

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID
FACULTAD DE DERECHO



TESIS DOCTORAL

**Notas críticas acerca de la pretendida distinción entre cuota
de reserva y cuota de legítima**

MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE DOCTOR
PRESENTADA POR

Juan B., Vallet de Goytisoló

DIRECTOR:

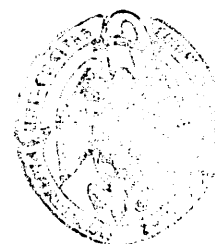
Federico de Castro Bravo

Madrid, 2015

**NOTAS CRITICAS ACERCA DE LA PRETENDIDA
DISTINCION ENTRE CUOTA DE RESERVA Y --
CUOTA DE LEGITIMA**

Tesis doctoral presentada por el Licenciado Juan Vallet de Goytisolo, bajo la dirección del profesor Federico de Castro y Bravo.

[Handwritten signature]



BIBLIOTECA
DE DERECHO

SUMARIO

NOTAS CRITICAS ACERCA DE LA PRETENDIDA DISTINCION ENTRE CUOTA DE RESERVA Y CUOTA DE LEGITIMA-----

- 1.- Consecuencias de la lógica conceptual.-----
- 2.- Peligros en ~~la práctica~~ el paso del concepto puro a la aplicación práctica.-----
- 1.- El intento de distinción en el derecho italiano.
 - 3.- ~~La tesis~~ de Cicu y su repercusión en la doctrina italiana.
 - 4.- Líneas centrales del sistema legitimario italiano a partir de la codificación.
 - 5.- ¿De qué modo es heredero el legitimario? a) -- ¿Existe sólo yuxtaposición o puede haber superposición de los llamamientos testamentarios y legales? b) -- ¿El legitimario testamentariamente preterido es o no automáticamente heredero al fallecer el causante?.
 - 6.- ~~Las tesis~~ ^{Las tesis} planteadas a la doctrina.
 - 7.- Tesis que han tratado de solucionarlas. α) La que niega al legitimario su condición de heredero si no es instituido testamentariamente o sólo lo es abintestato (Azzariti). β) La que distingue la legítima (mera cifra contable) de la cuota hereditaria que debe corresponder al legitimario en virtud de su ejercicio de la acción de reducción (Pino). γ) La que estima el derecho del legitimario como ~~es~~ condicional potestativo consistente en el derecho a investirse de la calidad de heredero consiguiendo o integrando la cuota con la acción de reducción (Carlotto-Ferrara).
 - 8.- ~~El intento~~ ^{de solución a través} de la distinción entre cuota de reserva y cuota de legítima.
 - 9.- Crítica de la tesis en términos generales: 1º En cuanto al método. 2º En cuanto a su justificación en el texto del Código civil. 3º Desde el punto de vista de la jurisprudencia. 4º De su presupuesto de que la cuota disponible testamentariamente es sólo cuota de lo relictum sin sumársele lo donatum.
 - 10.- ¿Existe diversidad de bases entre las previstas en los arts. 536 y ss., de una parte y 556 de otra, del Código civil? Crítica. A) No es cierto que la reserva germánica "estaba constituida por una cuota del patrimonio familiar sin tener en cuenta los bienes donados en vida". B) La cuestión en el derecho positivo italiano.
 - 11.- Naturaleza de la acción de reducción con relación a lo relictum y a lo donatum.
 - 12.- La clasificación de las formas de sucesión vigtas desde el ángulo de la susodicha distinción.
 - 13.- Aplicación práctica de la teoría de Cicu a través de los ejemplos que el mismo pone.
 - 14.- Crítica ~~y~~ aplicación práctica de Cicu: a) En cuanto a los defectos que achaca a la doctrina común

mente aceptada. b) Por lo que se refiere a los resultados a que llega.

Conclusión.

II. - ¿Cabe tal distinción en el régimen legitimario del Código civil español?

15. - Repercusiones de la tesis de Cicu en España.

16. - Diferencias cualitativas entre el sistema legitimario del Código civil español y el Codice civile italiano.

17. - ¿Existe delación legal forzosa a favor del legitimario: a) en caso de preterición, b) en caso de atribución insuficiente? Examen de los remedios para ambos supuestos a través de nuestro derecho histórico.

18. - ¿Existe un tertium genus de delación junto a la testamentaria y a la intestada? Naturaleza recesoria de la querela.

19. - La legítima justinianea a través del derecho común. a) En cuanto debía dejarse a título de heredero. b) En cuanto a su carácter de pars hereditatis y pars bonorum.

20. - Anlase de los preceptos del Código civil que articulan la protección del legitimario con respecto a las disposiciones romanas y castellanas que se aplicaron -- hasta el momento de su entrada en vigor.: a) del art. 814; b) del art. 851 en relación con el art. 813 § 1º; c) del art. 815; d) de los arts. 817, 656 y 819 § 2º; e) del art. 813 § 2º.

21. - La construcción ex novo de Guillermo G. Valdecasas. La protección según la misma de: a) La cuota reservada. b) La cuota legítima. Sus puntos de apoyo positivos en los arts: I- 806; II- 4º; y III- 813.

22. - El obstáculo para su tesis del art. 815. ¿Recoge éste la actio ad supplementum?

23. - Sentido del art. 818. Su relación con la calificación de la legítima como pars hereditatis o pars bonorum.

24. - ¿Responsabilidad personal ultra vires o bien afeción ultra vires del legitimario?

25. - Concepción de la cuota de legítima según la tesis de G.G. Valdecasas. Crítica acerca de su fijación.

26. - Imputación de lo donado al legitimario que haya repudiado la herencia del donante. Modos como puede satisfacerse la legítima y su repercusión en la posibilidad de aceptar la legítima y repudiar la herencia, o viceversa.

27. - Consecuencias prácticas de la tesis propuesta por G.G. Valdecasas según los ejemplos que el mismo propone.

III. - ¿Cabe, en el Código civil español, distinguir una legítima de lo "relictum" para las disposiciones mortis causa, e independientemente la resultante de la suma de "relictum" y "donatum" sólo aplicable a la reducción de las donaciones inoficiosas?

28. - Medidas legitimarias a efectos: a) de la querela inofficiosi testamenti? b) de la querela inofficiosae donationis vel dotis.

29. - El problema de la unidad o diversidad del quinto en el derecho real de Castilla. Su solución por la ley-28 de Toro.

30.- Computación de tercio y quinto de mejora según la ley 25 de Toro. a) Tesis que la consideró como norma imperativa que prohibía tanto extraerías como calcularías de las dotes y donaciones. b) Tesis que distinguía el tercio y quinto como módulo de disposiciones mortis causa y el tercio y quinto como módulo de disposición inter vivos. c) Tesis que estimó que "la ley 25 de Toro el verbo sacar no debía entenderse por deducir y calcular, sino por detracer y extraer. d) Doctrina que situó dicha ley en su aspecto de ordenación contable en el terreno de la presunta voluntad del causante y no en el de la limitación de su potestad.

31.- Panorama de la cuestión en el periodo precursor al Código civil. a) Posición de Febrero. b) Opinión de Sancho Llamas y Molina. c) Criterios de Martí de Bixalá, Benito Gutiérrez, La Serna y Montalbán y González Serrano. d) Posición rígida de Alvarez Posadilla, Sola y Del Viso. e) Criterio decisivo de García Goyena.

32.- Significado de la palabra colacionables en el art. 818 del C.c.

33.- Modo de calcular la legítima, la mejora y la porción libre. a) Opinión de Manresa.

34.- b) Tesis de Sánchez Román.

35.- c) Común opinión de los autores.

36.- Nuestro criterio: Masa de cálculo positiva y masa de cálculo a la que el causante se refiere, su posible distinción.

NOTAS CRITICAS ACERCA DE LA PRETENDIDA DISTINCION ENTRE CUOTA -
DE RESERVA Y CUOTA DE LEGITIMA

1.- Descartes afirmó que su física no era más que geometría.- Spinoza tituló una de sus obras: «Ética more geometrico demonstrata». En el Siglo pascio, el exégeta francés Liart aseveró que el jurista es un puro geómetra.

Sin embargo cuando el jurista verdaderamente opera como un -- geómetra es ^{cuando supera la} ~~cuando supera~~ la exégesis literal ^{se elora} al conceptualismo dogmático... Como un geómetra, pero que sólo admite figuras regulares, es decir, simétricas!

No obstante, no parece que la vida pueda reducirse a proporciones geoméricamente simétricas. Cobra vida, ante este intento, la aguda frase de Ihering: "desde que Pitágoras, para celebrar el descubrimiento de su famoso teorema, sacrificó a los dioses cien bueyes, mugen y tiemblan, según la conocida sentencia popular, todos los bueyes a cada nuevo descubrimiento; y ¿qué ser ⁽¹⁾ viente no temblaría cuando supiese que iba a ser sacrificado?"

¿No se sacrifica también la justicia en la vida misma, si se la quiere delimitar en líneas geométricas, cuando éstas no se acomodan a la realidad?

Toda abstracción pierde sustancia real. Si juzgamos la realidad sin contemplarla más que a través de abstracciones, podremos ser perfectamente lógicos en nuestros silogismos; pero a nuestro juicio se le habrá escapado fácilmente toda la sustancia real, perdida al elaborar las abstracciones en las que precisamente -- apoyamos nuestro razonamiento.

Claro que la mente de los conceptualistas suele estar alimentada con la proposición de Hegel «Todo lo racional es real». Y, entonces, pueden decir, en serio, lo que Ihering escribió, en --

broma, en su fantasía «En el cielo de los conceptos jurídicos» -
"Cuando haya constituciones o normas con las que no me pueda de-
clarar conforme, apelaré sencillamente a mi razón; y si mi adver-
sario invoca su existencia, divergente de la nuestra, la rechaza-
rá, diciendo que verdaderamente no existen. La verdadera existen-
cia es aquélla que coincide con la razón" (2).

Queda al descubierto la visión parcial del método que se mue-
ve en una sola línea lógica, descartando cuanto se halla fuera -
de su razonamiento. Desestima así, no solo toda otra vía lógica
apoyada en conceptos distintos, sino también la realidad no con-
formada a sus abstracciones.

(3)
Ha dicho Biondi que el absurdo jurídico no es el absurdo -
lógico sino lo injusto. Pero, lo injusto nos resulta también ló-
gicamente absurdo, si ajustamos nuestra lógica a la realidad ple-
na y la utilizamos con cánones de justicia. Bajo este punto de -
vista, comprensivo de la totalidad, resulta absurdo todo razona-
miento jurídico que se olvida de su finalidad (lo justo), de su
objeto (la vida social vista en su totalidad) y aun de todo lo -
demás que no sea la coherencia intelectual de unos silogismos --
apoyados en previas abstracciones puramente conceptuales.

Cierto que con una visión completa de la realidad y con su va-
loración con criterios de justicia, es difícil que podamos razo-
nar axiomáticamente y que, muchas veces, tendremos que resolver-
apodícticamente - como ^{Viehweg} ~~Wittgenstein~~ nos ha recordado (4) - los conflictos-
que se nos plantean. Por eso, la justicia es representada con --
una balanza en la mano, sopesando y no resolviendo ecuaciones --
^{en} ~~con~~ una pizarra delante.

~~X X X~~

2.- No obstante, el conceptualismo no deja de ofrecer utili-
dad con tal de que su uso se limite a fines puramente semánticos;
Especialmente, sin pretender imponer el concepto que nosotros de-
signamos con la palabra utilizada, sino tratando de saber en qué
sentido la han empleado el legislador, el juez, el jurista o el-

simple ciudadano que la expresaron, por escrito o verbalmente, y a los que trabamos de interpretar.

Y, también, podrá servir para aclararnos ideas elementales, a fin de que nos hagan de mojones y soportes para ordenar los datos que captamos en la realidad., Con tal de que no nos excedamos pretendiendo hacer de esa aclaración y colocación una fuente de razonamientos jurídicos abstraída de la realidad que debemos juzgar.

La segunda aplicación la verificamos de modo correcto, v.gr.- cuando distinguimos la legítima germánica o "para reservata" y - la legítima romana o "portio debita", sin pretender utilizar tal distinción para deducir maquinalmente de ella aplicaciones a hechos no incluidos en la abstracción que respectivamente representa cada uno de sus términos.

(5)

Nuestro maestro Roca Sastre ha explicado luminosamente ambos conceptos en su forma más pura.

El peligro radica en saltar limpiamente del concepto puro a - la aplicación práctica.

Así ocurre, v.gr., cuando del concepto romano de heredero, co, no subrogado en los derechos y obligaciones del causante, y del concepto de legítima, como portio debita, pretendemos deducir que "donde hay herencia no hay legítima" ⁽⁶⁾, que "el heredero forzoso no es heredero" ⁽⁷⁾ o "que el título hereditario inutiliza por absorción la condición de legitimario" ⁽⁸⁾. Con lo cual podremos llegar a unas conclusiones que podrán resultar muy lógicas deducidas de aquellas dos premisas esterilizadas de todo contacto con la realidad, pero que no sólo podrán no concordar con nuestro derecho positivo sino ni siquiera con el derecho romano que a través del Corpus nos ha sido transmitido ⁽⁹⁾. Fácilmente checarán con la ley Quoniam in prioribus (Cod. III-XXVIII, 32), que para el supuesto de que el testador hubiese puesto condiciones, plazos u otra disposición que produjese demora, modo u otro gravamen en la legítima, aplicó la doctrina de la actio ad supplementum, excluyendo la querela inofficiosa testamenti, y estimó co-

no no puestos el gravamen, la condición o la dilación ⁽¹⁰⁾ con respecto de la legítima .

Y, asimismo, ocurre partiendo del término opuesto, es decir, -
est basados en el concepto de la legítima pars reservata, si pre-
tendemos que cuando un legitimario aceptase, en pago de su legítima, bienes por cuantía mayor pero sujetos a gravámenes que el testador no le pudo imponer en su legítima, ^{habría que aceptar} ~~entonces~~ ~~se da-~~
~~ría~~ como resultado que, dicho legitimario, habría aceptado un lega-
do imputable a la parte de libre disposición y habrá repudiado -
su legítima, por lo cual ésta acrecería a los demás herederos --
forzados de igual o de ulterior grado ⁽¹¹⁾ y, por lo cual, permanecería
ineficaz el gravamen dispuesto . Resultado que también es fru-
to de una lógica aséptica de todo dato real y de toda valoración
hecha con criterio "justo". Fundada en unas premisas excesivamen-
te abstractas y esquemáticas -tales: la legítima es atribuida di-
rectamente por la ley a los herederos forzosos, sin intervención-
del testador que no puede imponer a la misma gravamen, sustitu-
ción, condición ni término de ninguna especie; y que, de disponer -
los, se estimarán por no puestos-, nos llevaría a un resultado --
que no fué admitido ni siquiera en el Droit coutumier, receptácu-
lo y transmisor de la más pura forma de reserva germánica que ha
llegado al derecho moderno, -a través del Código de Napoleon ⁽¹²⁾ .

También entre los juristas italianos se ha recurrido a estas-
clasificaciones esquemáticas y, de idéntico modo, algunos han --
pretendido deducir de ellas, ^{estimaban} axiomáticamente, consecuencias que/au-
tomáticamente aplicables a la realidad práctica.

Aclaremos que esta acusación no la formulamos nosotros. ^{la} ~~Quien~~
^{expresado} ~~ha expresado~~ es un jurista italiano, Augusto Pino ⁽¹³⁾ , el cual ha
destacado que en la doctrina italiana dominante, se daba por sen-
tado: "que la contraposición entre reserva germánica y legítima-
romana tuviera un funcionamiento de orden lógico"; que, según di-
cha doctrina, sólo podía optarse en esa materia entre dos proce-
dimientos técnicos: o derecho de crédito contra los herederos, o-

sucesión necesaria, tertium non datur, ²⁴ que, como consecuencia, "resultaba previo al estudio de la sucesión del legitimario resolver la cuestión de si el Codice hubiera recogido la legítima romana o la reserva germánica".

Pero el radicalismo con que fué planteado este dilema, no puede mantenerse -según observa el propio Pino ⁽¹⁴⁾ - porque el ordenamiento italiano pudo no haber optado necesaria y únicamente entre la réserve coutumière o la legítima romana. Le fué "lógicamente posible satisfacer los intereses del legitimario sin tener que recurrir a alguno de los dos esquemas tradicionales".

Además,

/A juicio del mismo autor, el plurisecular proceso de contaminación entre legítima y reserva se confirma en el Code de Napoleon, ⁽¹⁵⁾ que modificó profundamente la antigua réserve coutumière. Y, por otra parte, cree que "es demasiado profunda la diferencia entre el derecho sucesorio francés y el italiano para poder considerar idénticas ambas instituciones" [la reserva, del Code français y la successione del legittimario del Codice italiano]. ⁽¹⁶⁾

Por ello, concluye su introducción ⁽¹⁷⁾ con la afirmación de que, "al afrontar el problema ~~relativo~~ a la naturaleza y a los efectos de la tutela del legitimario, se debe consiguientemente prescindir de la premisa tradicional". Es decir, que de la sola catalogación de la legítima italiana ^{cu la} con reserva germánica no cabe deducir axiomáticamente ninguna conclusión.

Diversamente, en lugar del dilema planteado entre las dos posiciones extremas en su forma más pura, nos hallamos ante otra tesis que reconociendo la fusión de elementos de ambos sistemas, - pretende hallarlos en ciertas normas destilados ^{de ellos} en toda su pureza. Es decir, estima que coexisten sin fundirse, en forma tal que -- nos permite deducir de ellas conclusiones axiomáticas, basadas sólo en una o en otra de las dos conceptos. De ese modo, en lugar de plantearse el dilema en términos absolutos, se concreta repetidamente a diversos supuestos legales, para deducir, igualmente de modo maquinal, la solución lógicamente adecuada al concepto aceptado (en cada caso) como premisa.

Nos ha parecido conveniente hacer esas observaciones antes de entrar en el objeto de estas ^Notas críticas. Porque de lo que -- precisamente queremos ocuparnos es de analizar si la distinción de cuota de reserva y cuota de legítima -en los términos en que ha sido planteada y aplicada por los autores de que después nos ocuparemos- responde a una realidad y a un criterio justo o bien sólo es una abstracción lógico conceptual, hecha con la sola finalidad de defender un determinado preconcepto dogmático contra las dificultades, también conceptuales, ^{en} que su aplicación práctica -- pueda dar lugar.

X X X

I - El intento de distinción en Derecho italiano
(18)

3.- El año 1.941, el ilustre profesor de Bolonia, Antonio Cicu, en su tratado "Successione legittima e dei legittimari" (19), discriminó en el Codice civile italiano: una "quota riservata" y una "quota di legittima", aseguradas ambas al legitimario. La -- primera, referida al relictum, deferida directamente por la ley a título de herencia, pars hereditatis ~~es~~ indisponible por el testador. Y la segunda, referida a la suma de relictum líquido -- es decir, deducidas las deudas del causante- y de ^{lo} donatum, que, mediante la acción de reducción, faculta al legitimario a incrementar, con una pars bonorum, su derecho legitimario en lo que el mismo excediere de su pars reservata. Derecho que debe satisfacerse, en primer lugar, con la parte no "reservata" de lo relictum, -- mediante la reducción de los llamamientos testamentarios o abintestato hechos a la "pars non reservata"; y, en segundo término, -- si aquella reducción no bastara, con la de lo donatum, impugnando las donaciones en cuanto resultaren ineficaces.

Insistió el insigne maestro en ulteriores trabajos en la misma tesis. Así, en sus artículos "Quota di riserva e quota di legittima" (20), en su reseña de jurisprudencia "Successione necessaria" (21), en su monografía "La divisione ereditaria" (22) y, finalmente, en el Tomo XLII-2, obra personal suya, incluido en el "Trattato di Diritto Civile e Commerciale" dirigido por el mismo y per-

Ya en 1.943, hizo eco a esta distinción Lodevico Barassi , que la sintetizó diciendo que "la cuota di riserva es enfocada desde el punto de vista del testador, es decir, de qué bienes -- puede disponer por testamento, que naturalmente sólo pueden comprender los existentes en su patrimonio; mientras la cuota di legittima considera, desde el punto de vista del legitimario, todos los bienes que deben computarse para calcular la legítima y comprende incluso aquéllos de los que el testador dispuso por donación". Pero no parece en cambio que ^{Barassi} siguiese a Cicu en las consecuencias que éste deduce, puesto que más adelante ⁽²⁵⁾ como luego examinaremos, ~~para~~ # calcular la parte libremente disponible testamentariamente, también computa las donaciones imputables a la legítima.

(26)

En cambio, en 1.951, Scalabrino siguió fielmente la teoría de su maestro Cicu, a la que consideró "de una lógica irrefutable aun hallándose en contraste con la teoría dominante que -- identifica la cuota de legítima con la cuota de reserva".

(27)

Pero, ha sido Mengoni , quien más ardorosamente ha apoyado esta distinción, como comprobaremos en el decurso de este trabajo. A su juicio, tal distinción significó uno de los momentos -- "más felices y convincentes" de la enseñanza de Cicu en el campo de las sucesiones mortis causa. Muchas zonas oscuras de la áspera institución de la sucesión necesaria quedan iluminadas; en -- particular abre el camino a una clasificación definitiva de la posición jurídica del legitimario desheredado".

En contra de la distinción, en cambio, se había manifestado inmediatamente Santoro Passarelli en la nota 36 de un trabajo -- que publicó el año 1.942, en las páginas 193 y ss. de la "Rivista di Diritto Civile" ⁽²⁸⁾ . Cree Santoro que la ley atribuye al legitimario, no una cuota de herencia, como dice Cicu, sino una cuota del patrimonio del de cuius, como precisan los artículos 537 y ss. del Codice.

(29)

Tampoco pudo estar de acuerdo Giuseppe Azzariti , pues rechazó que la cuota legalmente debida al legitimario en lo relictum fuese "cuota hereditaria": "senzaltro a lui devoluta", "ipso iure" sin necesidad "de agire in riduzione", y porque a su juicio el art. 457 del Codice no deja lugar a dudas de que sólo puede tener lugar la sucesión legítima (o sea la ab intestato) cuando falte en todo o en parte la testamentaria, por lo que el legitimario preterido no puede sino exigir la reparación del perjuicio sufrido, ejercitando la acción de reducción.

(30)

Ni lo ha estado Messineo quien ha objetado que: "Oggi, i due nome (legittima e riserva) si adoperano indiffirentemente a designari un unico istituto": y que: "Della fondatizza testuale della distinzione [entre cuota de reserva y cuota de legittima]-la quale, comunque non fu presente al legislatore del 1.942- la massima parte degli Autori dubita".

(31)

Pino ha sido tal vez el autor -según luego veremos- que más detenidamente se ha ocupado de refutar la distinción. A su juicio, es mérito indiscutible de esta autorizada doctrina el haber destacado la profunda diferencia que existe entre la cuota hereditatis y el quantum que la ley reserva al legitimario, pero que no pueden escapar a la crítica de las consideraciones desarrolladas en torno a la relación que discurre entre la llamada cuota de reserva y la llamada cuota de legittima.

(32)

Otros autores mantienen la posición tradicional sin aludir siquiera a la pretendida distinción que nos ocupa.

(33)

Cariota Ferrera se remite a la parte especial de su obra, -parte aún sin aparecer- en lo referente a la relación entre la cuota del legitimario, de una parte, y la cuota de herencia y no sólo la cuota de bienes, de otra.

4.- Antes de examinar las razones en las cuales se ha fundamentado la pretendida distinción entre "cuota de reserva" y "cuota de legittima", creemos conveniente para estar centrados, antes

de llegar a su juicio, proceder brevemente al análisis de las líneas centrales del sistema legitimario italiano, a partir de la codificación.

a) En cuanto a la naturaleza de la legítima se destacan:

De una parte, el art. 536 del vigente Codice, que, bajo la rúbrica Legittimari, comienza su § 1º con estas palabras: «Le persone, a favore delle quali la legge riserva una quota di eredità e altri diritti nella successione...». El viejo Codice de 1.865, en su art. 809 -precedente del actual 536- decía sin distingos - que «la porzione legittima e quota di eredità»

Por otra parte, el art. 556, bajo la rúbrica Determinazione della porzione disponibile, dice: «Per determinare l'ammontare della quota di cui il defunto poteva disporre si forma una massa di tutti i beni che appartenessero al defunto al tempo della morte, detraendone i debiti. Si riuniscono quindi fittiziamente i beni di cui sia tutto disposto a titolo di donazione, secondo il loro valore determinato in base alle regole dettate negli articoli -- 747 a 750, e sull'asse così formato si calcola la quota di cui il defunto poteva disporre». El antiguo art. 822 del Codice de 1865 añadía, al final, que el cálculo debía hacerse «avuto riguardo - alla qualità degli eredi aventi diritto a riserva».

b) En cuanto al modo de hacer efectivo el derecho de los legitimarios, se subrayan:

De una parte: Que la sezione II del capo X «Dei legittimari», se titula «Della reintegrazione della quota riservata ai legittimari», y que no señala otro medio que la reducción, en su caso, - tanto de las porciones de la herencia deferida abintestato a los no legitimarios (art. 553) y de las disposiciones testamentarias (art. 554), como de las donaciones (art. 555). Que la reducción de las disposiciones testamentarias, salvo disposición del testador señalando un orden de preferencia, se debe verificar -- proporcionalmente "senza distinguere tra eredi e legatari" (art. 558). Y, que el § 2º del art. 564 determina que: «In ogni caso -

(o de un porción legítima le)
il legittimario, che domanda la riduzione ~~di~~ donazioni e i legati a lui fatti, salvo que ne sia stato espressamente dispensato».

De otra parte, que el art. 735, bajo la rúbrica «Preterizione di eredi e lesione di legittima», dispone que: «La divisione nella quale il testatore non abbia compreso qualcuno dei legittimari o degli eredi istituiti e nulla (§ 1º) - Il coerede che è stato leso nella quota di riserva può esercitare l'azione di riduzione contri gli altri coeredi (§ 2º)».

Es de notar que ni el Codice de 1.865, ni el de 1.942, contienen disposición alguna que anule sea el testamento o bien únicamente la institución de heredero en supuesto de preterición testamentaria intencional ⁽³⁴⁾, ni que anule la institución en todo o en la parte que perjudique al legittimario en caso de desheredación injusta. ~~Así como en el derecho italiano~~ (notemos que en derecho italiano no hay desheredación justa, sino sólo causas de indignidad). Así, los autores: ^α ~~A)~~ o bien -como la mayoría- reducen los medios para proteger el derecho de los legittimarios a la acción de reducción; o bien, ^β ~~B)~~ como según luego veremos- sólo algunos, admiten además la posibilidad del ejercicio directo de la petitio hereditatis - en el caso de privación por el testador de la "quota di riserva".

La declaración del viejo art. 808 de que «la porzione legittima e quota di eredità», no desmentida en el nuevo art. 536 al añadir a la expresión «quota di eredità» el inciso «o altri diritti nella successione» -pues, en el n. 38 de la relazione del Guardasigilli, se aclara que la adición iba referida a la legittima en usufructo del cónyuge viudo- ha dado lugar a que la común opinión de la doctrina italiana haya entroncado su legittima con la réserve coutumière, incorporada al Código de Napoleón, que es siempre pars hereditatis.

⁽³⁵⁾
Ferrara, en este sentido escribió: "El Código italiano ha seguido la forma del código francés salvo algunas innovaciones, - en cuanto ha admitido que los herederos pueden ser testamentarios y legittimos; y ha variado la terminología, llamando legittima a

la reserva y legitimarios a los reservatarios, pero no obstante esta diversidad de lenguaje, la sustancia del derecho francés ha permanecido idéntica, porque la legítima es cuota de herencia y el heredero legitimario es sucesor a título universal. El Código italiano no ha hecho, por tanto, más que cambiar la fachada al derecho francés, reproduciendo integralmente la reserva del derecho consuetudinario extendida a la totalidad del patrimonio".

Contrarios a esta orientación son los Azzariti y Martínez ⁽³⁶⁾ y Pino ⁽³⁷⁾. Los primeros estimaron que el Codice de 1.865 regulaba la institución según los criterios y las normas de la legítima del Derecho romano, aun cuando, porque el art. 808 declaraba cuota de herencia^a la porción legítima, se sostenía unánimemente que el legitimario era heredero "per legge", como en Derecho germánico. Y Pino destaca que la reproducción literal de artículos del Code, no autoriza para sostener, para los correlativos del Codice, la interpretación que, a aquéllos, da la doctrina francesa; pues, dado el principio de la totalidad de la hermenéutica, con su introducción en el ordenamiento italiano, las disposiciones han adquirido un contenido normativo profundamente diverso del que tenían en el Derecho francés.

Veremos seguidamente como otros autores, aun partiendo de - - aquella asimilación, sin embargo, por razones semejantes a la última expresada, observan notables diferencias entre la legítima del Codice y la del Code.

Bonelli ⁽³⁸⁾, a fines del siglo pasado, con referencia al Codice de 1.865, había contestado negativamente a la pregunta de si en derecho italiano debía reconocerse a los legitimarios un condominio, como en Derecho francés, de los bienes de la herencia; A su juicio:

"La legítima no es más que un límite a la voluntad del testador sobre la herencia; Como en Derecho romano, así para nosotros, este límite tiene una doble referencia; la a la sucesión material, este es al patrimonio en sentido económico, en cuanto cada

heredero legítimo tiene derecho a que le corresponda cierta cuota del valor total del patrimonio; 2º a la sucesión formal, esto es a la calidad de heredero, la cual de un modo u otro debe ser reconocida al legitimario. La diferencia del derecho romano al nuestro actual, no sustraído enteramente a la influencia germánica, radica en el diverso modo de concebir el lado formal, es decir, la calidad hereditaria. Por derecho romano el título de heredero bastaba para constituir el heredero. Por derecho germánico, más o menos dominante en el derecho intermedio, el heredero era condomino nato de los bienes patrimoniales. Para nosotros el heredero es aquél a favor del cual el testador ha dispuesto de los bienes per universitatem o per quota, o aquél en quien recae la herencia no dispuesta por el difunto y le es completada, si ha lugar, con la reducción de sus disposiciones, hasta alcanzar un valor equivalente a la cuota legalmente debida al mismo sobre el total patrimonio. En el primer caso hay un reconocimiento explícito, en el segundo implícito y coactivo (y, en ese sentido, limitativo de su voluntad) de la calidad hereditaria que debe acompañar a la transmisión de los bienes".

5- El modo de ser heredero el legitimario ha sido muy discutido por la doctrina italiana. Hay dos puntos de fricción recíprocamente relacionados. a) ¿Existe yuxtaposición de los llamamientos testamentario y legal a cuotas distintas, o bien esos llamamientos pueden superponerse y prevalecer el uno sobre el otro? b) En caso de preterición testamentaria de un legitimario, ¿éste es ipso iure heredero, por delación legal de su cuota reservada; o bien sólo lo es efectivamente por el ejercicio -iniciado o consumado- de su acción de reducción?.

a) Respecto la primera cuestión, es decir, si sólo existe yuxtaposición o si puede haber superposición de los llamamientos -- testamentario y legal, nos vamos a limitar, por el momento, a poner frente a frente las posiciones de Ferrara y de Santoro Passar

relli.

α) Ferrara ⁽³⁹⁾, consecuentemente con su tesis de la aplicación integral en lo sustancial de la reserva germánica, considera que los legitimarios son por vocación legal herederos de una cuota reservada, aunque hayan sido preteridos por el testador, y que si, además, son instituídos en la parte de libre disposición, - "añaden y acumulan a su posición de legitimarios aquélla de herederos ex testamento".

β) Santoro Dasarelli ⁽⁴⁰⁾, en cambio, distingue: 1º En caso de colisión la vocación testamentaria es comprimida mediante la reducción por la vocación a la legítima. 2º De haber coincidencia plena entre ambas vocaciones, la testamentaria es absorbida por la legítima. 3º De exceder la vocación testamentaria de la legítima, ésta es la que debe entenderse absorbida por aquélla, - "porque la vocación a la legítima es una vocación contra la voluntad concreta del instituyente y en este caso, por hipótesis, - falta tal contraposición". Conclusión, esta última, de la que deduce importantes consecuencias por lo que se refiere al derecho de acrecer del legitimario instituído respecto las porciones de libre disposición vacantes.

b) Con relación al segundo problema, esto es, si el legitimario testamentariamente preterido es o no automáticamente heredero al fallecer el causante, también, por el instante, nos limitaremos a esquematizar unas cuantas opiniones tipo:

α) Ascoli ⁽⁴¹⁾ escribió que el legitimario "no es heredero, si no fué instituído por el testador o llamado por la ley por haber muerto el causante en todo o en parte instado-. Nuestro derecho no conoce ya la figura del heres suus, la preterición del cual implicaba la nulidad del testamento"... "El legitimario del derecho moderno sólo impropriamente puede ser llamado heredero necesario; tiene derecho a ser instituído heredero, pero si no lo es, - el testamento no es nulo por eso, ni él debiere heredero ipso --

jure"... "Mientras exista un testamento que excluye totalmente - al legitimario, éste no es heredero: lo devendrá, con efecto desde el día de la apertura de la sucesión, solamente cuando con la acción de reducción haya destruido por lo menos en parte el testamento". "Y por lo tanto, si renuncia a ejercitar la reducción, contentándose con aquel menos o aquel nada que el testamento le ha atribuido, no por eso renuncia a una herencia a él deferida..."

3) Ferrara ⁽⁴²⁾, representa la posición más radicalmente contrapuesta a la anterior. A su juicio: "Es en todo caso erróneo decir que la adquisición de la herencia tenga lugar con la acción de reducción, cuando es evidente, por el contrario, que la acción de reducción protege el derecho preexistente del legitimario que es un derecho sucesorio, derecho a gozar y obtener la plena propiedad de los bienes hereditarios".

Opinión consecuente con la que él mismo tuvo ⁽⁴³⁾ de la naturaleza jurídica de la legítima del Codice:

"El derecho a la legítima es un derecho sucesorio ex lege. La legítima es pars hereditatis, no pars honorum. La ley divide el patrimonio de una persona, cuando ésta tenga herederos legitimarios en dos masas distintas: la parte legítima y la parte disponible. Aquélla constituye una cuota autónoma del patrimonio, sustraída a toda disposición del de cuius, intangible e inalterable, que es reservada exclusivamente a los herederos legítimos. En esta parte del de cuius no tiene derecho a disponer, y si dispusiese, la disposición testamentaria quedaría sin efecto. Y cuando el de cuius, ha lesionado esta cuota con liberalidades entre vivos, tales liberalidades son reducidas hasta su concurrencia con la legítima, es decir, los legitimarios con la acción real de reducción pueden hacer reintegrar en la masa los bienes donados, accionando incluso contra terceros poseedores, lo que demuestra que la porción legítima es sustraída a todo poder de disposición a título gratuito del causante, sea por acto intervivo o mortis causa, y es deferida ex lege a cierta categoría de herederos legítimos".

(44)
✓) Santoro Pasarelli adopta una posición intermedia. De una parte, cree "que no se puede decir en línea absoluta, que el legitimario no sea heredero, cuando el testador no lo haya instituido, aunque hubiese dispuesto a favor de otro, de todos sus bienes en el testamento"; que "también es verdad que no se puede en modo alguno hablar de un derecho del legitimario a ser instituido heredero, bastando que el testador no le prive de la cuota que la ley le atribuye, y que no se establece "una preeminencia de la sucesión testamentaria sobre la legítima".

Pero, de otra parte, afirma que "la desheredación del legitimario no sólo no es inexistente (como debiera serlo para considerar ipso iure heredero al legitimario desheredado), sino que es válida y eficaz para privar al legitimario de la cuota legítima, y por tanto de la cualidad de heredero, si no reclama contra la desheredación. No es exacto que la acción de reducción corresponda al legitimario en cuanto heredero. Puede ocurrir, que, incluso antes de ejercitar la acción de reducción, sea heredero, pero puede ocurrir -y así es cuando de hecho ha sido desheredado- que consiga tal cualidad, con la cuota, mediante la acción de reducción de la disposición a título universal a favor de otro".

(45)
Y, posteriormente, el mismo Santoro Pasarelli, en otro trabajo, ratifica: "Persistimos en la opinión de que la reducción es el medio necesario para conseguir la cuota de legítima y por tanto, la cualidad de heredero por parte del legitimario, cuando la institución testamentaria de otra u otras personas sea ex - - asse". Su explicación del fenómeno es ésta: la vocación testamentaria puede ser excluida por la vocación a la legítima, "por - - efecto de la reducción de las disposiciones testamentarias, que es el medio con el cual la ley resuelve el conflicto entre las devocaciones". Y que, por otra parte, "si el testador ha dispuesto a título universal de todo lo relictum a favor de otro, no puede sostenerse que corresponda al legitimario ipso iure una cuota -- del mismo... si se acepta que la acción de reducción no es de ny

lidad ni de anulabilidad".

e) Leonardo Coviello ⁽⁴⁶⁾, estimó antijurídico pensar que el legitimario tan sólo adquiere la cualidad de heredero ~~ya~~ cuando interponga reclamación ejercitando la acción de reducción, pues "no se concibe la reclamación contra la lesión de un derecho que no preexiste a su violación"; pero reconoció como cierto que "no tratándose de nulidad absoluta de un negocio sino de anulabilidad o resolubilidad, el acto produce efectos hasta que es impugnado". Si bien cree que de esto no se deriva "que el derecho del actor victorioso surja sólo con la demanda, si la anulabilidad o resolución debe por ley retrotraerse "ad initium negotii""; y que, en cuanto a la cuota disponible, "el extraño instituido en la misma en testamento, es en verdad heredero pero bajo la condición resolutoria (legal) de la reducción; por lo cual la incompatibilidad, en tal caso, es sólo aparente o transitoria".

Al argumento de que, en caso de estimarse como heredero aun antes de ejercitar la acción de reducción al legitimario preterido, sería necesario admitir la posibilidad de un heres sine re, replica que no es ése el supuesto, pues "existen bienes que pueden reivindicarse con el ejercicio de la acción de reducción", y que "únicamente puede decirse que el legitimario no adquiere la propiedad de los bienes hasta que haya ejercitado la acción de reducción, porque una cosa es la adquisición de la ~~igualdad~~ hereditaria y otra la adquisición de los bienes del de cuius dispuestos a favor de terceros".

"Porque la disposición lesiva de la legítima no es nula sino sólo impugnable, deriva que, antes de la reducción, la propiedad de los bienes pertenece al instituido heredero o al donatario, y no puede hablarse de condominio a favor del legitimario. Únicamente a consecuencia de la reducción, que opera como una total o parcial resolución del título de adquisición del instituido heredero más allá de la parte disponible o del donatario, puede surgir un derecho de condominio entre el legitimario y el tercero;-

pero de esto no puede argumentarse que el legitimario no sea heredero ab initio".

Sin que obste tampoco a esta calificación, a su juicio suyo, - el hecho de que el legitimario haya recibido donaciones a cuenta de la legítima o a título de anticipada sucesión que igualen el valor de su reserva, por cuanto, como "se trata de imputación -- del valor que legalmente le corresponda, debe contentarse con lo que ha recibido si su derecho queda satisfecho".

5- Para ver las inconsecuencias que presenta cada una de las referidas teorías, además de las críticas que recíprocamente se hacen los defensores de unas y otras, creemos conveniente añadir la que Mengoni ⁽⁴⁷⁾ dedica especialmente a las afirmaciones de Coviello. Su interés radica en que las inconsecuencias lógicas que vió en ella y en todas las demás, fué lo que mayormente le impulsó a aceptar la distinción formulada por Cicu.

A la afirmación de Coviello, según la cual el extraño instituído en la cuota indisponible "es verdaderamente heredero pero bajo condición resolutoria legal de la reducción", ha observado - Mengoni ⁽⁴⁸⁾ que: "o yo interpreto mal el pensamiento transcrito por el ilustre civilista, o bien las referidas palabras se alinean, en lo sustancial, en el orden de las ideas de Santoro. De hecho, hasta que sobrevenga dicha condición resolutoria, el único heredero es el instituído, mientras el legitimario preterido no es heredero actual, sino que lo devendrá, con efecto que se retrotraerá al momento de la apertura, únicamente cuando haga reducir la disposición testamentaria".

Por eso, Mengoni, en principio, llega a aceptar que si la cuota de herencia de que habla el art. 536 se identificase con la cuota que determina el art. 556, la teoría de Santoro Pasarelli sería la única coherente.

Pero, en cambio, en contra de la opinión de Santoro Pasarelli le arguye dificultades en el terreno exegetico que, el propio -- Mengoni ⁽⁴⁹⁾, califica de graves. Al efecto le opone el texto de-

los arts. 564, 557 § 3, 552 y 735 del Codice.

El art. 564 comienza disponiendo que: «Il legittimario che -- non ha accettato l'heredità col beneficio d'inventario non può -- chiedere la riduzione delle donazioni e dei legati...» El art. 557 § 3º, en su apartado segundo, a la inversa, dice que de la reducción «Non possono chiederla ne approfittarne nemmeno i creditori del defunto, se il legittimario avente diritto alla riduzione ha accettato con il beneficio d'inventario». De ambos deduce Mengoni que el legitimario es heredero y que, además, lo es antes de ejercitar la acción de reducción, ya que: "¿Cómo podría el legitimario preterido aceptar o renunciar la herencia, si no le hubiese sido deferida una cuota del as hereditario, y si a -- tal efecto le fuese además necesario obtener la reducción?".

Sin embargo, este argumento de Mengoni es ^{desechado} ~~demostrado~~ por Pino (50), pues estima que implica una petición de principio. En -- efecto: "diciendo que el legitimario preterido es heredero por -- que debe aceptar con beneficio de inventario, en virtud del art. 564, se da por demostrado lo que debe demostrarse: que el art. 564 sea aplicable al legitimario preterido. Es evidente que si, -- como parece, el legitimario preterido no es heredero mientras no haya sido declarada la reducción del testamento lesivo, el art. 564 no se aplica; ^{aplica} ~~como~~ ~~no~~ se ~~aplica~~ a los acreedores del legitimario que actúen por subrogación..."

El art. 552 comienza afirmando que: «Il legittimario che renunzia a conseguire i legatti a lui fatti;...». Mengoni comenta: "aquí haría falta decir que el legitimario renunciante, cuando es preterido, renuncia, en realidad, a la acción de reducción y no a la herencia; pero así se va contra la letra de la ley, la cual -- precisamente habla de renunciar a la herencia".

Mas, aquí también observa Pino (51) ^{igual} petición de principio. Se pretende que el art. ^{íntulo} se refiere al legitimario preterido, cuando se refiere al legitimario que es heredero, y lo que se trata de demostrar es, precisamente, si el legitimario preterido

es heredero. El art. 552 se ocupa del legado a cuenta de la legítima -a diferencia del art. 551 que trata del legado en lugar de la legítima-, por lo cual, en su supuesto de hecho "...el legado es atribuido a un legitimario llamado a suceder como heredero; - consiguientemente el art. 552 prevé la hipótesis de renuncia a la herencia. Lo que significa que si... el montante del legado - fuese igual al montante de la legítima, tal legado sería atribuído en porción de cuota de herencia, y sería... una institución ex re certa". Por todo ello, estima lógico que en caso de renunciar dicho legitimario a la herencia deba excluirse tal legado - de la cuota hereditaria que se le había asignado pero a la que - ha renunciado, y que aquél sólo puede valer si, satisfechos los demás legitimarios con su cuota hereditaria, quedan bienes relictos para cubrir la parte disponible a la cual cabrá imputarlo como simple legado.

Y el art. 735, en su § 1º, dice que: «La divisione nella quale il testatore non abbia compreso qualcuno dei legittimari o degli eredi istituiti e nulla»⁽⁵²⁾. De lo que deduce Mengoni ; "Por lo tanto, si la división del testador es nula cuando un legitimario ha sido preterido, y lo es independientemente de la circunstancia de que el testador le hubiese o no previamente instituído en cuota abstracta, quiere decirse que, en este último caso, el legitimario es llamado ipso iure, en el momento de la apertura de la sucesión, a una cuota de herencia, precisamente a la cuota de reserva de que habla el art. 536. Si así no fuese, no tendría derecho a ser comprendido en la división, la cual por lo -- tanto debería ser válida, salvo la acción de reducción".

Peró también Pino⁽⁵³⁾ objeta petición de principio. Ya que: - "la invocación del art, 735 no da, sin embargo, el debido relieve a la hipótesis de un legitimario que, aun habiendo sido preterido en la división, haya sido igualitariamente satisfecho con donaciones". Notemos que, en este sentido, las sentencias de Cassazione de 13 Enero 1.938 y 14 Diciembre 1.944 no reconocen derecho alguno en la partición, ni participación en la comunidad he-

reditarias al legitimario preterido que hubiese recibido donaciones en satisfacción de sus derechos.

(54)
Santoro Pasarelli había afirmado que "la ley atribuye al legitimario no una cuota de herencia como dice Cicu y también -- inexactamente el art. 536 Cod. civ., sino una cuota del patrimonio del de cuius, como precisan los artículos 537 y ss, Cod. civ."

(55)
Esto hace meditar a Mengoni que "el susodicho argumento es - peligroso para la misma teoría de Santoro; de hecho si se niega que al legitimario le sea atribuida una cuota de herencia, se pone en dificultad la configuración del legitimario como heredero" Claro que la duda no existe para Mengoni, pues hace equivalente- "cuota de herencia" y "cuota de patrimonio", basándose en que conforme al art. 568, las disposiciones testamentarias... «atribuís como a la qualità di erede, se comprendono l'universalità o una quota dei beni del testatore...» Pero este argumento carece de valor para quienes - como luego veremos, v.gr. Azzariti - estiman que el patrimonio al que se refiere la cuota de legítima, o de reserva, lo integran el relictum líquido más el donatum y, por -- tanto, no coincide con el patrimonio del de cuius referido en el art. 568 del Codice.

7- Los puntos débiles de las posiciones que acabamos de sintetizar, explican las críticas de quienes han tratado de romper el marco dentro del cual habitualmente se había encerrado la discusión. Esta rotura ha sido realizada por la teoría que, especialmente, es objeto de estas notas, pero, también, por la tesis que niega al legitimario su condición de heredero si no es instituido testamentariamente o no lo es ab intestato (Azzariti) y por el criterio que distingue la legítima (mera cifra contable que determina el montante mínimo a percibir por el legitimario) de la quota hereditatis que debe corresponder al legitimario en virtud de su ejercicio de la acción de reducción (Pino).

2) En 1.933, en la Revista "Diritto e Giurisprudenza", Giuseppe Azzariti publicó un trabajo que tituló con una interrogación:

"¿El legitimario è erede?" . Y, en él, expuso la siguiente tesis: "Es heredero aquél que sucede en la universalidad (o en una cuota abstracta, lo que es lo mismo)"... "entonces no tendremos la cualidad hereditaria en el instituido en cuota concreta"... e "igualmente no tendremos institución de heredero en la atribución de todo el patrimonio depurado de las deudas..." No es posible "par parte del de quibus atribuir la cualidad hereditaria a un sucesor si este último no sucede in universum ius o en una cuota, así del mismo modo no es constitutivo del título y de la cualidad hereditaria el conferimiento que haga la ley, si no está basado en el mismo requisito de la universalidad".

De lo que dedujo que el legitimario que sucede contra testamantum no es heredero. Porque "no le es atribuida una cuota de la universalidad", sino que su cuota se calcula "agregando ficticiamente al activo líquido el valor de los bienes donados." Y esa cuota "no coincide con la cuota abstracta del ius defuncti". Por otra parte, los preceptos que la protegen la reintegración de lo que es su derecho, "presuponen todos que el legitimario no haya sido de algún modo satisfecho en su reserva y la reclamación de la sucesión".

Sobre este último punto, el mismo Anzariti ha insistido después en otros trabajos ⁽⁵⁷⁾. En uno de ellos, aplaude la sentencia de Cassazione de 13 Enero 1.938, que reconoció que "sólo cuando las donaciones recibidas sean insuficientes para la satisfacción de la legítima, puede pedirse el suplemento in natura" y que "no es debida la colación cuando los descendientes suceden como simples legitimarios". Por lo cual, concluye "que la acción de reducción no inviste al legitimario de una cuota del universum ius; y si se niega que el legitimario tenga la cualidad hereditaria, solamente por su relación de parentela con el difunto, debe también reconocerse ineludiblemente que tampoco podrá adquirir tal cualidad reclamando la reducción".

