas heredadas; éste es un receptor de bienes hereditarios aún en contra de la voluntad del testador. Por tanto mientras el heredero testamentario responderá, como tal de las deudas del causante y no podrá impugnar sus actos, el legitimario o heredero forzoso según la terminología de nuestro Código, no responde de las deudas hereditarias y puede impugnar los actos del *de cuius* que puedan perjudicar su legítima. Ante esta situación de imposible conciliación entre ambas posiciones una de las dos ha de eliminar a la otra cuando coincidan en una misma persona el nombramiento en testamento como heredero y su carácter legal de legitimario. Según esta teoría, el vencido será el legitimario, por absorber el título de heredero la posición de legitimario. Como dice uno de sus partidarios, «donde hay herencia, no hay legítima» (30).

B) *Compatibilidad entre la herencia voluntaria y la forzosa*: Se ha sostenido la compatibilidad entre la herencia y la legítima con diversos matices. Así, se afirma, que «la condición jurídica del heredero legitimario es mixta: es heredero voluntario, porque lo ha instituido el testador, y es heredero forzoso o legitimario, porque la ley le concede una cuota intangible en el as hereditario. Hasta cubierta esta cuota, tendrá los derechos y obligaciones del heredero forzoso o legitimario; cubierta, dejada a salvo la porción que la ley le reserva y que por ende adquie-

(30) DÁVILA, *Herederos y legitimarios. Dónde hay herencia no hay legítima* (RCDI, XIX, 1943, 661), quien resume así su pensamiento, en forma de conclusiones:

«1) Donde hay herencia no hay legítima, y por ello heredero y legitimario no pueden darse en una misma persona, de igual manera que nadie puede tener derechos contra sí mismo. El heredero es el continuador del causante, y por ello asume toda su responsabilidad y patrimonio en lo que tiene de transmisibile y representable. El legitimario es un pariente próximo que tiene derechos contra el causante mismo y por ello contra el heredero.

2) El testador puede imponer al llamado legitimario cuando es heredero todas las condiciones, limitaciones y restricciones que tenga por conveniente, ya que tiene que aceptar la herencia en la forma que se le designa o renunciar a ella.

3) La legítima y la herencia son dos aspectos de la sucesión distintos. Puede renunciarse o aceptarse independientemente una de otra» (p. 670)

V. también los otros dos trabajos posteriores de este mismo autor, en que se ratifica en la misma tesis, desarrollándola especialmente en materia registral, en uno de ellos, de especial interés (RCDI, 1945).

La misma posición es mantenida por ROCA SASTRE, *Naturaleza jurídica de la legítima* (RDP, XXVIII, 1944, 185), quien afirma que el título de heredero absorbe al de legitimario (*teoría de la absorción*).

re, más que por la voluntad del causante, por ministerio de la Ley, tendrá los derechos y obligaciones del heredero voluntario». Aplicando estas ideas al punto crítico de la responsabilidad por las deudas, se añade, que, respecto a las deudas anteriores al fallecimiento, «si no hay activo hereditario, no hay legítima, y por ende el heredero instituido tendrá la condición de heredero voluntario, pero no la de heredero forzoso; como tal heredero voluntario responderá de tales deudas *ultra vires hereditatis*» y en cuanto a las deudas impuestas en el testamento, «como heredero forzoso no responde de ellas; de forma que como tal hará suya la porción de bienes que en concepto de legítima la ley le reserva. Ahora bien, como heredero voluntario responde de ellas con todos sus bienes (art. 1003 del Código civil), y como lo recibido en concepto de legítima es suyo, también está afecto al pago de dichas deudas» (31).

Una posición de mayor compatibilidad entre la condición de heredero y la de legitimario, cuando éste sea instituido en testamento, se mantiene por otros autores. El sistema seguido por el Código civil, se dice, corresponde al sistema puramente negativo de límite a la libertad de testar; en este sistema «el heredero testamentario o abintestato que sea legitimario, sucede al causante en todos sus derechos y obligaciones; pero no viene obligado a soportar las cargas impuestas en testamento que perjudiquen a su legítima ni las donaciones que sean inoficiosas o los actos simulados que le produjeran igual lesión. Es un heredero como cualquier otro, pero que goza de una especial protección contra los actos gratuitos de su causante que pudieran mermar en aquel mínimo asegurado por la ley» (32).

(31) VIRGILI SORRIBES, *Heredero forzoso y heredero voluntario: su condición jurídica* (El llamado heredero forzoso no es heredero) (RCDI, XVIII, 1945, 479 ss., esp. 490). V. también las posiciones de González Palomino y González Collado, en cierto modo análogas a la expuesta.

(32) VALLET DE GORTISOLO, *Apuntes de derecho sucesorio* (ADC, 1951, 530 s). También afirma este autor que «el legitimario que sea heredero responde personal y solidariamente de las deudas del causante. Sin perjuicio de que conforme al párrafo segundo del artículo 1084, tenga derecho a hacer citar y emplazar a sus coherederos y de que, a tenor del párrafo segundo del art. 1145 pueda reclamar a sus codeudores la parte que a cada uno corresponda, con los intereses del anticipo» (p. 527). Es de advertir, que este autor rectifica en el documentado trabajo citado, la posición mantenida anteriormente en otro. Por eso afirma en este segundo trabajo, que en el sistema legitimario seguido por nuestro Código, de reglamentación negativa, «de concurrir en una misma persona las cualidades de legitimario y de heredero voluntario, no cabe que se produzca ni una yuxtaposición de llamamientos ni siquiera su superposición como equivocadamente defendimos en un anterior trabajo, que en este punto rectificamos. Pero tampoco hay absorción del carácter de legitimario por la cualidad de heredero» (p. 529).

La misma postura de compatibilidad mantiene LACAL *Herederos y legitimarios* (RCDI, p. 721, 1945), el cual de manera gráfica afirma que el concurso de ambas cualidades de heredero voluntario y legitimario, no produce en nuestro Código, «pugna de intereses ni choque dramático»