Más recientemente con referencia al Código civil de 1.942,

ha expuesto su criterio de que el nuevo art. 487 no admite más - que dos únicas formas de delación, la testamentaria y la ab in-
testato y que la acción de reducción "mira sólo a la reparación-
del perjuicio que con las disposiciones testamentarias se le ha-
ya ocasionado (...) haciéndole conseguir el id quod interest, es
decir, una parte de los bienes, a extraer del complejo heredita-
rio, correspondientes al valor de la cuota reservada";..

A su juicio: "para que el legitimario desheredado pudiera con-
seguir la cualidad de heredero con el ejercicio de la acción de-
reducción, sería necesario admitir que el ejercicio de tal ac-
ción diera vida a una tercera especie de sucesión hereditaria in
universum ius. Pero, a tal admisión se resiste todo el sistema -
edificado en la nueva ley que concibe los derechos de los legiti-
marios solamente como un límite a las normas de la sucesión tes-
tamentaria y de la sucesión intestada, y que, por lo tanto, se -
opone a la posibilidad de invocar, también a título de delación-
hereditaria in universum ius, la llamada sucesión necesaria".

(59)
B N) Augusto Pino rechaza "cualquier tesis según la cual el
legitimario sea heredero por ministerio de la ley". Si, en su ca-
so, el legitimario llega a ser heredero, la cuota en la cual es-
llamado no se identifica con la porción de bienes a él reservada".
La razón, a su juicio, radica en que para ser cuota hereditaria-
una participación ha de ser referida "a un patrimonio que sea he-
reditas, es decir sólo respecto a los bienes relictos, al relic-
tum considerado como universitas". Y, estima que: "El patrimonio
respecto el cual se calcula la porción de bienes reservada al le-
gitimario no es la hereditas del de cuius, ya que es formado por
la reunión ficticia de la hereditas y lo donatum, y no adquiere-
la naturaleza jurídica de una hereditas por el sólo hecho de que,
entre sus bienes, haya algunos que, bajo otro perfil, constitu-
han una hereditas".

(60)
Sin embargo, cree que cuando el legitimario preterido lo-
gra sentencia favorable en virtud de la acción de reducción, se-
ha

hace ineficaz, con respecto al derecho de dicho legitimario re -
clamente, el título adquisitivo del instituido, con el cual - --
aquél podrá suceder ex lege en una quota hereditatis determinada
indirectamente por el valor de la porción de legítima que quede --
por percibir al reclamante. "La sentencia de reducción, por tan-
to, hace ineficaz respecto al legitimario la disposición lesiva,
y, en consecuencia, puede tener lugar la vocación ex lege esta -
blecida en el art. 536, en cuanto venga a decaer la vocación tes-
tamentaria". Esa quota hereditatis "sólo puede ser determinada a
posteriori, en relación al montante de ~~los~~ bienes que aún será -
necesario al legitimario para ser reintegrado de su legítima"...
"Para el legitimario preterido -presta- los términos para acep-
tar la herencia discurren desde la sentencia de reducción, no --
desde la apertura de la sucesión".

✓/Cariotta Ferrara ^(6/) estima que el derecho del legitimario es un
derecho potestativo, consistente en el derecho a investirse de -
la cualidad de heredero consiguiendo o integrando la cuota con -
la acción de reducción. Para lograrlo ha de cumplir una condi --
ción positiva, la de hacer valer su calidad de legitimario y de
conseguir su cuota de reserva, ya ^{sea} por medio de un acuerdo o ejer-
citando victoriosamente la acción de reducción. Hay pues un pe -
riodo de incertidumbre o pendencia, que cesa con la consecución-
de un acuerdo o con la declaración de una sentencia favorable, -
que acepte la acción de reducción. Se trata pues -según este au-
tor- de una condición mixta, que depende de la voluntad del legi-
timario y de la concurrencia de los presupuestos exigidos por la
ley para la consecución de una sentencia favorable.

8- Efectuado el recorrido jurídico que llevamos caminado, po-
demos ya entrar con suficiente perspectiva al examen de las razo-
nes invocadas por los defensores de la distinción entre "quota di
riserva" y "quota di legittima".

La razón y fundamento general nos lo ha referido sintéticamen

te Cicu en la Rivista del Notariato . Había que aclarar algo que no se explicaba satisfactoriamente. Era un hecho que la calificación de la legítima como "quota di eredità", en el antiguo art. 808 y en el vigente 536, chocaba -en opinión de la mayor parte de la doctrina- con el modo que era determinado, en el art. 822 antiguo, ^{lo es} y en el 536 moderno, para calcular la cuota disponible y, por consecuencia, la legítima, puesto que no se determinan con relación al universum ius del de cuius. A los ojos de la mayoría, en el 808 viejo y en el 536 nuevo la legítima aparece como una pars reservata germánica, como una quota hereditatis, y, por el contrario, en el 822 viejo y en el 536 nuevo aparece como una pars bonorum.

Por otra parte, el propio Cicu ^{alento} ~~Alerte~~ sobre el siguiente problema que se halla conexo con esa contraposición:

"Supongamos que el legitimario sea un hijo único, y que el testador haya instituido a otra persona en la disponible. La cuota del hijo es de la mitad. ¿Mitad en lo relictum o mitad en lo relictum acumulado con lo donatum? Esto último parece decir el art. 536. En el ejemplo: relictum 100; donatum 50, la legítima sería - pues 75. Como el legitimario tiene derecho a tomarlo del relictum, queda por lo tanto al instituido 25, ¿cómo es posible entenderlo heredero por mitad? ¿Es que, por tanto, también la disponible es cuota del relictum acumulada con el donatum? No ciertamente porque ningún derecho es concedido al instituido sobre las donaciones. ¿Y cómo, pues, es posible que las dos cuotas, la del legitimario y la del instituido conserven la cualidad de cuotas - si son calculadas sobre masas diferentes?".

Luego veremos los puntos tachados por otros autores de inexactos que contiene este planteamiento. Pero, primero, vamos a continuar leyendo a Cicu:

"En mi curso sobre la Successione legittima e dei legittimari he expuesto la que me parece la única posible solución de este enigma, a saber que al legitimario le corresponden dos derechos-

distintos: el derecho a una cuota de la herencia, es decir del relictum, que es aquélla que la ley propiamente denomina cuota reservada o de reserva, y el derecho a una utilidad líquida calculada por la norma del artículo 556".

"Así prosigue la discusión entre los que consideran la cuota del legitimario como pars hereditatis y los que la consideran como pars honorum, es objeto de una composición dando la razón a ambas, equivocándose las dos tan sólo en cuanto no saben ver que al legitimario le corresponde una y otra".

El derecho del legitimario a la segunda cuota, es decir a la legítima, calculada conforme al art. 556, sólo surge cuando "bona cuota de reserva [del art. 536] no consiga el activo líquido que la ley le garantiza", lo cual podrá ocurrir cuando el de cuius hubiese dispuesto por donación a favor de otras personas. La ley le atribuye para conseguir cubrir dicho activo líquido o cuota de legítima, la acción de reducción. La cual, en cambio, juzga innecesaria para reintegrarle la cuota de reserva, porque el de cuius no pudo disponer válidamente de ella por ser indisponible. Por lo que "la institución en todo el caso vale solamente como institución en la cuota disponible".

9- Planteada así la tesis, en términos generales, veamos, en iguales términos, su crítica. A ese efecto pueden hacerse las siguientes observaciones:

1º/ En cuanto al método: Ante una aparente antinomia legal ca be seguir dos diversos caminos; con el fin de resolverla. Un

Uno, examinar analíticamente la realidad; el funcionamiento de todas y cada una de las piezas del sistema, su ratio y cuál es, en cada caso, la solución justa; para elevarse, después de agotados todos los diversos supuestos posibles, a la elaboración sintética del sistema, pero cuidando de colocar la realidad de los resultados que sean justos por encima de las palabras técnicas que la ley se exprese, siguiendo el viejo criterio ermenéutico de que ya fué formulado por Celso (Dig. I-III, 17) "Scire le-

res non hoc est verba earum tenere, sed vim ac potestatem".

Otro camino, que fácilmente ha tomado el conceptualismo, ha -
discurrido tratando de armonizar lógicamente los conceptos acep-
tados como axiomáticos por uno y otro sistema legitimario, dedu-
ciendo de tales abstracciones la solución coherente intelectual-
mente con el régimen estimado aplicable a cada caso.

(63)

El filósofo belga Marcel de Corte nos ha advertido de lo-
tentador que resulta el empleo de un método lógico de representa-
ciones abstractas y de lo difícil y duro que es sujetarse al mun-
do de la experiencia vivida:

"Por sobre que sea el mundo de la representación destituida,
es el único hijo de las obras del espíritu autónomo, es que-
rido, adorado, exaltado. Persuade intensamente. No hay nada tan
oscuro y misterioso como lo real. Aquél, en cambio, es transpa-
rente de lado a lado. Lo que fabricamos en todas sus piezas, lo
conocemos perfectamente ~~en todas sus fuerzas, lo conocemos per-~~
~~fectamente~~ 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 ello da lugar - como subraya algo más adelante el mismo -
filósofo (64) - 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. Alocado por su ruptura con la realidad, la razón huma-
na emite, en un trance del espíritu, los ectoplasmas ~~()~~ que le-
resultan oportunos, pero que una mirada atenta disipa instantá-
neamente".

Hay que examinar, pues, si responde o no a la realidad la co-
herencia lógico conceptual de la construcción que estudiamos. En
este segundo caso, habría que prescindir de ella y buscar otra ex

plicación aunque fuese menos brillante y resultara de líneas menos regulares y esbeltas.

2º/ En cuanto a su justificación en el texto del Codice civile⁽⁶⁵⁾, hay que advertir, en primer término, que el propio Cicu, al afirmar que en la ley confluyen la legítima romana, con pars-bonorum, y la cuota de reserva del derecho germánico, entendida como pars hereditatis, reconoce -en un inciso que es así: "forse senza che il legislatore ne abbia avuto chiara coscienza".

Tan evidente parece esa falta de clara consciencia que el art. 556, que es -según Cicu- el que determina el modo de calcular la «cuota di legittima», se halla en la sección II del capítulo «Dei legittimari» sección distinguida con el epígrafe «Della reintegrazione della quota riservata ai legittimari». Terminológicamente «cuota riservata» -según la denomina el epígrafe de la sección- es contrapuesta a la «cuota di cui il defunto potera disporre» --según expresa el art. 556- a la cual Cicu solamente contrapone la llamada «cuota di legittima».

Por otra parte, el art. 735 -pieza fundamental, según veremos, para Cicu y Mengoni en la estructuración de su tesis- lleva el epígrafe «Preterizione di eredi e lesione di la legittima», mientras su epígrafe segundo habla del coh_eredero «che è stato lesa nella quota di riserva»

⁽⁶⁶⁾
Y Mengoni reconoce que en los arts. 553 y 560 1º, se habla de "cuota di riserva" para indicar aquélla que propiamente, según la teoría diferenciadora de Cicu, es la "cuota di legittima".

⁽⁶⁷⁾
Barassi no ha vacilado en reconocer como hecho confirmado que en el Código civil vigente las expresiones «legittima» y «riserva» continúan siendo usadas «promiscuamente».

⁽⁶⁸⁾
No es extraño, pues, que Messineo haya escrito de tal distinción que «comunque non fu presente al legislatore del 1.942».

3º/ Por lo que respecta jurisprudencia, ésta ha desmentido repetidamente de modo implícito la posibilidad de admitir el senti

do en que entiende Cicu la cuota de reserva. En efecto:

La sentencia de la "Corte Suprema della Cassazione" de 13 Enero 1.938, obligó al legitimario a imputar a su cuota de reserva las donaciones recibidas y no le reconoce derecho alguno en la partición si, con ellas, su derecho queda cubierto; estimando, además, que no ha lugar a colación si los descendientes suceden como simples legitimarios.

La ^{Sentencia} de la misma Corte Suprema de 14 Diciembre 1.944, declaró - que en el caso de que el testador haya dispuesto de todos sus bienes entre otros herederos, el legitimario lesionado no participa en la comunidad hereditaria hasta tanto que no haya sido ordenada la reintegración de su cuota con la acción de reducción.

La ^{Sentencia} también de Cassazione de 29 Marzo 1.946 estimó que cuando el legitimario ejercita la acción de reducción del art. 735 2ª -referida según Cicu a la pars reservata, como después veremos - también se halla obligado a la imputación ex se de las donaciones que hubiesen recibido.

No es, por lo tanto de extrañar el disgusto con que Mengoni ⁽⁶⁹⁾ constata, bajo su punto de vista favorable a la distinción cuestionada, al decir que es un "problema siempre de actualidad, como demuestran las frecuentes decisiones de la Corte Suprema, la cual insiste en una solución que ciertamente es la menos aceptable" [a juicio de Mengoni, naturalmente].

4º/ Parte del presupuesto de que la cuota disponible testamentariamente es cuota solamente de lo "relictus" sin que deba serle sumado lo "donatum", porque "ningún derecho es concedido al instituido sobre las donaciones". Sin embargo, el hecho de que ficticiamente se sume lo donatum a lo relictus para fijar la parte disponible, no significa que el destinatario de ésta tenga derecho alguno a lo donatum, pues de lo que se trata es sólo de hacer un cálculo ⁽⁷⁰⁾ para conocer el total de lo que el de cuius pudo disponer a título gratuito y, por consiguiente sustracción de lo que ya dispuso inter vivos que no sea imputable a la legít-

tima, de ~~la~~ cual es el montante la cuota que le queda disponible en lo relictum ⁽⁷¹⁾.

El 556 del Codice vigente dice literalmente «sull'asse così formato si calcola la quota di cui il defunto potera disporre» - es decir, sobre el «as» formado por la suma de relictum y donatum.

De esta suma se deduce contablemente la parte disponible y, en consecuencia, la indisponible, y se imputan, también contablemente, a una o a otra, las donaciones. A la disponible, las hechas a extraños o a legitimarios si se les dispensó de imputarlas a la legítima. A la indisponible, las hechas a los legitimarios sin tal dispensa ⁽⁷²⁾. Así resulta del § 3º del art. 564 que dice: «In ogni caso il legittimario, che domanda la riduzione de donazioni o de disposizione testamentaria, deve imputare alla sua porzione legittima le donazioni e legatti a lui fatti, salvo che ne sia stato espressamente dispensato».

Este era el criterio admitido en el régimen del viejo Codice de 1.865, incluso por los autores que defendieron más acérrimamente el carácter de «reserva» de la "legittima". Ferrara ⁽⁷³⁾ lo explicó diciendo que las donaciones hechas a los legitimarios pura y simplemente "no son sino anticipos de herencia y, por lo tanto, asignaciones hechas en vida a la cuota legítima que será debida a la muerte". Coviello ⁽⁷⁴⁾ explicó que, verificada la computación, es preciso saber qué donaciones deben imputarse a la disponible y cuáles "a la cuota de reserva", y que el legitimario que haya recibido donaciones, el valor de las cuales "iguale la cuota de reserva", "debe contentarse con aquello que ha recibido".

Los Tribunales daban frecuentemente por sentado que los legitimarios que por donación hubieren recibido su legítima no tenían derecho alguno sobre lo relicto ⁽⁷⁵⁾.

Pero es que, además, en Francia, donde la legítima tiene evidentemente el carácter de reserva atribuída legalmente, donde sólo los legitimarios son herederos y lo son sólo por ministerio -

de la ley, sin embargo, tanto la reserva como la cuota disponible, son cuotas ideales de la suma de relictum y donatum. Así el art. 922 del Code nos dice que, a los bienes existentes a la muerte del causante, se agregan ficticiamente todos los donados en vida por el difunto, para calcular la cuantía de que ha podido disponer.

(76)

Franco Planici, Ripert, Trasbot y Lousouarn nos lo exponen con claridad:

"Para saber si la cuota disponible ha sido sobrepasada y en qué medida las donaciones y legados deben ser reducidos, son necesarias dos operaciones previas. La primera es la formación de la masa de bienes; de la cual deberá extraerse la reserva cuya cuota es fijada por la ley. Una segunda operación consiste en la imputación de las diversas liberalidades, que se efectúa, para unas en la reserva, para las otras en la cuota disponible..."

Como resumen de estas cuatro observaciones, no creemos que resulte aventurado afirmar que: Aun siendo cierto que la tesis de Cicu con respecto a las premisas en que se apoya, resulta coherentemente lógica, en cambio, ^{Xa)} No responde a la terminología del Codice ni parece que el legislador al redactarlo la tuviera en cuenta; ^{Xb)} ~~mas~~ ^{que} ^{eso} no es nada de extrañar puesto que en el viejo Codice a ningún autor se le ocurrió suponerla, como lo prueba el hecho de que todos computaron la parte disponible de un modo que resulta incompatible con dicha teoría; ^{Xc)} ^{que} La jurisprudencia se halla en desacuerdo con sus presupuestos; ^{Xd)} ^E incluso, ^{que} no concuerda con el modo como es calculada la cuota disponible y la cuota de reserva en el derecho francés, del cual según el mismo Cicu- tomó el Codice italiano su art. 808, y por derivación de éste el vigente 536 que define la "legittima" como cuota que «la legge riserva».

Se trata, pues, de una teoría que no está montada sobre datos reales sino sobre ideas y conceptos; que conforme a éstos es lógica, pero que no parece que sea verdadera. Ahora, lo que conviene analizar es si responde a criterios justos en su aplicación-

práctica concreta, y si, en ésta, puede o no atisbarse su adecuación para clasificar útilmente la realidad jurídica. Esto es lo que a continuación trataremos de averiguar.

10- Pero, acerca del problema que se plantea al confrontar los arts. 536 y 556 del Codice, aún hay algunas facetas más que examinar, que surgen al hacerse entrar en juego los arts. 537 y ss., y que conviene examinar previamente.

Cicu ⁽⁷⁷⁾ razonó tomando como base el art. 537 del Codice, en la parte que dice: «A favore dei figli legittime e riservata la metà del patrimonio...» y jugando con el planteamiento de ejemplos sobre esa base y de lo dispuesto en el art. 556 del mismo Codice. Pero sus ejemplos presentan el defecto de sufrir confusión entre una "pars bonorum" de valor líquido igual a la legítima, de una parte, y de otra, una cuota de activo patrimonial líquido, considerada en el sentido de que todas las deudas del finado recaigan sobre el resto del patrimonio. Defecto agravado -- por el hecho de rechazar que ella sigue a la parte contraria esa segunda concepción y no la primera. Lo relictum puede estar líquido o no de sus deudas, sin que, en uno y otro caso, varíe su valor, así como no puede ^{haber disparidad entre} ~~ser diferente~~ la resta ^{de} la diferencia ^{que media} entre minuyendo y sustrayendo. En cambio, lo que no es posible que nadie haya pretendido es que la herencia se escinda en una parte líquida y otra sin liquidar, como plantea Cicu en los ejemplos que luego critica.

Por eso, nos parece preferible examinar el planteamiento de Mengoni ⁽⁷⁸⁾, que no presupone gratuitamente en la posición contraria aquella confusión que Cicu le atribuye sin demostrar que hubiera incurrido en ella. Veamos su ejemplo:

"Supongamos que el de cuius, después de haber donado en vida 50, deja un relictum de 100 y un hijo. Este último tiene, sobre lo relictum, derecho a tener 75. Si ésa fuese la cuota hereditaria del reservatario, éste sería heredero por 3/4, y por consiguiente

guiente, si lo relictum estuviese afecto a deudas por 50, debería responder de ellas en esa proporción. En cambio, el hijo contribuye al pago de las deudas sólo por mitad, es decir por 25. - Argumentando en base al art. 752, se concluye que el hijo es heredero por mitad. Así su participación en la herencia viene rectificada en los términos de la fracción enunciada en el art. 537. Pero se deduce claramente que esta cuota (cuota de herencia) y aquella determinada en la norma del art. 558 son entidades diversas, si bien aritméticamente iguales. Para sostener lo contrario haría falta demostrar que, a los efectos de la sucesión necesaria, la herencia está constituida por lo relictum mas lo donatum: cosa imposible, porque la misma ley advierte aquí que la reunión de los bienes donados es puramente ficticia, es decir no comporta su ingreso en la masa hereditaria. Ni tal ingreso tiene lugar como consecuencia de la acción de reducción".

Varias observaciones cabe hacer al planteamiento de Mengoni, y quizás atendiéndolas con cuidado el problema nos parecerá menos insoluble. Pero, antes de comprobarlo, creemos preferible -- terminar de escuchar lo que a continuación el propio Mengoni sigue exponiendo:

"La cuota del patrimonio que, en diversa medida, los arts. -- 537 y ss. reservan a los parientes en línea recta, es, en cuanto pars hereditatis (art. 536) cuota solamente de lo relictum, gravado con el pasivo; cuota por lo tanto de activo y de pasivo, la adquisición de la cual inviste al legitimario de la cualidad de heredero. Corresponde al concepto de la réserve germánica, la -- cual estaba constituida por una cuota del patrimonio familiar, sin tener en consideración los bienes donados en vida. La cuota determinada por la norma del art. 556, es, en cambio, cuota de activo líquido, es decir pars bonorum, según el concepto de la legítima romana, y es calculada con una masa compuesta de lo relictum (deducto aere alieno) integrado con lo donatum".

"Por cuanto aquí se razona, la distinción de Cicu aparece aún

más clara. En el plano dogmático, reproduce impecablemente la -- evolución histórica de la réserve coutumière, a la cual, como es sabido, sucesivamente se ha yuxtapuesto, con carácter supletorio, la institución romana de la legítima. Yuxtaposición que, en el Código napoleónico, no ha llegado a ser fusión, por el solo hecho de que fué abolida la distinción entre los propres y los acquêts: la pars honorum correspondiente al legitimario continúa -- siendo calculada respecto de una masa diferente de aquélla a la que se refiere el concepto de cuota hereditaria. Y por eso, cuota de herencia reservada y porción legítima continúan siendo entidades inconfundibles. Si en el ordenamiento francés no aflora la exigencia dogmática de una diferenciación es porque en ése la cuota hereditaria no tiene, como entre nosotros, la función de -- investir de la cualidad de heredero".

Los tres transcritos párrafos de Mengoni, puestos en orden -- escolástico, contienen en síntesis el siguiente silogismo:

Premisa mayor. La reserva germánica es una cuota de herencia, con su activo y su pasivo, sin inclusión de lo donado y atribuída directamente por la ley; y la legítima romana es una porción ideal de la suma del activo líquido relicto y de lo donado, que el legitimario puede reclamar.

Premisa menor. En el Codice civile italiano, los arts. 537 y ss., en relación con el art. 536, establecen la cuota de herencia que el legitimario tiene reservada por la ley; y el art. 556 calcula la legítima computando el activo líquido más lo donado -- por el de cuius.

Conclusión. Luego se trata de dos cuotas diferentes y de naturaleza y origen diversos, correspondiente la primera a la reserva germánica y la segunda a la legítima romana.

El razonamiento es perfecto en el orden lógico formal. Pero -- su premisa mayor contiene un error, que la invalida en cuanto no resulta cierta la radical contraposición que establece. Y, su -- premisa menor no parece que responda fielmente a lo que dispone-

el derecho positivo italiano, ni que haya sido aceptada por la jurisprudencia, según hemos visto, y sus razones, como luego veremos, han sido convincentemente contrarrestadas por otros autores.

A) Veamos primero, la falsedad de premisa mayor: Negamos que sea cierto que la reserva germánica "estaba constituida ^{por} ~~de~~ una cuota del patrimonio familiar, sin tener en cuenta los bienes de nada en vida". En efecto:

La reserva germánica vino predeterminada por la originaria comunidad de derechos que sobre el patrimonio doméstico existía entre padres e hijos. De ella derivó el Wartrecht o antiguo derecho de expectativa ⁽⁷⁹⁾. "Los bienes familiares -explicó nuestro maestro García de Valdeavellano ⁽⁸⁰⁾ - no pertenecían al padre, sino a todos los miembros de la familia. Aquél los tenía solamente en su Gevere, pertenecían a toda la comunidad doméstica y al morir el padre quedaban vinculados a los miembros supervivientes de la comunidad".

El derecho de expectativa también se tradujo en otra forma, llamada moderna, consistente en el Beispruchsrecht o derecho de consentimiento formal. En su virtud, la enajenación de los bienes raíces se hacía depender del asentimiento de los herederos más propincuos. De tal modo que, si su enajenación era hecha sin su consentimiento, podían impugnarla dentro del año y día con el efecto de traer para sí el bien enajenado ⁽⁸¹⁾.

Es verdad que la posterior evolución del derecho germánico -- ofrece cierta relajación de ese principio de la propiedad en man común de la familia. Se abre paso a la posibilidad de disponer del llamado Freteil o cuota de libre disposición. Y se debilita el derecho de consentimiento, sea limitándolo a los bienes raíces que el causante hubiese heredado (propres o troncales), excluyéndose los que él hubiere ganado (acquêts), o bien transformándose en un derecho de compra preferente o en un derecho de re tracto gentilicio ⁽⁸²⁾.

En el derecho histórico francés se observan estas mismas ca -

racterísticas. Los parientes con derecho a la réserve estaban dotados de la llamada saisine virtuelle, que tenía la virtud de paralizar la disposición que el causante hubiese realizado en perjuicio de aquéllos. Más tarde aparece la laudatio parentum, o autorización de los parientes con derecho a la reserva, que permitió convalidar las disposiciones, que, en otro caso, no podrían perjudicar a los reservatarios, quienes, una vez fallecido el causante, podrían exigir la restitución de los bienes mediante el ejercicio de la acción llamada chalonge, calumporia o calumnia. (83)

Se comprende así la invalidez de las donaciones a extraños, y que las otorgadas por el padre a los hijos tuvieran que integrarse en el haber partible, a no ser que -una vez admitida la cuota de libre disposición- cupiesen en la porción disponible.

(84)
Pothier nos explica a este respecto que en el droit coutumier pudieron distinguirse tres principales especies de costumbres:

a) Las que permitían a los padres, dentro de los límites de la parte disponible, donar inter vivos a los hijos y dispensarse les de colacionar (Berri, Bourbonnois Novernois).

b) Las llamadas "coutumes d'égalité", que obligaban a los hijos a llevar a la herencia todo lo recibido de los padres aunque renunciasen a su sucesión (Dunois, Touraine, Anjou, Le Maine).

c) La mayoría de las coutumes, entre ellas las de París y Orleans, que sólo ~~les~~ obligaban a los hijos a colacionar lo donado cuando efectivamente heredasen, pero no si renunciaban a la sucesión.

Las Costumbres de París, que en su art. 303 recogieron el principio de igualdad germánica, consecuentemente a la prohibición de mejorar por donación a un hijo con respecto a los demás, dispusieron, en su art. 304, que: «Les enfants venant à la succession de père ou mère, doivent rapporter ce qui leur a été donné pur, avec les autres biens de la dite succession, être mis en partage entre eux, ou moins pendre». Subrayemos que la coutume dice -- "avec les autres biens de la dite succession", con lo cual lite-

ralmente considera los bienes donados como integrantes de la sucesión.

(85)
Mengoni , al parecer, entiende que en droit coutumier los bienes donados no formaban parte de la cuota hereditaria del reservatario, lo que deduce del examen de una duda tratada por Pothier (86) . Este, ocupándose de la coutume de Blois, planteó si el heredero, en provecho del chal se verificó la invalidación de donaciones, responde con ellas de las deudas de la sucesión si aceptó ésta a beneficio de inventario. Y su respuesta se limitó a señalar dos posibles soluciones:

a) "On peut dire, pour l'affirmative, que cette legitime étant accordée à l'héritier en sa qualité d'héritier, il est censé -- avoir les choses retranchées à titre d'héritier, et par conséquent ces choses doivent être censées faire partie de la succession, et en conséquence être sujette aux dettes".

b) "On peut dire au contraire que ses choses retranchées ne sont pas de la succession, puisque le donateur s'en étoit dessaisi de son vivant; qu'encore bien que le droit qu'à l'héritier d'obtenir ce retranchement fût attaché à sa qualité d'héritier, -- néanmoins ce n'est pas un droit qu'il tienne du défunt et auquel il ait succédé au défunt, puisque le défunt ne l'a jamais eu; il ne le tient donc pas du défunt ni de la succession, mais de la loi. Ces choses retranchées ne font donc pas partir de la succession".

De esa doble posibilidad, Mengoni se ha limitado a transcribir la frase final de la segunda, omitiendo el adverbio «donc» -- que delimita la ratio de esa segunda posible solución. De ella podemos destacar la afirmación de Pothier de que: "le droit qu'à l'héritier d'obtenir ce retranchement fût attaché à sa qualité d'héritier"; y la contrapartida, de que: "n'est pas un droit qu'il tienne du défunt", sino que lo deriva "de la loi".

Se trata de una solución de justicia "in concreto". El Warrecht, la saisine virtuelle, quedan ya lejos. Se ha admitido, -

en cambio, la aceptación a beneficio de inventario. Las deudas - del causante posteriores a la donación, se observa que no tienen por qué afectar a quien recupere los bienes donados para ser satisfecho de su reserva. Por otra parte, se percibe que si bien - el reservatario es por ley heredero, "solus Deus potest facere heres, non homo", no obstante lo que recibe en virtud "retranche ment" no lo obtiene como sucesor del de cuius aunque lo obtenga "attaché à sa qualité d'héritier". Las razones de justicia de la institución -si bien ya no las conceptuales- siguen vinculando - relictum y donatum al efecto de fijar y cubrir la "réserve"; pero en cambio, no vinculan con lo donatum las deudas del donante- posteriores a la donación.

Por eso, a pesar de que la reserve del Code de Napoleon, ya - no distingue muebles ni inmuebles, ni "propres" ni "acquêts", la reserve sigue siendo cuota de la suma de relictum y de donatum, - como lo es también la porción disponible. Si bien, ambas en su - aplicación mortis causa, están reducidas por la resta que significan las consiguientes imputaciones; y por el límite que supone el propio caudal, sin perjuicio de la reducción de las donaciones sólo posible para integrar la reserva pero no la porción disponible.

No puede, pues, en modo alguno decirse que la reserva germánica sólo sea cuota de herencia.

En cambio, en derecho romano, antes de nacer la querela inofficiosae donationis, la legítima sólo se calculaba de lo relictum, en relación a la cuota hereditaria que concretamente correspondría ab intestato al legitimario querellante. Cuota a la que únicamente debían imputarse, además de lo dejado en testamento, - o por donación mortis causa, las siguientes atribuciones inter vivos: dotes y donaciones propter nuptias ⁽⁸⁷⁾ o para la compra - de un cargo público ⁽⁸⁸⁾ y las donaciones verificadas con expresa declaración de hacerse como anticipos de legítima ⁽⁸⁹⁾.

Al aplicarse la querela inofficiosae donationis se amplió no-

tablemente el ^{ámbito} de la computación; pues todas las donaciones, aunque no resultasen inoficiosas, debían computarse para -- comprobar la inoficiosidad de las ulteriores ⁽⁹⁰⁾ y de las disposiciones testamentarias ⁽⁹¹⁾ par . A la/que, a efectos de esa segunda-querella, el legitimario debía imputar a su legítima todas las donaciones sin distinción que hubiese recibido del causante ⁽⁹²⁾ .

De ese modo, en derecho romano hallamos dos masas de cálculo-distintas con diversidad de criterio en cada una en cuanto las donaciones a imputar a la legítima, según se ejercitara la querela inofficiosi testamenti o la querela inofficiosae donationis. Hipótesis que no hallamos en derecho germánico, en contradicción de los razonamientos de Mengoni.

B) Negación de la premisa menor que presupone que la cuota de terminada en los arts. 537 y ss., en relación al 536, es diferente a la calculada, conforme al art. 556, por cuanto son diferentes las masas patrimoniales a las que respectivamente se refieren.

La base del razonamiento -como antes vimos- estriba en que, - conforme al derecho italiano los llamamientos atribuyen la calidad de heredero "se comprendono l'universalità o una quota del beni del testatore", según su art. 588; siendo así que el art. - 536 califica la legítima de "quota di eredità" y los arts. 537 y ss. refieren la respectiva cuota, que cada uno de ellos respectivamente determina, al "patrimonio" del causante, mientras que el art. 556 señala como base para el cálculo de la "legittima" lo relictum líquido más lo donatum.

Sin embargo, es evidente, que la diferencia sólo existirá si damos un significado estricto, restrictivo, a las expresiones -- "quota di eredità" y "patrimonio del genitori". La cuestión consiste, precisamente, en determinar si existe tal rigor en el empleo de dichas expresiones que estos preceptos hacen; o bien, si hay que entenderlas lata e imprecisamente, con la amplitud e imprecisión técnica que resulta del criterio interpretativo que --

aconseja atender más al contenido que a las palabras con las que se quiere expresarlo.

Y, por otra parte, también podría preguntarse si la diferencia no es sino un espejismo, fruto de la aplicación idealmente rígida de unos preceptos doctrinales. Así, se estima indudable que el art. 536 decide la cualidad de heredero del legitimario. Y se considera, en cambio, que la cuota determinada por el art. 536 no es una cuota de herencia, no es una cuota tal que su atribución deba conferir a su destinatario la condición de heredero conforme al art. 588.

Pero, con ello, se prejuzga que la cualidad de heredero asignada al legitimario coincide con la que, en el propio Codice civile, determina la calificación como heredero del instituido en testamento.

Es sabido que el concepto de heredero del derecho romano no coincide con el del derecho germánico ^{con la} y del francés, ni ninguno de los dos con el concepto del heredero testamentario del art. 588 del Codice civile italiano. En el antiguo derecho germánico, en el derecho histórico de las regiones francesas de droit coutumier y en el Code de Napoleón, heredero es el que se halla en determinada relación familiar con el de cuius. Y según la Novela 115 cap. III de Justiniano, el legitimario debía ser instituido heredero, pero el honor del título bastaba si el contenido de la portio debita quedaba cubierto con una pars honorum, es decir, sea con una institutio ex re certa o mediante la imputación de donaciones.

Quién puede, pues, asegurar que la cualidad de heredero del "legitimario" coincide con la determinada en el art. 588 del Codice para el instituido en testamento, y no con la requerida para que el legitimario justinianeo o con la del "réservataire" del droit coutumier y del Code de Napoleón?. Tanto más cuanto, por una parte, se asigna a la "legittima" italiana la misma cualidad de la "reserve" y, en tanto, por otra parte, el instituido heredero, según

el art. 588, coincide, en cambio, con el instituido heres ex asse del derecho romano.

Pero, además, se ha advertido que las cuotas que no se corresponden entre sí no son las de los arts. 537 y ss. con las del art. 556, sino la del art. 536 con las de los arts. 537 y ss. -- Precisamente éstas se calculan en la forma determinada en el art. 556, mientras que la "cuota di eredità" de que habla el art. 536 es el resultado final después de restar de la herencia la cuota disponible en cuanto el causante no hubiese dispuesto de ella por actos intervivos. Pino ⁽⁹³⁾ ha expuesto brillantemente este criterio, que procuraremos reproducir en síntesis utilizando sus mismas palabras en cuanto la brevedad nos lo permita.

El reservatario francés es heredero; sucede por ley en una cuota de herencia, pero la cuota indisponible (del art. 922 del Code) no es necesariamente cuota hereditatis. La cuota hereditatis del reservatario se extiende sobre lo relicto tanto cuanto sea necesario para cubrir el valor de la cuota indisponible. -- Aquélla, por lo tanto, se calcula sobre la indisponible, pero no es la indisponible.

Algo similar -continúa Pino- ocurre en el derecho italiano. -- Hay que distinguir "entre la cuota hereditatis y el quantum que la ley reserva al legitimario"... "Es evidente que el mismo art. 537, por ejemplo, no puede establecer simultáneamente, que el hijo suceda en la mitad de lo relictum y tenga derecho a una cantidad de bienes de valor igual a la mitad de relictum + donatum, -- porque razonando así se atribuiría a la norma un significado contradictorio". Y efectivamente, sería así, si este (único artículo) que determina la cuota reservada al hijo o a los hijos como legitimarios (ningún otro señala su cuota de legítima en sentido lato), se le refiriera, en cuanto al denominador de la participación, a la vez a dos masas diversas, que divididas por un mismo divisor darían resultados diferentes, pues una sería mayor o menor que la otra según lo donatum fuese imputable en mayor cuan --

tía a la parte disponible o bien a la porción legítima.

A su juicio, "los arts. 537 y ss. no establecen la cuota hereditatis en la cual son llamados los legitimarios, sino que se limitan a disponer que, a éstos, les es reservada una cantidad de los bienes del de cuius, determinada con los criterios de cálculo y de valoración indicados en el art. 556".

Por eso, más adelante el mismo Pino ⁽⁹⁴⁾ añade: "La vocación-predeterminada en el art. 536 no tiene lugar por una cuota hereditatis coincidente con la porción de bienes de los arts. 537 y ss.... la cuota hereditatis, reservada al legitimario, puede -- ser más restringida o más amplia que la porción reservada por los arts. 537 y ss.". Más restringida si el legitimario hubiese recibido donaciones imputables a su legítima conforme al art. 564. Más amplia, en el sentido de que pueda abarcar mayor porción de la herencia, e incluso la totalidad, para cubrir la cuota de los arts. 537 y ss. calculadas conforme al art. 556, si con lo donatum se amplía la masa de cálculo de la reserva.

La cuota hereditatis -concluye- es pues determinada indirectamente, "es decir, en relación a cuanto aún reste o a cuanto sea necesario para que obtenga en concreto la legítima correspondiente". Por eso, señala la elasticidad como una característica de la vocación legal del legitimario a la herencia.

Así, el legitimario que no haya tenido cubiertos sus derechos por donaciones inter vivos (S. Cass. 16 enero 1938 y 26 marzo -- 1946) o que no haya optado por un legado en lugar de su legítima (art. 551) tendrá derecho -según el art. 536- a una cuota hereditatis que será igual a la diferencia que reste entre lo recibido por donación imputable a su legítima -conforme al art. 564 2º- y el montante de ésta determinado tomando como dividendo la masa calculada conforme al art. 556 y como divisor el fijado en el artículo pertinente de los 537 y ss.

// - Hemos visto anteriormente (45, b) las diferentes explicacio

nes de la acción de reducción, enfocada unitariamente, tanto si era referida a lo relictum como a lo donatum.

Recordemos que para Ferrara no se trata de invalidar una disposición, porque la disposición del de cuius que afecta a la legítima es ineficaz; sino que se trata de reintegrar unos bienes que ex lege corresponden a los legitimarios y de los que el de cuius no pudo disponer. El mismo criterio lo aplica a las donaciones inter vivos. Su explicación es la siguiente ⁽⁹⁵⁾: "las donaciones del de cuius se entienden hechas bajo la condición resolutoria de no violar la legítima, y por eso tal lesión produce la resolución de las donaciones ex tunc, esto es desde el momento de la apertura de la sucesión y la acción de reducción tiende de facto a hacer declarar efectuada esta resolución y, por esto, a hacer declarar los bienes donados correspondientes a la cuota de legítima."

Pero, que -conforme igualmente vimos (nº 6) - la crítica de -- Santoro Pasarelli fué considerada decisiva y no superada por las réplicas de Caviello, que no logró escapar a las dificultades -- puestas por aquél según ha reconocido el propio Mengoni.

Cicu y Mengoni creyeron salvarlas, aplicando la pretendida -- distinción entre cuota de reserva y cuota de legítima.

Con esa distinción, Cicu entendió que:

a) La cuota de reserva es adquirida ipso iure por su cualidad de heredero y no como consecuencia de la acción de reducción. Es decir, que si lo relictum es 100, el hijo adquiere automáticamente ⁽⁹⁶⁾ 50 aunque haya sido preterido .

b) La cuota de legítima, cuando ésta es lesionada, sólo puede ser satisfecha mediante la acción de reducción de las disposiciones inter vivos o mortis causa que la lesionen, acción que no es de nulidad ni de anulabilidad, sino de carácter personal dirigida a obtener el activo líquido que falte al actor para cubrir su ⁽⁹⁷⁾ legítima . Es decir, si en el ejemplo anterior, el de cuius hubiese donado 100 a un extraño, el hijo preterido, además de ad

quirir ipso iure las 50 de su cuota de reserva, podría exigir el remanente de su cuota de legítima ($210 : 2 = 105; 105 - 50 = 55$) ejercitando la acción de reducción de las disposiciones testamentarias (con lo que obtendría de lo relicto los restantes 50) y - la acción de reducción de la donación en cuanto a los 5 que aún le faltaban por percibir.

(98)

Mengoni ha desarrollado y matizado técnicamente esta diferencia:

"Si el legitimario no es llamado ex testamento o ab intestato en una cuota igual o superior a la cuota de reserva, ésta le es - deferida ope legis, contra el testamento, comprimiendo automáticamente la eficacia de la heredis institutio en los límites de - la parte disponible. Bajo este perfil, la tutela del legitimario es dada por la hereditatis petitio, no por la acción de reducción. Esta última no resuelve un conflicto entre sucesión necesaria y sucesión testamentaria, ya que las disposiciones a título universal son ineficaces ipso iure, allí donde se extiende la - cuota de reserva a favor de una persona distinta del legitimario..."

"Contra el heredero o los herederos instituidos en una cuota abstracta, el legitimario no actuará con la acción de reducción - en cuanto desheredado o llamado a una cuota menor de la reservada, pero solamente sí y en cuanto la adquisición hereditaria del instituido, aun conteniéndose en los límites de la cuota disponible, lesiona la legítima (pars honorum). Esto presupone que el - testador haya efectuado donaciones o legados".

"Ejemplo: relictum 100; donatum 50. El de cuius ha instituído herederos por mitad a cada uno, a los extraños Ticio y Cayo, omitiendo al hijo, y sin disponer legados. El hijo es heredero ipso iure (sucesión necesaria) por mitad (cuota de reserva: art. 537), y, por lo tanto, es copropietario de los bienes relictos, por un valor de 50. ^{La titivencia} ~~Consecuentemente~~, la institución de Ticio y Cayo es eficaz en los límites de la cuota disponible, esto es, son

herederos (testamentarios) por un cuarto cada uno. Pero el legionario según el art. 556, tiene derecho a una pars bonorum de 80, a retener de lo relictum (arg. ex art. 552 § 2º). Consiguientemente, la adquisición hereditaria de Ticio y Cayo sufrirá, en virtud del art. 554, una reducción proporcional de 30, que, agregados a los 50 adquiridos por el legionario a título de heredero, le procuran un activo líquido de 80".

"Estos 30 son pues extra partem hereditatem, corresponden al legionario a título de crédito frente a los coherederos".

Pero... ¿cuál es el fundamento de esta distinción?. En los epígrafes anteriores no hemos hallado nada que confirme la distinción entre cuota de reserva y cuota de legítima... Aquí, para la cuestión concreta de que ahora tratamos, se invoca como decisivo el art. 735 § 1º.

Recordemos que este precepto determina la nulidad de la división verificada por el testador en la cual éste no hubiese comprendido a alguno de los legitimarios o de los herederos instituidos. De esa declaración de nulidad, deduce Mengoni ⁽⁷⁹⁾ que la tutela del legionario preterido, en cuanto reservatario de una cuota de herencia, es dada por la hereditatis petitio.

Pero el § 2º del mismo art. 735 dice que: «Il coerede che è stato leso nella quota di riserva può esercitare l'azione di riduzione contro gli altri coeredi». Y ¿cómo, en ese segundo párrafo, habiendo lesión en la cuota de reserva necesita jugar la acción de reducción?. La objeción no se le escapó a Mengoni, quien replica que "es una acción de reducción especial, y mejor una aplicación especial de la acción de reducción"... cumple "una función divisoria: corrige la división del testador". Afirmación de la cual, deduce directamente varios correlarios, entre ellos: - que no entra en juego el art. 558; que el legionario que la ejerce no está sujeto a la reducción ex se del art. 564 § 2º (digamos entre paréntesis que esta afirmación está contradicha con la Sent. Cass. 29 Marzo 1.945); que la reducción se opera conforme las reglas de la división, no siendo por ello de aplicación el -

art. 580; y que los bienes, que en virtud de esta disposición -- sean objeto de cambio de cuota, es decir, cambien de adjudicatario, son adquiridos por el legitimario iure hereditario.

Estos corolarios carecerán sin duda de base si previamente no se demuestra la certeza del teorema en que se apoyan. Y el teorema, a su vez, sólo lo vemos razonado partiendo de la certeza -- que hasta ahora no hemos visto confirmada, sino muy al contrario rechazada-- del principio, del cual parten Cicu y Mengoni, que distingue como cuotas diversas la de «riserva» y la de «legittima».

Las relaciones entre el legitimario y los herederos instituidos, en orden a la partición de bienes, las resume Mengoni ⁽¹⁰⁾ en una clasificación trimembre: a) En la relación con los herederos instituidos si el legitimario ha sido preterido, siendo nula la división, conforme al art. 735 § 1º, la cuota de reserva, es tutelada en la forma normal de la petitio hereditatis. b) En la relación del legitimario no preterido con el coheredero o coherederos instituidos in rebus certis (art. 588 § 2º), o en supuesto de partición hecha por el testador (art. 735 § 2º), la acción de reducción tutela también la cuota de reserva con función especial de «apporzionamento» (cubrir la cuota). c) Y en la relación del legitimario con el coheredero o coherederos instituidos en cuota abstracta (art. 588 § 1º), la acción de reducción presupone que el testador haya realizado donaciones o legados y tutela típicamente la porción legítima, es decir, el derecho del legitimario a la pars bonorum determinada conforme al art. 586.

Pero es de temer que tan clara distinción no pase de ser más que una hipótesis, que trata de armonizar unas disposiciones legales con un criterio previamente establecido de modo teórico. -- Es decir, que parte de una doble petición de principio para la armonización, al fundamentarse en una distinción teórica sin demostrar y en una interpretación tampoco probada de textos positivos. Explicación e interpretación sin duda concuerdan, son lógicamente coherentes; pero esto no basta para demostrar que una y

otra respondan a la realidad.

(101)

No deja de sospechar Mengoni que alguno inquirirá por qué hay diversidad de criterio en la resolución de supuestos no sustancialmente diversos como son los de uno y otro párrafo del art. 735. En el § 1º se declara nula la división, mientras en el § 2º -en el cual, a su juicio, la lesión afecta también a la cuota de reserva- sólo se da lugar a una acción de reducción que asume -- una función de "apporzionamento", que "se concilia con la causa-unitaria distributiva del supuesto, y por tanto con el principio de la igualdad proporcional de los lotes". A su juicio, el 1º del art. 735, "ha sido ordenado desde el punto de vista opuesto, esto es de la función distributiva de la institución, la cual -- reclama el principio en virtud del cual toda división es nula, -- cuando no haya comprendido todos los derechohabientes". Y haciendo el paralelo de la preterición particional de un legitimario e igual preterición particional de un extraño instituido heredero, observa que "sería muy extraño, que, establecida para esta última hipótesis la nulidad de la división, la preterición de un legitimario diese lugar, en cambio, a una simple reducibilidad de las asignaciones concretas".

Deteniéndonos un momento más en estas reflexiones, nos sentimos inclinados a pensar inevitablemente en que la nulidad que impone el 1º del art. 735 es puramente de la partición como dice paladinamente su letra, *puesto que se entiende a la preterición particional del instituido heredero testamentario*

No parece, por tanto, extraño que la Corte Suprema de Cassazione en S. de 14 Diciembre 1.944, hubiera declarado que: «tanto por il codice abrogato quanto per il nuovo, il legittimario a cui è riservato una quota dell'eredità, è erede e come tale partecipa alla comunione ereditaria; ma nei casi in cui il testatore abbia disposto a favore di altri di tutto il suo patrimonio, escludendo il legittimario, o se abbia distribuito specificamente tutti i suoi beni fra gli eredi, compreso il legittimario di cui abbia leso la quota a lui riservata, quest'ultimo non partecipa alla comunione ereditaria (e quindi non può pretendere la divi -

sione dell'eredità) finchè non sia stata ordinata la integración de tale quota >>

Pero, tampoco resulta extraño que esta sentencia no fuese delagrado de Cicu ^{(102) Este} .Ve admitido en ella que el legitimario preterido es heredero pero que en caso de haber sido preterido no participa de la comunidad hereditaria hasta que sea ordenada la integración de su cuota. Con lo que ve recomenzada la polémica entre Coviello y Santoro-Pasarelli. Aquél, aduciendo el principio romano en virtud del cual la cualidad de heredero como nomen iuris, puede subsistir etiam sine ullo corpore, para justificar que el legitimario puede ser heredero sin ser condómino, Y el segundo, objetando que en derecho italiano (art. 588) sólo se es heredero en cuanto adquirente de una universalidad o una cuota, lo que el legitimario preterido sólo obtiene mediante el ejercicio de la acción de reducción.

Cicu se aferra al concepto de reserva, como cuota de que el testador no ha podido disponer porque de ella ya ha dispuesto la ley. Pero frente al concepto, está la realidad -observada como vimos por Santoro y reconocida por Coviello de que la disposición no impugnada surte sus efectos. Además el art. ~~588~~ ⁵⁵ § 1º aplica la acción de reducción de las disposiciones testamentarias, ordenándola a prorrata, sin distinción entre herederos y legatarios. Per ello, para mantener el principio y escapar a esa realidad, sólo cabe hacer la distinción entre cuota de reserva, respecto la cual es nula la disposición, y cuota de legítima, que si es lesionada puede ser reintegrada mediante la acción de reducción. Pero, el primer efecto -el de la nulidad ipso iure de toda disposición que afecte a la llamada cuota de reserva- no tiene ninguna regulación práctica y concreta para hacerse efectivo, si no es acaso la norma del art. 735 § 1º. Conforme ésta, según ese criterio, si se declara nula la partición hecha por el testador con omisión de uno de los herederos instituidos o de un reservatario, es porque éste es heredero y, como tal, entra en -

la comunidad hereditaria que no puede ser dividida sin tenerle - en cuenta.

Sin embargo la realidad siempre complida las cosas, cuando no se puede prescindir de ella. Porque -no partiendo de la petición de principio de diferenciar cuota de reserva y cuota de legítima, antes de demostrar que la diferencia sea cierta- podrá resultar- que el legitimario haya cubierto con donaciones su porción legítima entera. Y... entonces, a pesar de eso, ¿será también nula - la partición de lo relicto en lo que se le omite?

(103)

Messineo entiende que no. "Que la preterición del legiti- mario -explica- haga caer la división, debe entenderse en el sen- tido de que sean objeto de división incluso los bienes que cons- tituyen la legítima; porque si éstos no están comprendidos, la - preterición es inocua; aunque hayn sido preteridos todos los le- gitimarios".

Siendo así habrá que demostrar que la partición comprende to- dos los bienes, que el legitimario no ha recibido el montante de su legítima en donaciones inter vivos... porque si no fuese así la partición no adolecería de nulidad... La nulidad habrá que discu- tiria... Por eso, fué muy lógico que la Sentencia de la Corte Su- prema della Cassazione de 13 enero 1.938 no reconociera al legiti- mario derecho alguno a la partición, si con las donaciones reci- bidas quedaba cubierta su legítima. Y, que la de 14 Diciembre -- 1.944, declarase lo que tanto escandalizó a Cicu, es decir que - es previo el ejercicio de la acción de reducción.

(104)

Los Azzarità y Martínez para defender que la nulidad de- la partición, ocasionada a consecuencia de la norma del art. 735

1º, no da lugar sin más a la sucesión ab intestato, señala que en ella se comprende no sólo la omisión de algún legitimario si- no también la de algún heredero instituido. En este caso: "si el testador ha determinado la cuota abstracta correspondiente a va- rios herederos instituidos, pero después en el reparto de sus -- bienes omite a alguno de los instituidos, será nula la division,

pero no a su vez la disposición testamentaria relativa a la atribución del as hereditario. La única consecuencia será que se deberán proceder a un nuevo reparto de los bienes, pero no en base de las normas de la sucesión ab intestato -que, no habiendo lugar a una devolución de la herencia ope legis, no tendrán posibilidad de aplicación- sino de conformidad a la voluntad testamentaria -del de cuius, que a la partición de sus bienes había hecho proceder la determinación de las cuotas correspondientes a los varios llamados". También en el supuesto de omisión de un legitimario - en la partición hecha por el testador, puede el testamento contener "una institución de heredero o una atribución de cuota a favor del legitimario omitido después en el reparto de los bienes".

En otro caso: "la división que se verifique sin institución - explícita de heredero y que no comprenda a un legitimario, deber ser considerada del mismo modo que una disposición testamentaria que sea lesiva de los derechos de los reservatarios, pero, sólo por el ejercicio de la acción de reducción por parte del legitimario lesionado la ley ordena, en tal caso, la nulidad de la división, y la nueva división deberá tener lugar entre los mismos herederos testamentarios con la participación de los legitimarios omitidos, a quienes -en consecuencia y en virtud del ejercicio de la acción de reducción- va atribuída la propia cuota de reserva".

122 Otro tema en el cual la tesis de la distinción entre cuota de legítima y cuota de reserva nos es presentada como una explicación lógica es el relativo a la clasificación de las formas de sucesión.

En el régimen del Codice civile de 1.865, a pesar de que el art. 720 sólo catalogaba las formas de sucesión en por ley y -- por testamento, algún autor ^{MA W (105)} - como Salis - situó junto a la sucesión testamentaria y a la ab intestato, como un tertium genus de sucesión, la llamada sucesión necesaria.

Nero esta doctrina ha sido reputada insostenible en el régimen del/ (106) vigente Codice. Así han opinado autores muy discrepantes entre sí respecto a la naturaleza jurídica de la legítima, como G. Azzariti (107), Santoro Pasarelli (108), Barassi (109), Cicu (110), Mengoni (111).

Al respecto se ha hecho observar que los § 1º y 2º del art. 457 del Codice de 1.942, reproduciendo en este punto la norma -- del art. 720 del Codice de 1.865, declaran que: «L'eredità si devolve par legge o per testamento -Non si fa luogo alla successione legittima se non quando manca, in tutto o in parte, quella -- testamentaria». Que su § 3º agrega otro principio que no recogía el antiguo art. 720: «La disposizioni testamentaria non possono pregiudicare i diritti che la legge riserva ai legittimari».

Y que el nuevo art. 553 también excluyó como tertium genus la llamada sucesión necesaria, en cuanto dispone que: «Quando sui - beni lasciati del defunto si apre in tutto o in parte la successione legittima, nel concorso di legittimari con altri successibili le porzioni che spettare libero a questi ultimi si riducono proporzionalmente nei limiti in cui è necessario per integrare la quota riservata ai legittimari, i quali però devono imputare a questa, ai sensi dell'art. 564, quanto hanno ricevuto del defunto, - in virtù di donazioni o di legati».

Ahora bien, para la teoría clásica, la conceptualización de la legittima como una parte de la sucesión intestada, aun considerando aquélla como una sucesión legítima reforzada, no dejó de presentar dificultades, a juicio de algunos autores. En efecto:

1º) En caso de preterición de un legitimario, "si la previsión del art. 457 agota los modos de delación -pregunta Mengoni- ¿cómo se concibía con tal norma la afirmación de que el legitimario desheredado sólo consigue ser heredero por medio de la acción de reducción?".

Tres principales posturas pueden observarse en la doctrina -- posterior al vigente Codice civile:

(112)
a) Según G. Azzariti de la norma del párrafo final del art. 457 -según la cual las disposiciones testamentarias no pueden perjudicar los derechos que la ley reserva a los legitimarios, finalidad que a su juicio se logra con el ejercicio de la actio ad implendam legitimam, conforme los arts. 553 y ss. que regulan la acción de reducción- no se deriva modificación alguna de la delación testamentaria de la herencia, ya que la atribución de los bienes que constituyen el objeto de la disposición exorbitante únicamente es reducida a los límites de la cuota disponible sin que el legitimario sea investido de la cualidad de heredero, pues la acción de reducción sólo tiende a la reparación del perjuicio inflingido al legitimario con la disposiciones testamentaria lesiva, reparando su id quod interest.

(113) (114)
b) Según Santoro Pasarelli y Pino, la preterición del legitimario da lugar a la delación ab intestato a favor del legitimario, previa la consecuencia por éste de sentencia de reducción que declare la ineficacia de la disposición testamentaria lesiva de la legítima.

(115) (116)
c) Ni Cicu ni Mengoni pueden aceptar ninguna de las dos anteriores explicaciones: la primera porque choca con la concepción de ambos de que el legitimario es heredero ex lege o reservatario; la segunda porque -en contra del criterio de ambos- hace depender la delación a favor del legitimario de que éste ejercite la acción de reducción. Pero, por otra parte, reconocen la evidencia de que no existe un tertium genus de delación, y no pueden desconocer que existe una acción de reducción con el fin de integrar la legítima. Por todo lo cual, para soslayar todos dichos obstáculos, hallan como fórmula satisfactoria la de distinguir cuota de legítima y cuota de reserva. Esta como cuota de herencia deferida por la ley y circunscrita a una porción forzosa de la sucesión legal. Aquella referida a una pars bonorum y que faculta al legitimario a reintegrarse, con la acción de reducción, en caso de que la cuota de reserva no cubra la porción le-

gítima calculada con relación a la suma de relictum y donatum.

Claro que la única razón para admitir esta distinción se concreta a su fuerza explicativa, pues -como antes hemos visto- sólo puede ser construída partiendo de conceptos ideales sin apoyo alguno positivo ni real. Y que esa fuerza explicativa dejaría de ser necesaria en cuanto se renunciase a los preconceptos doctrinales.-sólo fundados en la literalidad de ciertas palabras- cuando la realidad los desmintiera.

Con esa distinción, ambos autores creen resolver el dilema planteado entre su afirmación de que si el testador instituye en la cuota de reserva a un sujeto diverso del legitimario, nihil agit- porque los actos contrarios a las normas imperativas son nulas- con la afirmación de Santoro Pasarelli -que también aceptan- de que las disposiciones del causante excedentes de la porción disponible no son nulas sino tan sólo impugnables.

Cierto que no se le escapa a Mengoni ⁽¹¹⁷⁾ la observación de que "también las normas sobre la legítima y no sólo las que reservan al legitimario una cuota de herencia, son normas coercitivas". Pero, aun admitiéndola, observa que: "el principio de la nulidad de los negocios contrarios a las normas imperativas se aplica sólo y en cuanto la ley no disponga diversamente. Y éste es precisamente el caso de los actos lesivos de la legítima, para los -- cuales la ley sustituye la sanción de nulidad por una simple impugnabilidad negocial".

Pero -como hemos visto en los epígrafes anteriores- no parece tener fundamento real esa limitación del ámbito de la acción de reducción, al excluir de ella la llamada cuota de reserva; ni -- tampoco histórica ni positivamente la distinción entre ésta y la porción legítima.

También rechaza Mengoni, calificándolo de superficial, el argumento que, con invocación de las arts. 554 y 558 § 1º, subraya que ambos preceptos prevén claramente la reducibilidad inclusive de las disposiciones a título universal. "Cierto que -dice- si el -

testador deshereda al legitimario, o bien éste último es llamado en el testamento o ab intestato en una cuota mejor de la de reserva, la heredis institutio del extraño queda sin efecto en la medida en que excede de la cuota hereditaria disponible, y en la cuota reservada se abre automáticamente la sucesión necesaria; desde este punto de vista la tutela del legitimario, es conferida...,- por la acción de petición, no por la acción de reducción"... "Pe- ro las disposiciones testamentarias, que tengan por objeto una -- cuota de herencia, aun sin exceder de los límites de la disponible, pueden, no obstante, lesionar la legítima, cuando concurren con legados, o bien el testador haya hecho donaciones en vida; o, en fin, haya concretado la cuota (art. 588 cpr. y 734) con bienes de valor superior a la entidad de la misma. En tal caso, entra en juego la acción de reducción, por la misma razón por la que es posible, incluso en la sucesión intestada, contra los sucesores no legitimarios" (118) .

Volvemos pues siempre a la misma petición de principio, para tratar de excluir la acción de reducción allí donde ^{podría} contradeciría los principios axiomáticos en los que se apoya la construcción doctrinal ^{establecida} pre~~establecida~~ ~~establecida~~.

2º) En caso de sucesión intestada, bien sea por falta de testamento, o bien contra testamentum a consecuencia -según criterio de la doctrina tradicional- del ejercicio de la acción de reducción, resulta que en cuanto hayan de computarse donaciones, - la cuota hereditaria del legitimario no coincide con la parte -- alícuota correspondiente de la sucesión abintestato -fijada según los módulos determinados en los arts. 537 y ss.

Lo explicaremos con sendos ejemplos que transcribimos de Cicu:

Primer ejemplo: hipótesis de sucesión contra testamento: lo donatum es 60, lo relictum 50, la legítima 55 y, en cambio, la aplicación de la cuota del art. 537 a la sucesión intestada daría 50 (119) .

Segundo ejemplo, hipótesis de concurrencia de sucesión intes-

tada y sucesión necesaria: relictum 120, donatum 120; concurren-
el padre, o la madre, y un hermano (notemos que es derecho ita-
liano padres y hermanos son llamados conjuntamente a la sucesión
intestada). De no haber donaciones, por sucesión ab intestato co-
rrespondería: la mitad al padre y la otra mitad al hermano, es -
decir 60 a cada uno. Pero, al existir donaciones, la legítima de
un tercio del padre le da derecho a 80 de lo relictum, con lo --
cual al hermano sólo le quedarán 40 ⁽¹²⁰⁾.

Para Cicu, esto plantearía el dilema de que: a bien, la suce-
sión necesaria implica un tertium genus de delación, diverso de-
la ab intestato -lo que, como hemos visto, ^{él} rechaza-, o bien para
aplicarla hay que distinguir una cuota de reserva y una cuota de
legítima;

Así, en el primer ejemplo, al legitimario le corresponderán -
ipso iure 50, por su reserva y podrá conseguir otros 50 como com-
plemento de su legítima, mediante el ejercicio de la acción de -
reducción. Y, en el segundo ejemplo, al padre le corresponderán-
ipso iure 60, por su reserva, como complemento de su legítima, -
podrá obtener otros 20 por medio de la acción de reducción.

⁽¹²¹⁾
Mengoni opina para ambos supuestos de igual modo que Ci-
cu;

Pero, contra la tesis de ambos, se aduce la norma del art. --
553 del Codice, que antes hemos transcrito. Este precepto se in-
terpreta -v.gr., por G., Ezzariti ⁽¹²²⁾, por Santoro Pasarelli ⁽¹²³⁾,
por Pino ⁽¹²⁴⁾ -, en el sentido de que las normas que determinan la
porción reservada al legitimario no están contrapuestas con las-
que disciplinan la sucesión intestada, sino coordinadas con ellas.
De ese modo, la sucesión intestada del legitimario significa para
el que ^{el resultado de} herede una cuota hereditaria igual a cuanto le falte para
completar su legítima.

Contra la pretendida distinción entre la cuota intestada for-
zosa del legitimario (o ^{cuota} de reserva) y la porción legitimaria que

quede sin ser cubierta por ella, arguye Pino que el legitimario, de ser cierta dicha distinción, "tendría, por tanto, un derecho de crédito, meramente personal a recibir bienes hereditarios extra partem hereditariam. Junto a la cuota intestada, que le serí correspondiera como heredero legítimo, tendría otro título para conseguir bienes relictos: un derecho de crédito contra el coheredero". Y, por consiguiente, habría que admitir que "sería posible renunciar al primero [el título de heredero] y conservar el segundo [el crédito legitimario contra el heredero], en contra de lo que dispone el art. 551".

Subraya, además, que el art. 553 al hablar de las porciones que se reducen proporcionalmente no las alude diciendo que son las que «spettano» (corresponden) sino las que «spetterebero» (corresponderían) al sucesor no legitimario. Se trata de un fenómeno de «compressione automatica» de la cuota intestada, producido por el hecho de que las normas concernientes a la porción de patrimonio reservada al legitimario van coordinadas, pero no contrapuestas, con las que disciplinan la sucesión intestada. Así "en la sucesión intestada se aplican siempre las normas que regulan tal sucesión, aunque tal vez la cuota del legitimario resulte diversa de la que le correspondería si no hubiese donatum que calcular" ⁽¹²⁶⁾ .

Incluso -añade seguidamente el mismo Pino- "en la sucesión en parte testada y en parte intestada, el legitimario, una vez imputadas las liberalidades recibidas por otro título del de cuius, consigue en la parte intestada del relictum cuanto le sea aún necesario para la reintegración de su porción, y sólo después puede pedir la reducción de las disposiciones testamentarias".

Y del mismo modo que la porción hereditaria del legitimario - en la sucesión totalmente intestada puede ser mayor (cuando el de cuius haya otorgado donaciones a otras personas) o menor (cuando las haya otorgado al legitimario) que la prevista en los arts. 566 y ss. del Código, "también la «quota hereditatis» reservada al legitimario contra testamentum puede ser más reducida o más -

(127)
amplia que la porción reservada en los arts. 537 y ss."

Los arts. 537 y ss. refieren su cuota a la masa formada fictivamente con la suma de relictum y donatum conforme al art. 556, mientras la cuota hereditatis a que el legitimario tiene derecho es un resto, es lo que aún le falta percibir de lo relictum para la satisfacción de su legítima, en cuanto con el montante de éste pueda serle cubierta.

(128)
Por ello siempre Pino prosigue:

"La cuota hereditatis y el derecho a la sucesión reservados al legitimario son pues determinados indirectamente, en relación, a saber, a cuanto aún reste o a cuanto sea necesario para hacerle conseguir en concreto la legítima que le corresponda".

"La elasticidad de la cuota hereditatis y del derecho a la sucesión es, por lo tanto, una característica de la vocación del legitimario, ya que también se presenta, como ya se ha observado, en la sucesión intestada, cuando con los legitimarios concurren herederos legítimos que no sean legitimarios".

"En el ejemplo... de un donatum de valor igual al de lo relictum, se ha comprobado que el hijo legítimo debe suceder en toda la herencia para obtener una porción de los bienes relictos -- igual a la cantidad de la masa de cálculo a él reservada".

"Si en cambio lo donatum fuese, por ejemplo, de 60 y lo relictum de 100, el hijo debería conseguir 80 sobre lo relictum; y en tal caso su cuota hereditatis sería de $\frac{4}{5}$, mientras la institución universal de heredero a favor de los extraños sería correlativamente reducida a $\frac{1}{5}$ ". -

"No ocurre de otro modo con el derecho a la sucesión, es decir, con el usufructo, del cónyuge superstite. A falta de donatum el cónyuge sucede en el usufructo de dos tercios de la herencia; pero si existe donatum, el usufructo grava una parte mayor, y si el cónyuge hubiese sido favorecido por un legado, el usufructo -- gravaría una porción menor".

10- La coherencia lógica que parece lograr la tesis de Cicu, en relación a los principios de que parte, ^{parece que} requeriría un sacrificio que debería soportar la justicia en aras de aquélla. Vamos a comprobarlo a través de los ejemplos que el propio Cicu expone, en dos capítulos diversos de su obra principal sobre el tema.

Al ocuparse de la cuota hereditaria del legitimario ⁽¹²⁹⁾, - - plantea: "la ley, considerando las donaciones hechas por el de cuius al legitimario como hechas a cuenta de la legítima, obliga a éste a imputarlas a su porción legítima, salvo que haya sido expresamente dispensado de hacerlo. A diferencia de la colación, esta imputación es prescrita incluso con relación a los herederos testamentarios. Pero, ¿influye asimismo sobre la cuota hereditaria reservada?".

Para aclarar su pregunta, Cicu plantea seguidamente los dos -- ejemplos que a continuación transcribimos:

"Un padre con un patrimonio que él valoró en 100 dona a su -- único hijo 50 como anticipo a a cuenta o en lugar de su legítima, e instituye heredero universal a un extraño. Supongamos que el -- patrimonio en el momento de la apertura de la sucesión valga - -- efectivamente 50. Legítima por tanto 50..Si, resultando el hijo no instituido en su legítima, dijésemos que ya no tiene ningún -- derecho sobre la herencia, todo lo relictum sería deferido al -- instituido. Supongamos ahora que lo relictum en lugar de 50 resulte en el momento de la apertura de la sucesión, con un valor de 100: legítima 75, de la que el hijo ya ha tenido 50. Si eso influyese en su cuota hereditaria, deberíamos deducir que respecto lo relictum él tendría la cuota de 1/4, en lugar de la mitad, correspondiendo al extraño la cuota de 3/4. Ahora bien, la ley reserva al hijo la mitad del patrimonio. ¿Deberemos entonces entender por patrimonio lo relictum mas lo donatum, y que como la cuota del legitimario es calculada sobre esta masa, también la cuota del extraño debe ser calculada sobre ésa? Que esto no es admissible resulta del siguiente ejemplo: donación 100, relictum 50; -

legítima 75; pero la legítima no es ciertamente de 75, porque si así fuese, el extraño tendría también derecho a reducir las donaciones;..”

“Se debe pues concluir -prodigue Cicu- que la donación hecha al hijo, si bien debe ser imputada, no influye en el sentido de modificar la cuota hereditaria que la ley atribuye al legitimario. Su efecto queda aclarado en cuanto... ^{distinguimos} la cuota hereditaria de la cuota de legítima... La cuota hereditaria atribuye al legitimario el condominio de los bienes hereditarios; la cuota de legítima le garantiza un activo líquido, un valor”.

Pauta sobre la cual, reemprende el análisis de los dos ejemplos antes planteados por él mismo.

“En el primero el legitimario se hallará con el extraño en situación de condominio de lo relictum de 50. Cuota hereditaria reservada 25; cuota de legítima 50. Esta última resulta satisfecha con la donación; por lo cual el legitimario no podrá ejercitar ^{la} reducción. Pero tiene derecho a conseguir la cuota hereditaria de 25...”

“En el segundo ejemplo, donación 50, relictum 100; cuota de legítima 75. Cuota de reserva 50. Imputada en la cuota de legítima la donación de 50 resulta una lesión de 25, a conseguir mediante la acción de reducción de la cuota del instituido. Si desde el momento de la apertura de la sucesión al momento de la división el valor de lo relictum ha aumentado a 300, del aumento se beneficiarán proporcionalmente los dos coherederos; el legitimario conseguirá pues 150; pero debiendo imputar la donación de 50 recibirá efectivamente 100, teniendo además derecho a conseguir ulteriormente 25 a título de reducción por lesión de legítima. No valdría objetar que, consiguiendo 100, no hay lesión de legítima; porque la lesión existía en el momento de la apertura de la sucesión y el derecho entonces adquirido no puede desvanecerse por efecto de la variación de valor de los bienes”.

“Para mejor captar la concepción de Cicu al respecto, y aunque

con ello incidamos en repetirlo, transcribiremos también lo que dice en el capítulo que dedica a la cuota de legítima con respecto al tema que nos ocupa .

(130)

"Relictum 50, donatum al legitimario 50. Cuota de legítima 50; cuota reservada 25. Si, como hace la doctrina dominante, la cuota reservada se identificase con la cuota de legítima, resultaría, en consecuencia, que el legitimario no instituido en la legítima no tendría derecho alguno a lo relictum. En tal caso, o bien debería deducirse de ello que éste no sería heredero, que no se ha producido delación a su favor, y en tal hipótesis no sólo el relictum de 50, sino todo aquello que apareciese posteriormente como perteneciente al patrimonio del difunto debería corresponder ~~como~~ al instituido en el testamento; o bien, si, para evitar esta inaceptable consecuencia, se quiere mantener la cualidad de heredero del legitimario, en tal caso no es comprensible como todo relictum deba ir a parar al heredero testamentario. Se había creído explicarlo como efecto de la imputación de la donación que el legitimario debe realizar a su cuota, lo que daría derecho al coheredero de recibir previamente (prelevare) otro tanto de lo relictum, en el ejemplo puesto, de absorber todo lo relictum. No habían advertido que esto presupone aquella identificación de reserva y legítima que negamos: presupone, ~~que el legitimario y el instituido deben dividirse entre~~ por tanto, que el legitimario y el instituido deben dividirse entre ambos la masa relictum-donatum. Si, por el contrario, el derecho del instituido se refiere sólo a lo relictum, y si sobre esto concurre con el legitimario por cuotas iguales, tendrá derecho a 25 y no podrá ver aumentado este resultado concreto de la división por efecto de la imputación, puesto que no se sabría por qué título adquiriría el exceso."

"La imputación en efecto es prescrita por la ley al legitimario que ejercite la reducción. En el ejemplo puesto no hay acción de reducción, porque no hay lesión en la legítima".

"La atribución de todos los 50 al heredero testamentario se justifica generalmente con el concepto de porción disponible, --

en cuanto se estima que, habiendo ya conseguido el legitimario - la legítima con la donación, el testador puede disponer libremente de todo lo relictum: y esto podría corresponder a la mens legis en cuanto en el art. 556 se habla de la determinación de la porción disponible de cuota de la que el difunto podía disponer, Pero esto presupondría que no sólo la legítima, sino incluso la disponible fuera cuota de lo relictum-donatum; lo que hemos demostrado es inadmisibile".

Y añade otros ejemplos:

"Relictum 100; donatum al legitimario 50. Cuota de legítima - 75, cuota de reserva 50. También en esta hipótesis, según la opinión que combatimos, todo lo relictum debería corresponder al heredero testamentario: si en efecto en su cuota de relictum de 50 el legitimario imputase 50, a nada más tendría derecho de lo relictum. En cambio, es lo cierto que, si bien la donación le ha estado hecha a él, ella es calculada en la reunión ficticia. Correspondiéndole por lo tanto en lo relictum 50, la legítima sería lesionada en 25: pero, ejercitando la acción de reducción contra el heredero testamentario, debería imputar los 50, por lo que nada podría pretender. Se objetará que de tal modo conseguiría 100 en lugar de 75; pero para negarle este derecho, para atribuir consiguientemente al instituido 75, haría falta admitir de nuevo que la cuota deferida a éste fuera cuota de la masa ficticiamente reunida, o bien que sea cuota de $\frac{3}{4}$ de lo relictum. Se objetará aún que de ese modo no es posible satisfacer la legítima con donaciones. Replicamos que la ley conoce al legado en lugar de la legítima, pero no las donaciones en lugar de la legítima; y que cuando el art. 552 habla de donaciones a cuenta de la legítima obliga a su imputación solamente cuando el legitimario ejercite la acción de reducción".

"Relictum 100, donación al legitimario 50, institución de heredero universal y legado de 60. Legítima 85. Estando gravada la cuota hereditaria del legitimario de 50 por el legado de 30, res

tan 20; ejercitando la acción de reducción contra el instituído y el legatario para conseguir 75 de legítima, debiendo imputar 50 y habiendo conseguido 20, puede pedir 5".

"Puesto que la lesión de 5 resulta de la valoración de los -- bienes referidos al momento de la apertura de la sucesión, si, -- en el momento de la división del relictum de 100, ésta tuviese -- un valor superior, ello no eliminaría la lesión, porque siendo -- la imputación operación conexas con la reducción y no con la divi -- sión, no es afectada por la modificación de valor de los bienes -- hereditarios".

14- La transcripción de estos párrafos de Cicu en los que el autor se enfrenta con un problema concreto de aplicación justa, nos pone en evidencia el círculo lógico cerrado en el cual se circunscribe a moverse en sus razonamientos, ^{de los que} descarta ~~todo~~ todo cuanto no se apoye en los únicos conceptos que a priori acepta. Tanto es así, que cuando analiza la posición contraria no lo verifica desde el punto de vista en que se mueve la lógica del adversario, sino en el propio campo lógico aunque ^{aquí} ~~éste~~ lo rechace. Colocada así la discursión no puede confluír en punto alguno de entendimiento.

Por lo demás, hemos visto la crítica hecha a los puntos de -- apoyo en los que Cicu basa su teoría, por lo cual no vamos a volver a repetir lo ~~ya~~ explicado. Ahora sólo tratamos de ponderar -- con cánones de aplicación justa los resultados a que su tesis -- nos llevaría ^{subrayando} ~~su~~ diferencia de los consiguientes a la común opinión. Para ello comenzaremos por examinar aquellos aspectos en -- los que Cicu critica la solución corriente, para concluir por -- analizar la coherencia y equilibrio de los resultados que el autor de la teoría estima ajustados.

a) En cuanto a los defectos señalados por Cicu a los resultados que atribuye a la aplicación de la doctrina comúnmente acep-

tada, es fácil apreciar que se encierran en los siguientes argumentos:

1º/ Puesto que el extraño instituido heredero no puede pedir la reducción de las donaciones verificadas por el causante, por consiguiente, no tiene derecho alguno a la masa formada por la suma de relictum y donatum, sino que tan sólo lo tiene circunscrito a lo relictum y, por lo tanto, en caso de que el testador no hubiese dejado nada de lo relictum al legitimario a quien le hubiese hecho donaciones como anticipo de la legítima por valor igual al de ésta, el heredero instituido no puede computar su -- porción, que sólo recae sobre lo relictum, de la suma de relictum + donatum (131). Por lo cual, pregunta a qué título ^{obtendría} ~~recibiría~~ éste el exceso de lo relictum que recibiría ^{además del que le} ~~aspecto de la~~ ^{correspondería} con la aplicación tan sólo a éste de su cuota (132).

Pero, este razonamiento cierra el paso a todo examen de lo -- que realmente entiende la interpretación usual. Confunde el hecho de que el heredero testamentario sólo tenga derecho a lo relictum con el hecho de que el cálculo de lo que le corresponda en lo relictum se efectúe idealmente con relación a la suma de relictum + donatum, ^{pero} para aplicar el resultado sólo a lo relictum en cuanto en él cupiere. Esa distinción, Cicu, o la ignora o -- bien la quiere ignorar, por lo cual no discute en su verdadero contenido la posición contraria.

2º/ Si el legitimario no recibiese nada de lo relictum por tener su legítima cubierta con donaciones, no sería heredero y, -- por lo tanto, no tendría derecho a participar de los bienes ignorados en principio que ulteriormente apareciesen como integrantes del caudal relicto (133).

Pero, con independencia de la discusión de si el legitimario que ha cubierto totalmente sus derechos con donaciones pueda ser o no considerado como heredero, según los conceptos del derecho italiano o del francés o del romano, es lo cierto que la aparición de otros bienes, no conocidos al hacer la computación de re

relictum + donatum, obligaría a revisar la operación hecha con tal error, y, en virtud de tal revisión, el legitimario ya no resultaría totalmente saldado de su legítima con las donaciones recibidas y tendría que coparticipar de lo relictum en cuanto le faltare para su completa satisfacción.

Que según Cicu
3º) El legitimario sólo debe imputar las donaciones por él recibidas del causante si ejercita la acción de reducción ⁽¹³⁴⁾.

Pero esta afirmación, verificada en tanto se discute y rechaza la certeza de la distinción por él pretendida entre cuota de reserva y cuota de legítima, nos parece que entraña una clara petición de principio. Naturalmente choca con la opinión de todos-aquellos que -conforme antes hemos visto- estiman necesario, en todo caso, el ejercicio de la acción de reducción para que el legitimario preterido pueda obtener su cuota hereditaria y que no admiten que le baste el ejercicio de la petitio hereditatis, ni siquiera para obtener una cuota hereditaria igual a la aplicación a lo relicto de la asignada como legítima) ^{o reserva} conforme la norma correspondiente de los arts. 537 y ss. del Codice.

Por otra parte el art. 553, tratándose de concurso de sucesión legítima y de legitimarios, al disponer la reducción proporcional de aquella en los límites necesarios para integrar la cuota reservada a éstos, añade que éstos «deveno imputare a questa [la quota riservata]» al sensi dell'art. 564, «quanto hemo ricevuto del defunto in vertu di donazioni o di legati» ^{hanno}.

Claro que Cicu pretende salvar su teoría pretendiendo que esa integración se ejercita mediante el ejercicio de la acción de reducción, apoyándose para ello saliendo aquí de la letra del art. 553 -que con relación a «si riducono» dice «che spettano» y no «che spettano» y que luego habla de imputar «per integrare la quota riservata» y no «la quota di legittima».

Pero lo que ciertamente no nos parece discutible es que al legitimario, que con la sola aplicación de las normas de la sucesión intestada no tenga cubierta su cuota de reserva, debe serle ésta

integrada reduciéndose para ello en lo necesario las cuotas de los sucesores ab intestato, pero que él deberá imputar las donaciones que hubiese recibido del de cuius. Y siendo así, ¿por qué habría de ocurrir otra cosa en caso de sucesión testada?, ¿por qué en este supuesto la reducción de la universalidad o de la cuota de institución, aunque se operara automáticamente ipso iure, no deberá requerir igualmente la imputación de lo donado? ¿Qué ratio -que no implique una petición de principio- existe para que se haga cosa distinta en uno y otro supuesto?

4º/ Que el resultado práctico de la tesis contraria, en caso de ser; donatum 50 y relictum 100, es -siempre según Cicu ⁽¹³⁵⁾ -, que el legitimario imputa a su legítima los 50 recibidos por su donación con lo cual no recibe nada de lo relictum que el instituido retiene íntegramente.

Pero no es cierta esa aseveración, pues es más cierto que, según la tesis corrientemente aceptada, la imputación de los 50 se hace a la suma de relictum + donatum, es decir a 150, con lo cual el legitimario, mediante el ejercicio de la acción de reducción, -- tendrá derecho a 25 más, deducidos de lo relictum, para completar con ellos los 75 de su legítima.

b) Por lo que concretamente se refiere a los resultados a que Cicu llega, conviene precisar:

1º/ Para analizar los casos en que sólo hay institución de un no legitimario y es un único hijo legitimario el preterido que, sin embargo, fué favorecido con una donación, plantea Cicu tres ejemplos, a saber:

-relictum 50, donatum 50: cuota de reserva 25; cuota de legítima 50, que resulta satisfecha con la donación; así obtiene 75-
(136)
y el instituido 25 .

-relictum 100, donatum 50; cuota de reserva 50; cuota de legítima 75, a la que imputada la donación de 50, restan 25 obtenibles de la cuota del instituido por la acción de reducción; así-

(137)
obtendría el legitimario 125 y 25 el instituído .

-relictum 100, donatum 50; cuota de reserva 50, cuota de legítima 75; cubierta ésta en 50 por la cuota de reserva, faltan 25, que el legitimario no podrá reclamar porque, en caso de ejercitar la acción de reducción, tendría que imputar los 50 a él donados; así, el legitimario obtendrá 100 y el instituído 50 (138) .

Prescindiremos del segundo ejemplo, que tiene igual planteamiento que el tercero, pero respecto al cual ofrece resultado diferente, suponemos que por error o tal vez simple errata. Por ello, comentaremos sólo los ejemplos primero y tercero.

En ambos observamos:

A) que el legitimario, en contra de la voluntad del testador, se lleva, según el criterio de Cicu, una cantidad que excede de lo que, según el mismo Cicu, le corresponde por su cuota de reserva y más también de su cuota de legítima.

B) que una donación otorgada como anticipo de legítima resulta imputada tan sólo en cuanto a la mitad (en el terder ejemplo) y le conserva al legitimario también en la otra mitad, a pesar de que, además, se le entrega la mitad de lo relicto contra testamentum y de que la recibe ultra legitimam.

Y) que, con este criterio, el padre cuanto más generoso fuese con sus hijos menos patrimonio de libre disposición tendría; ^{ya} ~~que~~ se le disminuiría no sólo por aquello que le restara la donación ~~entregada~~ otorgada, sino porque ~~también~~ además indirectamente, le sería disminuída al calcular y deducir la reserva sola de lo relictum, en forma que al no admitir que sea ^{imputado} lo donado a la cuota de reserva se disminuirán a prorrata esta cuota y la disponible mortis causa, ^{pero} sin reducir la legítima. Es decir, que el padre que sin haber donado al hijo podría disponer libremente de 75 a la par que éste tendría 75 como legítima o reserva, en cambio, en el caso de haber donado a éste 50, vería reducida su parte disponible a 50, mientras el hijo acrecentaría su derecho hasta 100, es decir: 50 por su reserva y 50 por la irrevocabilidad-

de su donación al no ejercitar la acción de reducción.

(139) La injusticia de esta consecuencia es lo que detuvo a Barassi, quien después de aceptar la distinción entre "quota de riserva" y "quota de legittima", se inclinó por entender que el -- cónyuge viudo, instituido heredero en la parte disponible, tiene derecho a que se le calcule sumando idealmente las donaciones hechas a los hijos. A su juicio, hay que destacar que el art. 556 debe estimarse aplicable no sólo en el caso "in cui la riconsituzione della massa ereditaria sia fatta allo scopo de riduzione delle disposizioni testamentaria e delle donazioni, ma anche a quello in cui la ricostituzione della massa occorra solo por de terminare l' amontare della disponibile". Tanto más como añade líneas después el mismo Barassi -- cuanto que el vigente art. 556 -- *precisamente* del Codice se refiere en su preámbulo a la determinación de la porción disponible.

2º/ Para los casos en que el testador, además de instituir heredero universal a un no legitimario, haya dispuesto algún legado a favor de un extraño, Cicu propone y resuelve el siguiente problema (140) :

-relictum 100, donación al legitimario 50, institución de heredero universal y legado de 60: cuota de reserva 50; cuota de legítima 75: gravada en 30 ($\frac{1}{2}$ del legado) la cuota de reserva, quedan 20 al reservatario. Ejercitando éste la acción de reducción, contra el instituido y el legatario, para conseguir los 75 de su legítima, "debiendo imputar 50 y habiendo realizado 20, -- puede reclamar 5".

Así, según ese ejemplo, el resultado sera: 75 para el legitimario; $20 - 1,25$ (es decir, $1,25 = 5 \times 20 : 20 + 60 = 18,75$; y $60 - 3,75$ (es decir, $3,75 = 5 \times 60 : 20 + 60 = 56,25$, para el legatario. En suya 75 para el legitimario y 75 en conjunto para el instituido y para el legatario no legitimarios.

Creemos interesante cotejar este resultado con el obtenido en el supuesto anterior. La diferencia entre lo que obtiene el legitimario en el uno y en el otro caso, es de 25. Siendo así el -- *que*

causante le dejó en igual situación en ambos supuestos; que lo relictum y lo donado al mismo respectivamente coincidían en ambos casos y que su cuota de legítima era de 75 en los dos.

¿Cómo explicar, pues, la diferencia de resultado? Sólo teóricamente, partiendo de conceptos preconcebidos ^{e inflexibles} ~~inflexibles~~, y de la aplicación a rajatabla de la regla -no demostrada convincentemente- de que el legitimario sólo si ejercita la acción de reducción tiene que imputar que le donó el de cuius, institución que -según otra regla tampoco demostrada- no le es exigida ^{que la verifique} en su cuota de reserva si ésta no ~~se~~ ^{había sido} gravado con legados.

Por otra parte, con ese criterio, quedaría en manos del causante, y no de la ley, el dar lugar a uno o a otro resultado. -- Así, conforme al mismo, el caso de no instituir heredero al legitimario, el no legitimario instituido recibe ^{iría} tan sólo 50, mientras que si el testador le instituye conjuntamente con el legitimario y le grava ^{se} éste con un legado equivalente al valor total de lo relicto al mismo, el extraño instituido obtendrá 75.

Diferencia debida solamente a que, para salvar un preconcepto, en un caso se da lugar a la imputación y en el otro no, por estimar ~~para~~ ^{para} salvar el mismo preconcepto- que en un caso el legitimario para integrar su derecho necesita ejercitar la acción de reducción y en el otro no le hace falta.

Diferencia que, en cuanto el dar lugar a ella quedaría en manos del causante ^y de sus asesores, no parece justificada en una materia que es de derecho necesario.

32/ Para los supuestos en que la partición se haga en un momento posterior a la delación, habiéndose incrementado en ese lapso el valor de lo relictum, propone y resuelve, siempre Cicu, el siguiente supuesto ⁽¹⁴¹⁾ :

-relictum 100, donación al legitimario 50; valor de lo relictum cierto tiempo después, al dividirse la herencia 300. Para la solución calcula la cuota de legítima en el momento de la delación

ción: $\frac{50 + 100}{2} = 75$; $75 - 50$ (donación al legitimario) = 25, a reclamar. Y calcula de nuevo en el momento de la división, estimando que del incremento se han de beneficiar por igual el reservatario y el heredero instituido; que si ambos tenían derecho a 50, ahora tendrán derecho a 150, pero al tener que imputar 50 el legitimario, le restan 100, más los 25 a que tenía derecho desde el momento de la delación por el ejercicio de la acción de reducción, ^{de modo que} en total le corresponde al partir 125 de lo relictum.

Confesamos que no entendemos el por qué de esa solución de Cícu. Especialmente porque al referir el cálculo al momento de la delación no imputó lo donado a la cuota de reserva (ya que sólo la imputó idealmente para calcular si le resta ^{algo} a reclamar para cubrir su cuota de legítima); y, en cambio, luego al referirlo al momento de la división imputa efectivamente lo donado a su cuota de reserva. Con lo cual, en ese segundo momento, el extraño recibe 200 de ^{los} 300 ^{de lo} relictum, o sea 200 de 350 de la suma relictum + donatum. Y con lo cual el legitimario, que en el primer momento hubiese recibido -según su criterio- una cuota mayor que la de su legítima, es decir de la mitad de relictum + donatum, ahora pudiera ser que recibiese en menor proporción bienes del caudal partible.

Por otra parte, su explicación de que "la imputación siendo operación conexa con la reducción y no con la división, no es -- afectada por la modificación de valores de los bienes hereditarios", no parece convincente si la cuota de legítima es pars bonorum. ^{Lo que,} Al parecer le ocurre a Cícu es que confunde la pars bonorum propiamente dicha, con una pars valoris fijada nominalmente en moneda en un momento determinado (el de la delación) abonar en bienes relictos. Y esto no corresponde al concepto romano justinianeo, recogido por el derecho común, de la legítima como pars bonorum; y ni siquiera al de la legítima pars valoris bonorum según había sido entendida en los regímenes en los que -- había sido admitida la posibilidad de abonarla en metálico, como

v.gr. en el derecho catalán, a partir de la Constitución de las Cortes de Monzón de 1.595 ⁽¹⁴²⁾.

Es ésta una cuestión de la que nos ocupamos ampliamente en la primera parte de nuestros "Apuntes de Derecho Sucesorio" ⁽¹⁴³⁾. - Allí distinguimos: a) la legítima «pars valoris bonorum quam in specie heres solvere debet», que calificamos como "una pars bonorum no concretada en una cuota alícuota, sino fijada en el valor nominal per moneda en curso- que aquella cuota tuvo en la fecha del fallecimiento del causante", en cuya calificación el nominal de su valor "queda inamovible en su equivalencia dineraria una vez haya muerto el causante"; y b) la legítima propiamente «pars bonorum», la cual, al ser la legítima porción de bienes, "deberá sufrir todas las alteraciones de valor que éstas sufran", y por eso "no puede fijarse su valor en el sentido de dejarlo «fijo» e «inamovible», sino que es "el contenido del caudal y de su activo libre -del que ha de sacarse aquella cuota- lo que debe fijarse en ese sentido", "no su valor, que sólo puede fijarse en el sentido de «calcularlo» de «determinar» su montante, con relación a un momento dado, pero sin implicar su petrificación".

Es decir que, con el criterio clásico de la legítima pars bonorum, el cálculo se haría del siguiente modo:

Valor de lo relicto en el momento de la donación 100 + donatum 50 = 150. Legítima = 75, porción disponible = 75; Distribución de lo relicto: heredero instituído 75; legitimario 25 (que con lo donado completaría 75); es decir 3/4 y 1/4. Valor de lo relicto en el momento de la división de la herencia 300, que distribuído en aquella proporción, determinada en el momento de la donación (o con relación al mismo), de 3/4 y 1/4, dará: heredero instituído 225 y legitimario 75, independientemente del valor -- que, ^{en la fecha de la partición} pudiere tener lo donado a éste (que posiblemente se habrá -- también incrementado), ya que su individualización igualmente individualiza los respectivos periculum et commodum ⁽¹⁴⁴⁾.

X X X

En conclusión no parece que la tesis de Cicu que distingue --
«cuota de reserva» y «cuota de legítima» haya sido aceptada en
el derecho italiano por la doctrina dominante ni que deba serlo,
puesto que no responde a los antecedentes históricos invocados, --
ni la abona la letra de los textos positivos, ni se halla de --
acuerdo con la jurisprudencia, ni da lugar a soluciones justas.

(Prescindiendo de si es o no es más cierta la tesis de Azzena.)
Sólo puede aceptarse la distinción si la circunscribimos a --

considerar como cuota de reserva la cuota hereditaria que corres-
ponda al legitimario, es decir, como aquella parte de la legítima
que se recibe con cargo a lo relicto por ministerio de la ley, --
considerada como una cuota variable determinada en lo relictum, --
en cuanto quepa en el mismo, a través de los siguientes cálculos pre-
vio: a) Relictum más donatum, dividido por la cuota del legítima-
rio, igual a legítima. b) Legítima menos donaciones hechas al le-
gitimario, igual a legítima exigible. c) Legítima exigible de lo
relictum, igual a cuota de reserva, a la que hay que imputar las-
atribuciones a título de herencia o de legado a cuenta de la le-
gítima ordenadas por el testador.

II ¿Cabe tal distinción en el régimen legitimario del Código civil español?

18- De la tesis de Cicu que distingue cuota de reserva y cuota de legítima habíamos hablado hace ya años ⁽¹⁴⁵⁾.

También se ha ocupado de ella nuestro querido compañero Manuel de la Cámara, en un magnífico trabajo comenzado a elaborar hace varios años, aunque recientemente publicado ⁽¹⁴⁶⁾, en el cual, al respecto, observa que: "La distinción entre cuota hereditaria y cuota de legítima, a mi juicio bien fundada, no parece haber tenido mucha aceptación en Italia, pues después de Cicu es si nadie la recoge". Sin embargo, es de notar que, pese a su transcrita observación, Cámara se abstiene de aplicar tal distinción a nuestro Derecho.

El intento de aplicar la distinción entre cuota de reserva y cuota de legítima al régimen del Código Civil español, es trabajo reciente de Guillermo García Valdecasas ⁽¹⁴⁷⁾. Este autor, según ha afirmado, pretende disipar la confusión conceptual, introducida por la abundante producción científica, estimando ^{que el} camino adecuado, para ello, ^{es} "distinguir entre la legítima como parte de herencia reservada por ley al heredero forzoso, y la legítima como cuota de valor que el mismo tiene derecho a percibir".

A su juicio, con esa distinción, "tal vez sea posible restablecer la armonía con la doctrina y la jurisprudencia que tradicionalmente vienen considerando al legitimario como heredero y a la legítima como una cuota o parte de la herencia".

Así vemos que, como Cicu, en Italia, Guillermo G. Valdecasas en España, aplica la teoría para defender un criterio aceptado a priori. El método es el mismo, en ambos autores. Existen una hipótesis, que estiman demostrada por el hecho de armonizar lógicamente los preceptos doctrinales de los que parten como si fuesen postulados que no necesitan demostración.

es preciso
Pero, para no incurrir en apriorismo también nosotros, ~~convie-~~
ne que examinemos atentamente esa tesis con el apego de la cual
se pretende construir, en nuestro Derecho, la expresada distin-
ción.

16-Conviene, sin embargo, que subrayemos previamente algunas de-
las diferencias cualitativas que presenta el sistema legitimario
del Código civil español con respecto al del Código civile ita-
liano.

Aparte la existencia de la mejora en el Código civil español
(arts. 808, § 2º y 823 y ss.), desconocida en el Código civile -
italiano, conserva aquél dos piezas básicas del sistema legitima-
rio romano, que no conocieron los sistemas germánicos de dela --
ción legal directa y que en Italia desaparecieron con la codifi-
cación. Se trata de la preterición y de la desheredación.

Según el art. 814 § 1º: «La preterición de alguno o de todos
los herederos forzosos en línea recta anulará la institución de
herederos, pero valdrán las mandas o mejoras en cuanto no sean
inoficiosas».

Y, según el art. 881: «La desheredación hecha sin expresión
de causa, o por causa cuya certeza, si fuere contradicha, no se
prohabe, o que no sea de las señaladas en los cuatro siguientes
artículos, anulará la institución de heredero en cuanto perjudi-
que al desheredado; pero tendrán valdrán los legados, mejoras y
demás disposiciones testamentarias en lo que no perjudiquen a di-
cha legítima».

Por otra parte, a diferencia del art. 826 del Código civile -
-donde se lee que «la legge riserva una quota di eredità»- el --
art. 808 del Código civil dice que «Legítima es la porción de las
222.....». No es que demos demasiada importancia a esa dicción;-
pero creemos que tampoco es conveniente olvidar que esa referen-
cia parece más favorable a la tesis que conceptúa la legítima ad
no para honorem que a la que la conceptúa como para hereditatis.

También es de notar que, en lugar de regular -como dice el Cd

derecho civil en sus arts. 550 y 551- los legados en sustitución y a cuanta de la legítima, el Código civil en su art. 815 -del que luego deberemos ocuparnos- dice que «El heredero forzoso a quien el testador haya dejado por cualquier título menos de la legítima que le corresponda, podrá pedir el complemento de la misma»

Pero, especialmente, es de observar, que: mientras en el Derecho italiano -con algunas excepciones, como vimos- predomina la opinión de que la legítima regulada en su Código civil no es la tradicionalmente regulada por el Derecho común y estudiada por los juristas italianos anteriores a la codificación, sino la reserva contumière recogida con modificaciones por el Código de Napoleón, de donde la tomaron -también con modificaciones- los autores del Código de 1865; en cambio, con respecto al Código civil-español nos impide esta interpretación el texto expreso de la ley de Bases de 11 mayo 1888.

La Base 1ª ordenó que: «El Código tomará por base el proyecto de 1881 en cuanto se haya contenido en éste ^{el} sentido y capital pensamiento del derecho histórico patrio, debiendo formularse, -por tanto, este primer cuerpo legal de nuestra codificación sin otro alcance y propósito que el de regularizar, aclarar y armonizar los preceptos de nuestras leyes, recoger las enseñanzas de la doctrina en la solución de las dudas suscitadas por la práctica, y atender a algunas necesidades nuevas con soluciones que tengan un fundamento científico o un precedente autorizado en legislaciones propias o extrañas, y obtenido ya común asentimiento entre nuestros jurisconsultos, o que resulten bastante justificadas, en vista de las exposiciones de principios o de método hechas en la discusión de ambos Cuerpos Colegisladores»

La Base 18ª sigue este criterio en lo referente al tratado de sucesiones; y la Base 16, en su § 2º, señala reformas solamente cuantitativas en materia de legítimas, que han determinado su reducción con respecto a las del derecho histórico, y que ^{según} ~~que~~ ^{de} ~~se~~ ^{de} ~~trata~~ ^{de} ~~una~~ ^{de} ~~fórmula~~ ^{de} ~~tran-~~

(148)
Martínez nos ha explicado, ^{por punto} ~~que se trata~~ de una fórmula ^{de} ~~tran-~~

succión¹ con respecto al Derecho de las regiones forales.

(149)

Creemos haber demostrado hace años , sin que nadie hasta ahora nos lo haya rebatido, que a partir de las Siete Partidas - los autores castellanos "explicaron esta institución de las legítimas sobre la base del Corpus Iuris y de las Partidas como lo demuestran las numerosísimas citas continuamente referidas a estos cuerpos legales. La construcción de nuestros clásicos guardó las proporciones góticas, pero se realizó con materiales romanos. El derecho germánico evolutivamente atenuado, fué el regulador de la medida. El derecho romano, en su fase justiniana, explicó su naturalidad. Basta recordar, al efecto, como Antonio Gómez, en -- sus Varias (150) se ocupa de la legítima en el capítulo que titula «De successione contra testamentum» (es decir, de la successio contra tabulas, según la terminología romana), que dedica a tratar sucesivamente de la preterición, la desheredación, la querela inofficiosi testamenti, la legítima como excepción oponible a esta última, y de la actio ad supplementum".

Y también, después de las investigaciones que entonces realizamos, estimamos probado -y continuamos estimándolo mientras nadie nos demuestre que aquella investigación fué errónea, o deficiente, la conclusión a que entonces llegamos (151) - que la abreviadora "sólo quiso alterar, y así lo verificó, ciertos extremos concretos, como los referentes a la reducción cuantitativa de la legítima (arts. 808 y 809), a la validez de su otorgamiento por cualquier título (art. 815), a la posibilidad de que existiese total o parcialmente en para valoria (arts. 821, 822, 828, 840, § 2º, y 1058 § 2º). Aparte de las variaciones establecidas en los elementos personales de la relación legitimaria".

Añadiremos, que nuestro acatamiento a la interpretación tradicionalmente española del Código civil y ^{nuestro} al respecto al criterio de la ley de Bases, no significa que nos aferremos al ser y huyamos del deber ser.

Para nosotros, uno y otro, andas emparejados en este caso. No

sólo porque el Derecho es algo demasiado serio para dejarlo al aire de las modas de los teóricos de cada generación que quisieran reconstruirlo ex novo, sin tener que molestarse en estudiar las experiencias vividas por las anteriores. Sino, especialmente, porque creemos que la legítima romana elaborada por el Derecho común ofrece una flexibilidad que armoniza la voluntad del testador con el interés de los legitimarios protegidos por la ley; en lugar del automatismo de la delación forzosa germánica. No creemos que el Derecho deba sujetar por mero afán de dominación la voluntad del de cuius; sino por una ratio, una finalidad, para y proteger un interés legítimo. Y siendo así; toda labor de artesanía jurídica que reduzca a sus límites necesarios estas sujeciones, será un progreso; y todo automatismo, una regresión.

(182)

16- Guillermo G. Valdecasas se detiene, como es natural, ante el art. 856 del Código civil, según el cual: «la sucesión se defiere por voluntad del hombre manifestada en testamento y a falta de éste, por disposición de la Ley. La primera se llama testamentaria, y la segunda legítima. Podrá también deferrirse en una parte por voluntad del hombre, y en otra por disposición de la ley». Las consideraciones que este precepto sugiere a dicho autor vamos a tratar de sintetizarlas:

"La prevalencia de la delación testamentaria sobre la legítima es una manifestación más del principio de la autonomía de la voluntad que domina en el Derecho privado"... "Pero la precedencia de la sucesión testamentaria sobre la legítima no es absoluta, pues esta última, a su vez, se sobrepone a aquella cuando los sucesores legítimos están unidos al causante por vínculos familiares tan íntimos (...) que la ley considera necesario atribuirles una parte -siquiera sea mínima- de la herencia, aun en contra de la voluntad del testador (sucesión necesaria o forzosa)".

Así... "La ley (artículo 806 y sig. del C.c.) reserva a favor de dichos sucesores una parte de la herencia, menos de la que le

correspondería abintestato, de la cual no puede disponer el testador (artículos 808, 813, 763, ap. 2ª). Si éste infringiendo la prohibición legal, dispone de ella en favor de otros, la institución es nula, si el heredero forzoso fué preterido totalmente -- (art. 814), o será nula sólo en parte (...) si el testador le dejó algo (...). En el primer caso, se abre la sucesión intestada - la cual tiene carácter forzoso en cuanto es contraria a la voluntad del testador. En el segundo, la institución testamentaria es nula sólo en la medida necesaria para dejar a salvo la cuota hereditaria que la ley reserva al heredero forzoso, y que en este supuesto, es deferida por la misma ley contra la voluntad del -- testador".

Antes de proseguir, no podemos dejar pasar por alto dos afirmaciones contenidas en las transcritas frases: "la institución es nula", o "será nula sólo en parte... si el testador dejó algo"... El Código civil no dice esto, sino que la preterición -- "anulará la institución de herederos" -en el art. 814- y -en el art. 815- que el heredero forzoso a quien el testador dejó algo "podrá pedir el complemento".

Si no hay inso iura total nulidad automática, sino que al preterido le cabe invocar el defecto que entonces la anula: la delación legal contra tabulas no se produce automáticamente sino una vez impugnada con éxito la institución viciada de preterición, - aunque esta delación legal se retrotraiga al momento del fallecimiento del causante. Y si tampoco hay nulidad en parte, sino derecho a pedir el complemento: es que no hay en este caso delación legal sino un derecho a reclamar contra el favorecido a - - quien corresponda dirigirse.

La letra del Código viene confirmada por los precedentes de los que sus artículos son expresiones sintéticas. En efecto:

a) La delación legal, en caso de preterición, tiene lugar abintestato una vez impugnada la institución de heredero, lo cual sólo cabe al preterido o a sus herederos, mientras su acción no-

haya prescrito y en tanto se haya aprobado el testamento, expresa o tácitamente, o renunciando a impugnarlo.

(153)

Así Accursius, en su glosa al § Et generaliter de la ley si quando, anotó que "Item consensus filii praeterito facit tenere quod alias ipso iure esset nullum: ut arg. ff. de iniusto testi. i filio praeterito Dig. XXVIII-III, 17, et de iure dot. l. si res. § 1º Dig. XXIII-III, 12 § 107 quiae pacisci potuit consentiendo filio ut ff. de lib. et posthu. l. filia Dig. XXVIII-II, 23 est non nullum testamentum, si hoc filius dicat patre consentiente ut alius habeat bona filii decedentis".

(154)

Lo mismo expuso Paulo de Castro al decir que si, muerto el padre, el hijo preterido o desheredado, en lugar de pedir la nulidad o ejercitar la querrela, respectivamente, aprobase el testamento, ese testamento reconvaldecería por equidad pretoria, de acuerdo con la ley filio praeterito, ff. de iniust. testi.

Faciendo a Castilla, si bien la ley 1ª del título VIII de la Sexta Partida remitió la Querrela inofficiosa testamenti a la desheredación injusta y aplicó a la preterición el iura dicendi nullum, interpretando en este sentido la Novela CXV, cap. III, con el razonamiento de que en este caso «pues que non deve valer non se puede quebrantar», no obstante Gregorio López -en su glosa a las palabras de dicho título «quebrantando» ("Quebrantando-seyendo el testamento por alguna de las razones sobredichas en leyes de este título") y «lo quebrantasse» ("Lo quebrantasse por alguna de las razones sobredichas") - opinó que debía entenderse "sive ex causa exheredationis, sive ex causa praeteritionis", -- "et quod ita dicit quebrantando, intelligit largo modo, et procedat etiam evacuat, seu annullato testamento ex causa praeteritionis" (glosa 1ª) y "sive per querrelam sive per iura dicendi nullum, vel per honorem possessionem contra familiam" (glosa 7ª).

Además, la ley 24 de Toro (ley 5, tit. VI, lib. X de la Novísima Recopilación) equiparó totalmente la preterición y la desheredación injusta. Lo que Salá comenta favorablemente, pues dice que "lo persuade la equidad que no permite tenga lugar la -

(155)

pena más allá del particular en que ocurrió la iniquidad o sin -
razón que la motivó". P.^{lanuicio} García Goyena y Joaquín Aguirre en su -
versión del Febrero (187) anotan que éste, "en este lugar y caso -
hace sinónimas las palabras romper y anular", y aún añaden: "No -
puede negarse que esta doctrina es más cómoda y sencilla y que -
evita otras muchas discusiones; nosotros la tenemos también por más
legal, equitativa y decorosa. La inobservancia de las solemnida -
des externas hacía totalmente nulo el testamento entre los romanos
y lo hace todavía entre nosotros; pero aquéllos conocían además so -
lemnidades internas, cuya omisión inducía la misma absoluta nul -
dad: tales eran la institución de heredero común a todos los leg -
tadores, y la particular de los ascendientes que tenían herede -
ros, conocidos con el nombre de suyos, de haberlos de instituir -
o desheredar"... Esta segunda solemnidad interna "era muy dudosa
en cuanto al efecto de inducir nulidad, aun por las mismas leyes
de Partida, en el día nos parece que no debe serlo ya por la men -
cionada ley 1 tit. 10, lib. 10, Novísima Recopilación ya por -
la 8, tit. 8, lib. 10, y ya porque el espíritu de todas las le -
yes recopiladas tiende a desembarazar nuestra legislación de las
sutilezas, más o menos plausibles, que las de Partidas habían co -
ntrado sorvilmente de las romanas".

No sólo se convalidaba el testamento y, por ende, la institu -
ción por renuncia expresa a impugnarlo por parte del legitimario
afectado, sino tácitamente, v.gr. por el hecho de que aceptase -
un legado el legitimario no instituido heredero (que, conforme la
Novela 113, se entendía proterido de no haber sido desheredado --
justa o injustamente). Así resulta de los textos de Marcelo, Ho -
destino y Paulo, recogidos en el Digesto V-II, 10, § 10, 12, 31
y 32. El primero declaró: «*Illius notissimus est, cum, qui lega -
tum preceperit, non recte de inofficioso testamento dicatorum, -
nisi id totum alii administravit*».

En las Partidas la ley 8, tit. VIII, P. 6^a, recogió esta doc -
trina al disponer: «Mas si aquella parte la donasse en el testa -

mento, non como a heredero, mas como en razón de manda, entonce-
podría quebrantar el testamento. E esto se entiendo si el hijo -
non recibiese aquella parte que le era mandada. Ca si la reci-
biesse e non la protestasse diciendo que le fincasse en salvo la
querrela que avia de tal testamento non podría después quebran-
tarlo»

(158)

Antonio Gómez planteó directa y concretamente la cues-
tión: "Item querro, an filius praeteritus possit approbare testa-
mentum nullum, in quo est praeteritus ut valeat, et convalescat?"
Su respuesta fué contundente: "et breviter et resolutivé dico, -
quod de iure Civile non potest, sed de iure Praeterito, et eius -
aequitate potest". Y, añadió que dicha aprobación puede hacerse
"expresse et etiam tacite". Expresamente "quando formaliter appro-
bat illud, et promittit aliquo iuris, remedio contra illud non -
agere". Tácitamente, "quando se abstinuit ab hereditate patris, -
vel ascendentis, qui cum praeterit, textus est in c. l. filio -
praeterito, verq. l et ibi communis opinio".

Sin embargo, a este autor le quedó una duda: "Advertendum ta-
men, quod praedicta debent intelligi, quando filius praeteritus -
approbat testamentum sine praevudicio institutorum, quia alia -
possunt succedere ab intestato, forte instituti in minori portio-
ne quam ab intestato essent habituri; quia non obstante consensu,
et approbatione filii praeteriti possunt pro iure suo dicere tes-
tamentum nullum ita probat textus formalis et expressus in l. noni.

(159)

partem § fin. de non. poss. contra tab. . . . Naturalmente, -

tuvo que enfrentarse con la solución contraria para caso de des-
heredación, señaló el § Exheredati de la misma ley si non per-
(160)

ter, y señaló la siguiente ratio de la diferencia: "quando
el hijo es preterido, el testamento es nulo por defecto de solem-
nidades", "et omnibus est quaesitum ius nullitatis, unde quili-
bet, cuius interest, potest agere", en cambio, "quando verdaderamente
el hijo es desheredado, el testamento buesamente vale: ya-
que es guardada la forma y la solemnidad requerida, y sólo al hi-
jo desheredado es hecha la injuria", "unde ipse solus potest - -

el

agere et quereiam intentare". Razonamiento en/que dice seguir a Francisco Curtius (in l. posthume nato. C. de honor. uocassa. - contra tabul. § col. nº 9), y en el que le sigue el jesuita Luis de Molina (181)

Evidentemente la ratio invocada por Gómez desaparece en el Dg. Real, desde el momento en que el testamento deja de ser nulo por falta de tal solemnidad interna. Válido formalmente el testamento, no queda sino la lesión inferida al legitimario como -- causa de la nulidad de la institución, que --desaparecida aquella invalidad formal-- sólo tiene por ratio el interés del legitimario. Las razones dadas para explicar que la renuncia a la quereia, -- por el legitimario injustamente desheredado, hacía inimpugnabile la institución sin que ningún otro interesado pudiese aprovecharse de aquel defecto a no ser que a su vez se hubiese sido injustamente desheredado y accionase en consecuencia, pudieran trasladarse a la preterición desde el momento en que desapareció como ratio de la nulidad el defecto de forma y solemnidad del testamento. Conviene que recordemos aquí, al efecto, los juicios comentarios de Sala y de Aguirre y García Goyena, que antes hemos transcrito.

No es pues de extrañar que el Tribunal Supremo haya declarado (182) en D. 20 Junio 1903 en su lgg. considerando,

"...que el hijo indebidamente preterido, como el injustamente desheredado, puede a su libre arbitrio conformarse con el testamento, ejercitar o no la acción de nulidad derivada de la preterición y renunciar a su ejercicio, ya expresa y tácitamente, por medio de actos que impliquen esa conformidad y renuncia; entendiéndose hecha de esta última manera, según el recto sentido y espíritu de la ley 6ª, tit. 8ª de la Partida 6ª, aplicable al caso de este pleito, cuando conociendo el testamento y sin exigir que previamente se declare o reconozca la nulidad de la institución de herederos que se hubiese hecho en su perjuicio, recibiese el preterido de esos herederos en pago de su haber otro tanto

de lo que por consecuencia y efecto de la nulidad le había co --
rrespondido como legitimario en la herencia del padre; porque --
ese acto implica necesariamente, no tan sólo aquella renuncia, -
sino también su conformidad en cuanto al modo escogitado por los
interesados para dar satisfacción a su derecho".

Aparte de que éste es ^{¿ el} derecho vigente y ^{¿ cual es} de su trayectoria his-
tórica, nos parece que ésta significa un avance hacia una mayor
perfección. En efecto:

Pretender que toda disposición testamentaria que prescinde de
un legitimario es ipso iure nula, o bien que tal disposición no
pudo abarcar la legítima, nos parece que es acudir a soluciones
toscas y primitivas, faltas de la flexibilidad que caracteriza -
el progreso jurídico. Si la ratio de la norma es proteger al le-
gitimario y éste expresa o tácitamente se conforma, ¿por qué re-
putar nula la disposición y beneficiar a otras personas? ¿No es
tanto mayor la perfección jurídica en materia sucesoria cuanto -
más fina sea la armonización de la voluntad del testador con las
normas prohibitivas, de tal forma que aquélla sólo deje de ser ex
oficio en tanto en cuanto la ratio de éstas lo exija, pero no fuera
de ella? Si es así, si en consecuencia vale la disposición testam-
mentaria si el preterito no reclama, es que aquélla no es automá-
ticamente nula ipso iure, es que no hay una delación legal que excluya
sin más la delación testamentaria en la porción legítima. Labor-
de artesanía de siglos, que algunos quieren deshacer para volver
a las más primitivas páginas del derecho, para que encaje mejor
en unos ^{esquemas} ~~simpliciter~~ conceptuales con olvido de la realidad concor-
ta más compleja de la vida jurídica.

b) La ratio ad supplementum, tampoco puede configurarse como
presupone Guiberno García Valdecasas, como una consecuencia de -
la nulidad parcial de la institución en cuanto ésta rebasa de la
parte disponible. Toda su trayectoria histórica desmiente esta -
construcción, la cual, por otra parte, tampoco nos parecería un
progreso sino una regresión, como luego veremos.

Se sabido que la actio ad supplementum -o acción complementaria, supletoria o expletoria- nació para mitigar los efectos de la querela inofficiosa testamenti, es decir, para dulcificar -- (163) los efectos negativos de ésta, totales y duros .

Acerca de su naturaleza no se planteó siquiera que fuese el fruto de una delación legal, sino que contrariamente la discusión giró en torno a si participaba de la naturaleza de la querela inofficiosa testamenti. El examen de esta disputa puede ayudarnos a ver claro. Fundamentalmente se refirió a si esta acción debía entenderse prescrita a los cinco años como la querela a si, como ésta, era intransmisible a los herederos cuando su ejercicio no lo hubiere iniciado en vida su titular, y a si debía estimarse renunciada en virtud de la aprobación del testamento o por la aceptación de algún legado.

Las tres cuestiones fueron contestadas negativamente. Antonio Gómez (164) rechazó al efecto la razón "quod abrogatur loco querelae", pues "est introductum odium eius ad eam submovendum, et merito non capit eius naturam".

¿Cuál era pues la naturaleza de la acción supletoria? ¿cómo se adquiría el suplemento?

Gregorio López (165) explicó "que si bien el suplemento se verifica de derecho, es esto bajo la condición de que se pida por la parte, como dijo una glosa notable de la oit. l. 36 princ. -- [Cod. VI-XXVIII, 36, pr.] con la que están allí de acuerdo Alberico, Bartolo y Paulo de Castro, y lo mismo quiere Baldo allí -- respecto de la adquisición inmutable que tiene lugar mediante la aceptación. Caliceto es el único que allí opina que el suplemento se verifica ipso iure, sin necesidad de que se pida por parte interesada; y fúndase en que de otra suerte tendríamos una condición, esto es un gravamen en la legítima, contra lo dispuesto en la ley 32 C.d. tit.; si bien que, según él, no se transmitiría el suplemento a los herederos si no se hubiese pedido, l. 65 § 1, D. de legat 1, y por último reconoce que en la esencia no aprova

charía el suplemento, si no se pidiera por el hijo, o por su heredero..."

A Rodrigo Suárez, le acusó Gregorio López en la misma glosa de seguir la opinión de Saliceto. Pero, igual que éste, limitaba notablemente su criterio. Así decía Suárez ⁽¹⁶⁶⁾ "Verum esse quod dictum gravamen quantitatis relicitur et ipso iure fit repletio, tamen quod realem effectum acquisitionis est impossibile quod adqueritur, nisi petatur"; y, en otro lugar ⁽¹⁶⁷⁾, diferenciándolo de los gravámenes en la cualidad -como son la condición o el pignus- que ipso iure estima no puestos, orae que en el gravamen inquantitate impossibile est supplementum fieri, nisi petatur; et sic quod essentiam et effectum acquisitionis, nullo modo potest fieri suppletio nisi petatur..."

También Antonio Gómez ⁽¹⁶⁸⁾ observó que no obstante "repletio ^{legitima} fit ipso iure per legem"... "respectu realis, et actualis effectus acquisitionis non potest quaeri sine partis petitione".

La naturaleza de la actio ad supplementum, según el mismo Rodrigo Suárez ⁽¹⁶⁹⁾, era personal: "quia ius agendi ad supplementum petitur per conditionem ex lege, ut ait gloss. in d. si conditioni" [Dig. V-II, 8 § 10]. En sus adiciones a Suárez, Jacobo Valdés ⁽¹⁷⁰⁾ dedujo de su carácter de conditio ex lege que es "actio in rem scriptam". Y Antonio Gómez ⁽¹⁷¹⁾ entendió que para légrar el suplemento "competit actio personalis, vel in rem scripta" conforme la glosa ordinaria a la ley Quinimodo [Cod. III-XXVIII 30].

Por otra parte, se negó que el suplemento se recibiese a título de herencia. Así Bartolo ⁽¹⁷²⁾ afirmó que "hodie cum agitur ad supplementum non sit locus simili successioni universali; et sic cessat ius accrescendi". Al argumento de que al pedirse el suplemento se reclamaba una cuota, respondió que éste sería cierto si pro cuota se transmitieran los "onera debitorum et creditorum", -pero que de no ser así, "non videtur esse successio". Premisa mayor, a la que enlaza como premisa menor, "sed ista legitima datur aere alieno deducto... ergo habetur ut particularis successio".

Finalmente se discutió si el suplemento debía pagarse en bienes hereditarios o podía satisfacerse en dinero. Petrus Antonius de Petra ⁽¹⁷³⁾ terció entre estas dos tesis contrapuestas, para concluir que: "si legatum in pecunia pro legitima factum sit acceptatum per filium tunc enim supplementum pariter in pecunia -- fieri debet, secus si non fuit legatum acceptatum, et ita puto -- posse has opiniones conciliari". Es decir, que podía pagarse en metálico si se reunía la doble circunstancia de que el causante hubiese ordenado un legado en metálico para pago de la legítima (no suficiente para cubrirla) y de que el legitimario lo hubiese aceptado.

Hoy los supuestos de posible pago en metálico del suplemento -- vienen notablemente ampliados ⁽¹⁷⁴⁾ de conformidad con los artículos 821, 829 y 1056 § 2, aparte de los casos de las legítimas -- del cónyuge viudo y de los hijos naturales (arts. 839 y 840 § 2º).

Parece, pues, inferirse de lo expuesto, que el derecho al suplemento: es de naturaleza indemnizatoria, significa un resarcimiento del legitimario por el incumplimiento por el de cuius, -- de su deber de atribuirle su íntegra legítima; que debe satisfacerse en bienes hereditarios, conforme al carácter de pars bonorum de la legítima, salvo en los casos en que está autorizado su pago en metálico, ya que está asegurado con una acción in rem scriptam que le concede efectos reales.

Siendo así, no hace falta alguna acudir a la nulidad parcial de la institución, ni a la delación legal directa, pretendidas -- por Guillermo G. Valdecabras, ^{de los} ~~que~~ que ni los precedentes históricos ni nuestro Código civil tampoco justifican su necesidad ni su conveniencia.

17- Volviendo al examen que de las formas de delación hace -- Guillermo G. Valdecabras ⁽¹⁷⁶⁾, éste expone que aun cuando "algunos autores conciben la delación forzosa como un tercer tipo -- (<<tertium genus>>) de delación, junto a la testamentaria y la le-

gítima, la mayoría estima que es una subespecie de la legítima, - la cual en unos casos actúa en defecto de testamento, o de que - el testador haya dispuesto de todos sus bienes, mientras que en - otros casos actúa en contra del testamento..."

A su juicio: "Es innegable que proviniendo de la ley tanto la delación intestada como la forzosa ambas son legítimas y pueden considerarse comprendidas dentro del artículo 658... Es como si - el llamamiento que la ley hace con carácter supletorio en la su - cesión intestada, se concretase con carácter forzoso y por una - cuota más reducida, en el círculo restringido de los más íntimos parientes, cuando el testador les priva de esa mínima participa - ción en la herencia"... "ese punto de vista es el más conforme - al Código civil que en su art. 658 sólo conoce dos tipos de deli - ción: la testamentaria y la legítima".

Pero, a seguido, agrega: "De ello precisamente han pretendido deducir algunos autores la inexistencia de delación forzosa en - nuestro Derecho, olvidando aquellos supuestos que acabamos de in - diciar..., de delación legítima en contra del testamento".

Unas páginas después ⁽¹⁷⁵⁾, refiriéndose a la invalidación en - parte de la institución por desheredación injusta, observa que: - "Algunos autores insinúan que en la parte de herencia respecto de la cual se anula la institución de heredero, se abre la sucesión intestada. Si así fuera, caso de existir otros herederos forzo - sos concurrirían a la sucesión intestada junto con el deshereda - do, el cual no lograría nunca la cuota reservada". Y, en nota, - transcribe un párrafo nuestro ⁽¹⁷⁶⁾ -en el que escribimos: "en -- los supuestos citados en el art. 851 la sucesión intestada sólo - se filtra parcialmente por el boquete de la nulidad parcial de - la institución, hueco que exclusivamente deja paso al llamamien - to otorgado concretamente en favor del injustamente desheredado - y en la medida de su respectiva legítima"-, para dedicarnos este comentario: "El autor habla de sucesión intestada, pero al des - cribir los efectos jurídicos refleja la delación forzosa de la - cuota reservada".

¿Son coherentes las observaciones que hemos transcrito en los dos inmediatos párrafos anteriores con el criterio del mismo G.G. Valdecasas, que trasluce en los textos que le hemos transcrito en los precedentes? ¿Hay delación forzosa diferente de la intestada? ¿Basta, para soslayar que exista ese tertium genus, con decir -- que no se trata sino de dos supuestos de la delación legítima -- prevista en el art. 658?

Pero... el art. 658 § 1º, en relación con su § 2º, define como delación legítima, la manifestada a falta de testamento por -- disposición de la ley. Sin que obste el § 3º, que se refiere al supuesto de testamento que no agote el caudal hereditario, sea -- por la causa que sea, bien por no haber dispuesto el testador de todos sus bienes (arts. 763 § 1º, 764 y 912 § 3º) o bien porque la institución se anule en la parte que perjudique al injustamente desheredado (art. 851).

Según G.G. Valdecasas, al describir nosotros los efectos de la delación intestada producida en parte, en virtud de la anulación parcial prevista en el art. 851, reflejamos la delación forzosa de la cuota reservada. Sin duda opina así porque cree (pues así nos lo dice el mismo en el texto correspondiente) que, en caso -- de tratarse de delación intestada, ésta beneficiaría a todos los herederos legítimos y no sólo al injustamente desheredado.

¿Se trata, pues, tan sólo de un problema semántico si los dos hablamos de lo mismo dándole diferentes nombres?, ¿es una mera -- cuestión nominal?

No por cierto. G.G. Valdecasas necesita defender que existe -- una delación legal forzosa ipso iure, automática, independiente de la voluntad del testador y de la actuación del legitimario a quien por aquél no se le hubiese reconocido ^{un derecho}. Tal vez es por esto que no puede admitir que sea sucesión intestada la producida por la anulación parcial de la institución prevista en el art. 851 -- C.c., ni tampoco que ésta pueda producirse sólo a favor del injustamente desheredado sin dejar de ser sucesión intestada, aun-

que en virtud de una especial situación jurídica lo sea: en parte y para una de las partes, el reclamante.

En embargo, eso que él no puede admitir, ha sido una realidad desde hace más de mil años, y lo fué, en el Derecho romano a pesar del obstáculo del principio romano "nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest". Ha sido un hecho real... tanto si éste nos parece conceptualmente correcto, como si no.

En efecto, en Roma, como nos ha explicado Bonfante ⁽¹⁷⁸⁾, la querela "tiene un carácter prejudicial; con ella se obtiene la rescisión del testamento, después de lo cual el legitimario podrá pedir su cuota con la actio hereditatis petitió ab intestato, y el testamento puede ser rescindido tanto total como parcialmente; en esta segunda hipótesis se tiene una nueva excepción al principio nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest".

En efecto se admitió que, en caso de ejercicio de la querela, pudiese invalidarse el testamento sólo en parte en los siguientes casos:

1º. Ejercicio de la querela por un hermano del testador, en supuesto de pluralidad de instituidos cuando sólo uno de éstos ⁽¹⁷⁹⁾ fuese turpis persona, o siempre que por cualquier otra razón la querela de un legitimario prosperase contra algún heredero y fracasase contra otro u otros ⁽¹⁸⁰⁾.

2º. Ejercicio con éxito de la querela por sólo alguno o algunos ⁽¹⁸¹⁾ de los varios legitimarios injustamente desheredados.

3º. Existencia entre los instituidos sujetos a los efectos de la querela de un legitimario que no reciba mayor porción de la ⁽¹⁸²⁾ que le correspondería ab intestato.

Conformes con este criterio vemos, entre los clásicos castellanos, a Gregorio López ⁽¹⁸³⁾ -"et natura querelae est, quod non datur contra illum qui erat successurus ab intestato, et non habet ultra quod sibi teneat ab intestato"- y ⁽¹⁸⁴⁾ Antonio Gómez -"si vero fiat restitutio pro parte hereditatis, et non in totum: pro ea tantum potest intentari; et pro ea rescindetur testamentum".

La querrela era una acción rescisoria; que prescribía a los cinco años; como acción de injurias; no se transmitía a los herederos del injustamente desheredado, a no ser que éste tuviese -- preparado el ejercicio, y podía renunciarse, no sólo expresa sino también tácitamente, lo cual se entendía por el solo hecho de recibir éste algo de lo que se le hubiese dejado en el testamento que en otro caso hubiese dado lugar al ejercicio de aquélla. -
Doctrina que vamos reiterada^{mente} y repetida hasta el período compilador (104)

Actualmente la querrela rescinde, quebranta (186) o anula la institución solamente en la parte en que perjudica la legítima estricta del desheredado (Sa. 23 enero 1959) y en cuanto a esta parte deja faltar la sucesión intestada a favor exclusivamente de éste.

Gregorio López (187) había insistido en aclarar que la herencia a la que era llamado el legitimario a consecuencia de su ejercicio victorioso de la querrela debía entenderse "de la parte que le correspondería ab intestato"; pero hoy, debe entenderse solamente en aquella parte de la que le correspondería abintestato que equivalga a lo que le reste por percibir para cubrir su legítima estricta.

Escribió nuestro querido maestro Alguer (188): "La delación -- puede tener lugar tres causas diferentes: la testamentaria, la contractual, allí donde/admita, y la legítima. El llamamiento -- forzoso no es más que un límite puesto al llamamiento voluntario". Límite que en caso de desheredación injusta actúa dando lugar a la anulación de la institución en cuanto perjudique la legítima del injustamente desheredado, y dejando así paso, en la porción invalidada, a la sucesión intestada sólo a favor del propio desheredado y en cuanto a una participación igual a la cuota hereditaria invalidada.

Volvemos a insistir (aquí, en que también) esta solución es en ese caso la más perfecta. No hay por qué invalidar en la parte -

más mínima el llamamiento testamentario a título de herencia, -
si el injustamente desheredado renuncia a su acción o se da por
satisfecho en cualquier otra forma o simplemente no reclama. - -
Siendo así hay que entender inicialmente válido el llamamiento -
testamentario por mientras no sea invalidado, en todo o en partes;
y, en consecuencia, el llamamiento hereditario a la porción for-
zosa sólo puede estimarse deferido cuando sea ejercitada la que-
rela por quien pueda actuarla con éxito, aunque esa delación ten-
ga entonces lugar con retroacción de sus efectos a la fecha del
fallecimiento del de cuius.

(189)

18- Prosigue el estudio que coentamos. G.G. Valdecasas -
formulando la proposición de que "la legítima como cuota de va-
lor responde al concepto que de ella se formó en el Derecho romo
no posclásico, la legítima como «pars hereditatis» es reflejo de
una concepción hondamente arraigada en el Derecho de los pueblos
germánicos..." Pero que, "nuestra legítima tiene un claro enlace
con el Derecho Justiniano no ya sólo en cuanto cuota de valor,-
sino también en cuanto cuota hereditaria".

Esta última afirmación creemos que merece ser precisada en --
dos aspectos:

a) aun cuando la legítima Justiniana debía dejarse a título
hereditario no era directamente deferida por delación legal, sino
por sucesión intestada y tan sólo en los siguientes casos: a fal-
ta de testamento válido, de institución de heredero o por resci-
sión total o parcial de ésta o de aquél. Así acabamos de comprobar
lo.

Sucedia, pues, de modo muy diverso que en la reserva germáni-
ca, ^{en la cual} ~~ante~~ la delación legal forzosa impedía el juego de la dela-
ción testamentaria fuera de la parte de libre disposición. El he-
redero forzoso Justiniano ^{si bien} era por mandato de la ley, ^{en cambio} ~~pero~~ -
^{no} por delación legal primaria; sino por secundum tabulas, por -
^{la vía} cumplimiento voluntario por parte del de cuius de su deber de --

instituirlos; o bien ab intestato, ya fuera preter tabulas, a -- falta de testamento, o bien ya fuera contra tabulas, mediante la previa anulación o rescisión -en todo o en parte- del testamento inoficioso.

Esta doctrina quedó fielmente reflejada en la sexta Partida. En ese sentido, la ley 17 de su tit. I, con referencia a que la legítima debía dejarse por mandato de la ley, decía que «e por esso es llamada esta parte legitima, porque la otorga la ley a los fijos». Con relación al deber del de cuius de instituir en su legítima a sus herederos forzosos, explicaba la misma ley 17: «e a esta parte legitima dizen en latín, parte debita iure nature» (199). Idea que resulta en la glosa de Gregorio López a las palabras de iure quer de esta ley, cuando expresa: «si pater reliquit filio titulo institutionis legitima eis debita». Es el padre quien deja la legítima debida a los hijos: no hay delación legitimaria legal. Y si no cumple este deber es supletoriamente que la reciben abintestato, después de quebrantarse o anularse la institución testamentaria, en todo o en parte. Y Antonio Gómez -recordámoslo otra vez- se ocupa de la legítima en el capítulo que tituló «de successione contra testamentum» en el que trató sucesivamente de la preterición, la desheredación, la querela inofficiosi testamenti, la legítima, como excepción oponible a esta última, y de la actio ad supplementum.

b) Sin cuando -repetimos- la legítima justinianea debía dejarse a título de heredero no debía necesariamente ser atribuida como para hereditatis sino que, en cuanto a su contenido fundamental, era una para bonorum.

Del lo aceptó Bartolo (194), siguiendo en este punto el criterio de Martinus Willmanus y de Iacobus Butrigarius con respecto a la no conceptualización como heredero del hijo instituido in re certa. El opuesto criterio de quienes arguyeron que siendo suficiente para satisfacer la legítima conforme las auténticas (Novela-

CXV, cap. V) su atribución por una institución ex re certa los hijos "habet illam rem loco legitimae, hoc est tertiae, vel quartae et se defloit suppleat sibi: ergo videtur institutus in quarta, merito habetur loco heredis", lo comentó Bartolo añadiendo: "Istud displicet mihi plus", y argumentó: "Nam legitima filii -- sit quota bonorum, deducto aere alieno et funeris impensas l. Papinianus, § Quarta, ff. De inoff. testam. [Dig. VI-II, 8, § 9] -- sed quota bonorum aere alieno deducto non est pars hereditatis, l. non amplius § final, ff. De legat. I [Dig. XXX, inciso 26, § 2] y l. siquis aerum fin. cum l. seq. ff. De legat. II [Dig. 267---2= XXX-único, 8, § 5, y 9] ergo non habetur loco heredis".

La posibilidad de atribuir en Castilla la legítima mediante una institución ex re certa fué reconocida por los autores ⁽¹⁹²⁾, afirmándose que, en este caso, aun cuando se le hayan designado coherederos universales, no se le tiene por legatario sino por heredero ⁽¹⁹³⁾. Pero es de notar que ello sólo se estimó así en cuando "ne corrumpat testamentum patris", dado que se reúnen los requisitos de conferir el honor del nomen ⁽¹⁹⁴⁾ y el commodum -- del ius accrescendi ⁽¹⁹⁵⁾.

No obstante, es de notar una evidente resistencia por algunos autores ⁽¹⁹⁶⁾ a considerar la legítima como pars bonorum, e aun reconociendo que ésta era la común opinión de los autores. Para contradecirla se apoyaron en que la legítima debía ser -- atribuida a título de heredero, en que toda cuota del «as» era pars hereditatis ⁽¹⁹⁷⁾, y en que la legítima castellana era toda la herencia excepto el quinto, respecto los extraños, y el tercio, respecto a los hijos ⁽¹⁹⁸⁾.

El primer argumento en realidad mezcla dos cuestiones que -- nunca se confundieron totalmente en Derecho romano, sino que -- propiamente se superpusieron en la Novela 115: 1º el título de heredero carácter de pars bonorum debita de la legítima, y 2º -- el título de heredero por el cual debía atribuirse.

Una prueba de que sólo se trató de una superposición, nos lo brinda el hecho antes comprobado, de que la renuncia a la quere

seria inofficiosi testamenti no significó la renuncia a la actio ad supplementum si el hijo no instituido hubiese recibido algo - como donación o como legado que no cubriera totalmente su legítima. La legítima subsistía; debía cubrirse. Pero si se había recibido a título de herencia en la parte cubierta; ni en la parte - por cubrir se debía a dicho título, como también vimos.

Además, es de observar que aquel criterio discrepante sólo observa los supuestos normales de llamarse al legitimario «ex asse» por el testador, o por la ley a falta de institución testamentaria válida o en caso de rescisión de ésta. Y, tal vez, fué distinto el enfoque del Doctor Diego Segura ⁽¹⁹⁹⁾ o del Doctor Luis de Molina Morales ⁽²⁰⁰⁾ cuando dicen que la legítima es para bonorum.

No hay que olvidar el método tan diverso utilizado por los autores de esa época con respecto al conceptualismo actual. El suyo no les invitaba a extender a supuestos diversos la calificación dada para un caso concreto. Eso nos explica que Melchor de Valencia ⁽²⁰¹⁾ nos refiriera que la legítima pudiese ser quota bonorum, "respectu ^{ad} aerie alieni deductionem", y para vel quota hereditatis, a efectos de concederse la petitio hereditatis y competirle el "iudicium familiae eriscundae". En paralelo sentido - ⁽²⁰²⁾ Spino al tratar nuestra cuestión expuso: "quod institutus in re certa, dato sibi coherede universali, nec est omnino heres meo omnino legatariis, sed est tertia species, et vocatur institutus in re certa, qui participat ^{ut} utraque" ⁽²⁰³⁾.

En resumen la legítima debía dejarse a título de herencia e - lida en principio referida a una cuota de herencia; pero era no sólo para calcular su suficiencia que se comparaba idealmente a un activo líquido, sino que además podía cubrirse efectivamente con una para bonorum en diversos supuestos como: la institutio in re certa ⁽²⁰⁴⁾ de un legitimario concurrente con otros herederos llamados ex asse; en la institución de la hija en la dote que ya le había sido donada ex causa ⁽²⁰⁵⁾, y en los supuestos en que el hijo no instituido renunciaba a la querela al aceptar un legado-

que no cubriese totalmente su legítima, con lo cual le quedaba -
la posibilidad de ejercitar la actio ad supplementum si no hu-
biese renunciado expresamente a reclamarlo ⁽²⁰⁷⁾.

Luego veremos cómo en el régimen del Código civil, al no ser-
necesario atribuir la legítima a título de herencia, ^{Laquella} no sólo es
para honorem en los supuestos excepcionales en que el título no
concuera totalmente con el contenido, sino siempre que se deje
a título diverso del de heredero.

En resumen: podemos afirmar que el origen justinianeo en -
cuanto al contenido (no así en cuanto la medida) de la legítima-
castellana anterior al Código civil, no abona que ésta implique-
una cuota de reserva, ni que requiera delación legal directa a -
título de heredero ex lege -que no existió, sino a falta de tes-
tamento, o en caso de invalidez y de rescisión del mismo, ya que
ésta es incompatible con la ^{subst} substancia de la legítima en caso de
renuncia a pedir la invalidez de la institución viciada de prete-
rición o de desheredación injusta.

20- Llegados al régimen del Código civil español y para cen-
trar nuestra cuestión, conviene que veamos cuál es el enlace de
los preceptos en que se articula la protección de la legítima --
con respecto a las disposiciones romanas y castellanas que ha --
bían sido aplicadas hasta el momento de su entrada en vigor. - -
Nosotros lo vemos así:

a) El art. 814 regula la preterición, siguiendo el criterio -
expuesto por García Goyena ⁽²⁰⁸⁾, al glosar su antecedente el art.
644 del Proyecto de 1951.

"La ley 24 de Toro -comenta García Goyena- u 8, título 6, li-
bro 10, Novísima Recopilación, dice: «Cuando el testamento se --
rompiere o anulare por causa de preterición o exheredación, etc.
no por eso deja de valer la mejoría del tercio y quinto». Ex cau-
sa exhereditationis vel preteritionis irritum est testamentum - -

quantum ad institutiones, caetera namque firma permanent. Auténtica, título 28, libro 6 del Código".

"El artículo da mayor claridad y latitud, o por lo menos fija, a estas disposiciones Patria y Romana".

Y, después de explicar las dudas suscitadas por los autores - que opinaban no corregidas las leyes que estimaban de la preterición por el padre de un heredero suyo anulaba enteramente el testamento, agregó: "el artículo hace sencillo y claro lo que hasta ahora ha sido embrollado y dudoso. Su justicia resalta por lo -- exorbitante de nuestra legítima actual, comparada con las de los Códigos antiguos y modernos; por esto deberá regir, aun cuando el testador ignore la existencia del heredero forzoso, contra lo que opina Gómez, número 3 a dicha ley 24".

Es decir, que el antiguo régimen de la desheredación injusta es aplicado no sólo a la preterición intencional expresa sino -- también a la preterición tácita, incluso si es errónea. Por lo -- tanto, parece muy clara la aplicación en el derecho vigente a la preterición del régimen recorsorio de la institución de heredero, sólo exigible por el preterido, formulado en la Authentica "Ex causa", y que antes hemos referido en sus líneas fundamentales.

b) En relación con el art. 813, § 1, el art. 851 regula la -- desheredación injusta, restringiendo sus efectos tradicionales recogidos en el art. 669 del Proyecto de 1851, en cuanto reduce la anulación de la institución de herederos sólo "en cuanto perjudique al desheredado". García Goyena ⁽²⁰⁹⁾, dice del art. 669 del -- proyecto de 1851 recoge la querrela regulada por la Novela 115 y las leyes 1 y 7, título 8, Partida 6, resolviendo claramente -- que su doctrina sería aplicable a la desheredación hecha sin expresión de causa.

Reducida la resolución sólo a la parte de la institución que perjudique a la legítima del injustamente desheredado, queda clara la aplicación en ese ámbito más reducido de la doctrina tradicional, antes expuesta, acerca de la querrela inefficaci testamenti.

La necesidad de impugnación para que sea efectiva la anulación de la institución en cuanto perjudique al injustamente desheredado, es presupuesto en la letra del precepto, ^{puesto que} ~~en cuanto~~, al tratar de la desheredación hecha con expresión de causa legal, - si bien exige que ésta sea probada, supedita ese requisito al supuesto de "que fuere contradictoria". Es decir, que la desheredación por causa no probada (y analógicamente también en las demás) perjudica al desheredado en tanto éste no la contradijere, aun ^{en caso de contradicción,} que la carga de la prueba de su realidad y su justicia compita al demandado; mientras que, de conformidad a la tesis de la delegación legal forzosa, no debería afectarle ^{en tanto} ~~en cuanto~~ no fuere vencido en juicio interpuesto por el heredero que quisiere hacer valer la desheredación y que probare la certeza de su causa.

c) El art. 815 regula la actio ad supplementum. Así lo proclama ⁽²⁰⁰⁾ García Goyena, al glosar su precedente el art. 645 del Proyecto de 1851, quien, sin embargo, destacó que se había introducido en ella una innovación importante. Leamos su comentario:

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

; Creemos que esa aplicación no deja lugar a dudas acerca de dos extremos fundamentales: a) que el 815 recoge la actio ad supplementum; y b), que reconoce la posibilidad de satisfacer la legítima "por cualquier título" ⁽²¹⁰⁾.

d) El art. 817 recoge la acción de reducción de las disposiciones testamentarias, así, como los arts. 656 y 819 § 2º recogen la acción de reducción de donaciones inoficiosas, ~~respeto~~ regla-

das ambas, en cuanto al orden de su reducción, por el art. 820.-
Notemos que ésta, al detallar, sólo concreta y distingue mandas y donaciones reducibles sin aludir a la reducción de la institución de heredero. El modo de reducción de las mandas lo regulan los arts. 821 y 822, que claramente sólo se ocupan de la reducción de legados.

Este criterio responde igualmente al sistema romano. La institución podía quebrantarse pero no reducirse, pues el remedio de la institución en menor cuota no era sino la actio ad supplementum, que -como vimos- era una acción personal in rem scripta, dirigida a exigir la pars bonorum por cubrir, pero no una acción de nulidad parcial de la institución excesiva: No se reclamaba, con ella, una parte de herencia sino tan sólo los bienes necesarios para cubrir la pars bonorum no satisfecha. Abstracción hecha de que quien ejercitase tal acción fuese un legitimario instituido en cuota menor, o in re certa insuficiente, o instituido en su dote, donación propter nuptias u otra ob causa, o preterido intencionalmente si hubiese preferido renunciar al ius dicendi nullum o a la querrela y aceptar un legado, ^{que fuese} insuficiente para cubrirla aun después de hecha imputación de las donaciones imputables a la legítima.

En cambio, la acción de reducción presuponia o bien la atribución testamentaria o ab intestato de la legítima y su gravamen inoficioso con mandas o legados, si se trataba de una lesión - - cuantitativa, o bien la insuficiencia de lo relicto para cubrirla debido a la inoficiosidad de donaciones otorgadas por el dequius.

Carola Goyena, al glosar el art. 647 del Proyecto de 1851 ⁽²¹²⁾
precedente del art. 817, señala como antecedentes las leyes 26 y 28 de Toro, 10, títulos 6, y 8 título 20, libro 10, Novísima Recopilación. Es de observar que estas leyes no se ocupan propiamente de la reducción; sino la 28 del límite de la oficiosidad y la 26 del modo de interpretar las mejoras de tercio y quinto. Pero

no interesa destacar que la 26 se refiere a la donación hecha en testamento o en otra cualquiera última voluntad, o por algún otro contrato entre vivos y la ley 28, habla de hacer donación y de mandar, "En vida o en muerte". Se plantea, pues, el límite de oficiosidad de las donaciones y de los mandas (o sea, de los legados); pero no de las disposiciones a título de institución, que tenían otros remedios peculiares, según hemos visto.

Y al comentar el art. 971 ⁽²¹³⁾ *al Proyecto* ^{(-al que se remite, en su glosa} al art. 647- cita como antecedentes las nueve leyes del libro 3, título 29 del Código, De inofficiosis donationibus, y la ley 8 - al fin, título 4, Partida 5. Y observa:

"Los que tienen herederos forzosos no puedan donar en vida ni dejar en muerte más que la parte de bienes que reste después descubierta la respectiva legítima de aquéllos: en lo que de éstos excediesen las donaciones y mandas se llaman inoficiosas y que dan sujetas a reducción".

La reducción se extiende pues, según este pensamiento, a donaciones y dejar o mandas, es decir, a donaciones y legados, pero no a la institución.

Esta diferencia tiene su germen en dos Constituciones de Justiniano de los años 528 y 529 que eliminaron la querrela, una de ellas en el caso de atribución insuficiente (l. Omnimodo, Cod. - III-XXVIII, 30) y, la otra, en caso de gravámenes que afecten al quantum legitimum ^{que} es emparenta, de ese modo, a la de reducción de donaciones inoficiosas. Lo ^{cual} ~~que~~ explica la relación que entre ambas existe, aunque sin llegar a confundirse ⁽²¹³⁾.

< 52:

e) El art. 813 ^{(defiende la legítima de los gravámenes en el -} quale o in qualitate: declarándola liberada de los mismos: «Tampoco podrá [el testador] imponer sobre ella [es decir, sobre la legítima] gravamen, ni condición, ni substitución de ninguna especie...».

Equivale al art. 643 del Proyecto de 1851 que declaraba: «La legítima no admite gravamen, ni condición ni substitución de nón-

guna especie»).

(214)
García Novena citó como precedentes, la ley 32, tit. 28, libro 3 del Código, es decir la Quoniam in prioribus, y las leyes 17, título 1, y 11, título 4, de la Partida Sexta.

De la ley Quoniam in prioribus transcribió su parte dispositiva; en lo que dice: «si condicionibus quibusdam, vel dilationibus aut aliqua dispositione moram, vel modum, vel aliud gravamen introducenti, eorum iura [la legitima] inminuta esse videatur, ipsa conditio vel dilatio, vel alia dispositio moram, vel quodcumque onus introducens, tollitur et res ita procedat, quasi nihil eorum testamento additum esset».

De sus citas de Partidas transcribió: «Libre e quita, sin embargo, é sin agravamiento, e sin ninguna condición; e si las ponen, non empescen al fijo heredero, magüer non las cumpla» y comentó: «Esto es consiguiente al concepto de deuda natural, que dan las mismas leyes a la legitima; y el deudor no puede dictar leyes al acreedor en el pago».

En la misma línea de la Quoniam in prioribus debemos colocar la ley Quibus, § Cum autem (Cod. h.t. 36, § 10) que aplicó la supresión de la dilación en la adquisición de la legitima a quien no había sido designado heredero sino sustituto fideicomisario universal.

Aquí hallamos la distinción de gravámenes in quantitate y gravámenes in qualitate que, en el siglo XV, ⁽²¹⁵⁾ Alceto remite a un autor de principios del siglo anterior, al bolognés Jacobus de Butrigarius. Distinción de la que se derivaron varias consecuencias prácticas. Si bien, es de notar que al hacer tal contraposición -como vamos a ver- los autores le hacen comprender el caso de atribución insuficiente, al que asimilan el propiamente dicho gravamen in quantitate. Del Rodrigo Suárez ⁽²¹⁶⁾, quien después de señalar como gravamen in quantitate, puta quia minus legitima filius fuit relictum, añade a contrario, al referirse al gravamen in qualitate, aliquod gravamen non in quantitate nec in

condicione danti vel facienti". El gravamen in qualitate se expresado positivamente por el mismo autor afirmando que se da -- "quando integra legitima relinquitur sed minus tempore, vel - - alias propter aliud onus filio oppositum".

Se señalaron las siguientes diferencias entre ambos tipos de gravamen:

1º La necesidad de reclamar el suplemento cuando el quantum dejado fuese menor que la legitima y la innecesidad de accionar para que se entendiese por no puesto el gravamen en el quale. - (218)
Así distinguió Rodrigo Suárez : "impossibile est supplementum fieri, nisi petatur; et sic quod essentiam et effectum acquisitionis, nullu modo potest fieri nisi petatur"... "sed ubi apponitur aliud gravamen, puta conditionis vel dilationis, ad illud tollendum non est necesse facere aliquam actum facti, prout in casu superiori, quia ex se removetur, et filius absque aliquo actu consequitur effectum retentionis"... "ad hoc tale gravamen removetur, non habet necesse filius aliquid petere: neque aliquam actum facti facere: cum de ipso sit possessor, cuius contrarium est in petitione supplementi" (219) .

2º En el supuesto de atribuirse un legado bajo la condición de no reclamar el suplemento de legitima, o bien un gravamen -- que no fuera de cantidad, se distinguía estimando aplicable sólo en el primer caso el § et generaliter de la ley si quando, - (220)
pues --según razonamiento de Rodrigo Suárez - "non est licitum arguere nec extendere legem quae disponit, quando filio relinquitur legitima minus re, id est, quia minuitur in quantitate, ad casum, quando integra legitima relinquitur sed minus tempore, vel alias propter aliud onus filio oppositum, cum simul in materia correctoria, dato quod agatur de favore testamenti".

3º En lo referente a la prescripción de la acción para que el legitimario reclame, hemos visto antes que, a diferencia del término de cinco años señalado para la querela, se estimó en -- treinta años el plazo de prescripción de la actio ad supplementum.

tum, pero se señaló una diferencia fundamental para los gravámenes in qualitate. Veamos cómo la explicó ^{del} Castillo Totomayor (224) en el caso de que "filius minus legitima relicta fuisse", la -- prescripción era posible si dejaba pasar el plazo sin reclamar el suplemento y, por tanto, su silencio podía perjudicar a sus herederos si hubiese llegado a prescribir su acción antes de su óbito; pero en el supuesto de haberse puesto un gravamen in qualitate, "tunc quidem gravamen relicta ipso iure, nec habet filius-necesse petere, quod tollatur, idque etiam si filius simpliciter agnovisset, et per mille annos tacuisset...; non ergo sufficeret triginta annorum lapsus, et taciturnitas, ad hoc ut gravamen firmum remaneret et filio praeiudicaret".

No se ve así, clara la contraposición a esos efectos entre lo previsto en los arts. 815 y 817, de una parte, y en el art. 813 2º de otra. El art. 815 dice que quien haya recibido menos de su legítima "podrá pedir el complemento de la misma", y el -- art. 817, que "se reducirán a petición de éstos" las disposiciones que menguan la legítima de los herederos forzosos. Y, en cambio, no exige esa petición en el art. 813, § 2, ni tampoco en el art. 782 respecto de las sustituciones fideicomisarias. Estos gravámenes en el quale, conforme al criterio tradicional, deben estimarse por no puestos; por lo cual basta que el legitimario, si está en posesión de los bienes, no cumpla el gravamen cualitativo y acepte una posición defensiva en caso de ser demandado para que los soporte.

Esta diferencia corresponde a una lógica realista. El suplemento y la reducción deben fundarse en una atribución insuficiente o en un gravamen cuantitativo de los que debe demostrarse, en -- aquel caso, su insuficiencia (222) o, en el segundo, la excesividad del gravamen; y ambas se apoyan en sendas acciones personales, aunque in rem scriptam, contra el asignatario de los bienes o participaciones. En cambio, en los gravámenes cualitativos, es contrario a la economía procesal y el buen sentido que el legiti

mario en posesión de los bienes que integren su legítima tenga - que pedir la remoción de aquéllos si nadie le exige su cumpli - miento. Se trata de razones prácticas pero fundamentales para to - do derecho si éste ha de ser adecuado a la vida real.

24- Guillermo G. Valdecasas prescinde de todos estos preceden - tes para levantar ex novo su construcción. Sigámosle, para ver - cómo concibe y explica la protección del heredero forzoso.

Al efecto distingue: la protección de la cuota de reserva y - la protección de la cuota de legítima.

a) La protección de la cuota reservada se realiza, a su jui - cio, por los siguientes medios:

1º) La anulación total de la institución de heredero si hubo ⁽²²³⁾ preterición total .

2º) La anulación parcial de la institución de heredero, "Me - diante la cual el testador, habiendo sobrepasado la parte de li - bre disposición, priva al heredero forzoso de la cuota heredita - ria que la ley le reserva", "no habiendo preterición". En ese ca - so, "la institución de heredero será nula solamente en la medida en que infringe la prohibición legal de privar al heredero forzo - so de su cuota hereditaria; en lo demás la institución es válida" ⁽²²⁴⁾ .

"La nulidad parcial de la institución de heredero -precisa - - ⁽²²⁴⁾

- es radical y se produce ipso iure en el momento del falle - cimiento del testador, que es también el momento en que se defig - re y transmite al legitimario la cuota reservada".

* Afirmaciones acordes con la de páginas antes, cuando nos dice ⁽²²⁵⁾

que se produce "la delación forzosa de la cuota reservada - si la institución de heredero hecha por el testador, sobrepasa - da parte de libre disposición en perjuicio de la legítima del - - desheredado".

b) La protección de la cuota legítima tiene lugar, según nos - dice ⁽²²⁵⁾ , a través de ~~la~~ acción de reducción, que califica co - mo "la acción protectora característica de esta última".

En cambio, estima que "la acción de nulidad parcial de la institución de heredero es la protección específica que la ley dispensa a la cuota hereditaria reservada". Ello le invita a cotejar - ambas protecciones, dictaminando que mientras "la primera sólo - persigue la declaración de una nulidad operada por ministerio de la ley (es acción de nulidad, pero no de anulación), la acción - de reducción presupone la validez de las liberalidades otorgadas por el causante y persigue, mediante la reducción de dichas libe - ralidades, la obtención de los bienes necesarios para completar - la legítima".

"La acción de reducción se puede dirigir (legitimación pasiva) contra los herederos, legatarios y donatarios". Pero cuando la -- acción se dirige contra los herederos testamentarios, "su objeto es el haber o porción de bienes que éstos adquirirían en virtud - de su participación hereditaria. La reducción no afecta a esta - última, la cual, no excediendo de la parte de herencia disponi - ble, fué asignada válidamente por el testador. Contra la institu - ción de heredero existe la acción de nulidad total (caso de pre - terición) o parcial (caso de privación de la cuota reservada sin ⁽²²²⁾ que haya preterición), pero no la acción de reducción".

Como podemos ver la construcción de G.O. Valdecasas discrepa - notablemente de la que los antecedentes del Código civil nos - - muestran. ¿En qué fundamento, pues, este autor, su formulación?. Para mayor comprensión, ceñiremos de momento nuestro examen a su explicación de esta acción de nulidad parcial, que, según nos -- afirma, se produce ipso iure, "operada por ministerio de la ley", y "es acción de nulidad y no de anulación". Veamos cuáles son -- sus razones":

"Ello es una consecuencia inevitable de la prohibición impues - ta al testador de disponer de la legítima (es decir de la cuota - reservada) (artículo 806), privando de ella al heredero forzoso - (art. 813). Si los actos ejercitados contra lo dispuesto en la -

ley son nulos (art. 4º del Código), nula será la institución de herederos mediante la cual el testador, habiendo sobrepasado la parte de libre disposición, priva al heredero forzoso de la cuota hereditaria que la ley le reserva... Si con arreglo a lo dispuesto en el apartado 2º del mismo art. 813, hay que considerar nulos los gravámenes impuestos por el testador sobre la cuota reservada, con mayor razón habrá que considerar nula la institución de heredero en cuanto implica disponer de dicha cuota en perjuicio del heredero forzoso, que se vería privado de ella⁽²²⁹⁾.

El razonamiento busca apoyo positivo en los arts. 806, 4 y 813 del Código civil. Conviene, por tanto, comprobar si efectivamente le ofrecen base para ello.

1) El art. 806 te presta la expresión "de que el testador no puede disponer por haberla reservado la ley a determinados herederos llamados por esto herederos forzosos". Literalmente son las palabras subrayadas las que mejor apoyo le brindan. Pero de precisar su sentido ya nos habíamos ocupado hace bastantes años⁽²³⁰⁾. Ahora, sin perjuicio de remitirnos a lo que allí expusimos, sólo sintetizaremos los resultados de aquel análisis:

a) La expresión «de que el testador no puede disponer» no puede tomarse en sentido total ni absoluto. En efecto:

-No alcanza a los actos verificados a título oneroso.

-Tampoco es absoluta en sus efectos respecto las donaciones inter vivos que resulten lesivas a las legítimas, ya que ~~estas~~^{aquellas} no son nulas, total ni parcialmente, sino tan sólo reducibles a solicitud de quienes determina el art. 655- en la medida estrictamente necesaria para que dicha lesión desaparezca y sin obstar los efectos prevenidos en el art. 654.

-Y ni siquiera es absoluta tratándose de disposiciones mortis causa: 1º) Porque de esa «porción de bienes de que el testador no puede disponer», -según el art. 806-, que respecto de los hijos y descendientes legítimos es de dos terceras partes del haber hereditario del padre o madre -según el § 1º del art. 808-, -

«sin embargo -según el § 2º de este artículo- podrán éstos disponer de una parte de las dos que forman la legítima para aplicarla como mejora a sus hijos y descendientes legítimos». 2º) For - que explica su sentido relativo, el art. 763 C.c. al decir: «El que tuviere herederos forzosos sólo podrá disponer de sus bienes en la forma y con las limitaciones que se establecen en la sección quinta de este capítulo». Lo que perfectamente "admite que - el causante - como menciona Roca Castre (239) - pueda disponer de - sus bienes, o sea, de todos ellos, si bien debiéndolo efectuar - en la forma y con las limitaciones que el Código civil establece en materia de legítimas".

b) Las palabras «por haberlo reservado la Ley» no pueden tomarse en el sentido técnico que en Derecho francés tiene la voz «réserve», es decir de la «pars reservata» característica de la legítima germánica directamente atribuida por la ley a los herederos forzosos. No podemos olvidar que el sustantivo «reserva» y el verbo «reservar» tienen un significado técnico distinto en el Código civil español en sus arts. 811 y 968 y ss. Ningún artículo ~~de~~ usa, en cambio, la palabra reserva como equivalente a legítima.

Por tanto, hay que considerar que el término reservado se usa en el artículo 806 del Código civil en su acepción gramatical. La del Diccionario de la Real Academia de la Lengua, más adecuada al caso: «Destinar un lugar o una cosa, de un modo exclusivo, para uso, o personas determinadas» y «separar o apartar uno algo de lo que se distribuya, reteniéndolo para sí o para entregarlo a otro».

Ni destinar, ni separar, ni apartar, equivale en nuestro idioma a transmitir ni a disponer en su sentido técnico. Según las acepciones del mismo Diccionario aplicables al caso: «Destinar» es «ordenar, señalar, determinar una cosa para algún fin o efecto»; «separar», significa «poner una persona o cosa fuera del contacto o proximidad de otro» o «distinguir unas de otras, co -

as o especies»; y «partar» equivalen a «deparar, dividir».

Así queda confirmado que: ∞) el testador no puede disponer de esa porción de su herencia fuera del destino señalado a la misma por la Ley; β) pero, que puede hacerlo respetando ese destino.

c) La denominación «herederos forzosos», como reconoció De --
(232)
Duen , es usada en el Código civil y por nuestra jurisprudencia "en un sentido muy general".

Esta denominación era la tradicional en el Derecho de Castilla antes de la promulgación del Código civil y, sin duda, se ha conservado por esa razón, a pesar de resultar terminológicamente rezagada ante los cambios normativos operados (233). Entonces resultaba totalmente exacta y coincidente con la calificación de "legitimarios", pues no lo eran ni el cónyuge viudo ni los hijos y padres naturales - hoy enumerados en el número 3 del art. 808 entre los que: "son herederos forzosos" - y la legítima debía dejarse a título de herencia conforme la Novela CIV y no «por cualquier título», como hoy se desprende del art. 815 C.c. (234)

Recordemos que Lacriche (235), en su Diccionario, definió: «Heredero forzoso o necesario: el que no puede ser excluido de la herencia por el testador sin causa legal... Dícese forzoso y necesario porque el testador no puede prescindir de nombrarle heredero y, en cierto aspecto, se llama también legítimo, porque la ley prohíbe que se le prive de la herencia».

La evolución del concepto, aun conservándose la misma denominación, se constata al leer el art. 640 del Proyecto de 1851, -- (antecedente del art. 640 del Código civil) que decía así: «Llámanse herederos forzosos aquéllos a quienes la ley reserva en los bienes del difunto cierta porción, de que no puede privarlos sin causa justa y probada de desheredación. La porción reservada se llama legítima».

Es decir: Ya no se definen como aquéllos que el testador no puede prescindir de nombrarles herederos, sino como aquéllos a quienes no puede privarles de cierta porción de bienes.

Por lo demás, queda clara la raigambre romana en la glosa de García Coyena ⁽²³⁵⁾ "porque la legitima es debito natural, debitum naturale, según la expresión de las leyes 17, título 1, 7, título 11, Partida 6, y la 36, párrafo 2, título 28, libro III del Código".

Las tres referidas expresiones nada deciden pues, en contra de la interpretación a la cual, conforme el Derecho tradicional, en lo que no haya sido claramente modificado en el Código, nos e llevan los precedentes que hemos examinado antes (n. 15).

II) El art. 49 del Código civil ofrece a O.G. Valdecasas el siguiente razonamiento: Si los actos ejecutados contra lo dispuesto en la ley son nulos, "nula será la institución de heredero mediante la cual el testador habiendo sobrepasado la parte de libre disposición, priva al heredero forzoso de la cuota hereditaria que la ley le reserva. Pero si en el caso de preterición es total, no habiendo preterición la institución de heredero será nula solamente en la medida en que infringe la prohibición legal de privar al heredero forzoso de su cuota hereditaria".

El razonamiento a primera vista parece demasiado simple para poder ser aceptado sin matizaciones. La interpretación del art. 4 C.c. no es tan sencilla. La vida jurídica es más compleja y tiene muchos matices que captar, ^{lo cual no} obligan a continuos distinguos en busca de lo más adecuado y más justo.

Nos ahorra la respuesta nuestro querido maestro Federico de Castro ⁽²³⁶⁾ al comentar el art. 49, de quien transcribimos:

"Sería erróneo deducir la nulidad automáticamente, del hecho que un acto no reúna los requisitos señalados en la ley o de que esté, en parte o en su conjunto, prohibido por una ley. No debe olvidarse que el derecho puede reaccionar de modos muy distintos frente a un acto contrario a sus preceptos. En términos generales, la nulidad se produce de modo inmediato y necesario cuando la ley vaya dirigida contra la eficacia del mismo acto, lo repudie y estigmatice de jurídicamente ilícito. Hay, en cambio, pas-

tantos casos en los que la ley rechaza tácitamente la sanción de nulidad; así, por ejemplo, cuando la ley no pretende la ineficacia misma del negocio, sino la consecución (mediante la prohibición o exigencia de un requisito) de un resultado lateral; cuando se señale otro tipo de sanción, más o menos grave, como una pena, la anulabilidad o la rescisión".

Los efectos de los actos verificados por el causante en contra de la prohibición del art. 806, están determinados por normas particulares y concretas como los arts. 813 § 2, 814, 815, 817 y ss. 851, 654, 722, etc. Por lo cual, no parece necesario aducir a la regla general si tenemos reglas específicas que, en cada caso, nos determinan el alcance del incumplimiento del deber de respetar a la legítima. Reglas específicas, elaboradas artesanalmente por los juristas adecuándolas a las necesidades de la realidad, evitando todos los excesos respecto la ratio concreta en cada supuesto.

11.) El art. 813, le invita a deducir, de menor a mayor, que: "si con arreglo a lo dispuesto en el apartado 2º del mismo art. 813, hay que considerar nulos los gravámenes impuestos por el testador sobre la cuota reservada, con mayor razón habría que considerar nula la institución de heredero, en cuanto implica disponer de dicha cuota en perjuicio del heredero forzoso, que se vería privado de ella".

Pero este razonamiento, puramente lógico formal, que de menos a más deduce que, si lo menos es nulo, más nulo aún será lo más, olvida cuál es la ratio de la nulidad de los gravámenes cualitativos puestos a la legítima asignada por el mismo testador a uno de sus legitimarios. (antes hemos visto cómo esto fue explicado por Rodrigo Suárez, ^{7 talchiviera} y hemos ido aprendiendo por qué mientras la querencia debe ejercitarse en breve plazo y no es transmisible a los herederos si, por lo menos, no la hubiese preparado quien pudo ejercitarla, y que se extingue por la aceptación de cualquier legado, en cambio la actio ad supplementum puede ejercitarse en mayor lapso, no se extingue por la aceptación de un legado insuficiente y es transmisible a los herederos mientras no haya pres

orito, y, por otra parte, como, en caso de imposición de gravámenes in qualitate sobre la legítima, no le hace falta al legitimario, que posea los bienes correspondientes, entablar reclamación alguna sino que le basta desconocer el gravamen.

La genealogía respectiva de los arts. 813 § 2, 815 y 851 C.c. también inutiliza el argumento que criticamos, al indicarnos que entre uno y otro de esos supuestos no existe conexión lógicoformal ni lógicocconceptual, sino conexión lógica vital, de razón-práctica e incluso de economía jurídica.

21- Además de buscar los apoyos positivos que hemos examinado, G.G. Valdecabras para justificar su tesis de que en el régimen sucesorio del Código civil existe una cuota de reserva, necesita remover el obstáculo que le ofrece el art. 815.

“De él -nos dice ⁽²³⁸⁾ - se pretende deducir que el heredero forzoso a quien el testador haya privado de toda participación en la herencia, si ha recibido del mismo alguna liberalidad a título de legado sólo podrá pedir el complemento de su legítima, - conservando plena validez la institución de heredero”. Pero, a su juicio, no es así. Veamos cuáles son las razones que al efecto aduce:

“De nuevo nos encontramos con las funestas consecuencias de no distinguir entre la legítima como cuota hereditaria y la legítima como cuota de valor. El art. 815 se refiere a esta última - estableciendo que el heredero forzoso que no alcance a cubrirla con lo que el testador le haya dejado por cualquier título podrá pedir el complemento de la misma. Ahora bien, es evidente que de este principio tan elemental como indiscutido, no se deduce que el testador pueda privar al heredero forzoso de la participación hereditaria que le reserva la ley. Tan exagerada deducción tiene, sin embargo, su explicación: la palabra complemento empleada en el art. 815 ha despertado en la memoria de los autores el recuerdo de la antigua acción de complemento...” “Todas estas conclusiones serían válidas si se logra demostrar que el art. 815 reog

ge en toda su pureza la actio ad supplementum legitimam tal como se conocía en el derecho romano anterior a la Novela 115 de Justiniano. Mientras tanto, nosotros no vemos en el art. 815 más que el reconocimiento del derecho de todo heredero forzoso al cumplimiento de su legítima cuando lo adquirido del testador a título gratuito (herencia testada e intestada, donación o legado) no basta para cubrir aquélla. La acción de que dispone el legitimario para completar su legítima es la acción de reducción. No existe en el Código civil una acción de complemento autónoma y perfectamente diferenciada de la acción de reducción"... "La posibilidad de dirigir la acción de reducción contra los herederos testamentarios está reconocida implícitamente en el art. 817".

En este supuesto G.G. Valdecasas no sólo va contra los preceptos del precepto sino incluso contra su letra ["podrá pedir el complemento de la misma"]. Ya por transformado el efecto característico de la actio ad supplementum romana, vigente hasta el momento de la promulgación del Código civil, en otro efecto distinto que considero como típico de la reserva. Pese a no demostrar tal transformación y a que, al parecer, ésta contradeciría la letra del precepto, este autor pone ^{una} ~~como~~ condición para aceptar la opinión contraria: ~~que~~ que le sea demostrado que el art. 815 recoge, en toda su pureza, aquella acción romana ^{de J. J. J.} ~~en~~ ⁽²³⁹⁾ contra de esta posibilidad, anota lo siguiente :

"Según la Novela 115, el legitimario debía ser instituido heredero aunque fuera en una cuota inferior a la legítima, pues en otro caso, existía preterición y se abría la sucesión intestada. Así, pues, el legitimario era siempre heredero, pudiendo ejercitar la acción de complemento cuando la cuota testamentaria era inferior a la legítima. Este régimen era el vigente en el derecho español inmediatamente anterior al Código civil. Pero mientras ~~se asienta de complemento~~ en el derecho romano la nulidad parcial de la institución de heredero era impedida en vía de principio, por la imposibilidad de concurrencia de la sucesión testada

y la intestada, en el derecho español nada se opone a la nulidad parcial".

Subrayemos, en primer lugar, el defecto lógico que, a nuestro juicio, significa la negación de que se conserve una acción si no se mantiene "en toda su pureza", y así como también la afirmación consecuente ^{con la} que da por prejuzgado el cambio total del sistema en ~~tanto~~ ^{estime} no demostrado que una de las piezas antiguas se haya mantenido "en toda su pureza". Exigencia que supone el olvido de que, en caso de conservarse la pieza antigua aunque no sea en toda su pureza, es más lógico entender que el sistema anterior solamente habrá sido modificado, pero no transformado en otro contrapuesto al mismo.

Por otra parte, la razón alegada de que ~~por~~ haber desaparecido la necesidad de ejercitar la actio ad supplementum, debido al hecho de la desaparición del principio nemo pro parte testatus et pro parte intestatus decedere potest, debe estimarse establecida la acción de nulidad parcial de la institución, tampoco nos resulta ~~un hecho~~ de rigor lógico. Para ello haría falta demostrar: 1º, que la actio ad supplementum fue una consecuencia de aquel principio y que no tenía otra justificación; y 2º, que la abolición de aquel principio dejó esa acción sin justificación, de tal modo que el cambio de ésta por la de nulidad hubiese sido una consecuencia inevitable.

La primera demostración, es tanto más improbable que pueda conseguirse por cuanto es evidente que aquel principio de la incompatibilidad de las sucesiones testada e intestada fue precisamente excepcionado en el derecho romano en ciertos supuestos (que antes hemos recordado) de ejercicio pro parte de la querda.

Y, además, nos parece que es muy fácil constatar que la actio ad supplementum es recogida "en toda su pureza" en el art. 615, pese al cambio que estimamos operado en el concepto de preterición, que antes -conforme a la Novela CIV- sólo requería la no institución como heredero de un legitimario, aunque a éste se le

dejase algo a título de legado, mientras que hoy conforme al art. 815, la preterición creemos que requiere que algún legitimario - sea totalmente omitido en el testamento del de cuius ⁽²⁴⁰⁾. De decir, que nos parece perfectamente compatible el hecho de que el art. 815 innove, en cuanto a eliminar de la preterición los supuestos en que el testador haya dejado algo a un legitimario a título diverso del de heredero, con la apreciación de que la actio ad supplementum se conserva en toda su pureza.

No hay antinomia entre ambas afirmaciones. Lo prueban así: el hecho, antes comprobado por nosotros, de que podía optarse por el ejercicio de la actio ad supplementum en lugar de ejercitar la querrela o el ius dicendi nullum; que conforme la ley Et quando § Et generaliter (Cod. III-XVIII, 35 § 20) la aceptación de un legado por el hijo no instituido vedaba el ejercicio de estas dos acciones y, por el contrario, conservaba la acción de suplemento. De decir, que la posibilidad de ejercicio de la actio ad supplementum no dependía de que no hubiese habido preterición. Y, además, el complemento no se recibía a título universal de heredero, puesto que -según frase de Bartolo ⁽²⁴¹⁾ - conforme la ley Papinianus, Quarta (Dig. VI-II, 8 § 9) dicho suplemento "datur aere alieno deducto... ergo habetur ut particularis successio".

Por lo demás, no sólo tenemos el testimonio de Carlos Goyena, antes invocado (cfr. supra 15, o y nota 192), del que resulta muy claro que el art. 645 del Proyecto de 1851 -del cual, conforme el criterio de la Base 10, se tomó el vigente 815- recoge la actio ad supplementum y reconoce la posibilidad de satisfacer la legítima "por cualquier título", superando la vieja preocupación de atender "más al honor del título que a la realidad de la cosa, o al valor de lo dejado". También los primeros comentarios del Código civil nos confirman unánimemente que éste fué el sentido del art. 815. Así puede verse en Manresa ⁽²⁴²⁾ -que, como es sabido, formó parte de la Comisión Codificadora-, Bofarull ⁽²⁴³⁾, Navarro Amadi ⁽²⁴⁴⁾, López R., Gómez ⁽²⁴⁵⁾, Bonel ⁽²⁴⁵⁾, Sánchez Román

(248) , Novela (249) , Falcón (249) , Burón .

¿Puede quedar duda alguna, respecto a los extremos, después de leer el comentario de García Goyena al art. 645 del Proyecto de 1851 y los de los referidos comentaristas, ^{los} coetáneos a la promulgación del Código civil, que hemos transcrito en las notas anteriores?

Si alguna modificación indican estos comentarios respecto a la pureza con que es recogida la actio ad supplementum en el art. 815, se refiere al hecho de que esta acción ^{ya puede} no resultar innecesaria por el ejercicio de la querrela, cuando el testador les haya dejado algo a título singular, ^{haber} al ~~ser~~ ^{el ejercicio de} excluido en este supuesto ~~la querrela~~. Nosotros hemos anticipado que ello no afecta a la pureza intrínseca de la acción de complemento, sino que tan sólo repercute extrínsecamente al eliminar un recurso de mayor fuerza ^{en caso de atribución a título distinto al de herencia} superpuesto y antepuesto a aquél a partir de la Novela CXV. Repetimos que ésta ^{posibilidad} no había afectado a su esencia, como lo demuestra la conservación de la acción de suplemento aun después de haber renunciado el legitimario -expresa o tácitamente por la aceptación de un legado- a reclamar la nulidad de la institución o a ejercitar la querrela. Como vimos, la acción de suplemento, cabía si la legítima se hubiera asignado ^{cuantitativamente} (incompleta a título de legado, siempre y cuando el legitimario ^{pretendiere} no remediar su lesión más contundentemente con el ejercicio de la querrela.

Pero, aun cuando no fuera así, y el cambio operado por el art. 815 afectase a la pureza de la actio ad supplementum, ¿podría deducirse de ello una consecuencia de un sentido opuesto al de la modificación? ¿Se puede negar que el art. 815 autoriza a dejar la legítima por cualquier título y, a la vez, opinar que dicha posibilidad excluye que dicha acción haya sido recogida con toda su pureza? Y, partiendo de su no recepción en toda su pureza, ¿se debe alegar que no ha sido recogida de modo alguno, sino que la ley atribuye directamente la legítima a título de herencia, y que el

art. 815 sólo regula la acción de nulidad parcial de la institución con su consiguiente reducción? Sentimos no hallar base ^{lo suficiente} para apoyar ese resultado, ni camino lógico para llegar a él.

22- Todavía encuentra G.G. Valdecasas otro obstáculo a destruir para dejar franco el camino a su tesis. Oigámosle ⁽²⁵⁹⁾ :

"Uno de los argumentos empleados con más insistencia por quienes niegan al legitimario la calidad de heredero, se basa en la errónea suposición de que el legitimario no sucede en las deudas hereditarias. Se pretende obtener esta suposición del art. 818..."

Pero, a su juicio, ... "se basa en una equivocada interpretación del art. 818 cuya única finalidad es determinar el valor de la cuota de legítima, a efectos de averiguar si las liberalidades del causante son o no inoficiosas. La deducción de las deudas (no su liquidación) es una simple operación de contabilidad-hecha solamente sobre el papel".

Sin embargo, en el Código civil parece necesario el cálculo de la legítima, como para honorum, no sólo a efectos de la reducción de donaciones y legados, sino también a los del capítulo del complemento, previsto en el art. 815 -antes examinado-, cuando se hubiese recibido por cualquier título menos de la legítima.

¿Existe alguna base en la letra, en la sistemática, en la lógica institucional o en los antecedentes históricos del Código civil, para estimar que el cómputo de la legítima de que habla el art. 815 difiere del explicado en el art. 818? Hasta ahora hemos visto desmentida esta idea. Nos viene precisamente a la mente ⁽²⁵²⁾ un texto de Febrero en el que leemos: "La imputación o computación es un remedio introducido por Derecho para excluir la querrela de inoficiosidad del testamento. En virtud de este remedio, puede el hijo a quien su ascendiente donó menos que la legítima que se le debe, intentar el suplemento de ésta, con tal que reciba en cuenta y se le compute en ella lo que su padre o ascendiente le dió".

El precedente inmediato del art. 818 es el art. 648 del Proyecto de 1851. García Goyena ⁽²⁵²⁾ al glosar las palabras "Al valor líquido", invoca las leyes 39, tít. 16, libro 50 del Digesto, 8, título 33 de la 7ª Partida y 8, § 9, tít. 2, lib. 5 del Digesto.

Es de notar que entre la primera y la segunda leyes citadas hay una interesante traducción, que creemos aclara el sentido del art. 806 del Código civil y con éste los demás del mismo cuerpo legal referentes a la legítima.

El texto de Ulpiano recogido en el Digesto L-XVI, 39, § 10, dice que: "«Bona» intelliguntur omnesque, quas deducto aere alieno supersunt". En cambio, la ley 8 tít. 33 de la 7ª Partida emplea en lugar de «Bona» la palabra «Herencia».

«Herencia -dice- es, la heredad, e los bienes, e los derechos de algund fizado; sacando ende las deudas que devia, e las cosas que fallaren ajenas».

El art. 806 del Código al definir la legítima no habla de porción de herencia sino de porción de bienes, expresión más exacta al referiría a un activo líquido de bienes. García Goyena había comentado, antes de hacer la cita de esas dos leyes: "porque no se entiende por bienes sino lo que resta hecha esta deducción y pago".

El tercer texto citado por este autor es uno de Ulpiano conocido por lex Papiniana § Cuarta (Dig. V-11, § 9), que la comenc ^{la legítima} ta: "autem accipietur scilicet deducto aere alieno et funeris impensa".

⁽²⁵³⁾ Bartolo, precisamente de esta l. Papiniana, § Cuarta, dedujo "sed ista legitima datur aere alieno deducto", "ergo habetur ut particularis successio", aplicando esta conclusión a la actio ad supplementum.

La legítima, como medida, fija una pars bonorum, no una pars hereditatis. Determinado el montante de esa pars bonorum sirve de módulo tanto para el complemento de lo asignado como para la-

redacción de las mandas y donaciones inoficiosas.

Antes -bajo el régimen de la Novela CXV- había que cotejar esta pars honorum, una vez fijadas ^{a) <} ya fuese con la pars hereditatis -atribuida por el testador o ab intestato- más las donaciones imputables a la legítima del cuestionante, en los casos normales, - ^{de atribución de la legítima a título de herencia} en los cuales la pars hereditatis debía traducirse, ^{a efecto de} para poder hacer tal cotejo, en su montante activo líquido, ^{L. 3)} ya fuese con la pars honorum, representada por la res certa del instituido en -- ella concurriendo con heres ex asse, o por el legado aceptado -- por el legitimario que hubiese renunciado -expresa o tácitamente, con la aceptación de dicho legado- a la querela o al ius dicendi nullum, más las donaciones imputables a su legítima que hubiese recibido.

Hoy esa pars honorum, pudiéndose atribuir la legítima por - - cualquier título -conforme al art. 815, según hemos visto- habrá que cotejarla: bien sea con una pars hereditatis, una vez calculado su valor líquido, incrementada con las donaciones y legados imputables a la legítima, en caso de haber sido instituido heredero o serlo abintestato al legitimario; o bien con una pars honorum si el legitimario, sin haber sido preterido ni injustamente desheredado, no fué instituido heredero, pero recibió algo a cuenta de su legítima.

24 Pero O.G. Valdecasas, además del argumento que acabamos de criticarle, añade otras razones, que conviene examinar.

"También se debe objetar -dice- que dentro de un patrimonio no es posible separar la titularidad de los derechos o activo patrimonial ^{de} con la titularidad de las deudas o pasivo... Hay, pues, - contradicción en afirmar que el legitimario tiene una participación en los bienes de la herencia y negar, por otro lado, que -- respalda de las deudas hereditarias... Si admitimos que el legitimario es copropietario de cada una de las fincas y del dinero, -

en proporción a su cuota legítima, tendremos que admitir también que al realizar su derecho un acreedor hereditario sobre -- cualquiera de las fincas, el legítimo ha respondido de la deuda con la participación que tenía en la participación de la finca".

"Aparentemente -prosigue- se salvan de la anterior objeción - los autores que consideran a la legítima como una participación en el superavit hereditario, es decir, en los bienes que quedan una vez liquidadas las deudas. Pero, esta doctrina tiene el grave inconveniente de subordinar la adquisición de la legítima a - la previa liquidación de las deudas hereditarias, cuando es lo - cierto que la ley no exige tal requisito previo para que el legítimo reclame su legítima y pueda ejercitar las acciones que - la protegen. El artículo 818... habla de deducir y no de liquidar, refiriéndose con dicha palabra a una operación de contabilidad que nada tiene que ver con una supuesta exención de responsabilidad del legítimo por las deudas hereditarias. También se puede objetar que si después de hecha la liquidación aparecen -- otras deudas cuya existencia se ignoraba, el legítimo respondería de ellas con los bienes que se le hubieran adjudicado".

En resumen, concluye que, "si se sostiene que la legítima es una *«pars bonorum»*... , hay que reconocer que la legítima es una *«pars hereditatis»* pues justamente lo característico de la sucesión hereditaria es la subrogación del heredero en la titularidad del patrimonio dejado por el causante".

~~Todo~~ Esta segunda serie de razones aducidas por G.G. Valdeca - sas de probar alguna cosa probarán demasiado. De ser ciertas, demostrarían que no cabe posibilidad de distinción entre heredero y legatario, ni entre responsabilidad personal ultra vires y - - afección intra vires, sea cum viribus o bien pro viribus ⁽²⁵⁹⁾ ,

Por otra parte, achaca este autor a la teoría opuesta algunas afirmaciones que ciertamente no son sostenidas por sus defensores. Así, ^{locum} (en su imputación de admitir éstos "que el legítimo es copropietario de cada una de las fincas y del dinero, en pre-

con lo que

porción a su cuota hereditaria"... *sintetiza conceptualmente de*
un modo inexacto el derecho del legitimario a una cuota de acti-
vo líquido y la afectación real de ese derecho en todos y cada uno
de los bienes hereditarios, *Afectación <* que no equivale ciertamente a tener
una cuota indivisa de copropiedad sobre cada uno de los bienes.-
Cuota que ni siquiera se tiene en los supuestos de titularidad de
una "parte hereditaria" (255)

Lmo
También parece que confunde *la titularidad de una participación* el derecho actual sobre bienes de
un patrimonio, *determinable* ~~precisos~~ en cuanto a su montante refiriéndolo a
un activo líquido aún pendiente de liquidación, con la titulari-
dad no actual, en espera, diferida para después de la práctica -
de la liquidación. Es decir, la diferencia que media entre un de-
recho actual sin determinar *con un patrimonio,* con un derecho *con un accionante* en pendencia de la pr-
áctica de una liquidación. Por otra parte, ese activo líquido -
puede estar *previamente* referido a no a unos bienes concretos, *en*
caso de asignación por el causante - < sin perjuicio de las compensaciones pecuniarías consecuentes a -
la liquidación que se practique.

La aparición ulterior de deudas dará lugar, para el legitima-
rio que no sea heredero, a una afectación cum viribus, lo mismo --
que para cualquier legatario ya sea de cosa cierta o de parte --
a la cuota.

Analicemos, al efecto, tres supuestos diversos de legitimario
no heredero con o sin derecho al complemento de su legítima:

-el padre, en su testamento, declara haber donado como anticip-
po de su legítima a su hijo *a determinados bienes* y le deja cuan-
to fuere preciso para complementarla.

-al legitimario B únicamente le es legada la finca 2 y se le
grava con el pago de un legado en metálico.

-al legitimario C su padre le lega su cuota legítima, pre-
determinando los bienes que deben integrarla.

. En los tres supuestos es preciso verificar el cómputo previe-
to en el art. 818ª C.C...: en el primero, para calcular el com-
plemento; en el segundo para juzgar si hay o no lugar a la redug

ción del legado que grava al legitimario, y para saber si, además, debe suplementársele el que se le confirió; en el tercero, para fijar el montante líquido de bienes hereditarios que deben integrar la cuota bonorum de su legado parciario, y, en su caso, para ver si lo cubren los bienes predeterminados por el testador.

Si aparecieren, después de hechos dichos cálculos, nuevas deudas del de cuius, el legitimario no responderá personalmente en ninguno de los casos examinados, ni siquiera directamente "extra vires, pro viribus". Como expusimos hace años ⁽²⁵⁴⁾, solamente sufrirá "una afección «que videtur»", reforzada para el acreedor -- por el principio de subrogación real o, tal vez más exactamente, por el de subrogación de valor, como medio de determinación del enriquecimiento del legatario". Afección que sólo puede ser efectiva: indirectamente, mediante el regreso intentado por otro legitimario, que haya sido instituido heredero, a través de la acción de reducción, ^{o bien} o por un heredero voluntario por la de enriquecimiento sin causa: o subsidiariamente, por el acreedor después de haberse hecho total exención de los bienes de la herencia no legados especialmente y del patrimonio de los herederos que no hubiesen aceptado a beneficio de inventario.

Ni siquiera en los supuestos en que la legítima se recibe a título de heredero, puede decirse que aquélla quede totalmente confundida en la pars hereditatis atribuida por éste. La pars bonorum líquida calculada de conformidad al art. 818 hace de módulo para calcular la suficiencia de la pars hereditatis, valorando el saldo líquido de ésta en cotejo con aquélla, y, por consiguiente, determinando, en sus casos, el derecho al suplemento o el monto de la acción de reducción, y exceptuando en este ^{último} caso el principio de la sujeción del heredero voluntario a los gravámenes que el testador le haya impuestos.

25- Hemos visto, hasta ahora, que la concepción de la cuota de reserva, que nos ha expuesto G.G. Valdecasas, no corresponde a

un meticoloso análisis de los derechos de los herederos forzosos que según los antecedentes históricos que, a través del Proyecto de 1851 y conforme la ley de Bases, se articularon en el Código-civil; y que ni la letra de los preceptos invocados por dicho autor convence de lo contrario, ni su tesis puede superar satisfactoriamente una interpretación literal, lógica, histórica y sistemática de los arts. 814 y 815.

Vamos a ver, ahora, si su concepción de la cuota de legítima puede ser aceptada.

Aun no siendo cierto su concepto de la cuota de reserva, podría serlo, en cambio, el que nos ofrece de la cuota de legítima... con tal de hacerlo extensivo a toda la legítima de que habla el artículo 806. ~~Además~~ ^{Lo} ~~es~~ ~~que~~ ~~tratamos~~ ~~de~~ ~~constatar~~ ~~a~~ ~~continuación~~.

Pero, antes, creemos conveniente hacer notar que el art. 806 define la "legítima" precisamente con ese mismo nombre; que el art. 818 sigue utilizando idéntico nombre al determinar cómo se ha de hacer su cómputo, y que los arts. 819 y 820, al hablar de la reducción de legados y donaciones, continúan utilizándolo. Ninguna distinción hace el Código para dar a entender que los arts. 806 a 815 hablan de una cuota y los arts. 817 y ss. de otra. Si las dos -caso de ser distintas- les da el mismo nombre y no se hace distinción ni salvedad alguna en el art. 818 al decir cómo se computa -según esa hipótesis- sólo una de ellas. Datos que no parecen nada fáciles de comprender más que reconociendo que no hay tal duplicidad de cuotas de reserva y de legítima.

La cuota de legítima, según dicho autor ⁽²⁵⁸⁾ -el derecho a la cual se hace valer, a su juicio, solamente por la acción de reducción, -se caracteriza por ser una cuota de valor. Es "el derecho a obtener un determinado valor económico sobre el patrimonio hereditario, y en su caso, sobre las donaciones hechas en vida por el causante", que "sólo puede existir si el activo hereditario es superior al pasivo, o en defecto de esto, si el causante-

hizo donaciones en vida". Valor que, "una vez fijado, según las reglas del art. 818, para determinar si las liberalidades hechas por el causante son o no inoficiosas, es un valor inalterable -- que no se resiente de las fluctuaciones de valor experimentadas por los bienes hereditarios".

En definitiva, G.G. Valdecabras circunscribe a la que denomina cuota de legítima ^{la misma} ⁽²⁵⁹⁾ la tesis que Roca Castre ha aplicado a toda la legítima en su sentido usual. Según la tesis de Roca Castre, en el Código civil "la legítima 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 y soporta exclusivamente el heredero o herederos, pero no los legitimarios". Así resulta -- a su juicio -- del art. 818, al disponer -- que para fijar la legítima se atenderá al valor de los bienes -- que quedaren a la muerte del testador, y del art. 654 que refiere la imputación del valor líquido de los bienes del donante al tiempo de su muerte.

Según esta tesis de Roca Castre, parece que el legitimario no tiene derecho, en el momento de partir, a una avá parte de los bienes del haber líquido, sino únicamente a percibir una cantidad de bienes del mismo caudal, suficiente para cubrir el valor que hubiera tenido su avá parte precisamente en el momento de la muerte del causante. No a una parte alícuota de bienes, sino a una cantidad de bienes, equivalente al valor que en el momento de fallecer el de cuius tenía la avá parte representativa, en aquel instante, del montante de su legítima. La avá parte sólo tiene interés en ese momento, en que queda traducida para lo sucesivo en un valor fijo.

Hace años discrepamos de esta opinión de nuestro querido maestro. Preguntamos entonces ⁽²⁶⁰⁾ si es eso lo que ha querido disponer el art. 818 C.c., al decir que para fijar la legítima se --
at

atenderá al valor de los bienes que quedaren a la muerte del testador. Y nuestra respuesta fué negativa apoyándola en las razones que a continuación sintetizaremos.

Ante todo, debe notarse que el art. 818 dice que «se atenderá al valor de los bienes que quedaren a la muerte del testador», - pero no dice que deba atenderse «al valor que tuvieron a la muerte del testador los bienes que entonces quedaren».

Una cosa es la fijación de la legítima para congelarla conorgtándola en un valor nominal dado, lo que equivale a hacer una fijación de la misma en una cifra de dinero, determinada por su valor nominal, es decir, referida ^{¿fijamente} en una unidad de valor fluctuante, y ^{otra} cosa distinta es determinar o fijar su valor con referencia a aquel momento dado, sencillamente para ver qué legados e donaciones han resultado inoficiosos en aquel instante, que únicamente ~~es~~ decisivo, precisamente, para: determinar la inoficiosidad; determinar la relación con el todo de las donaciones y legados imputables a cualquier porción del haber partible, y medir el montante del suplemento a exigir calculado con relación al activo líquido hereditario y no en una cifra dineraria.

Esta segunda finalidad es la única que persigue el art. 818. - Al parece indicarlo su colocación después del art. 815, que regula la acción de complemento, y del art. 817, que ordena la reducción de las disposiciones testamentarias lesivas de la legítima, y antes de los arts. 819 y ss. que se ocupan del modo y forma como debe llevarse a cabo dicha reducción.

Si los arts. 808 y 809 determinan que constituyen la legítima ciertas avas partes del haber, en tanto no se haya partido éste, aquéllas deberán seguir sus vicisitudes. La fijación en una cifra dineraria de dichas avas partes antes de su separación e individualización, daría lugar a que dos valoraciones interdependientes entre sí se tomaran con raseros diferentes.

Por otra parte, la aceptación de la teoría que discutimos contradeciría el concepto de la legítima que ofrece el art. 806 del

Código civil. Si de acuerdo con éste, es porción de bienes deberán sufrir las mismas alteraciones de valor de éstos. Por eso, - no puede fijarse su valor en el sentido de dejarlo «fijo» e «inamovible». Es el contenido del caudal y de su activo libre -del - que ha de sacarse aquella cuota- lo que debe fijarse en ese sentido. Pero no su valor dinerario, que sólo puede fijarse en el sentido de «calcularlo», «determinar su montante», con relación a un momento dado, pero sin implicar su petrificación.

Cálculo imprescindible para regular el ejercicio de la acción de suplemento y para averiguar si resultan o no ineficaces los legados y donaciones que el causante haya otorgado. La ley 3, - Tit. XI, Partida 6, lo indicó claramente en su rúbrica «Que tiempo debe ser catado, para poder menuar las mandas, en razón de poder sacar el heredero la su parte legítima»

(26p)
Manresa entendió en ese mismo sentido que “el verdadero objeto del artículo 818 es llegar a conocer exactamente el total importe de la herencia de una persona para poder deducir la porción de que podrá disponer y aquella otra que, por ser indisponible, constituye la legítima. Fijada en efecto la legítima, queda fijada la porción libre”.

Si ambas quedan fijadas y el valor del conjunto varía... si - diésemos al verbo fijar el sentido de concretar el valor en una cifra de dinero, se daría el absurdo de que el falso plus valor alcanzado por los bienes por encima de aquella cifra -por depreciación de la moneda-, ni sería parte de libre disposición ni -- porción legítima. Por eso, además de razones de justicia y equidad, no puede darse a dicho verbo sino el sentido de «Determinar, limitar, precisar, designar de un modo cierto», que también admite el Diccionario de nuestra Real Academia.

(26q)
Claramente lo había entendido así Andrés Angulo para el supuesto de que un legado de cuota, como lo era la mejora de tercio o quinto, pudiese pagarse con su estimación en dinero, al dig

terminar que "hoc casu quando aestimatio quotas bonorum solui potest, valor bonorum attendi debet non secundum tempus mortis, -- sed secundum tempus solutionis". El incremento del valor de la cuota no se desprende de ésta porque lo debido era el valor de la cuota, no su tasación en moneda en el momento de relacionar relictum y donatum a los efectos de precisar la reducción de donaciones o su imputación a una u otra cuota ⁽²⁶³⁾.

G.G.Valdecasas, como antes constatamos, no acepta la tesis de Roca Castre en cuanto a la que llama cuota de reserva, pero sí con respecto a la cuota de legítima en cuanto a su excedente con respecto de aquélla.

Pero en la interpretación del art. 818, que acabamos de aceptar ⁽²⁶⁴⁾ no cabe esa distinción. Efectivamente, si sumado al activo líquido el valor de lo donado a extraños, la donación abarca toda la parte de libre disposición, ¿cómo será posible que el aumento, posterior a esta fecha pero anterior a su individualización ^{en el} del valor de los bienes relictos, pueda jugar contra los legítimos? Y si, en el momento de fijar la legítima, ésta agota todo el caudal, ¿cómo una parte de dicho caudal puede escapar a la legítima en virtud de un cambio de valor ulterior?

El error de perspectiva que criticamos radica en entender que se fija en dinero cuando se fija en una participación de bienes. En el caso expuesto de haberse cubierto la parte libre con lo donado, la legítima abarcará todo el caudal relictos; y si lo donado a extraños cubriese la mitad de la parte disponible, se aplicará la legítima, por consiguiente, a cuatro quintos de lo relictos -- líquido".

26- Según G.G.Valdecasas ⁽²⁶⁵⁾: "Cuando la donación no es coligable por haber repudiado la herencia el donatario (inciso 2º del artículo 1.036) deberá imputarse exclusivamente a la parte disponible", y "El mismo criterio deberá seguirse cuando el legítimo favorecido por el testador con un legado acepta éste y renuncia a la herencia",

La razón con la cual el autor fundamenta estas afirmaciones - se concreta en la aseveración de "que el legitimario que repudia la herencia pierde los derechos de legitimario y, por consiguiente, nada puede reclamar ni retener a título de legítima.

Sin embargo, una consideración teleológica le hace vacilar, - hasta tanto no llega a creer haberla contrarrestado con otra con- sideración de igual especie pero de signo contrario. Veamos cómo- las plantea:

"Hay que reconocer, sin embargo -dice- que la imputación de - la parte disponible puede perjudicar a aquéllos en favor de los- cuales el testador dispuso con cargo a la misma. Mas, por otro - lado, la imputación a la supuesta legítima del renunciante empeo- raría aún más la situación de los legitimarios, ya perjudicados- por la falta de colación".

La razón teleológica en contra es evidente. El acto de un ter- cero (el legitimario renunciante) perjudicaría a los destina- rios de la porción disponible, en beneficio de los colegitima- rios, sin causa alguna que lo justifique, puesto que contraria- ría la voluntad del causante y excedería de la protección legal- a los demás colegitimarios.

En cambio, el argumento teleológico ^{que exige} a favor, no nos parece -- consistente, pues no sabemos en qué puede empeorar en el terreno jurídico la situación de los otros legitimarios si su legítima - no es mermada. No puede llamarse jurídicamente perjuicio a dejar de percibir algo a lo que a priori no se tiene derecho. La cola- ción de un coheredero forzoso sólo puede conferirles ^{le los demás} (el derecho- que el inciso final del art. 1.036 les concede en caso de inefi- cacia). Pero nada más. En lo demás, la renuncia a la herencia - y la no colación nada les quita de su derecho originario. Ningún perjuicio jurídico, pues, puede irrogarles. No hay pues razón te- leológica para modificar las reglas normales de la imputación.

La razón fundamental, aducida por G.G. Valdecasas, tampoco pug- na de llegar a convencernos si no logra desmentir lo que hemos con- siderado.

tutado al final del epígrafe anterior. Su demostración requeri-
ría la prueba de que la legítima necesariamente se recibe a títu-
lo de heredero, que sólo puede recibirse a ese título, y que se-
confunde con una pars hereditatis. Hechos que no hemos podido --
ver confirmados en el análisis de su tesis que anteriormente he-
mos efectuado.

La vieja cuestión acerca de si se puede repudiar la herencia
y exigir la legítima, casi nada tiene que ver con la opinión que
comentamos. En aquella, la cuestión no radicaba en un problema de
imputación como en la tesis de G. Valdecasas. Se centraba en una
cuestión tangente a los principios romanos de inadmisibilidad de
la aceptación pro parte, de la universalidad de la institución y
de la incompatibilidad de las sucesiones testada e intestada; --
las cuales podían dar lugar a que con la renuncia a la herencia--
se renunciara también a la legítima si ésta iba embebida en aqué-
lla (266)

Recordemos que, al tratar de esta cuestión, Covarruvias (267)
planteó como principio general, aplicable a la misma, que: "Here-
ditas vero non potest partim adire, partem repudiare, ne quis de-
cedit pro parte testatus, et pro parte intestatus". Y la conclu-
sión a que, al respecto, llegó Melchor Valenota (268) de que "Nam
cum legatum sit successio singularis, nec partem hereditatis con-
tineat, diversamque dispositionem ab institutione heredis consti-
tuat; nulla iuris ratio evincit, quo minus possit heres legatum
agnoscere, hereditatem vero repudiare... At vero filio ex asse,
vel ex aliqua hereditatis parte herede a patre instituto, cons-
tat legitimam, partem, constituere eiusdem hereditatis, cum in-
bonis et dominio patris mortis tempore fuerit, ex eadem institu-
tionis dispositione deferatur; unde succedit ratio iuris, quas-
supremi iudicii divisionem fieri, nunquam patitur..., nec eandem,
et individuum hereditatem pro parte agnosci pro parte vero repu-
diari permittit..."

En cambio, no hubo problema en cuanto a la posibilidad de re-
nunciar al ejercicio de la querrela y con ella a la successio con

(269)
tra testamentum, aceptando un legado , ni respecto a la imputación de éste a la legítima, puesto que el legitimario aceptante del mismo podía ejercitar la actio ad supplementum (269). Por otra parte, la porción del legitimario que renunciase a la legítima no acrecía a los demás legitimarios sino al heredero instituido (270).

Hoy, conforme al art. 895 § 2 del Código civil: «Si la parte repudiada fuera la legítima, sucederán en ella los herederos por su derecho propio y no por el derecho de acrecer». Esto supone, indudablemente, una modificación del Derecho hasta entonces vigente. Pero en esta innovación no hallamos fundamento para confundir la cuota hereditaria atribuida al legitimario en satisfacción de su derecho con la donación o el legado imputable a la legítima. Si conforme al art. 818 la legítima es una porción ideal matemática de la suma de lo relicto líquido y lo donado, a la cual pueden imputarse donaciones (art. 819, § 1º), legados o una cuota hereditaria (art. 815), ¿qué relación puede tener la renuncia de la herencia verificada por un legitimario con la imputación a su legítima de las donaciones que hubiese recibido del causante?, ¿o del legado que éste le hubiese otorgado?, independientemente de a quien acrezca la parte de herencia que sufra la carga de ese legado.

Sólo la confusión de la cuota hereditaria atribuida al legitimario con la medida de su legítima puede dar lugar a aquella conclusión. Esta ^{<confusión>} es fruto de una concepción de la legítima, como cuota de reserva, atribuida directamente por la ley, que -repetimos otra vez- no hemos visto confirmada sino desmentida en un examen cuidadoso de nuestro sistema.

Antes que G. O. Valdecasas, (habla ya) propuesto ese resultado de pinar Lafuente (271). Además, uno y otro, llegan a una consecuencia conceptual ^{que} a la cual ninguno de los autores del droit coutumier se atrevió a formular, a pesar de que su legítima correspondía, ciertamente, al más puro tipo de reserva germánica, directa

mente atribuida por la ley y sobre la cual el causante no tenia posibilidad alguna de disponer "mortis causa", ni de modalizar - el llamamiento legal ⁽²⁷³⁾.

En nuestro Derecho, la aceptación de un legado pro legitima no supone repudiación de cuota de herencia alguna, puesto que --según vemos-- ninguna le ha podido ser deferida por la ley, de no darse supuesto alguno que, como la preterición o la desheredación injusta, deba dar lugar a su delación ex lege. De más, el legitimario sólo si acepta dicho legado podrá satisfacer su legítima, salvo su derecho a reclamar el suplemento. ⁽²⁷⁴⁾ Como expusimos en otra ocasión, tal posibilidad no aparece autorizada por ningún precepto de nuestro Código. En efecto, el artículo 890 --al permitir aceptar un legado y rechazar otro (salvo si éste --fuese oneroso y aquél gratuito) o repudiar la herencia y aceptar un legado, o viceversa-- parte de la base de que ambas atribuciones se han verificado en forma acumulativa (legado + legado o herencia + prelegado), pero queda fuera de su supuesto que la atribución del legado se haya hecho en sustitución de la atribución de herencia (legado en lugar de legítima [más exactamente pro legitima]). Esta última cuestión es a una de las que alude en términos generales el artículo 815. Y este precepto a lo único que autoriza al legitimario es a pedir el suplemento de su legítima. Pero a nada más.

En síntesis:

a) La legítima puede ser satisfecha a través de una institución de heredero; de legados; mediante donaciones, o, simultáneamente, a través de los tres títulos. Y, en todos los casos, es inseparable del título respectivo, sin perjuicio del derecho a reclamar el suplemento o de pedir la reducción de las liberalidades inoficiosas. En cualquier caso, la atribución se imputa idealmente a la cuota, también ideal, que cuantitativamente la determina en relación alcuota con la masa contable, formada --por la suma de lo relicto líquido y de lo donado.

b) Puede el legitimario, en caso de simultánea institución y prelegado, renunciar a la institución o al legado y aceptar el legado o la institución; pero no le cabe renunciar la atribución testamentaria y aceptar una subsidiaria atribución legal que sólo se le da en defecto de aquella o por razón de su invalidez, - u.gr. por preterición o desheredación injusta (sin perjuicio del derecho al suplemento o a exigir la reducción de lo inoficioso).

c) El derecho de los colegitimarios a la parte del que renuncie a la herencia sólo alcanzará a la porción que la renuncia deja vacante. Es decir, a la que quede después de imputar las donaciones a la masa ideal, con resta efectiva de éstas a lo que hubiese sido su cuota hereditaria, y soportando el legado pro legitima que deba imputarse a tal porción.

27- Una piedra de toque de cualquier teoría se obtiene con su aplicación práctica. Sus resultados, medidos en cánones de justicia, nos darán una pauta para juzgar la verosimilitud de aquella.

Haremos ^{La} la prueba de la tesis que comentamos, ^{mediante} examinando algunos de los ejemplos propuestos por G.G. Valdecasas y las soluciones por el mismo alcanzadas con la aplicación de su tesis.

- "El testador hizo, en vida, a su hijo único una donación de 30. En el testamento instituyó heredero a un extraño, dejando al hijo un legado de 10; relictum 60. Valor de la cuota hereditaria reservada 40" ⁽²⁷⁶⁾.

G.G. Valdecasas presenta dos posibles soluciones:

Una que rechaza: "Imputando a ella /la cuota hereditaria reservada/ la donación, además del legado, el hijo sólo tomaría -- del relictum el legado, quedando para el heredero voluntario, 50. De esta manera, el hijo no llegaría nunca a cubrir el valor de su cuota legítima, que en el ejemplo citado asciende a 60".

Otra que propone: "La solución correcta es que el hijo conservando la donación, perciba del relictum 40, que es el valor de la cuota reservada, imputando a ella, eso sí, el legado de 10. Así, pues, el hijo obtendrá un valor de 70 y el extraño 20".

De la primera solución, choza enseguida que la imputación de la donación y del legado se efectúe a la que el autor llama cuota de ^{re} reserva y no, conforme al art. 819 1º C.c., a la legítima, determinada con arreglo a lo dispuesto en el art. 818.

De la segunda solución, resulta que incumple la voluntad del causante más allá de los límites que la ley impone a su facultad de disponer. Si conforme al art. 818 la legítima del hijo en el caso contemplado, era de 60 ($60 + 30 \times 2/3$), ¿por qué se le atribuyen 70 contra la voluntad del testador? La distinción dogmático-conceptual entre cuota de reserva y cuota de legítima -aparte de su antes comprobada falta de fundamento positivo- resulta, en esta aplicación, injusta con el padre generoso para con su hijo, pues de no haberle donado nada no le hubiese debido dejar más -- que 60 y, en cambio, por haberle donado como anticipo de la legítima 30, deberá dejarle en total 70, con lo cual su libre disposición en lugar de 30 se habrá reducido a 20. ¿Es esto racional?, ¿es justo?, ¿está de acuerdo con los principios de nuestro sistema?

Además <
Pero cabe una tercera solución, más de acuerdo con el texto de los arts. 818 y 819, a saber: Si el hijo imputa a su legítima de 60, la donación y el legado que le fueron otorgados por el causante ($30 + 10 = 40$), con lo cual le quedan por cubrir, con la acción de suplemento, otros 20 ($40 - 20 = 60$), restando al instituido 30 ($50 - 20 = 30$).

¿No se ajusta esta última solución a los límites legales, sin sancionar al padre generoso, y no obedece hasta el máximo posible a la voluntad del testador?

No lo ^{debe} creer así G.G. Valdecasas (276), pues insiste en que la cuota hereditaria del heredero voluntario "es sólo de un tercio (en los dos restantes la institución era nula), cuyo valor ascende a 20; asignándole bienes por valor de 30 obtiene un exceso de 10 que no se sabría justificar".

Pero, ¿no lo justifica el art. 819?, ¿no lo justifica el he -

cho de que no ~~rebasa~~ ^{excede} el límite de los dos tercios de que el causante no podía disponer?

El autor no sólo le influencia la previa distinción, que establece como punto de partida, entre cuota de reserva y cuota de legítima, sino que, además, expresa otra afirmación ante la cual conviene que nos detengamos.

En su juicio la imputación efectiva de la donación a la legítima "sólo tiene lugar cuando el legitimario favorecido con la donación ejercita la acción de reducción". "Fuera de este supuesto -prosigue explicando- el legitimario que concurre a la sucesión con herederos voluntarios no imputará nunca las donaciones a su legítima. Por consiguiente, tampoco en el caso de que se le haya deferido con carácter forzoso la cuota hereditaria reservada, -- pues la nulidad parcial de la institución de heredero que la deferencia forzosa lleva consigo es distinta de la reducción de liberdades inoficiosas. Si concurrendo con herederos voluntarios el heredero forzoso ~~se~~ tuviera que imputar a su legítima -- las donaciones, el valor de éstas vendría a incrementar el caudal relicto en beneficio exclusivo de los herederos voluntarios, cuya participación hereditaria se extendería indebidamente más allá del caudal hereditario, hasta comprender el valor de las donaciones si hubieran sido hechas a un extraño en lugar del legitimario".

Antes ⁽²⁷⁶⁾, nos expone las razones que determinan su criterio. Leámoslas:

"La diferencia de los legados, las donaciones hechas al heredero forzoso sólo se imputan a una cuota hereditaria cuando concurren a la sucesión otros herederos forzosos en beneficio de los cuales hay que colacionarlas. Concurriendo con herederos voluntarios las donaciones no se imputan nunca a su cuota reservada. La razón es que los bienes donados no forman parte del relictus, no son bienes hereditarios y, por consiguiente, los herederos voluntarios no tienen ninguna participación en ellos (no se olvide -- que la agregación del donatum al relictus prevista en el art. 818

es puramente ficticia y se hace en beneficio exclusivo del legítimario). Imputar las donaciones a la cuota reservada equivaldría a incrementar con ellas el caudal hereditario en beneficio exclusivo de los herederos voluntarios".

Con estos dos párrafos, el autor da por cancelada la más que milenaria institución de las donaciones en anticipo de la legítima y por limitada la imputación a ésta de aquéllas ^{solo} fuera de los supuestos específicos de concurrencia de otros herederos forzosos o de ejercicio de la acción de reducción por parte del mismo legítimario donatario. Pero veamos cuál es el peso de sus razones.

Es su premisa mayor, que "los bienes donados no forman parte del relictum, no son bienes hereditarios". La menor, que los herederos voluntarios sólo tienen derecho a lo relicto. Y su conclusión, que "por consiguiente, los herederos voluntarios no tienen ninguna participación en ellos" [*en los bienes donados*].

El silogismo es correcto. Pero no sabemos qué relación directa tiene con la afirmación que, con él, quiere demostrar. Esta es diversa de la conclusión con la cual la da por demostrada.

La correcta conclusión determina que los donatarios del difunto -conforme, por otra parte, lógicamente dispone el § 3º del art. 655 C.c.- "no podrán pedir la reducción [de las donaciones] ni aprovecharse de ella" (inciso este último -"ni aprovecharse de ella"- que se refiere más propiamente a los acreedores del difundo, a los que dicho párrafo menciona junto a donatarios y legatarios).

Pero, no vemos que el silogismo pueda llevar a la conclusión, totalmente diversa, de que la parte de libre disposición mortis causa, ^{suma relictum + donatum - debe} proporcionalmente a la ~~relación de la parte de libre disposición con respecto al todo~~, será tanto menor cuanto más haya donado el causante como anticipo de legítima. La imputación de las donaciones a la legítima del donatario, como la imputación de lo donado a extraños a la parte de libre disposición, no conc

disponiendo mortis causa de igual suma de 10 a favor del hijo y de 50 a favor del extraño, daría lugar a resultados completamente distintos según a qué título dispusiese a favor del extraño. - (278)
Porque conforme dice el mismo Guillermo O. Valdecasas: "Tan poco existe una prohibición legal absoluta de disponer por vía de legados en una cantidad superior al valor de la parte de herencia de libre disposición. Aunque excedan de ella, los legados son válidos y eficaces mientras no sean reducidos por inoficiosos. - Solamente la disposición de la cuota hereditaria reservada determina la nulidad radical (total o parcial) de la correspondiente institución de heredero".

Aplicando este criterio al supuesto dado, si el hijo donatario hubiese sido instituido heredero y el extraño beneficiado -- con un legado de 50, aquél tendría --conforme la tesis que comentamos-- que ejercitar la acción de reducción para complementar su legítima y en consecuencia debería imputar a su legítima lo recibido a título de donación; y no, en cambio --según la misma tesis-- en el caso propuesto de ser instituido el extraño y atribuírse al legitimario un legado de 10, pues al resultar --siempre según dicha tesis--, nula en cuanto a 40 la institución, el hijo no necesita ejercitar la acción de reducción, por lo cual no debe impugnar su donación y sólo debe impugnar el legado a su cuota hereditaria reservada.

¿ si es analizada

Esta duplicidad de resultados no puede aceptarse (serbamente. -
Si la pretendida norma, que impidiese imputar lo donado a la cuota de reserva, fuese imperativa: no puede aceptarse camino alguno que la eslaye; y si no lo fuese, puesto que se pretende que *la imputación* debe verificarse en caso de ejercicio de la acción de reducción, provocada al ordenar el testador un legado inoficioso: no se ve por qué hay que apartarse de la voluntad del testador, - *En otros casos* valorando conceptos dogmáticos, en contra del principio fundamental de que su voluntad es ley de la sucesión en cuanto no choque con normas imperativas que le señalen un límite.

pueda satisfacerse con la entrega en metálico del valor que esa --
pars bonorum tenga al tiempo de su solución; y b), que puede atri-
buirse por cualquier título, conforme la génesis y ratio del art.-
815 nos prueban. Es decir, que puede ser satisfecha tanto por un llamamiento ab intestato, praeter tabulas o contra tabulas en caso
de impugnación por desheredación o institución injusta; o por una-
institución testamentaria de heredero, que líquidas cubran dicha -
pars bonorum, como igualmente mediante legados o por donaciones --
-con tal de que el causante no haya incurrido en preterición- o --
bien cumulativamente por los tres medios o por dos cualesquiera de
ellos.

III - ¿Cabe, en el Código civil español, distinguir una legítima de lo "relictum" para las disposiciones mortis causa, e independientemente la resultante de la suma de "relictum" ó "donatum" sólo aplicable a la reducción de las donaciones inoficiosas?

Si bien no propiamente para la distinción entre cuota de reserva y cuota de legítima, sí precisamente para diferenciar: una legítima de lo relictum, aplicable a las disposiciones mortis causa, y otra de la suma de relictum y donatum, aplicable al cálculo de la inoficiosidad de donaciones a extraños, pudo hallarse en las leyes 25 y 28 de Toro fun fundamento que no tiene paralelo en el Derecho italiano.

Bastaría, para comprobarlo, prestar atención a la discusión que sostuvieron en torno a la Ley XXV de Toro los clásicos castellanos del Siglo XVII y que tuvo su epílogo en la polémica entre Manresa y Morell, llenando así más de cuatro siglos de nuestra historia jurídica, y a las que hicimos eco en la tercera parte de nuestros "Apuntes de Derecho sucesorio" (279).

Nos creemos, por ello, obligados a examinar esas razones que, tal vez, podrían fortalecer por lo menos una parte importante de la tesis que examinamos.

28- Para introducirnos en el examen de esa 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 (280); y que, en un principio, dieron lugar a que se superpusieran dos medidas legitimarias diversas. Así:

a) A efectos de la querela inofficiosi testamenti sólo se su-

maban a lo relictum las donaciones imputables a la legítima ⁽²⁸¹⁾ ;
es decir, además de las mortis causa ⁽²⁸²⁾ , las siguientes inter-
vivos: dotes y donaciones propter nuptias ⁽²⁸³⁾ , las ad emendam -
militum ⁽²⁸⁴⁾ y las expresamente verificadas como anticipo de leg
gítima ⁽²⁸⁵⁾ .

b) Los efectos de la querrela inofficiorum donationis vel do-
tis se requería un doble cómputo y sólo se daba lugar a su ejer-
cicio si la inoficiosidad se daba en ambos cómputos, referidos -
respectivamente a la fecha de la donación y de la muerte del don-
nante ⁽²⁸⁶⁾ ; pero todas las donaciones anteriores debían computar
se para comprobar la inoficiosidad de las ulteriores ⁽²⁸⁷⁾ , así -
como la del testamento del causante ⁽²⁸⁸⁾ , y, entre ellas, debían
computarse e imputarse a ^{del querrelante} la legítima (todas las donaciones recibí-
das por el ^{mismo} querelante de cualquier clase que fuesen ⁽²⁸⁹⁾ .

Esta duplicidad de remedios dió lugar a que la glosa plantea-
se 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 inofficiorum donationis y, además, dis-
poner mortis causa de lo relicto sin tener que respetar a sus he-
rederos forzosos más que aquella parte que frente a la querrela -
inofficiorum testamenti se estimaba como porción legítima, es de-
cir, calculándola tan sólo del montante de lo relicto, según el-
texto de la ley Cum queritur (Cod. III-XXVIII, 6). ⁽²⁹⁰⁾

Rodrigo Juárez ^{en} nos explica cómo lo planteó la glosa mag-
na el vers. 6 quero de la ley 1, Cod. de inoffi. don. (III-XXIX):
Un padre donó nueve onzas e instituyó herederos en las tres res-
tantes a sus hijos gravándoles de legados y fideicomisos que no-
lla 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 o de otras tres cuartas
partes de lo relicto por acto de última voluntad?

Habían argumentos para excluir ambas querrelas que llevarían-
a la posibilidad de dos porciones de libre disposición, una in -

ter vivos y otra mortis causa: "quia querelam inofficiosas donationis non habet cum donatio novem unciarum non fuit inofficiosa: ex quo non excedat legitimam: quia tres unciae remanserunt filio, quae erant integae: nec etiam habet querelam inofficiosi testamenti. Nam ad hoc, ut cesset querela talis, sufficit quod filio relinquatur quarta de bonis, quae reperiuntur tempore mortis l. cum quaeritur, C. de inoff. test. et ind. § quarta sed -- cum tempore mortis eolum reperiebantur tres unciae sufficit quod de illis tribus unciis habeat quartam: et per consequens residuum potuit legari".

Pero la glosa magna lo resolvió negativamente, criterio con el cual Rodrigo Juárez muestra su conformidad: "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, quae erant duodecim..." De este modo la ley Cum quaeritur debía completarse e integrarse con lo dispuesto en el título De inofficiosas donationis del propio Codex.

29- La cuestión así resuelta en el Derecho común se mantuvo más dudosa en el Derecho Real de Castilla.

La ley 7, tit. XII, Lib. III del Fuero Real prohibió a quienquiera hijos donar 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 de quisiere e no 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, basándose en que las dos citadas leyes se hallaban en títulos distintos.

La ley 28 de Toro trató de resolver esta duda de acuerdo con el criterio del Derecho común, y así dispuso que: "La ley del fuero que permite que el que tuviere fijo o descendiente legiti-

no pueda hacer donación fasta la quinta parte de sus bienes e no mas, e la otra ley del fuero, que assí mesmo permite que pueda mandar teniendo hijos o descendientes legitimos 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 hijos ni descendientes más de un quinto de sus bienes en vida o en muerte».

(291)

Palacios Nuyos sostuvo que esta ley sólo prohibía que a un mismo hijo pudiera dárselo un quinto en vida y otro a la muerte del padre, pero no que cupiera donar un quinto a un hijo, y legar otro quinto a otro hijo.

(292)

Però la común opinión interpretó la ley 28 de Toro en el sentido de que ésta resolvía negativamente la posibilidad de disponer de dos quintos, además del tercio, a favor de los hijos o de uno, además del tercio, a favor de los hijos y otro a favor de extraños, o de más de un quinto a favor de extraños, ni aunque fuese acumulando lo dejado en vida y lo dispuesto en testamento.

30- Hemos visto cómo en Derecho Castellano se dispuso la posibilidad de coexistencia de una cuota de libre disposición inter vivos y otra mortis causa, concretándose en una sola para ambos títulos dispositivos. Ahora vamos a examinar, a la inversa, si tampoco hubo más que una sola cuota de legítima con referencia tanto a donaciones como a disposiciones testamentarias apreciadas conjuntamente, o bien si hubo dos cálculos y dos cuotas divergas aunque complementarias entre sí.

Si la clave del anterior problema fué la ley 28 de Toro, el que ahora tratamos de examinar se centra en la interpretación de la ley 25 de Toro.

Dispuso la ley 25 de Toro que: «El tercio y quinto de mejora fecho por el testador no se saque de las dotes, y donaciones propter nuptias, ni de las otras donaciones que los hijos e descendientes traxeren a colación o partición».

La línea interpretativa de esta ley se bifurcó en dos cuestio-

nes independientes: a) ¿Se trataba de una norma imperativa o simplemente interpretativa de la voluntad del testador?; b) la expresión «no se suque» ¿fue empleada con significado de ^{¿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 nuestros repetidos "Apuntes..." tratamos de establecer una clasificación de las distintas opiniones de los comentaristas -- que trataron de contestarlas, y de ellas, ahora, somos sólo a -- ofrecer una breve síntesis:

a) Miguel de Cifuentes ⁽²⁹³⁾, Palacios Ruives ⁽²⁹⁴⁾ y Diego Castillo ⁽²⁹⁵⁾, primeros comentaristas de las leyes de Toro, apoyándose fundamentalmente en que las leyes 19 y 23 de Toro referían el tercio al montante o valor de los bienes del mejorante al tiempo de su muerte, dedujeron que como corolario la ley 25 determinó que la mejora se debía extraer y calcular exclusivamente de los bienes que el causante tuviese a la hora de la muerte. -- años más tarde siguió ese criterio Muñoz de Escobar ⁽²⁹⁶⁾, quien, si bien ^{no} añadió nuevos argumentos, excepto el de observar que de computarse dichas donaciones para calcular tercio y quinto al aumentar éstos, disminuiría la legítima (argumento que sólo sería razonable si la legítima con ello disminuyera a menos de lo que debía importar); en cambio, atacó muy duramente ^{¿la opinión opuesta} (de Tello. ⁽²⁹⁷⁾ Después, también se defendió ^{> este criterio} Juan del Castillo Cotomayor ⁽²⁹⁸⁾. Si bien éstos ^{¿dos últimos autores} lo exceptuaron en el supuesto de haberse dispuesto la mejora inter vivos en forma irrevocable, supuesto en el que admitieron que se sucasa, conforme la ley 17, de las dotes y donaciones posteriores.

¿ese criterio pudo replicarse ⁽²⁹⁹⁾ que las leyes 19 y 23 de Toro en realidad no declaran, respecto de la mejora de tercio, más que la citada ley Cum queritur (Cod. III-XXVIII, 6) con respecto la legítima romana, cuando ésta disponía que "si quartam bonorum partes mortis tempore testator reliquit, inspicietur", y, sin embargo, en virtud de la doctrina de la inofiosidad de las do-

nacones, implicó la acumulación de donatum y relictum.

En sentido lo aclaró Juan Gutiérrez ⁽³⁰⁰⁾ al decir que las leyes 19, 23 y 29 non dicunt tertium et quintum meliorationis intelligendum tantum fore de bonis, quas defunctus reliquit tempore suae mortis, sed quod valor bonorum defuncti ad ex trahendum tertium et quintum attendendus est tempore mortis testatoris; -- quod diversum est".

Palacios Ruivos ⁽³⁰¹⁾ 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 fué: De los 100 se descuentan -- los 20 dados en dote; de los 80 relictos se deduce quinto y tercio, que suman 32; al resto de 42 se suma los 20 de la dote coligacionable, 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 ⁽³⁰²⁾ contraponiendo otro ejemplo que comentó: Si 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 legítimarios en más de tercio y quinto de 130 ($24 + 32 + 10 = 66$). Y si los 10 donados se descuentan de los 56 de mejora, recibiendo 46 el mejorado de tercio y quinto, o se sumasen a la legítima los 10 de dote, resulta réxi 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) Antonio Gómez ⁽³⁰³⁾ y el jesuita Luis de Molina ⁽³⁰⁴⁾ distinguieron según el tercio y quinto en cuestión tuvieran que ser el módulo de disposiciones mortis causa o de disposiciones inter vivos, calculándolos en el primer supuesto sólo del causal relictivo y en el segundo de la acumulación de relictum y donatum.

En contra de esta distinción, objetó Ayerue de Ayora : --
 "que no a de ser de peor condición el padre que dio en su vida a sus hijos sus legítimas, que el que no las dió hasta la muerte-
maxima que en las dotes y donaciones propter nuptias se suele de-
 zir y poner en la scriptura que lo da para en cuenta de su legítima del hijo y aunque no se diga el derecho lo dice y dispone -
 porque es donación ob causa hecha para este efecto...", "...por-
 que teniendo los otros hijos recibidas sus legítimas, enteramen-
 te de todos los bienes que su padre tenía y tuvo hasta el día de
 su muerte no pueden querellarse de inofficioso testamento... aun-
 que el padre diese 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 teniendo el padre en vida dado a-
 un extraño el quinto de sus bienes no puede despues en la muerte
 disponer de otro quinto entre extraños en perjuysio de sus hijos:
ut in l. 28 de Toro l. 12. tit. 6. ll. 5. reco. por essa misma ra-
 zon a contrario sensu teniendo dado el padre a sus hijos, en su -
 vida en dote, y donación propter nuptias, lo que les pertenecía,
 y antes de aver de sus bienes en su legítima no era obligado en-
 muerte a darles otra legítima si/ho tiene sus bienes adquiridos -
 al tiempo de la muerte..."

c) La tesis de que en la ley 25 de Toro el verbo «caçar» no -
 debe entenderse por deducir o calcular, sino solamente por de-
 traer y extraer efectiva y realmente, fué especialmente defendi-
 da por los citados Tello Fernández ⁽³⁰⁶⁾ y Ayerue de Ayora ⁽³⁰⁷⁾, -
 y por Alfonso de Acevedo ⁽³⁰⁸⁾. Para los tres la ratio de dicha -
 ley fué que la dote y las donaciones propter nuptias se imputaban
 a la legítima, por lo cual/ellas no se extraían las mejoras de -
 tercio y quinto; pero, en cambio, se tenían verbalmente en cuen-
 ta para calcularlas ⁽³⁰⁹⁾.

Tello, aplicando este criterio a su ejemplo, que antes hemos-
 referido, propuso la siguiente solución: de la suma de los 120 --

relictos y de 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 (310) .

Ayerve de Ayora también puso su ejemplo: "Si un padre touiesse mil quinientos ducados de hazienda y cuatro hijos a los quales - ouiesse dado en dota y donación propter nuptias para en cuenta - de sus legítimas a cada uno doscientos ducados que es su legítima enteramente que monta a ochocientos ducados y solamente uiesse retenido para si el quinto para disponer por su anima y entre extraños y el tercio entre sus hijos que son los setecientos ducados que hazen el tercio y quinto de todo. Si este padre mejorasse agora a un hijo en el tercio y remanente de el quint. de todos - sus bienes, o en una heredad que reservuo para si, que montaua el tercio y quinto de todos sus bienes, en tal caso no podría el padre mejorar al hijo que quisiesse en todo el tercio y quinto de sus bienes sino solamente de lo que posseya quando murió que es el tercio y quinto que auia reservado para disponer en su muerte del quinto libremente y del tercio entre sus hijos quod esset absurdum et contra mentem legis, pues este padre ha dado ya enteramente sus legítimas a sus hijos en los ochocientos ducados que les dió en su vida y no tiene agora más patrimonio quando viene a morir (que de) darles mayor legitima y querrian según esso llevar los hijos dos legítimas una la que se les dió en su vida del padre de todos los bienes que tenia, y otra de los bienes que reservuo para si, y dexo quando murio que eran solamente el tercio y quinto de sus bienes, quod esset iniquum et iniustum et contra leges, quae permitunt parentibus libere disponere de bonis suis, et dividete inter filios in vita vel in morte dum non minus legitima sua eis relinquunt... y ansi se concluye que si el padre y madre de este hijo mejorado en el tercio y quinto de sus bienes - le mejoraron en el tercio y quinto de sus bienes, y de todo aquello que le podía mejorar conforme a derecho que estas dos parti-

das que el padre dió a sus dos hijos... se han de juntar con su capital de el padre y hazerse cuerpo de bienes y de todo ello se ha de sacar el tercio y quinto de la mejora... (311)

No obstante, Ayerue de Ayora abre la posibilidad del criterio interpretativo del que enseguida vamos a ocuparnos. Fijémonos en que hace notar condicionalmente que si el padre o madre "le mejorasen en el tercio y quinto de sus bienes, y de todo aquello que le podía mejorar conforme a derecho". Pero, aún más claramente, se observa en otro lugar (312) en el que distingue: "O el padre en su testamento o escritura de mejora dize que mejoraría a su hijo en el tercio y quinto de sus bienes que tenía y poseeva de presente, o de sus bienes absolute, o indefinidamente, y en tal caso esta mejora no se estendera a mas de los bienes que de presente tiene o touiere al tiempo de su muerte non ex defectu potestatis sed voluntatis poraué el mismo se limito y no dize mas en la mejora que hizo"... "pero si el padre dixesse que mejora al hijo en el tercio y quinto de sus bienes que de presente tiene, y en todo aquello que pueda mejorarle de derecho, por quanto el tiene dados a sus hijos sus legitimas en vida, y todo aquello -- que quitan de aver de sus bienes... en tal caso sine dubio crederem que pudo el padre mejorarle en todo el tercio y quinto de todos los bienes, assi de los que presente tiene, como de los que tenía al tiempo que dio las dotes y donaciones propter nuptias a los otros sus hijos..."

d) Entre los autores que situaron la disposición de la ley -- 25 de Toro, en su aspecto de ordenación contable, en el terreno de la presunta voluntad del causante y no en el de su potestad, deben ser citados Rodrigo Suárez (313), Juan Matienzo (314), Juan Outiérrez (315), Andrés Angulo (316) y Ludouico Velázquez de Avendaño (317). Estos autores, como los del primer grupo referido, admitieron que la afirmación <<no se aguen>> tenía en la ley 25 un significado relativo al calculo del montante de las mejoras; pe-

ro, en cambio, estimaron que no era un precepto imperativo sino interpretativo de la voluntad del causante.

Del existirían dos masas de cálculo de las mejoras. Una de cálculo posible según la ley, equivalente a quinto y tercio de la suma relicta + donatum. Otra de cálculo presunto, para caso de no referirse el testador a otra mayor posible. A esa segunda masa de cálculo, y no sólo a la de extracción, se refería la ley 25 de Toro, según los defensores de esta última tesis.

Rodrigo Juárez lo expresó concisamente: "Præsumendum est ergo cum dixit, mellora in tertia parte bonorum meorum, non se re-
tubisse, nisi ad bona, quæ erant in suo patrimonio tempore mor-
tis et sic affuit potestas facendi, et etiam voluntas quæ co-
njecturatur ex dictis verbis igitur"... , "nisi expresse per tes-
tatores fuisset dictum, quod dictam tertiam meliorationis posset
deducere de toto acervo: tam de bonis quæ ipse dimittit tempore
mortis, quæ etiam dotibus ex omnibus aliis, quæ ipse dederat fi-
lilis suis..."

quella presunción cesaba, según Matienzo, si la mejora era anterior a la dote o donación propter nuptias: "Melioratio ter-
tii et quinti prius facta extrahitur ex dote, vel donatione, -
quæ confertur, quæ meliorationem sequitur".

Y, con más razón aún, si la voluntad expresa del causante era
otra: "Limita tamen regulam nostram lege -dijo Velásquez de Aven-
daño- quando pater expresse constituit quod melioratio deducere-
tur ex acervo totius hereditatis vel ex omnibus præteritis seu
futuris bonis".

Angulo planteó lucidamente: En el terreno del Derecho necesari-
o, para calcular las legítimas debe sumarse el caudal relicto-
el importe de las donaciones simples y causales, incluso si el
donatario se abstuviere de la herencia. En cambio, no se de dere-
cho necesario que se haga la acumulación de dichas donaciones "ob
causam" para calcular tercio y quinto (318) . Pero, tampoco lo es-
que no se acumulen las dotes y donaciones causales o simples na-

ra el cálculo de tercio y quinto puesto que con tal acumulación no se lesiona la legítima ⁽³¹⁹⁾ : "Quod autem non laedantur ex accumulatione donatum simplicium patet ad oculum"... ⁽³²⁰⁾ "Quod autem nec legitimas laedantur ex accumulatione dotium aut donationum - ob causam, vel pro legitima, patet similiter" ⁽³²¹⁾ .

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 (analogicamente, resultaba) -reflejóla a la mejora ordenada en tiempo de presente- de la ley Si ita del tit. De iure et argen. lega. del Digesto (XXXIV-II, 7 /87) ⁽³²²⁾ .

En embargo -según concluyó Angulo- las mejoras de tercio y quinto no sólo podían sino que también debían calcularse acumulando dotes y donaciones ob causam en los supuestos siguientes:

a) Para el cálculo de las irrevocables anteriores a las dotes y donaciones causales ⁽³²³⁾ .

b) Para comprobar la ofiosidad o inofiosidad de las donaciones de cantidad o de cosa cierta, que no tenían otro límite que el tercio y quinto del total de relictum + donatum, deduciendo primero las dotes y donaciones precedentes ⁽³²⁴⁾ .

c) Para fijar el montante de aquéllas que el testador ordenó que fuesen calculadas acumulando, a lo relictum, las dotes y donaciones anteriores a la mejora, aunque naturalmente tuvieran la - limitación de no poder perjudicarlas ⁽³²⁵⁾ .

31- El panorama que en el periodo precursor al Código civil presentaba la doctrina al interpretar la ley 25 de Toro era el siguiente:

a) Josef Febrero ⁽³²⁶⁾ parecía seguir, en líneas generales, la tesis interpretativa, si bien desarrolló la cuestión de un modo-

casulístico, lo que aconseja seguirle paso a paso, en sus cuestiones y conclusiones. Así vemos que distingue:

1º) Tratándose de dotes, donaciones propter nuptias, por equidad de matrimonio o a cuenta de la legítima, estimó aplicable la ley 25 en el sentido de que las mejoras de tercio y quinto posteriores no se debían quitar de ellas, en el doble ^{significado} ~~sentido~~ de que no podían disminuirse y de que ni siquiera podían ser incluidas contablemente para su cómputo, ^{para} percibir "el mejorado más, sin tocarle, por aplicársele en parte de mejora el importe de bienes que no eran del mejorante, y ser con este motivo más cuantiosa - sin deber serlo". La razón básica, esgrimida fué la interpretativa "de que jamás se juzga que ninguno quiere disponer, ni disponer de los ajenos, sino de los propios: y no siendo del mejorante los que tenía entregado, no es visto disponer de ellos".

Pero tal regla, la limitó en tres casos:

I) Si la mejora fué hecha (nº 142) de modo irrevocable con anterioridad a la dote o donación causal, "pues entonces se deducirá, y exigirá efectivamente la mejora de la donación, no pactándose lo contrario (como se puede) al tiempo de constituir la mejora", "porque el ascendiente tiene potestad legal de mejorar irrevocablemente entre vivos a alguno, o algunos de sus legítimos -- descendientes en el tercio y quinto de sus bienes y, de lo contrario, se vulneraría la irrevocabilidad de las mejoras que conforme la ley 17 puedan y deban serlo (n. 145).

II) Si la dote fué inoficiosa, supuesto en el cual el exceso vuelve al donante (n. 146).

III) Para el supuesto de que el padre, "teniendo v.g. cuatro hijos, entregue a cada uno por vía de dote, o donación propter nuptias su legítima corta en el concepto y con expresión de tal, quedándose solamente el tercio y quinto de los bienes que a la sazón posee, y después mejora al uno de ellos, y no dexa... más bienes que los con que se queda" (n. 167); en el cual distingue: "si el padre al tiempo de su tradición expresó que se quedaba --

con el tercio y quinto para disponer de ellos íntegramente con arreglo a Derecho, y que los hijos hablan de colacionar sus legítimas, y acumularse a efecto de deducirlos, del mismo modo que si no se las hubiera entregado, se acumularán, y sacará de ellas el tercio y quinto, porque con este fin se les dió, y en este concepto las recibieron. Mas si faltó la expresión referida, no, porque ya son suyas, y el padre no puede mejorar en bienes ajenos, pues lo prohíbe la ley 25ª (n. 168).

2º) Se tratase de una donación simple, se sumó a la opinión antes expresada, de Tello, Ayora y Acevedo, introduciéndose en la cuestión con el mismo ejemplo que vimos planteado por el primero de estos tres autores.

Un padre que tenía tres o cuatro hijos, hizo donación simple inter vivos de diez mil reales a uno de sus hijos, o de un fundo o cosa que los valía; después en última voluntad mejoró a otro en el tercio y quinto, y dejó un caudal relicto de ciento veinte mil reales (n. 148).

Y señaló que se habían propuesto cuatro criterios distintos para solucionar el problema:

I) Deducir la mejora expresa solamente de los bienes relictos, y entonces el mejorado en testamento conseguirá como tal 56 mil reales de los 120 mil inventariados; pero de esta suerte se defraudan las legítimas en los 10 mil entregados en vida al donatario, en los cuales se entiende mejorado" (n. 149).

II) Deducir de lo donado un tercio y un quinto, y del importe de los bienes relictos otro tercio y quinto, lo que arrojaría el siguiente resultado: mejoras $4.666 \text{ y } \frac{2}{3} + 56.000 = 60.666 \text{ y } \frac{2}{3}$ y legítimas $5.334 \text{ y } \frac{1}{3} + 61.000 = 69.334 \text{ y } \frac{1}{3}$. Pero, observó que de ese modo, si bien "en nada perjudica las legítimas de los hijos, ni tampoco al mejorado en testamento", en cambio se "perjudica al donatario" porque de lo que ya es suyo como mejora se le quita para la legítima más de la mitad... "sin estar obligado a restituirlos, por no resultar inoficiosidad" (n. 150).

III) Unir y acumular verbal y numéricamente los 10 mil reales entregados en vida a los 120 mil inventariados, con lo que sumará 130 mil y calcular de éstos el total de la mejora 60.666 y 2/3, deduciendo de esta suma los 10.000 de la donación, con lo que quedan 56.666 y 2/3 al mejorado en testamento (n. 151).

IV) Sacar la mejora solamente de los 120 mil reales relictos, con lo que importaría 56.000 y restar de éstos los 10.000 donados, con lo que quedarían para el mejorado en testamento 46.000-reales, "y por consiguiente, aunque el donatario no será defraudado, ni tampoco las legítimas, pero el mejorado en testamento no llevará el residuo íntegro de la mejora que el testador hizo a su favor de todos sus bienes en vida, y muerte, como pudo, porque le faltan 4.666 reales y un tercio de dos, para completarla" (n. 152).

Febrero, después de haber indicado que el tercer sistema "lo observan los Contadores de esta Corte, inteligentes en particiones, porque con él ninguna ley se infringe ni se perjudican ni disminuye las legítimas, ni mejora tácita ni expresa" (n. 151 in fine), dedicó varios números (n. 153 y ss.) a examinar los textos de las leyes 19, 23, 25 y 26 de Toro, para decidirse por uno de aquéllos, ^{el criterio} concluyendo que cuando estuviera clara la voluntad del testador en ese sentido se debía acumular la donación para calcular la mejora (n. 164).

3º) En cuanto al cómputo del quinto dejado en acto de última voluntad, tanto si el testador lo atribuyó como mejora o legado a un hijo o descendiente o a un extraño, opinó que sólo debía ser calculado de lo relicto "excepto que al tiempo de dar la dote, o hacer la donación, expresa y conste en ellas que las han de colacionar, y computar, para de todo el cúmulo sacar el quinto, y disponer de él a su arbitrio, pues en ese caso habrá lugar a la computación y deducción de su propio importe" (n. 170).

(327)

b) Sancho Llamas y Molina entendió que, en la ley 25 de-

Toro, el verbo agacar no se usaba en el sentido contable de calcular, sino en el sentido material de extraer, tomar, quitar, y -- que la finalidad de dicha ley se concretaba a aplicar la doctrina de que las donaciones anteriores no podían ser revocadas o -- disminuidas por otras posteriores. Su criterio acerca del sentido del verbo agacar le hizo, pues, coincidir con la interpretación de Tello Fernández, aunque sus razones difiriesen, puesto -- que Tello había opinado que el principio de que la donación anterior no puede ser revocado por otra posterior se hallaba fuera -- de la órbita de la ley 25, de y que ésta iba dirigida específicamente a proteger las dotes y donaciones propter nuptias.

Por tanto, para Doncho Llamas la expresión no se agaque carecía de todo valor contable, pues en ese aspecto las mejoras de tercio y quinto siempre debían calcularse de la suma relictum + donatum, sin perjuicio de que a los coherederos resultantes se les -- restara el importe de las donaciones anteriores, e incluso el ex -- ceso que sobre las legítimas arrojase en las dotes -- salvando la -- Pragmática de Madrid de 1543- y las donaciones propter nuptias.

c) No hemos conseguido tener plena seguridad de cuál fué la -- opinión de Martí de Eixaldá ⁽³²⁸⁾, Benito Outiérrez ⁽³²⁹⁾, La Serna y Montalbán ⁽³³⁰⁾ y González Ferrano ⁽³³¹⁾, aun después de releer -- cuidadosamente sus opiniones. Daban, estos autores, un concepto -- amplio de la colación. Afirmaban, que las donaciones ob causam -- se colacionaban a las legítimas y que las donaciones simples se -- colacionaban a quinto y tercio. ¿Debían, pues, a su juicio, sumarse a la legítima las donaciones causales, y a tercio y quinto sumarse las donaciones simples, con la limitación de que esta segunda suma no podía exceder del tercio y quinto de la suma de relictum y donatum? De ese modo, las mejoras testamentarias, -- por ser mortis causa, únicamente se podrían deducir de lo relictos; pero, a ellas, podrían sumarse las mejoras irrevocables y -- las específicas, con tal de que su suma no excediera del quinto-

y tercio de la suma relictus + donatus. Sólo habría lugar a la -
reducción en caso de exceder de ese tope, y primeramente afectaría
a las mejoras testamentarias.

Según La Cerna y Montalbán: "Las donación simple se imputa, -
primero en el tercio, después en el quinto, y últimamente en la -
legítima, porque se considera acto de mera liberalidad. La dona-
ción por causa, primero en la legítima; si aún excediera a ésta,
en el tercio, y finalmente en el quinto, porque se cree que el -
objeto del mejorante fué, ante todo, dar al mejorado su legítima
anticipada". Pero, seguidamente, añade una frase que nos hace du
dar si su tesis fué ^{Liquid a la} (que -como enseguida veremos- sostuvo Sala: "El
exceso de estas cuotas se devuelve al cuerpo de la herencia para
dividirlo con igualdad entre todos los hijos".

d) Alvarez Posadilla ⁽³³²⁾, Sala ⁽³³³⁾ y Del Vico ⁽³³⁴⁾ continúan
con la posición rígida de Palacios Ruvios, Muñoz de Escobar y --
Castillo Potosmayor, afirmativa de que la ley 25 de Toro disponía,
con carácter imperativo, que las mejoras sólo podían deducirse y
calcularse del caudal relicto, que su fin fué disipar toda duda -
en la interpretación de las leyes 19 y 23,

Sala, en su ejemplo III, planteó: Un padre hizo donación sim-
ple de 1000 a uno de sus tres hijos, Pedro; donación causal de -
300 a otro, Juan; y al fallecer dejó un caudal relicto de 1500.-
Y propuso la siguiente solución:

"Y en atención a que las mejoras dicen solamente respecto al-
patrimonio del difunto al tiempo de su muerte, que según hemos -
visto sólo importaba 1.500, será el tercio y quinto el mismo que
en los anteriores ejemplos (es decir, el quinto sacado de 1.500-
será 300, y el tercio de los restantes 1.200 será 400, y, por lo-
tanto, en junto tercio y quinto importarán 700). Se ejecutará, -
pues, la división de la manera siguiente: De los 1.500, patrimo-
nio del difunto, tocan a Pedro 700 por su quinto y tercio; y a -
los 800 restantes se acumularán 1.300, importe de las donacio-
nes; y saldrá el cúmulo de 2.100 y dividido éste por partes - -

Iguales, importará 700 la legítima de cada uno de los tres hijos. Según esto, de los 1.500, importe del patrimonio del padre se darán 400 a Pedro, que junto a los 1.000 que tenía por su donación forman su total haber de 1.400, esto es 700 por mejora y otros tantos por legítima. A Juan se le darán otros 400, que unidos a los 300 que tiene por su donación, le forman la legítima de 700-queque le corresponde. Y a Diego se le darán los 700, resto del patrimonio del difunto que son su legítima".

e) García Goyena ⁽³³⁵⁾ fué decidido y decisivo defensor de acumar idealmente todas las donaciones para calcular, de su suma con el caudal relicto, el importe de la legítima, de la mejora y de la parte de libre disposición.

Para defender su tesis, comenzó por mostrar gráficamente con algunos ejemplos lo absurdo de las contrarias. Así:

"Puede también dar ocasión la ley [25 de Toro] a dudas e inconsecuencias. La donación simple envuelve mejoras: primero del tercio, luego del quinto; supongamos que un padre rico donó a uno de sus tres hijos 20.000 y muere luego sin dejar bienes y sí deudas; ¿será por eso ilusoria la mejora y se repartirán los 20.000 con absoluta igualdad entre los tres? Si deja 30 duros, ¿constitirán las dos mejoras en sólo 14, seis el quinto y ocho el tercio? Donó a uno 4.000 por mejora expresa del tercio; dejó al morir 15.000 y mejoró a otro en el quinto. ¿Habrá de sacarse éste solamente de los 15.000? Si se resuelve que sí por los términos de la ley, resultará que el padre no ha dispuesto ni podido disponer en vida y muerte del quinto de todos sus bienes".

Respecto al cómputo del quinto, añadió otro ejemplo:

"Donó el padre 5.000 a un extraño simplemente o expresando -- que es a cuenta de su quinto disponible; luego otros 5.000 a un hijo simplemente o expresando que es mejora en el tercio, y dejó al morir 15.000. El extraño, donatario anterior reclamará con -- justicia que los 10.000 donados se agreguen a los 15.000 y así -- resultará que el quinto importa sus 5.000; de otro modo se les --

perjudica en un derecho adquirido con anterioridad, y resultará que el donador puede hacer ilusoria en todo o en parte su libertad. ¿Y cómo se deducirá la mejora de tercio? Sin duda, de sólo 15.000 existentes a la muerte del padre. ¿Y, cómo imaginarse una contradicción más chocante con la sencilla y recta razón, -- ni una aberración más completa de la jurisprudencia universal? -- Igual pregunta con iguales dificultades puede hacerse si el testador dispone del quinto en dicho caso a favor de su alma; y podrían ponerse otros casos no menos perplejos y espuestos a estrafalinas, por no decir absurdas consecuencias".

Por todo ello --según explica-- 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 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 art. 648 de dicho Proyecto, en su § 2º, determinó que, para fijar las legítimas, «al valor líquido de los bienes hereditarios se cargará el valor que tenían todas las donaciones del mismo testador...»

Y el art. 652 del mismo Proyecto de 1851, que encabezaba la sección de las 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 todo 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 quinto y tercio. Según el expresado criterio de Carlos Ceyena, hecho de éste o de aquel modo resultaba lo mismo, pero se disipaban las dudas --que calificó de absurdas-- que ante-

(336)
riamente se hablan suscitado. Por eso , al glosar el art. -
652, dice que: "Este artículo es de jurisprudencia universal, y -
no necesita motivarse, ni admite comentarios: todo lo que no sea
legítima rigurosa es de libre disposición".

32- La redacción del § 2º del art. 648 del Proyecto de 1851, -
fue literalmente recogida en el § 2 del art. 803 del proyecto de
1882; pero, en cambio, el Código civil, en su art. 818, interpola
la palabra "colacionables" en el inciso "Todas las donaciones --
del testador", detrás de la palabra "donaciones". En esa palabra
colacionables radica la clave de una serie de cuestiones, de las
que nos ocupamos hace ya años (337).

¿Es una misma regla la que debe aplicarse para calcular la -
legítima estricta, la parte disponible como mejora y la cuota de
libre disposición? Es decir, ¿son tres partes alcuotas de un --
mismo todo?; o bien ¿la acumulación de lo donado al líquido re -
licto puede desequilibrar esa proporcionalidad?".

"Para calcular la legítima, ¿deben agregarse contablemente to -
das 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 en ~~otras oca -~~
(338)
~~siones~~ 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 art. 818 del Código civil?

(339)
a) Según Manresa "no hay disposición legal donde dar sig -
nificado diferente a la palabra colacionable en el artículo 818 y
en el 1.035". "Ni existe ni directamente se establece tal distin -
ción en ningún artículo del Código".

(340)
b) Sánchez Román , entendió que la colación tiene un do -
ble significado, uno estricto al que, a su juicio, se refieren -
tanto el art. 1035 como 818 C.c., y otro menos propio, aplicado-

al cómputo previo al ejercicio de la reducción de las liberalidades no colacionables en sentido estricto. En su sentido estricto, la colación -dice en otro lugar (341) : "en el concepto legal que el Código civil atribuye a esta palabra y la aplica, no es otra cosa que la imputación a los herederos forzosos en parte del pago de su legítima corta y también de la larga o mejora, ..., de lo recibido por título lucrativo o gratuito por cualquiera de dichos herederos forzosos que concurren con otros de igual calidad a la sucesión del causante común, donante o mejorante de aquél -- llos, y la evocación y reintegro a la masa hereditaria del exceso que resultare de aquellas donaciones hechas en vida por el -- mismo, para que, incluyéndose en el activo de la herencia, se dividan entre los partícipes y no se perjudique la legítima de los herederos forzosos que no recibieron nada por dote, donación o -- título lucrativo de dicho causante común en vida de éste".

c) Otro grupo de autores -Falcón (342), Pérez Arzá (343), Maura (344), Otero Valentín (345), Arenas (346), Felicísimo de Castro -- (347) - han estimado que el art. 1035 no es sino una aplicación singular del concepto más amplio de colación, que ellos identifican con la síntesis de las operaciones de computación, imputación y reducción.

d) Pero la doctrina predominante ha entendido que el concepto de colación es distinto y más amplio en el art. 818 que en el -- 1035. Así lo han sostenido Navarro Amari (348), Morell y Terry - (349), Ferrano Bernard (350), Oyuelos (351), Fe Fuen (352), te de Diego (353), Bonst (354), Fuenaayor (355), Abdelaira (356), yo Martínez (357), Roca Castro (358), Lacruz Berdejo (359), Lafuente (360), Castán Tobeñas (361), Espín Cánovas (362), rez (363), J. Santamaría Ansa (364), Puig Peña (365), Puig Brutau - (366).

(367)
Como explicó Morell, hay un concepto de colación que corresponde al de reunión ficticia o computación para cálculo de la legítima y de la porción libre, que recoge el art. 818, y otro

concepto especialísimo y estricto de colación, basado en la pre-
sunta voluntad del causante, aplicable exclusivamente en las re-
laciones de los herederos forzosos entre sí, regulado en los - -
(368)
arts. 1035 y ss. .

La Memoria del Tribunal Supremo de 1902 determinó claramente
la diversa esfera de los arts. 818 y 1035 G.O. 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 con-
ceptos distintos; y por eso es por lo que, sin determinarlo bien,
no es posible comprender el alcance y trascendencia de las dispo-
siciones que aquéllas contienen, induciendo a fácil error o con-
fusión; 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 computación, o sea el destino que ha-
ya de dársele a los bienes colacionables; si la no colación signi-
fica exclusión de tales bienes de la masa hereditaria, para que
de ellos no se hiciera aprecio alguno en unas particiones, ¿cómo
habría de salvarse el principio de la integridad de la legítima re-
conocido en los antedichos artículos 1035 y 1037? ¿Sobre qué ba-
se, con qué elementos se podría contar para resolver acerca de-
la ineficacia de lo donado?" "No, no es posible salvar el men-
cionado 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 ter-
cio de libre disposición".

(369)
Morell se anticipó a la posible objeción de que, si to-
das las donaciones se han de computar, sobre en el art. 818 la -
palabra colacionables y que "sin ella se entendería mejor el pre-
cepto". "No sobra -responle- porque ^{> de que} deben agregarse lo mismo las
donaciones a herederos forzosos que las donaciones a extraños, no
se deduce que todas las donaciones, cualquiera que sea su natura-
leza, objeto y fin, son agregables". Y, al efecto, señala como no
computables: las mortis causa, las con causa onerosa y las reunidas

ratorias en lo que compensen el gravamen o el servidoto, las de frutos, rentas o intereses, lo dado en alimentos a los herederos forzosos, aprendizaje, curación de enfermedades, etc.

(370) Toda nuestra ⁽³⁷¹⁾ excluye el importe de los gastos que se refiere el art. 1041; y Lacruz ⁽³⁷²⁾ los regajos de uso, los gastos señalados en los arts. 1041 y 1042, lo pagado para cumplir un deber moral o social, etc. Nosotros hemos defendido la no computación de las donaciones usuales, de los gastos de alimentos, educación, duración, aprendizaje, equipo ordinario.

33- Otreros los diversos sentidos que la doctrina ha dado a la palabra colacionables empleada en el art. 818 C.c., vamos a exponer ahora en síntesis las posiciones -de las que más largamente nos ocupamos en el II 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 que ha seguido la mayoría de los autores posteriores al Código civil.

a) Manresa, ha sido continuador del antiguo criterio de Palacios Rubios, Muñoz de Escobar, Castillo Botamayor, 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 mudal] se deducirá el tercio, de que el padre puede disponer libremente en todo caso, para pagar los 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 testantes, que -- constituyen la legítima de los descendientes se agregará el im --

parte 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" ⁽³⁷³⁾.

Según su criterio ⁽³⁷⁴⁾, 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 653".

Aparte de su concepto unitario de colación, Manresa aporta a favor de su tesis, fundamentalmente, las siguientes razones:

1º) Relacionando el art. 818 con el 808 del Código civil, observa que éste refiere la legítima y la porción disponible a cuotas del «haber hereditario», por lo cual razona ⁽³⁷⁵⁾ que: "es evidente, porque así lo ordena la ley, que para fijar la legítima de los herederos forzosos, y por consiguiente la parte de libre disposición, ha de atenderse solamente al valor líquido de los bienes que quedaren a la muerte del testador como de su propiedad, declarando así que estos bienes son los únicos que constituyen el haber hereditario, sin agregaciones de ninguna clase, y la cantidad que corresponda a cada parte servirá de tipo y medida para todos los efectos legales".

"Los bienes de toda donación -explida- pasan al dominio del donatario desde el momento en que éste la acepta, y el legislador, que así lo ha ordenado, no podrá incurrir en la irregularidad e inconsecuencia de considerarlos como propios del donante - para incluirlos en su haber hereditario; por esto, dice que el --

agregarán al valor líquido de dicho haber, después de practicada dicha liquidación para fijar la legítima, ordenada anteriormente en el mismo artículo 818, y para cuyo fin, según él, ha de atenderse solamente al valor de los bienes que quedaren a la muerte del testador. Es, pues, evidente que dicha agregación no ha de tomarse en cuenta para fijar la legítima ni la parte libre".

Pero, cabe objetarle, a Manresa, que no parece evidente que el art. 808 emplee la expresión Haber hereditario como equivalente riguroso de herencia; puesto que los arts. 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.

Se puede observar también que el razonamiento de este ilustrado comentarista una petición de principio.

Este defecto lo subrayó Morell ⁽³⁷⁶⁾, observando: "volvemos al punto de partida. Las donaciones no están en la masa, pero las de donaciones colacionables se agregan a la masa, ¿cuáles son?". Y su respuesta: "Si ha de haber igualdad deben ser todas". "Si las hechas en favor de herederos forzosos son agregables ficticiamente a la masa, las hechas a favor de extraños deben serlo también".

2º Partiendo de que, según el art. 636, nadie puede dar ni recibir por vía de donación más de lo que pueda dar o recibir por testamento, deduce ⁽³⁷⁷⁾ : "Luego el padre que deje descendientes, sólo puede dar por testamento a otras personas, el tercio líquido de los bienes que tenga al tiempo de su muerte y, por consiguiente, serán inoficiosas las donaciones hechas a extraños en cuanto excedan de esa medida".

Pero, como notó Ferrero Bernard ⁽³⁷⁸⁾ : "si el Código emplea la misma palabra imputar al referirse a las donaciones a herederos que a las hechas a extraños, y todos los supuestos del artículo 819 son consecuencia práctica de lo dispuesto en el 818, ¿por qué las primeras se suman y las últimas no? El tecnicismo es el mismo y como el precepto legal no distingue, no es posible aplicar criterios distintos". Además... "como imputar es atribuir, y

para hacerlo es menester suponerlas incluidas en dicho tercio, - sumadas a todo lo que en él ha de tener cabida se llega al absurdo de declarar, sin querer, que están comprendidas en el tercio sin estarlo en el total; Como si la parte pudiera estar comprendido algo que no esté en el todo! "

Notemos que 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 resultará, por esa mal llamada imputación, cuando lo donado ocupe 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.

(379)

El Notario Aníbal Arenas nos lo explicó con un ejemplo:

"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 1035 y 818 y que defienden los citados comentarios [de Manresa], 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 que 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 al 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...

Un dilema resulta insoportable para dicha tesis: o el padre dispondría de un tercio de lo relicto más otro tercio por vía de donación, con lo que infringiría esenciales preceptos del Código civil; o bien, habría que imputar el tercio de libre disposición al valor de lo donado a extraños, de modo que tan sólo sobre el remanente del mismo tercio tendrían validez los mandos, con lo cual resultaría vacante la porción de este tercio libre equivalente a las donaciones.

(380)
Concluye Morell que de probar algo el art. 636 probaría demasiado, pues "si el tercio no puede sufrir aumento, los otros dos tercios, parte del mismo todo, no pueden sufrirlo tampoco; - si a éstos se aumentasen algunas donaciones, ya no serían los dos

terceras partes de los bienes existentes al fallecimiento del --
testador, sino más".

(381)

34- b) La tesis de Sánchez Román -como dijimos hace tiempo -
se puede relacionar como próxima, no sólo con la de los clásicos -
Gómez y Molina L.L. y con la de los más recientes Benito Gutiérrez,
La Serna y Montalbán, "sino con la modernamente defendida por Ci-
ou en Derecho Italiano... La diferencia básica estriba en la dis-
tinta concepción de la legítima relicta, romanista de nuestros au-
tores, y como reserva germánica por Ciou".

La tesis puede sintetizarse concretándola a su apreciación de
qué existen tres cómputos legítimos, a saber:

1º) El que resulta del art. 808 en relación con el § 1º del -
art. 818, que determina la legítima relicta frente a los herede-
ros voluntarios y legatarios, pues la agregación, que el § 2º --
del art. 818 dispone, "es en provecho y aplicación exclusiva de
herederos que acrediten derecho a la misma [legítima], esto es, -
de herederos forzados y no de voluntarios y legatarios". (382)
De lo que se deriva, a su juicio, que la parte débil del caudal re-
licta sólo se calcula con relación al activo líquido del caudal re-
licta, sin agregar, ni siquiera contablemente, el valor de donu-
ción alguna, colacionable o no.

2º) El resultante del § 2º del art. 818, para calcular la le-
gítima de cada uno de los herederos forzosos, en sus relaciones-
entre sí, mediante la operación que este autor llama colación --
propriamente dicha, que para él es "la imputación a los herederos
forzosos en parte de pago de su legítima corta, y también de la-
larga o mejora... de lo recibido por título lucrativo o gratui-
to por cualquiera de dichos herederos forzosos que concurren con es-
otros de igual calidad a la sucesión del causante común donante o
mejorante de aquéllos, y la revocación o reintegro a la masa he-
reditaria del exceso que resultare de aquellas donaciones, para-
que... y no se perjudique la legítima de los herederos forzosos-

que no recibieron nada por dote, donación a título lucrativo de -
(383)
dicho causante..." .

3º) "El que dimana de los arts. 654, 656 y 818 y ss., que de -
terminan la legítima a los solos efectos de la reducción, insti-
tución que, con el fin de que no la mermen los actos inter vivos
de disposición a título lucrativo que haya podido otorgar el cau-
sante en favor de personas que no son sus herederos forzosos, exi-
ge que deban "incorporarse o sumarse nominal o realmente, en el
exceso que cause ya perjuicio en las legítimas todas las cantida-
des o valores de los bienes que representen..., a fin de que la-
totalidad de ellos constituyan, sumados los que éste dejó y agre-
gados numéricamente los que a la herencia se incorporen por - -
aquel concepto, o sea del importe que todos arrojen, se deduzca,
en el tipo de proporción que la ley señale, la legítima correspon-
diente a los herederos forzosos, consiguiendo así el fin expreso
de dejar a salvo su integridad" (384) .

Hay, pues, según esta tesis: 1º) una legítima relicta, que ag -
túa como tope de la parte libremente disponible mortis causa -
2º) otra legítima de cada heredero forzoso en relación con los -
demás, calculada sobre la suma del líquido relicto y las donacio -
nes hechas a los herederos forzosos a cuenta de la legítima o de
la mejora; y 3º) otra legítima, que se calcula de la suma del lí -
quido relicto y del total de lo donado, aplicable únicamente pa -
ra el ejercicio de la acción de reducción por los herederos for -
zosos.

Sin embargo, el Código civil no ofrece ningún apoyo serio a -
esa tesis que hace una triple computación de la legítima. En -
efecto:

1º) Si tal como el art. 636 § 1º, afirma, «ninguno podrá dar-
se recibir, por vía de donación, más de lo que queda dar o reci-
bir 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 ca -

da 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 independiente, es desmentida por el art. 820, n. 1º, 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.

2º) Un examen conjunto de los arts. 818, 819 y 820, hace palpable la evidencia ^{de} (que las donaciones hechas a extraños deben ser computadas a todos los efectos. El art. 820 comienza diciendo: «Fijada la legítima conforme a los dos artículos anteriores», -- con lo cual da por sentado que tanto el art. 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 art. 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 art. 820 al 819 (uno de los dos anteriores) sino también por la correlatividad de una otra cuota que resulta relacionando el art. 819 con el 818 C.c.

Añade efecto, nada arguye en contra el art. 808, si se interpreta sistemáticamente, relacionándolo con los demás citados. Su referencia a «las dos terceras partes del haber hereditario», debe entenderse en relación con los arts. 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} se desmentida por normas concretas del propio cuerpo legal.

Por otra parte, esta tesis no puede superar un argumento abstrusum, que ya fue esgrimido en el S. XVI por Ayerue de Ayora.

¿Es que lo donado como anticipo de legítima, por ser donatum y no relictus, no puede imputarse a lo relicto de lo que es anticipo, para calcular lo libremente disponible mortis causa? Como no tó 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 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 generosamente anticipó la legítima a sus hijos que el que nada les dejase hasta su muerte.

El -conforme al art. 2341 C.C.- la dote obligatoria consiste - (en la mitad de la legítima rigurosa presunta), ¿cómo será posible entender, de acuerdo con la tesis que discutimos, que el legado de la parte libre -dispuesto posiblemente a favor del cónyuge viudo- no pueda computarse integrando en lo relicto lo entregado como dote obligatoria e imputándolo como anticipo de legítima? Huelga decir lo absurda que resulta esa conclusión negativa, a la cual, sin embargo, conforme la tesis de Sánchez Román, se llegaría formalmente de modo muy lógico. Y esa es -a juicio nuestro- la mayor crítica en contra de la realidad de la base de que ésta parte.

35- c) La común opinión ⁽³⁸⁵⁾ sigue las viejas opiniones de Fajardo, Fernández, Ayerza de Ayora y Acevedo, que había continuado - Llanos y Molina y que García Coyena hizo triunfar en el art. 648 § 2º del Proyecto de 1851.

Los argumentos básicos en favor de esta tesis pueden centrarse en los dos siguientes:

1º) Los arts. 808 y 818 C.C. deben interpretarse en recíproca conexión. El primero determina las cuotas que constituyen la legítima de los hijos y descendientes legítimos, la porción dispo-

nible como mejora y la de libre disposición. El segundo indica - el modo de determinar el montante de una de esas cuotas iguales, la legítima. Aquél señala la proporción y éste la base a la que debe aplicarse aquélla.

(386)
Morell se fijó en que el art. 808 dice -en su § 1º- que - constituyen la legítima <<las dos terceras partes del haber hereditario>> y -en el § 3º- que <<la tercera parte restante es de libre disposición>>, a lo cual comenta: "Se ve también que entre -- una y otra porción integran el haber hereditario, sin que fuera de él haya otra legítima ni otra parte libre". Para los arts. 808 y 809 -que "hablan en términos generales"- "la herencia es la suma del activo del caudal, deducido el pasivo, y agregadas después las donaciones, porque hay un artículo en el Código, el artículo 818, que es el que establece la manera de formar esa masa o haber hereditario de los hijos o de los padres para fijar lo que es la legítima y lo que es la parte libre".

(387)
De esa proporcionalidad, dedujo Maura "la natural imposibilidad de separar y someter a diverso régimen la fijación o liquidación de la herencia forzosa y del tercio libre, consistiendo la legítima y también esa parte libre en partes alícuotas del haber hereditario, según el art. 808, recíprocamente se definen en conexión insoluble: tanto monta fijar el tercio libre, como el de mejora o el de legítima rigurosa; no serían tales tercios en quebrantándose su igualdad. Esta se rompe contra los fundamentales preceptos, con el sistema de liquidar las legítimas sin haber tenido en cuenta las donaciones hechas a extraños y repartir por añadidura la inoficiosa demasía".

(388)
Por lo mismo, De Buen concluye que: "Entre la parte de libre disposición y la legítima existe siempre una correlación - (como revelan también los arts. 808 y 809 antes citados) que no se daría si se calculasen sobre una base distinta".

2º) El art. 818 § 2º debe interpretarse en relación con los inmediatos siguientes arts. 819, 820 y 825. Aquél imputa las do-

naciones a extraños al tercio de libre disposición y las hechas a los hijos al de legítima o al de mejora. El segundo, presupone una única masa contable formada con lo relicto y lo donado, a la que imputa tanto donaciones como manías a efectos de su reducción. El tercero presupone la imputación a la legítima de lo donado a los hijos sin declarar expresamente su carácter de mejora.

De ello parece que es idéntica conclusión la que dedujo Royo --
(389)
Martínez, al decir que: "En consecuencia de las referidas imputaciones resultará incrementada la cifra expresiva del valor de uno o varios de los apartados correspondientes: tercios de legítima estricta, de mejora y de libre disposición, si se trata de herencia con legitimarios descendientes legítimos..." "Alteraciones que pueden dar lugar al correspondiente reajuste".

La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha confirmado esta interpretación.

La L. 4 mayo 1899, basándose en el art. 819, interpretó el art. 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 L. 16 junio 1902, en su segundo considerando, al referirse a la admisión por el art. 1036 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 prescindía de ellas en el inventario o cuerpo general de hacienda por imputarlas donde correspondía, ... 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".

(390)
36- Nuestra opinión en este tema lo expusimos hace años :

El criterio interpretativo de la ley de Toro, que hemos juzgado más racional y que seguramente reunió el mayor número de -- opiniones favorables entre los autores de los siglos XVI y XVII-- -Rodrigo Suárez, Matienzo, Angulo, Juan Gutiérrez, Velazquez de -Buenafuente- y que todavía late en la obra de Febrero, hasta sus últimas ediciones revisadas en el siglo pasado, fué aquél según el cual se estimó que la ley 25 de Toro no se hallaba en el ámbito - de la potestad del causante -como limitación suya-, sino en el - de su presunta voluntad. De ese modo, vimos que podían coexistir dos masas de cálculo tanto del tercio y como del quinto. La masa de cálculo posible y la del cálculo que, por presunción legal, - se entendió que correspondía a la voluntad concreta del causante, si éste no expresó otra cosa. La masa de cálculo posible se de- terminaba computando junto al líquido relicto la totalidad de lo donado (exceptuadas las liberalidades objetivamente no computa- bles). La masa de cálculo a la que se presunta que el causante - se refería al disponer cuotativamente del tercio o del quinto, - si el propio causante no desmentía dicha presunción no compren- día las dotes y donaciones que hubieran salido de su patrimonio- antes de ser efectiva la atribución del tercio o del quinto.

Con la promulgación del Código civil quedó derogada formal y -sustantivamente la ley 25 de Toro, tanto en cuanto a su texto co- mo a su contenido. Ha desaparecido, por tanto, la presunción es- tablecida en ella para la determinación de la masa de cálculo de las atribuciones de cuota hechas por el testador como mejora o a favor de extraños. Pero el problema de la interpretación de su - voluntad real queda en pie, en su exacto medio, sin el influjo - de presunción iuris tantum alguna .

Por lo tanto, el tercio de mejora y el tercio de libre dispo- sición, lo mismo que el de legítima estricta, abarcan la tercera parte de la suma del líquido ^{relicto} y lo donado por el causante, pero - la mejora de un tercio o el legado del de libre disposición pue-

den ser referidos por el causante exclusivamente al líquido relicto.

La interpretación no siempre será fácil, y creemos que en caso de duda, no habiéndose recogido en el Código la doctrina de la ley 25 de Toro, deberá tomarse como masa de cálculo la totalidad de lo relicto y lo donado. La principal dificultad interpretativa depende, sin duda, de la imprecisión terminológica con que se usan ciertas expresiones, como "el tercio de mis bienes", "la tercera parte de mi herencia", etc. No obstante, hay casos que, a nuestro juicio, son claros; v.gr.: cuando el testador dispone "que deja la tercera (o la enésima) parte de los bienes que tengo a su fallecimiento" es evidente que sólo se refiere al tercio de su caudal relicto líquido; mientras que al dispone de "toda la parte de libre disposición" (y casi siempre cuando alude genéricamente al tercio de libre disposición) se refiere a la totalidad de su cómputo posible, es decir, a la masa base formada con la suma del líquido relicto y de todas las donaciones realizadas por el causante.

(392)

Y, en nota explicamos:

En estos supuestos la computación presentará dos facetas: la primera tendrá por fin fijar, en principio, el importe del legado de cuota hecho con cargo al tercio de mejora o al de libre disposición, con referencia exclusivamente al caudal relicto líquido. La segunda, que presentará un carácter corrector o rectificador, supondrá la agregación a cada tercio del haber relicto de las donaciones que a su correspondiente porción deban imputarse (conforme la explicación gráficamente expuesta por Royo, anteriormente comentada), y si lo dispuesto a favor de extraños, por donación o por legado, excede de un tercio del total, o lo dispuesto en igual forma a favor de alguno o algunos de los hijos excede del tercio de mejora, de la parte no dispuesta del de libre disposición y de la legítima individual del beneficiado, ex-

deberá procederse a la reducción, primero de las disposiciones mortis causa, y después de las donaciones inter vivos, en la forma determinada por el artículo 820 C.c."

En conclusión: Si bien inicialmente existieron dos medidas diversas para computar la legítima según se ejercitara la querela inofficiosi testamenti o la querela inofficiosae donationis vel doteis, la labor de los juristas moldeó en un solo troquel ambos módulos unificando su medida.

En el Derecho de Castilla la cuestión tiene como hitos las leyes 25 y 28 de Toro. Esta aclaró que el causante sólo podía disponer inter vivos y mortis causa de un solo quinto a favor de extraños o de los descendientes, además del tercio respecto a éstos. Aquella planteó la duda de si las mejoras de cuota debían -- calcularse sumando idealmente lo relicto y lo donado o únicamente eraposible calcularlas tomando como base lo relicto.

El panorama de la historia nos señala cómo se van repitiendo cuatro tesis explicativas de la ley 25 de Toro: a) la que consideró dicha ley como norma imperativa que prohibió no solo extraer las mejoras de las dotes y donaciones sino también acumular éstas para calcularlas o deducirlas; b) la que distinguió tercio y quinto como módulo de las disposiciones testamentarias, calculable sólo de lo relicto, y tercio y quinto como módulo de las disposiciones inter vivos calculable de la suma relictum + donatum; c) la que entendió que el verbo «sacar» empleado en la ley 25, no debía entenderse por deducir y calcular, en sentido contable, sino materialmente por detracer y extraer; y d) la que disuó esta ley en su aspecto de ordenación contable, en el ámbito de la pregunta voluntad del causante y no en el de la limitación de su potestad.

En el Código civil no se recoge la norma de la ley 25 de Toro, ni imperativamente, ni siquiera con carácter presuntivo. Y fué-

rotunda la posición del Proyecto de 1.851, en sus arts. 648 y 652, explicada por García Goyena indicando que la sección por él presidida, aprobó en 30 Octubre 1.848 la solución por él propuesta, - consistente "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 consi - - quiente de las mejoras".

Pero la introducción del término "colacionables" en el § 2º - del art. 818, calificando la palabra donaciones, volvió a introducir dudas a este respecto. Así: Manresa retornó el viejo criterio de Palacios Ruvios, Muñoz de Escobar y del Castillo Sotomayor, que más modernamente habían seguido Alvarez Posadilla y Sala. A su vez Sánchez Román abogó por un criterio semejante al de Antonio Gómez y el jesuita Luis de Molina y los más recientes Benito Gutiérrez, Pedro Gómez de la Berna y Juan Manuel Montalbán. Tesis que coincide en su aspecto contable, si bien no en el sustancial, con los criterios de Cicu y de G.G. Valdeobasas. Y la común opinión ha seguido las viejas opiniones de Tello Fernández, Ayerue de Ayora y Acevedo, continuadas por Llamas y Molina y - - triunfante en el Proyecto de 1.851 abogada por García Goyena (tesis que corresponden a las ~~ley~~ interpretaciones de la ley 25 de Toro que hemos referido con las letras a, b y c en el tercer párrafo de estas conclusiones. Esta interpretación fué la aceptada por el Tribunal Supremo en Ss. 4 Mayo 1.889 y 16 Junio 1.902 y explicada en la Memoria del Presidente de 1.902.

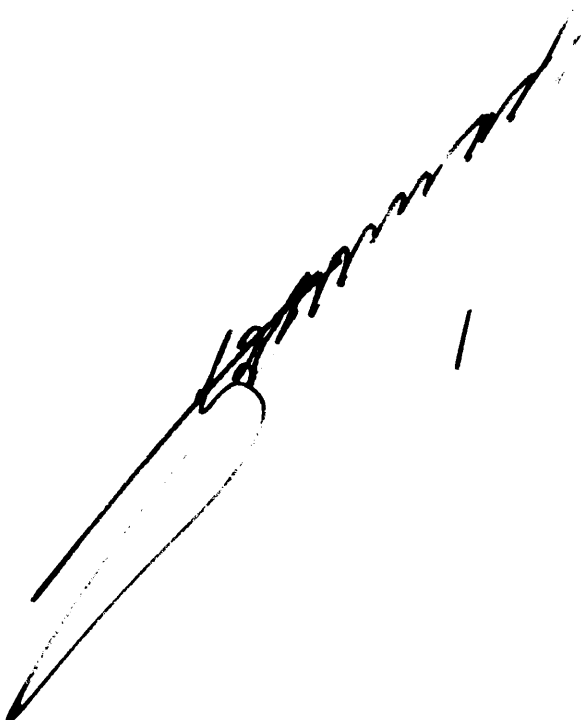
A nosotros nos parece indudable que en lo relativo al cálculo máximo posible de las disposiciones a favor de extraños o de descendientes con carácter de mejora, ésta última interpretación - - del art. 818 § 2º es la adecuada. Pero, entendemos que es muy posible que el de cuius al mandar testamentariamente cuotas de libre disposición o de mejora sólo quiera referirse a cuotas del haber relicto sin computar lo donado. Se trata, pues, de un pro-

blema 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.

NOTAS CRITICAS ACERCA DE LA PRETENDIDA DISTINCION

ENTRE CUOTA DE RESERVA Y CUOTA DE LEGITIMA

N O T A S



N O T A S

=====

(1) Rudolf von Ihering, "Jurisprudencia en broma y en serio", vers. española de Ramón Riaza (Madrid 1.933), Carta Sexta. p.107.

(2) Ihering, "En el cielo de los conceptos", loc. cit., pp. - 310 y s.

(3) Biondo Biondi, "La ciencia del Derecho como arte de lo -- justo" en Anales de la Academia Matritense del Notariado, vol. - IX, p. 359.

(4) Theodor Viehweg, "Topica e giurisprudenza" (traducción -- italiana de Topik und Jurisprudenz, al cuidado de Giuliano Crifo- Milano 1.962)

(5) Ramón Ma Roca Sastre, "Naturaleza jurídica de la legítima" en R.D.P. XXVIII -Marzo 1944- pp. 187 y ss.

(6) Julián Dávila García, "Herederos y legitimarios", en R.C. D. Inmob. XVI, Octubre 1943, pp. 668 a 670.

(7) Francisco Virgili Sorribes, "Herederero forzoso y herederero- voluntario; su condición jurídica", en R.C.D.Inmob. XVIII, Julio- Agosto 1945, p. 493.

(8) Roca Sastre, loc. cit., pp. 204 y 205.

(9) Así lo observamos en "Notas para la interpretación del pá- rrafo segundo del art. 1.056 y del art. 863 del Código civil", - en R.G.de D. III, 15 Enero 1947, pp. 5 y 6.

(10) Esta cuestión la hemos estudiado más detenidamente en -- "Cautelas de opción compensatoria de la legítima"; en "Estudios- Jurídicos Varios" del "Centenario de la Ley del Notariado", Sec. Tercera, Vol. I, pp. 458 a 461 y p. 513, nota 303.

(11) Francisco Espinar Lafuente "La herencia legal y el testa- mento" (Barcelona 1956), p. 399 y nota 200.

, (12) Véase el examen que hemos hecho del criterio de los auto- res que examinaron esa cuestión en el Droit coutumier, en nues -

tro citado trabajo "Cautelas..." pp.451 a 455 y 497 a 500.

(13) Augusto Pino "La tutela del legitimario" -Padova 1954- In troduc. n. 2, pág. 5.

(14) Loc. cit., n. 5, pp. 15 y s.

(15) N^o 3, pp. 9 y ss.

(16) N^o 4, pp. 12 y ss.

(17) N^o 6, p. 19.

(18) Luigi Mengoni "La divisione ereditaria" (Milano 1950), n. 88, pag; 214, nota 9, dice que: "Un precedente si può forse scor gere in Bonelli, in Foro It. I, col. 1263-1264". Hemos leído el referido trabajo de G. de Bonelli "Successione-Divisione dell'ag cendente - Legittima - Modi di comparla", en el cual comenta la - Sentencia de la Corte di Cassazione de Roma de 1 Julio 1898, y es pecialmente hemos releído las dos columnas citadas. Pero, confesamos que no hemos sabido hallar el precedente invocado. Muy al- contrario, argumenta en favor de la unidad de la legítima a la - que exige los requisitos concurrentes de ser cuota de valor y ad- quirirse a título universal, que es lo único que quiso decir, a- su juicio, el Codice de 1.865 al decir en su art. 808 que "la le gittima è quota d'eredità" (col. 1264).

(19) Antonio Cicu "Successione legittima e dei legittimari", - 2^a ed. Milano 1943, Parte seconda, Capo I, n^o 1, pp. 147 y n^{os}.7 y ss., ps. 161 y ss.; Capo III, n. 1, pp. 179 y ss; Capo V, n^o 2, p. 221 y Capo VI n^o 3, pp. 234 y ss.; Capo VII, 263 y ss.

(20) Cicu, "Quota di riserva e quota di legittima" en Rivista del Notariato 1947, anno I, pp. 21 y ss.

(21) Cicu, "Successione necessaria", en "Rvista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile", annota I, 1947, pp. 131 y ss.

(22) Cicu, "La divisione ereditaria" -Milano 1948- Capo II, - Sez. IV, n. 7, pp. 77 y s.

(23) Cicu, "Successione per causa di morte - Parte Generale, - Divisione ereditaria", cap. I^o, h. 117, nota 2, pp. 343 y s.

(24) Ledovico Barassi, "La successioni per causa di morte" --

-cfr. 3ª ed. Milano 1.947- n. 90, p. 254, n. 96, pp. 269 y n. -
97, p. 274.

(25) Barassi, op. cit., nº 96, p. 272 y s. Del propio Barassi, dice Mengoni ("La posizione giuridica del legittimario preterito" en "Studi in onore di Antonio Cicu" -Milano 1951- n.º 1, - pág. 500, nota 5) que "l'esimo autore non mostra da apprezzare la portata della distinzione del Cicu fra le due quote, alla -- quale, poco prima, aveva pur dato la propria adesione"

(26) Ubaldo Scalabrino, "Le quote di eredità nella successione legittima e testamentaria" -Milano 1951- n. 23, pp. 25 y s., - que aplica en los números siguientes, en especial en el nº 27, - pp. 32 y ss.

(27) Luigi Mengoni, "La posizione..." loc. cit., pp. 469 y ss. y "La divisione ereditaria" (Milano 1948), n. 88, pp. 213 y ss.

(28) Francesco Santoro Pasarelli, "Vocazione legale e vocazione testamentaria", trabajo reproducido en su "Saggi di Diritto - Civile", vol. II, cf. nota 36, pp. 593 y s.

(29) Giuseppe Azzariti, "In tema de diritti riservati ai legittimari", publicado en la Rivista de Diritto Privato del año 1944 y recogido en sus "Scritti Giuridici" (Padova 1963), pp. 268 y - ss (cfr. su crítica a Cicu en las págs. 276 y 277).

(30) Francesco Messineo, "Manuale di Diritto Civile e Commerciale", III-II, § 190, 1 a) y 3 h) (cfr. 8ª ed. Milano 1952, pp. 201m y 206).

(31) Pino, op. cit., especialmente nº 13, pp. 48 y ss.

(32) Francesco Saverio Azzariti, Giovanni Martinez, Giuseppe Azzariti, "Successione per causa di morte e donazioni", n.ºs. 108, 109, 131 a 134 y 151 (cfr. 2ª ed. Padova 1948, pp. 166 y ss. 200 y ss. y 243); Alberto Trabucchi, "Istituzioni di Diritto Civile", n. 383 y 385 (cfr. 7ª ed. Padova 1953, pp. 783 y ss. y 788 y s.); Carlo Giannattasio, "Delle Successione Disposizioni Generali - Successioni legittima", "Commentario del Codice civile L. II, Tomo primo (Titoli I-II)", arts. 536 y 556 (Torino 1959), pp. 255- y ss. y 325 y ss.; Domenico Barbero, "Sistema Istituzionale del-

Diritto Privato Italiano", 2ª ed. Torino 1949, vol. II, nn. 109 y ss. y pp. 890 y ss.

³³
(28) Cariotta Ferrara, "La successioni per causa di morte", I Parte Generale, Tomo II (Napoli 1958), n. 41, nota 59. pág. 40.

(34) La preterición errónea es regulada como causa de revocación del testamento por sobreveniencia o ignorancia de la existencia de hijos o descendientes, en el art. 687 del Codice de -- 1942.

(35) Francesco Ferrara, "La figura del legittimario", publicada en 1923 en Giurisprudenza Italiana y reproducido en su "Scritti Giuridici", III, pp. 26 y ss. (Milano 1954), cfr. la cita en el n. 5, pp. 35 y s.

(36) F.S. Azzariti, G. Martinez y G. Azzariti, op. cit., nn. 105 y 106, pp. 161 y s. y 109, pp. 168 y ss.

(37) Pino, op. cit., Introduz., n. 5 y 6, pp. 15 y ss.

(38) G. Bonelli, loc. cit., col. 1263 y 1264.

(39) Ferrara, loc. cit., n. 7 y n 10, en "Scritti" III, pp. - 44 y ss. y 51 y s.

(40) Santoro Passarelli, op. cit., nº 7, "Saggi..." III, pp. - 592 y ss.

(41) Alfredo Ascoli, "Legato a tacitazione di legittima" en - Rivista di Diritto Civile anno XIV 1922, págs. 604 y ss.

(42) Ferrara, loc. cit., n. 7, Scritti III, pág. 47.

(43) Ferrara, loc. cit., n. 6, pp. 38 y ss.

(44) Santoro Passarelli, "Legato privativo de legittima", en - Rivista de Diritto Civile 1925, pág. 249, recogida en sus "Saggi..." vol. II, p. 659 y ss., véase especialmente n. 13, pp. 696 y ss. de "Saggi..." II.

(45) Santoro Passarelli, "Vocazione...", "Saggi..." vol. cit., n. 7, pp. 593 y ss. y en especial nota 36.

(46) Leonardo Coviello, "Successione legittima e necessaria" - (Milano 1938), cap. XXVIII, §§ 3 y ss., en especial §§ 6, 7 y 8. págs. 303 y ss.

- (43) Mengoni, "La posizione..." loc. cit., n. 1, pp. 500 y ss.
- (44) Mengoni, loc. últ. cit., p. 504.
- (45) Mengoni, loc. últ. cit., n. 2 y 3, pp. 504 in fine y ss.
- (46) Pino, op. cit., n. 13, p. 50 y n. 34 pp. 104 y ss.
- (47) Pino, n. 13, p. 50 y n. 35, pp. 107 y ss.
- (48) Mengoni, loc. últ. cit., n. 3, pp. 506 y ss.
- (49) Pino, loc. cit., n. 13 p. 50.
- (50) Santoro Passarelli, "Vocazione legale e...", nota 36, locs. ~~ests~~ cits., cf. "Saggi..." II, p. 593.
- (51) Mengoni, loc. últ. cit., n. 5, p. 512.
- (52) Giuseppe Azzariti, "Il legittimario è erede", reproducido en "Scritti Giuridici" (Padova 1963) pp. 212 y ss. Véase también su estudio "Sul legato a tacitazione de legittima", n. V, - publicado en "Rivista de Diritto Privato" de 1934 y recogida en sus "Scritti..." pp. 260 y ss.
- (53) G. Azzariti, "Sulla figura del legittimario", en "Diritto e Giurisprudenza" de 1933 e "In tema di successione necessaria", en la misma revista de 1934, e "In tema di legittima e di imputazione relativa alla riduzione", también en dicha revista de - - 1938, sendas notas a dos sentencias de la "Corte di Appello" de - Nápoles, y otra de la "Suprema Corte della Cassazione", la última, recogidas en sus "Scritti Giuridici", pp. 225 y ss. 230 y 278 y ss.
- (54) G. Azzariti, "In Tema di Diritti riservati ai legittimari", loc. cit., en especial nn. IV y V, "Scritti...", pp. 272 y ss.
- (55) Augusto Pino, op. cit., introduz. n. 4 p. 15.
- (56) Pino, capo V, nn. 43 y ss., pp. 128 y ss.
- (57) Luigi Cariota, ^{L. Farnese} op. y vol. cits., n. 41, pp. 37 y ss.
- (58) Cicu, "Quota di riserva e quota di legittima", Riv. del-Not. cit., pp. 21 y ss.
- (59) Marcel de Corte "L'homme contre lui-même" (Paris 1962 -- "Nouvelles Editions Latines"- 1 rue Palatine) pp. 259 y ss.

(64) De Corte, op. cit., p. 310.

(65) Ciou, loc. ult. cit., p. 23.

(66) Mengoni, "La posizioni...", loc. cit., p. 499.

(67) Barassi, op. cit., n. 90, p. 254.

(68) Messineo, op. y loc. cit.

(69) Mengoni, "La posizioni...", loc. cit., p. 499.

(70) Pino (op. cit., cap. II, n. 12, pp. 44 y s.) ha recordado que la doctrina siempre ha subrayado "el carácter ficticio de la reunión entre relictum y donatum" y que no cabe duda de "que la masa patrimonial de que habla el art. 556, es un mero resultado de cálculo, y por tal motivo... es llamada masa de cálculo".

(71) Barassi (op. cit., nº 96, p. 272) observa que la reunión ficticia, al extender la cuantía de la cuota disponible con la suma de lo donado, permite al heredero no legitimario hacer valer su derecho, dentro de los límites de su cuota, sobre los bienes existentes en el ac hereditario", pero sin que sobre lo relictum pueda hacer valer la acción de reducción que en todo caso no corresponde más que al legitimario .

(72) Cfr. Barassi, loc. ult. cit.; Barbero, op. y vol. cit., n. 1001, p. 892 y n. 1106, p. 906; los Azzariti y Martínez, op. cit., n. 134, pág. 217; Pino, op. cit., n. 43, p. 128; Trabucchi, op. cit., n. 385, pág. 789; Messineo, op. y vol. cit., 191, n. 1-bis, pág. 220 y n. 6, pág. 224; Giannastasio, op. y vol. cit., art. 556, nn. 1 y 5, pp. 325 y 328.

(73) Ferrara, op. y loc. cit., n. 9, cfr. en "Scritti..." III, p. 51.

(74) Leonardo Covello, op. cit., cap. XXXIII, 4 y ss., pp. 364 y ss., y cap. XXVIII, 8, pp. 312 y s.

(76) Cfr. G. Azzariti "Sulla figura del legittimario" e "in -
tema di successione necessaria", locs. cit. ("Scritti..." pp. -
225 y ss. y 230 y ss.).

(77) Marcel Planiol, Georges Ripert, André Trasbot e Ivon Loug
souarn "Donations et Testaments", T. V del "Traité Pratique de -
Droit Civil Français" de Planiol y Ripert (2ª ed. París 1958), -
n. 53, pág. 70.

(78) Cicu "La successione legittima e dei legittimari", cit.-
Parte II, Cap; I, nn 6 y 7, pp. 160 y ss.

(79) Mengoni, "La posizione...", n. 4, loc. cit., pp. 513 y -
s.

(80) Cfr. Brunner-von Scheverin, "Historia del Derecho germá-
nico", § 57 (véase la traducción castellana de la 8ª alemana, ano-
tada por J.L. Alvarez López -Barcelona 19360 pág. 244).

(81) Luis García de Valdeavellano, "La cuota de libre disposi-
ción en el derecho hereditario de León y Castilla en la Alta Edad
Media (Notas y Documentos)", en "Anuario de Historia del Derecho
Español" T. IX (Madrid 1932), pág. 132.

(82) Cfr. Brunner-von Scheverin, op. cit., § 57, pp. 244 y ss.

(83) Cfr. Brunner-von Scheverin, loc. cit., p. 245.

(84) Cfr. Jeantet, "Le droit de reserve en nature" (París - -
1939), n.ºs. 12 y ss., pp. 23 y ss.

(85) Pothier, "Traité des successions", Chapitre IV, Article-
II, § 1º, cfr. en «Oeuvres de Pothier» t. XII (Nouvelle edition,
París 1925) pp. 539 y ss.

(86) Mengoni, loc. últ. cit., nota (36), p. 512.

(87) Pothier "Traité des entre-vifs" sect. III, art. VI, III,
cfr. en "Oeuvres..." t. XIII, p. 332.

(88) Cod. III-XXVIII, 29.

(89) Cod. h.t., 30, § 2º, donaciones "ad emendam militiam".

(90) Ulpiano, L. II Disputationem, recogido en Dig. V-II, 25,
pr.

(91) Véase la ratio de las Constituciones del título XXXI del

Libro III del Codex y la Novela 92, cap. I, segundo versículo.

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

(89) Cfr. Windscheid, "Il Diritto delle Pandette", § 586, nota 9, vers. italiana anotada por Fadda y Bensa (Tomano 1925), T. III, pág. 272.

(90) Pino, op. cit., n2s. 12, 13 y 14, pp. 45 y ss.

(91) Pino, n2s. 43 y 44, pp. 127 y ss

(92) Francesco Ferrara, loc. cit., n. 11, nota 21, cfr. "Scritti..." III, pág. 55.

(93) Cicu, "Successioni legittima e dei legittimari", cit., Parte II, Cap. II, n. 2, p. 172.

(94) Cicu, op. y part. últ. cits., Cap. VIII, n. 1, pp. 278 y ss.

(95) Mengoni, "La divisione testamentaria" cit., nn. 88 y ss. pp. 213 y ss.

(96) Mengoni, n2 89, p. § 216.

(97) Mengoni, n2 91, p. 221.

(98) Mengoni, n. 90, p. 220.

(99) Cicu, en Comentarios a la S. 14 Diciembre 1.944, en "Rivista Trimestrale de Diritto e Procedura Civile" I, año 1.947, - pp. 131 y ss. y en "Rivista del Notariato" I, año 1.947, pp. 490 y s.

(100) Messineo, op. y vol. cits., § 204, n. 15, a), p. 416.

(101) F.G. Azzariti, G. Martinez y G. Azzariti, op. cit., n.- 328, pp. 588 y s.

(102) Salis, "La successione necessaria nel diritto civile italiano" (Padova 1.936), p. 86.

(103) Cariota Ferrara (loc. cit., n. 41, pp. 33 y ss.) sigue hablando de vocación y ^{de} sucesión testamentaria, legítima (o ab-intestato) y necesaria. Esta última vocación requiere -a su juicio- para producir la sucesión ^{de} la condición positiva de que el llamado ejercite la acción de reducción y obtenga sentencia favorable.

- (104) Azzariti, "In tema de diritti riservati ai legittimari", op. cit., n. II, pp. 269.
- b (105) Santoro Passarelli, "Dei legittimari", en Commentario - D'Amelio al libro delle successioni (Firenze 1941), p. 265.
- (106) Barassi, op. cit., n. 91, A), pp. 256 y s.
- (107) Cicu, "Successione legittima e dei legittimari", cit., - Parte II, cap. I, n° 5, pp. 153 ys.
- (108) Mengoni, "La posizione giuridica del legittimario preterito", loc. cit., n. 5, pp. 515 y ss.
- (109) G. Azzariti, loc. ult. cit., n°s. IV y V, pp. 273 y ss.
- (110) Santoro Passarelli, loc. ult. cit., p. 309.
- (111) Pino, op. cit., n. 46, pp. 132 y ss.
- (112) Cicu "Successione legittima e dei legittimari", Parte II, cap. II, n. 2, pp. 172 y ss.
- (113) Mengoni "Posizione giuridica del...", loc. cit., n° 5, - pp. 515 y s.
- (114) Mengoni, loc. ult. cit., p. 517.
- (115) Mengoni, pp. 518 y s.
- (116) Cicu, op. ult. cit., Parte II, cap. I, n. 7, p. 170.
- (117) Cicu, loc. y part. ult. cit., cap. II, n. 1, p. 170.
- (118) Mengoni, loc. ult. cit., n. 5, pp. 517 y s., nota 47 y p. 518.
- (119) G. Azzariti, loc. ult. cit., n. IV, p. 275 y F.S. Azzariti, G. Martinez y G. Azzariti, op. cit., n. 109, p. 170
- (120) Santoro Passarelli, op. ult. cit., pág. 309.
- (121) Pino, op. cit., nn. 8 y ss., pp. 32 y ss. y n. 45, pp. 130 y ss.
- (122) Pino, n° 8, p. 35.
- (123) Pino, n. 9, pp. 38 y s.
- (124) Pino, n. 43, p. 129.
- (125) Pino, n. 44, p. 130.
- (126) Cicu, "La successione legittima e dei legittimari", cit. Parte II, capo VI, § 12, n° 3, pp. 235 y ss.

- (127) Cicu, op. y part. últ. cit., capo VII, n. 3, pp. 275 y ss.
- (128) Cicu, cap. VI, § 1, n. 3, pp. 235 y 236.
- (129) Cicu, cap. VII, n. 3, p. 276.
- (130) Cicu, loc. y pág. últ. cit.
- (131) Loc. y pág. últ. cit.
- (132) Loc. ult. cit., pag. 277.
- (133) Cicu, cap. VI, § 1, n. 3, p. 236.
- (134) Cicu, loc. ult. cit., p. 237.
- (135) Cicu, cap. VII, pp. 277 y s.
- (136) Barassi, op. cit., n. 96, pp. 271 y s.
- (137) Cicu, cap. VII, n. 3, p. 278.
- (138) Cicu, cap. VI, § 1, n. 3, p. 237.
- (139) Cfr. los autores catalanes que citamos en la nota 308 - de nuestros "Apuntes de Derecho Sucesorio" parte I, § 10 (ed. se-
parada Madrid 1955, pp. 97 y ss. y A.D.C. IV-II, Abril-Junio --
1.951, pp. 513 y s.)
- (140) Loc. cit., ed. separada, pp. 92 y ss. y A.D.C. IV-II, -
pp. 508 y ss.
- (141) Observemos que si el resultado que alcanza Cicu, con su
suma de 50 (donatum) + 25 (relictum obtenido con el ejercicio de
la acción de reducción con relación al momento de la delación) y
+100 (de relictum menos donatum, valorado aquél en el momento -
de la partición y éste fijado desde antes inamoviblemente), es -
decir, con una suma de valores heterogéneamente medidos (en mo-
mentos distintos y, posiblemente, mediando alteración del valor-
de la moneda de uno a otro instante), ha coincidido aparentemen-
te (sólo numéricamente) en este caso, con el que obtendríamos si
pretendiéramos sumar los 75 de lo relictum, valorado en el momen-
to de la división, y los 50 de lo donatum, ha sido sólo por pura
coincidencia.

(145) "Computación, imputación y reducción de las donaciones - - en los principales ordenamientos jurídicos del Occidente europeo", en "Revista del Instituto de Derecho Comparado" n. 3 (Julio-Di - ciembre 1954), pág. 61, y "Apuntes de Derecho sucesorio", Parte- III, § 10º, A, 1º, ^{2ª ed. sep.} (pág. 437 y Ad. Der. Civil VIII-II -abril-ju nio 1955- p. 273) y B ^{2ª ed. sep.} (pág. 447 y s. A.D.C. cit., pp. 283 y s.)

(146) Manuel de la Cámara Alvarez, "Estudio sobre el pago con metálico de la legítima en el Código civil" n. 3 y nota 14, en - los "Estudios con ocasión del Centenario de la Ley del Notariado", Sec. III, vol. ϕ , n. 6, pag. 727 y ss, (Madrid 1964).

(147) Guillermo G. Valdecasas, "La legítima como cuota heredi- taria y como cuota de valor", en Rev. Der. Privado ^{2ª ed.} XLVII (Noviem bre 1963) pp. 957 y ss.

(148) Manuel Alonso Martínez "El Código civil en sus relacio- nes con las legislaciones forales" (2ª ed. Madrid s.f., p. 146).

(149) "Apuntes de Derecho sucesorio", I parte, § 2º (ed. sepa rada, p. 19 y A.D.C. IV:II, [abril-junio 1951/ p. 435).

(150) Antonio Gómez, "Variae Resolutiones Juris Civilis Commu nis et Regii", Lib. 1, cap. XI (cfr. pp. 133 y ss. de la ed. Lug duni 1701).

(151) "Apuntes..." Parte Iª Resultados que dimanar de esta -- primera parte" (ed. separada p. 115 y A.D.C. IV-II, p. 531).

(152) Guillermo G. Valdecasas, loc. cit., n. 2, pp. 958 y ss.

(153) Accursius, "Codicis Iustiniani..." gl. a la palabra iu- dicitum de la ley XXXV Cod. III-XXVIII (cfr. ed. Venecia 1575, T. III, col. 577, c).

b (154) Paulus Castrensis, "Commentariorum in Codicem Iustinia- norum" Pars prima, Tit. De inoff. testamen., L. Si quando. § Et- generaliter, n. 4 (ed. 1531, fd. 140 vuelto).

(155) Gregorio López, glosas 1 y 7 al título 8º de la Sexta-

Partida (cfr. ed. castellana de Saponts y Barba, Martí de Eiscalá y Ferrer y Subirana, Barcelona 1843, T. III, pp. 562 y s.)

(156) Juan Sala, "Ilustración del Derecho Real de España", -- Lib. II, Tít. V, n. 3 (cfr. ed. Madrid 1820, T. I, p. 151).

(157) Florencio García Goyena y Joaquín Aguirre, "Febrero o Librería de Jueces, Abogados y Escribanos", Lib. I, Tít. IX, sec. IV, adición al nº 1138 (cfr. ed. Madrid 1852, T. I, p. 348).

(158) Antonio Gómez, op. y cap. útg. cit., nº 6 (ed. cit., pp. 137 y s.)

(159) Dig. XXXVII-IV, 10, § 6: «Los que por causa de otros piden la posesión de los bienes contra el testamento, no esperen que los preteridos reciban la posesión de los bienes, sino que también ellos mismos pueden pedir la posesión de los bienes contra el testamento; porque una vez que por el beneficio de los otros hayan sido admitidos a este beneficio, ya no se cuidan de que aquéllos pidan, ^o/no, la posesión de los bienes».

(160) Dig. XXXVII-IV, 10, § 5º: «Los hijos desheredados, así como no dan lugar al edicto, así tampoco, habiéndose dado lugar al Edicto por otros, entrarán con ellos en la posesión de los bienes, y les queda una sola querrela, la de que acusen de inoficioso el testamento».

(161) Luis de Molina S.J. "De Iustitia et Iure", Tract. II, - Disput. CLXXV, nº 28 (cfr. ed. novissima, Colonia Allobrogum -- 1733, t. I, p. 392), donde subraya que la distinción más que entre hijo preterido ^{hijo} desheredado debe establecerse entre hijo preterido o desheredado sin expresión de causa e hijo preterido o desheredado con expresión de causa: "Dixi, sine causa inserta, quemadmodum si praeteritus aut exheredatus esset inserta causa, tunc quia testamentum non esset ipso iure nulum, sed solum filio in praeterito aut exheredato concedetur querela ad illud annullandum nisi causa sufficiens probaretur; utique si talis filius illud approbasset, reliqui heredes improbare illud non possent, ut cum Francisco Curtio ibidem recta Anton. Gom subiungit".

(162) El supuesto de hecho de la S. 20 Junio 1.903 fué el siguiente: Doña F. de P;M. y F. falleció en 1862 bajo testamento - en el que declaró tener cuatro hijos a los que instituyó herederos. La demanda fué interpuesta por un nieto y heredero de Luisa A M -otra hija de dicha causante- que pidió la nulidad de la institución de herederos, porque dicha hija de la testadora había sido preterida por ésta. Se contestó, y en lo fundamental se probó, que a favor de dicha hija preterida, cuando ésta contrajo matrimonio, constituyeron sus padres, a cuenta de su legítima, dote estimada; que los padres, por consideraciones de carácter privaáo, decidieron que sus herencias se repartieran en cuatro porciones iguales entre sus otros cuatro hijos, a los cuales ordenaron que extrajudicialmente entregaran entre todos a su hermana - Luisa una participación igual a la que ellos percibieran, lo que cumplieron entregándole 5.000 reales, que unidos a los recibidos de la madre por la aportación dotal sumaban un valor superior a lo que le correspondía ^{de por sí} que desde ^{de hecho} el fallecimiento de la madre a la de su hija Luisa transcurrieron 19 años. El juzgado y la Sala ^{ab} de lo Civil de la Audiencia de Granada ~~resol~~uvieron de la demanda, por lo que el demandante interpuso recurso de casación, alegando como primer motivo infracción de las leyes 8, tit. 20, lib. 10 - Nov. Recopil. y 17, tit. 1, Part. 6ª, según las que "los hijos y descendientes legítimos y legitimados por subsiguiente matrimonio, son herederos forzosos de sus padres y ascendientes legítimos, toda vez que al absolver de la demanda de nulidad del testamento combatido a la demandada, se reconoce la subsistencia y validez de éste, y, por tanto, se deniegan los derechos del recurrente como hijo de la preterida Doña..."

(163) Cfr. nuestros "Apuntes de Derecho Sucesorio" I parte, - 8º (ed. sep. pp. 67 y ss. y A.D.C. IV-II, pp. 483 y ss.)

(164) Antonio Gómez, "Variae..." cap. cit., n. 23, vers. Nec-obstat (ed. cit., p. 146).

(165) Gregorio López, glosa a las palabras «qelo cumpliessen»-

de la ley 5, tit. VIII, 6ª Partida (32 de dicho título, vers. -- castellana cit., vol. III, pp. 667 y s.)

(166) Rodrigo Suárez, "Repetitionis Legis Quoniam in priori & bus", *Declaratio Legis Regni, Additio VI, nº 2* (cfr. "*Opera Omnia*", ed. Douani 1614, pág. 498).

(167) Rodrigo Suárez, *op. cit.*, *Ampliat. decima, n. 8* (ed. -- cit., p. 413)

(168) Antonio Gómez, *loc. ult. cit.*, vers. Nec obstat etiam.

(169) Rodrigo Suárez, *Declaratio y Addit. cit.*, n. 2 (pág. 498)

(170) Jacobo Valdés, *Additio C al n. 7 de la Ampliatio undecima, de las citadas "Repetitionis" de Rodrigo Suárez* (ed. cit., - p. 436).

(171) Antonio Gómez, *loc. ult. cit.*, vers. Secundum

(171) Bartolo de Saxoferrato "Comentarii in primam Digesta -- vateris partem", Tit. "De inofficioso testamento", *lex Pater Filium*, nºs. 15 y 16 (cfr. ed. Lugduni 1547, fol. 180).

(172) Petrus Antonius de Petra, Placentini, "Tractatus de Fideicommissis, Quaest. XV, 94 (cfr. ed. Francofurti 1669, p. 574).

(173) Cfr. al respecto el magnífico trabajo de nuestro compañero Manuel de la Cámara Alvarez, "Estudios sobre el pago con metálico de la legítima en el Código civil" *loc. cit.*, pp. 914 y ss.

(174) Guillermo G. Valdecasas, *loc. cit.*, p. 959.

(175) G.G. Valdecasas, *loc. cit.*, p. 968 y nota (20) de dicha página.

(176) "Apuntes de Derecho Sucesorio", *Parte I, § 3º*, cfr. ed. sep., pp. 44 y s. y A.D.C. IV-II, pp. 460 y s.

(177) Pietro Bonfante, "Instituciones de Derecho Romano", -- trad. castellana de la 8ª ed. italiana por L. Bacci y A. Larrosa, revisada por Campuzano, Madrid 1929- pp. 627 y ss.

(178) *Dig. V-II, 24.*

(179) *Dig. V-II, 15, § 2, y 25 § 1, y Cod. III-XXVIII, 13.*

(180) Cfr. Windscheid "Diritto delle Pandette", 584, nota 24 trad. italiana con notas de Fadda y Bensa, Torino 1930, vol. III; p. 265.

(181) Cfr. A.J. Boyé "Essai critique sur une «crux iuris»; La loi mater (Dig. V, 2, 19) et le papyrus de Halldelberg 1272", en *Revue d'Histoire du Droit*, vol. V, 1924, pp. 464 y ss.

(182) Gregorio López, glosa a las palabras de la herencia, 7ª de la ley 12, tit. VIII, Partida VI (cfr. la cit. ed. castellana vol. cit., p. 563).

(183) Antonio Gómez, op. cit., Lib. I, cap. XI, n. 15 (ed. -- cit., p. 142).

(184) Cfr. Pedro Gómez de la Serna, "Curso histórico exegético del Derecho romano comparado con el español", 4ª ed., Madrid-1869, T. I, p. 476.

(185) Quebrantar el testamento es la expresión de la ley 1, - título VIII de la Partida 6ª, que dice: «El fijo o el nieto del testador, o alguno de los otros que descienden del por la línea - derecha, que ouiesse derecho de heredarle si muriesse sin testamento, si lo ouiesse desheredado a tuerto, e sin razon puede fazer querrela delante el juez: para quebrantar el testamento en - que lo ouiesse desheredado»;

(186) Gregorio López, glosa ult. cit., inciso primero, y también glosa 1ª a las palabras "que ouiesse derecho a heredarle", de la misma ley 1, h.t.

(187) José Alguer "Ensayos varios sobre temas fundamentales - de Derecho Civil", VI, *Rev. Jurídica de Catalunya* XXXVIII (enero-junio 1931) pp. 122 in fine y 133.

(188) Guillermo G. Valdecasas, loc. cit., nº 3, p. 960.

(189) Gregorio López, glosa a las palabras «que deuen quer» a la ley 17, tit. I, 6ª Partida (gl. ~~93~~ 93 de dicho título).

(190) Bartolo de Saxoferrato "In Primam Infortiati Partem..." Tit. "De heredibus instituendis" ley XXXV, "Ex facto" n. 2 (cfr. ed. Venetiis 1585, fol. 109 vuelto).

(191) Cfr. Gregorio López (glosa 31 al título VIII de la Partida sexta a las palabras «en su testamento como a heredero» de la ley 5ª de dicho título, apoyándose en las palabras de dicha -

ley determinantes de que haya preterición si lo dejado fuese - -
"non como heredero, mas como en razon de manda"; y Diego Covarru-
 vias de Leiva (In titulum de testamentis interpretatio", caput.
Rainuntius 16, § 1º, n. 6 y n. 9, cfr. Opera Omnia, ed. Lugduni -
 1583, vol. II, p. 71). También contrario sensu Juan Matienzo --
 ("Commentaria in librum quintum recollectionis legum Hispaniae",
 Lib. V, tit. IV, ley 1ª, glosa 10, nº 57, cfr. ed. Mantuae-Carpe-
 tanae 1580, fol. 81) y Fernando Vázquez de Menchaca ("De succe-
 sione creatione progressu effectuque, et resolutione, tractatus, -
 Prima partis, Lib. III § XX n. 245 (cfr. ed. Salmantica 1599, --
 vol. II, fol. 250 y ss.). De modo directo explican que el insti-
 tuido en cosa cierta en menos de su legítima no puede ejercitar-
 la querrela sino sólo accionar ad supplementum, el jesuita Luis-
 de Molina ("De Iustitia..." Tract. cit., Disput. CLXXVII, n. 1;-
 cfr. ed. y vol. cit., pág. 402) -que declara "idque sive portio,
 in qua institutus, sit quota hereditatis, sive res aliqua certa:
 sed tantum permittitur illi actio ad supplementum usque ad inte-
 gram legitimam portionem"- y Diego Ayllón Lainez ("Illustrationes
 sive additiones eruditissimae ad Varias Resolutiones Antonii Go-
 mezii", Ad. Lib. I, cap. II, n. 24, cfr. ed. Venetiis 1747 p. 15). Di-
 Diego Spino ("Speculum testamentorum", glosa 17 principalis- cfr.
 ed. Frankfurti ad Moenum 1600, pp. 721 y s.), después de discutir
 la cuestión y exponer los argumentos negativos (n. 34 y 35), con-
 cluye resolviendo el problema concreto que le ocupa, afirmando:-
 "igitur sufficit quod in sola dote filia instituat, et pro re-
 siduo aget ad supplementum" (n. 36).

(192) Cfr. Ayllon Lainez, (loc. cit.), ~~donde~~ refiriéndose al hi-
 jo "instituto in re certa, dato coherede universali", observa --
 "hic enim filius, licet in re certam etiam aliena, institutus --
 non pro legatario, sed pro herede reputandus est, ne corrueat tes-
 tamentum patris ob praeteritionem".

(193) La Novela CXV en su cap. III, inciso tercero, explico
 por qué exigía que la legítima se dejase a título de herencia,-

aun permitiéndolo que se concretase en cosa cierta, por el honor - del nomen: «Sola enim est nostrae serenitatis intentio, a parentibus et liberis iniuriam praeteritionis et exheredationis auferre».

(194) Diego Covarruvias, loc. cit., n. 9, pág. 71: «institutus in re certa heredis nomen, et commodum habet quod ius accrescendi: herede etenim universali repudiante, tota hereditas accrescit huic in re certa instituto».

(195) Cfr. Fernando Vázquez de Menchada, op., pars, gap. y - cits., n.ºs. 211 y 212 (cfr. ed. cit., vol. cit., fol. 216 y s.). Matienzo (p. y glos. cits., n. 62, fol. 82); Francisco Sarmiento «Interpretationem Selectarum» Lib. VIII, "Ex Si cui certam cum l. sequanti" /de la ley Si quis servum del tit. De legata secundo / n. 18 (cfr. ed. Antierpiae 1616, pp. 446 y s.); Juan Yáñez Parladorio, «Quotidianorum differentiarum sesqui-centuria», Diff. - - CXLVI, n. 6 y ss. (cfr. ed. Collonia Allobrogum 1761, pp. 384 y s.)

(196) Sarmiento (loc. cit. vers. "Sed haec opinio mihi nunquam placuit", p. 447) refiriéndose a la opinión común afirmó: - "immo evidentissimo est falsa unica ratione, cui nemo unquam poterit satisfacere legitima filio iure isto debet titulo institutionis relinqui... non ergo est quota bonorum, alioqui impossibile esset eam solam relinquere titulo institutionis, cum institutus in quota bonorum legatarius sit, non heres... item institutus in re certa cum legatarius sit, non heres, praeteritus dicitur". Y, "ut in aliqua parte filius institui debeat, scilicet hereditatis non bonorum et ita institutus in legitima parte heres est, institutus autem in quota bonorum parte praeteritus est cum legatarius sit, denique ubicumque legitima titulo institutionis debetur, quota est hereditatis, ubi vero titulo legati poterit esse quota bonorum".

(197) Parladorio (Diff. cit., n. 9 y 10, pág. 384), después de advertir respecto al criterio de la ley Papiniana, que "longa diversa est hodie ratio inter haec, quam quae fuit olim, at -

que proinde diversum ius statuendum esse apparet", observa "id -
quod secundum nostrates Regias leges probancum puto, secundum --
quas omnia bona parentum sunt legitima filiorum excepto Quincun-
cae, respectu extraneorum, et Triente, respectu filiorum..." Pe-
ro, su argumento hubiese probado demasiado, como se ve a conti-
nuación (n. 11), al añadir: "Secundum quae, et illud probandum -
puto, praeceptionem, seu praelegatum quadrantis et quinquuncis --
(vulgo appellamus mejora de Tercio y Quinto) non esse partem bo-
norum, sed partem hereditatis, licet nostrates interpretes aliud
hactenus sibi persuasum habuerint, cum manifeste iuris sit, - --
Trientem, et Quinquunciam, Assis esse partes... ergo ad heredita-
tis partes referendi sunt".

(199) Doctor Diego de Segura, "Repetitionem decem in diversis
materis" "Repet. 1. Cum patronus, ff. De lega. II", n. 49 (cfr.
ed. Salamanca 1520, fol. CXXX, col. III y IV y fol. sig. col. I)
Después de discutir en el n. 48 (fol. CXXX, col. III) si el lla-
nado a la legítima estaba obligado con los acreedores de la he-
rencia, distinguiendo según hubiese sido instituido "in quota he-
reditatis" o "in quota bonorum", en el n. 49, expuso: "immo quod
legitima filiorum est quota bonorum et non hereditatis ex eo quia-
bona intelliguntur deducto primo aere alieno in l. subsignatum -
l. si quis servum in § bona, et in l. princeps, ff. de verbo --

signi., et legitima filiorum debetur prius deducto aere alieno -
et funeris impensas 1. Papinianus § quarta et § cum autem ff. de
inoff. testa. ergo est quota bonorum et non hereditatis"... ci -
tando a Bartolo, Baldo, Jason... Luego de rebatir argumentos en -
contra, termina admitiendo dos excepciones (ffl. CXXXI, col. I) a
saber: "Fallit primo nisi testator dicat institua filium meum vel
patronum meum ⁱⁿ sua legitima pro parte hereditaris" y "Fallit secun -
do quando filius vel patronus, solus est institutus in sola legi -
tima nullo dato sibi coherede per dicto § si ex fundo..."

(199) Doctor Luis de Molina "De Primogeniorum Hispanorum", Ori -
gine et natura". Lib. II, cap. XV, n. 19 (cfr. ed. Lugduni 1749, p.
406), donde dice que el ius accrescendi se otorga al legitimario en
virtud de que "in legitima heres institutus sit", a pesar de que
"quamvis legitima quota bonorum, non autem quota hereditatis -
esse dicatur".

(200) Un amplio resumen de la opinión de los autores de derep -
cho común respecto este tema puede verse en Mercurial Merlino, -
"De Legitima tractatus Absolutissimus", Lib. I, Tit. I, Quaest. -
II (cfr. ed. Genevae 1652, pp. 3 y s.), donde señala como argu -
mentos principales de la opinión contraria a la comúnmente acep -
tada: 1º) Que la Authentica Novissima, Cod. De inofficioso tes -
tamento, dice que la legitima est portio ex substantia, palabra -
referida a la universalidad. 2º) Que la legitima se define como -
portio successionis intestatae. 3º) Que en ella tiene lugar el -
ius accrescendi. 4º) Que al hijo por su legitima se le concede -
la actio petitionis hereditatis (n. 2).

Pero, contraargumenta: Al 1º, que la palabra "substantia" de-

be entenderse a tenor de la ley Papinianus. Al 2º, "quod est quota successiones ab intestato quoad nomen, et ad modum capiendi, - et sic quoad iura, et actiones, non quoad effectum". Al 3º y al 4º "quoad actiones, et ad commoda, non quoad praefudicium tertii". - Es decir, diferenciando los efectos beneficiosos del título, de una parte, y el contenido, de otra.

(201) Melchor de Valencia ("Illustrium Iuris Tractatum", Lib. III, Tract. I, Cap. ult. n.º 5, cfr. ed. Coloniae Allobrogum 1730, p. 337).

(202) Spino, op. y gl. cit., n. 34 (págs. 721).

(203) Notemos que esta opinión ya había sido expuesta por Bartolo al comentar la ley Ex facto ("In primam Infortiatum...", l. cit., n. 2, vers Quid ergo -fol. 109 vto. ed. cit.), donde califica al heres ex re certa, ni como heredero ni como legatario, - sino como "una tertia species", que participa parte de la naturaleza del instituido y parte de la del legatario", de la primera - en cuanto goza del ius accrescendi y puede por su propia autoridad "accipere rem", y de la segunda "quod non tenetur creditoribus". Contra esta calificación se declaró Sarmiento (loc. cit., - n. 18, vers. Neque pncere potest, p. 447, ed. cit.), "quia falsum est [quod "tertia constituatur species"], cum institutus ex re certa simpliciter sit heres, vel legatarius", según hayan o no otros herederos.

(204) Al argumento de que la legítima atribuida por institución ex re certa era pars bonorum, replicó Vázquez de Menchaca - (loc. cit., n. 211, vers. Secundo) invocando la lex Ex facto del título "De heredibus instituendis" (Dig. XXXVIII-V, 35). Pero este texto sólo se refiere a supuestos de institución de varios heres ex re certa sin ningún instituido ex asse. Por eso el mismo autor (vers. Quod si filius, núm. cit., fol. 217 vuelto), pasa a hacerse fuerte en que "nisi coheredes universales repudiatur, nam tunc universa hereditas accederet videretur heres tam esset instituti, puta in domo vel fundo... tunc successor singulari intelligeretur", en el supuesto de la lex Quoties certi quidem (Cod. -

(205) Cfr. Dtor. Luis de Molina "De Primogeniorum..." Lib. y cap. cit., n. 20 (pág. 406), Luis de Molina S.J. ("De Iustitia..." Disp. CLVII, n. 2 (pág. 206, ed. cit.), Spino, gl. cit., n. 36, - (pág. 722).

(206) Ver supra n. 15, b). Ya lo observó Raphael Fulgosius -- "Consilia utriusque Raphaelis" (Cumano y Fulgoso), consil. - -- LXXXIII, n. 2 (cfr. ed. Lugduni 1548, fol. 120) que la aceptación de su legado impide la querela pero no la actio ad supplementum. Luego veremos cómo, conforme Bartolo, ese suplemento no podía recibirse a título de heredero.

(207) García Goyena, op. y vols cit., art. 644, pp. 94 y ss.

(208) García Goyena, op. y vol. cit., art. 669, pp. 112 y s.

(209) García Goyena, op. y vol. cit., art. 645, p. 96.

(210) Cfr. nuestros "Apuntes de Derecho Sucesorio", I Parte, - 2ª, ed. sep. pp. 23 y ss. y A.D.C. IV-II, pp. 439 y ss.

(211) García Goyena, op. y vol. cit., art. 647, p. 97.

(212) García Goyena, op. y vol. cit., art. 971, pp. 314 y ss.

(213) Es de observar, sin embargo, que esa distinción no aparece en la ley Scimus (Cod. h.t. 36, pr. vers. Sancimus) que sin distinción aplica la actio ad supplementum "sive ab initio minus fuerit derelictum, sive extrinsecus qualiscumque causa interve niens aliquod gravamen imponat vel in quantitate vel in tempore, hoc modis omnibus repleti". No es extraño pues que se asimilase por algúñ autor -como v.gr. Rodrigo Suárez (op. cit., Ampl. déci ma, n. 8, ed. cit., p. 413)- al gravamen en cantidad la atribu ción de menor quantum ("ubi apponitur gravamen in quantitate le gitimare: puta quia filio relinquitur minus legitima") aplicando a ambos el remedio de la actio ad supplementum.

(214) García Goyena, op. y vol. cit., art. 643, p. 94.

(215) Bartholomeus de Salyceto "In secunda super III et IV - Codicis partem", Lib. III, De inoff testam., l. Quoniam in prio ribus, n. 8 (cfr. ed. 1541, fol. 40).

(216) Rodrigo Suárez, op. cit., ampliat. décima, nn. 47 y 48- (pp. 425 y ss.).

(217) Rodrigo Suárez, ampliat. ult. cit., n. 8 (p. 413).

(218) En igual sentido se expresó Juan del Castillo Sotomayor "Quotidianorum controversiarum Iuris", Lib. V "De coniecturis - et interpretationis ultimarum voluntatum", cap. CVII, nn. 39 y - ss. y n. 60 (cfr. ed. Nova Collontiae-Allobrogum 1752, pp. 753 y - ss. y pp. 772 y ss.)

(219) Rodrigo Suárez, Ampl. Decima, n. 47 (p. 425).

(220) Castillo Sotomayor, op. y lib. ult. cit., cap. CVII, - n. 41, vers. Itoque (p. 755).

(221) Incluso en caso de institución en menor cuota ha de probarse la insuficiencia; pues cabe que el legitimario haya recibido donaciones imputables a su legítima, que habrán de computarse e imputarse para comprobar si sufre o no lesión en ella.

(222) Guillermo G. Valdecasas, loc. cit., II, 2, pp. 965 y s.

(223) G.G. Valdecasas II-3, p. 968.

(224) Ibid., p. 970.

(225) Pág. 967.

(226) G.G. Valdecasas III-3, pág. 975.

(227) Pp. 975 in fine y 976 principium.

(228) Pág. 968.

(229) "Apuntes de Derecho Sucesorio" I parte, § 3 y 4 (cfr. ed. sep. pp. 25 y ss. y 36 y ss. y A.D.C. IV-II, pp. 441 y ss. y 452 y ss.

(230) Roca Sastre "Naturaleza jurídica de la legítima" en Rev. Der. Priv. XXVIII (Marzo 1944) p. 194.

(231) Demófilo de Buen, Notas al Curso Elemental de Derecho Civil de A. Colin y H. Capitant, t. VIII (Madrid 1928), pág. 330.

(232) Cfr. nuestros Apuntes de Derecho Sucesorio, I Parte, - 3º, cfr. ed. sep. pp. 25 y ss. y A.D.C. IV-II, pp. 441 y ss.

(233) José Puig Brutau ("Fundamentos de Derecho Civil", vol. - V-III -Barcelona 1964- I, 2, III (pág. 13 y ss.) nos recuerda --

que: "En materia de interpretación de contratos existe abundante-jurisprudencia que afirma que han de calificarse por su propio contenido y no según la denominación más o menos acercada que -- las partes le hayan dado. Una verdad tan elemental debe regir -- también en la interpretación de la ley. Los preceptos legales deben interpretarse y calificarse por su propio contenido y efectos con independencia de como hayan sido calificados por el legislador. Por ello a pesar de que el artículo 806 habla de herederos forzosos, sostenemos que no se encuentran propiamente herederos de esta clase en el Código civil".

(234) Joaquín Escriche "Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia" (3ª ed. Madrid 1847, T. II, pag. 15)

(235) García Goyena, op. y vol. cit., art. 640, pág. 92.

(236) Federico de Castro y Bravo, "Derecho Civil de España", "Parte General" (3ª ed. Madrid 1955), Parte V, cap. I, V-2, pág.-599.

(237) G.G.Valdecasas, loc. cit., II-3, pp. 968 y s.

(238) G.G.Valdecasas, loc. cit., nota 23, pág. 969.

(239) La cuestión de si es suficiente haber recibido algo -- por donación intervivos para que entre en juego el art. 815 y para que se excluya la aplicación del 814, nos parece insuficientemente planteada si no se precisa si el donatario ha sido o no mencionado en el testamento del de cuius. La segunda hipótesis se daba en el supuesto de hecho de la S. de 17 de Junio de 1908, ^{la} ~~que~~ ^{cuál,} por lo tanto, no puede aducirse para ^{los casos en que se da} la primera hipótesis -- (cfr. nuestros "Apuntes de Derecho Sucesorio", III, § 1º, cf. ed. separada pp. 307 y ss. y A.D.C. VII-III (julio-setiembre 1954) pp. 657 y ss.

(240) Bartolo, loc. cit., l. Pater filium, n. 16 (fol. 180) -

(241) José María de Manresa y Navarro, "Comentarios al Código Civil Español", art. 814, comentario 1º B, y art. 815, precedentes (cfr. T. VI, 6ª ed. Madrid 1932, p. 349 y pp. 356 y s.), donde respectivamente dice:

"Podría discutirse en el art. 814 si era o no necesario que se reconociese el derecho del heredero como tal heredero, pero el art. 815 desvanece esta duda".

Y, después de citar los antecedentes de la ley 5ª, tit. 8º, ley 30, tit. 28, libro 3º del Código y Novela 115, destaca que: "El art. 645 del proyecto de 1851 innovó esta doctrina, que, como dice García Goyena, atendía más al honor del título que a la realidad de la cosa, y copia de ese artículo es el 815 que nos ocupa".

(342) Manuel de Bofarull "Código civil español", art. 815 -f (cfr. 3ª ed. Madrid 1889, pág. 259, nota 4), donde habla en preterito al aludir a la nulidad del testamento en caso de no institución como heredero del legitimario y a la procedencia del complemento solamente si se reunía este requisito, según la legislación anterior (así dice "era nulo", "sólo procedía el complemento"). La comparación del artículo transcrito con sus precedentes indicados en la nota, refiriendo las diferencias, parece que no deja lugar a suponer que quedara de que se había operado un cambio.

(244) Mario Navarro Amandi, "Cuestionario del Código civil Reformado", T. III, art. 814, cuestión 2ª (pp. 306 y s. (Madrid -- 1890): "El heredero forzoso a quien se deja su legítima a título de legado, ¿podrá pedir la nulidad de la institución? Concretamente resolvía este caso la ley de Partidas optando por la nulidad a menos que el legitimario aceptase el legado sin protesta de ejercitar su acción. La razón era que se atendía más al honor del título que a la realidad de la cosa o al valor de lo dejado. El Código se ha separado, y ha hecho bien, de ese rigorismo, como puede verse en las palabras «por cualquier título» que se leen en el artículo siguiente".

(245) Nicolás López R. Gómez, "Tratado teórico-legal del derecho de sucesión", T. I (3ª ed. Madrid 1916), pp. 524 y 525; donde concluye que "el heredero al que por cualquier título, como el de

el de legado, se le deje menos de su legítima, podrá pedir el -- complemento de la misma..."

(246) León Bonel y Sánchez, "Código civil español, comentado y concordado con el derecho foral vigente", art. 815 (Barcelona-1890, T. III, pág. 428); donde después de exponer la doctrina -- del artículo, coloca la preposición <mas> antes de evocar los an tecedentes que para que no hubiese preterición exigían que se hu biera dispuesto a título de heredero a favor de quien en otro ca so podría invocarla; los cuales, al igual que el ejemplo que al final expone para explicarlos, refiere en tiempo de pretérito.

(247) Felipe Sánchez Román, "Estudios de Derecho Civil", T. - VI, vol. 2º, cap. XV, n. 111 (2ª ed. Madrid 1910, pág. 937), - - después de indicar que, en el Derecho vigente antes del Código - civil, sólo cuando el legitimario "era instituido heredero en -- parte o cantidad inferior a lo que le correspondiera por legítima, era cuando bastaba el ejercicio de la acción ad supplementum pa- ra completarla", observa que: "El art. 815 se aparta de este cri- terio estricto y se ajusta a la única necesidad que lo inspira, - cualquier es la de que se complete la legítima del heredero forzo- so, a quien por cualquier título se le haya dejado menos de lo - que le corresponda".

(248) Mucius Scaevola, "Código civil, comentado y concordado- extensamente", T. XIV, arts. 813 a 817, III, C (ofr. 6ª ed., Ma- drid 1944, pág. 429 y ss.), dice que:

"Una diferencia de importancia existe entre la doctrina dero- gada de la legislación alfonsina y la vigente del Código. Confor- me la primera, era menester, para que procediese la acción suple toria o de complemento, que lo dejado al que la ejercitaba fuese a título de heredero; de ser en otro concepto, procedía la nul- dad del testamento, su quebrantamiento".

"El Código ha mitigado este rigorismo. Atento a lo principal, a que el heredero forzoso perciba a la muerte del causante la -- porción que le corresponda por legítima, prescinde de la modali-

dad de la disposición y le computa a cuenta de la legítima lo -- que le haya dejado el testador por cualquier título; esto es, lo mismo por herencia que por legado, manda o donación".

(249) Modesto Falcón, "Exposición doctrinal del derecho civil común y foral" Lib. III, cap. III, Sec. II, Párrafo V, n. 11 - - (cfr. 5ª ed. Marcelona 1897, T. III, pág. 238), expuso:

"Cabe un término medio entre la institución de los herederos-legítimos y su preterición por el testador: cabe que el testador les deje por vía de legado, donación y otro título legal una parte de la legítima, sin complementarla. En este caso asiste a los herederos legítimos, que en tales circunstancias se encuentran, - el derecho a pedir el suplemento de la legítima. La institución de heredero no se invalida en este caso, porque no hay verdadera preterición de los herederos forzosos".

(250) Gregorio Burón García, "Derecho Civil Español, según los principios, los códigos y leyes precedentes y la reforma del Código civil", § 973 (ed. Valladolid 1898, T. III, pág. 811), comparó: "El heredero forzoso a quien el testador haya dejado, por cualquier título, menos de la legítima que le corresponda, puede pedir el complemento de la misma. Para esto exigía antes la ley precisamente, tratándose de la legítima de los hijos, que el padre dejase a alguno de éstos alguna cosa como heredero, y no fuera bastante para completar su porción legítima, pues si se lo dejaba a título de legado, estonces podría quebrantar el testamento por medio de la queja de inoficioso testamento si el hijo non -- rescibiese aquella parte, o recibéndola protestase diciendo que le fincase en salvo la querrela".

(251) Guillermo G. Valdecasas, loc. cit., pp. 963 y s.

(252) Josef Febrero "Librería de Escribanos", Parte segunda, - Lib. II, Cap. III, § 1º, n. 3 (cfr. ed. Madrid 1781, IIª-IIª, ps. 185 y s.)

(253) Florencio García Goyena, op. y vol. cit., arts. 648 (pp. 97 y s.)

(259) Bartolo de Saxoferrato, op. y lib. cit., l. Pater filium (Dig. V-II, 14) nº 16 (cfr. ed. cit., fol. 180).

(255) Cfr. nuestros "Apuntes de Derecho Sucesorio", II Parte, 2º, D, b, Segunda hipótesis; ed. sep. pp. 165 y ss. y A.D.C. IV-IV (octubre-diciembre 1951), pp. 1396 y ss.

(256) Cfr. Puig Brutau, "Fundamentos de Derecho Civil" tomo V, vol. I, cap. V, n. 4, B (Barcelona 1961), pp. 370 y s.

(257) Cfr. nuestros citados "Apuntes..." II Parte, § 6º, F, - ed. sep. pp. 300 y ss. y A.D.C. V-III (julio-setiembre 1952), pp. 908 y ss.

(258) Guillermo G. Valdecasas, loc. cit., n. 3, a, b y c, pág; 961.

(259) Ramón M^a Roca Sastre, "Naturaleza jurídica de la legítima", R.D.P. cit., pp. 199 y s.

(260) "Apuntes de Derecho Sucesorio", I Parte, § 10; ed. sep. pp. 97 y s. y A.D.C. IV-II, pp 513 y ss.; y II Parte § 3º, E, d; ed. sep. pp. 222 y ss. y A.D.C. IV-IV, pp. 1453 y ss.

(261) Manresa, op. y vol. cit., art. 818 "Comentario" al principio" (ed. cit., pág. 380).

(262) Andrea Angulo, "Comentariorum ad leges Regias meliorationum", Lex. Quarta (20 Tauri), glos. V (cfr. ed. Matriti 1592, p. 363).

(263) Este criterio, por otra parte, resuelve justamente los problemas que, en otro caso, plantearía la alteración del valor de la moneda producida en el periodo que media entre el fallecimiento del causante y la individualización de las legítimas en bienes concretos; o el pago en metálico. De las alteraciones ocurridas entre la fecha de la donación computable y la del fallecimiento del donatario nos hemos ocupado en nuestros "Apuntes..." Parte.III § 11, C; cfr. ed. sep. pp. 491 y ss. y A.D.C. VIII-II, (abril-junio 1955), pp. 327 y ss.; y en "La antítesis inflación-justicia", en Rev. Jur. de Cataluña, LIX (setiembre-octubre 1960) pp. 575 y ss. y en Rev. Internacional del Notariado, nn. 50ª y -

51 (2º y 3º Trimestre 1961) pp. 102 y ss.

(264) Recientemente ha prestado su apoyo a esta tesis nuestro querido compañero Manuel de la Cámara Alvarez, en su magnífico -
trabajo "Estudio sobre el pago en metálico de la legítima en el
Código civil", en los Estudios con ocasión del Centenario de la
Ley del Notariado Sec. III, vol. I, pp. 887 y ss.

(265) Guillermo G. Valdecasas, loc. cit. III, 2, pág. 974 y -
nota (36).

(266) Cfr. lo que al respecto dijimos en nuestro trabajo "Cau-
telas de opción compensatoria de la legítima", I, E, b, /^b", vol.
cit., pp. 527 in fine y ss.

(267) Diego Covarruvias, "In tit. De testamentis", Caput. Ra-
nctius (16, § XI (cfr. Opera Omnia..." ed. cit., T. II, p. 95).

(268) Melchor de Valencia, op. cit., Lib. III, Tract. I, Cap-
ult. n. 5 (ed. cit., pág. 337).

(269) En su glosa a la palabra iudicium de la ley Si quando, -
§ Et generaliter (Cod. III-XXVIII, 35, § 2º), Accursius ("Codi-
cis Iustiniani..." ed. cit. vol. III, col. 577 c) anotó que "con-
sensus filii praeterito facit tenere quod alias ipso iure esset-
nullum". Y la ley 5, tit. VIII, Partida 6ª, dispuso entre otras
cosas: "Mas si aquella parte la dexase en el testamento, non como
a heredero, mas como en rason de manda, estonce podria quebran-
tar el testamento. E esto se entiende si el fijo non recibiesse
aquella parte que le era mandada. Ça si la recibiesse e non la -
protestase diziendo que le fincase en salvo la querella que avia
de tal testamento non podria después quebrantarlo".

(270) Cfr. Bartholomeus de Salyceto ("In secunda super III et
IV Codicis partem", Lib. III, tit. De inoff testam. l. Si quando, -
§ Et generaliter, n. 6, cfr. ed. 1541, fol. 42); Iason del Maino
("Prima super Codicem..." III-XXVIII, l. Si quando, § Et genera-
liter, n. 4, cfr. ed. Lugduni 1553, fol. 151); Raphael Fulgosius
("Consilia Utriusque Raphaelis", Cons. LXXXIII, n. 2, cfr. ed. -
Lugduni 1548, fol. 120); Alexandrus de Imola ("Liber Tertius Con-

silliorum", Consil. 8, n. 21, cf. ed. Lugduni 1549, fol. 10);-
Antonius Fabrus, ("Codex Fabrianus", lib. I, Tit. XIX, Def. X, -
cfr. ed. Nápoles 1765, tomo I, p. 182).

(274) Dig. V-II, 8, § 8.

(271) Francisco Espinar Lafuente, "La herencia legal y el tes-
tamento" (Barcelona 1956), n. 175, pág. 399, nota.200: "Si el he-
redero forzoso no es único, entraría en juego el derecho de acre-
cer a favor de los otros, a menos que éstos repudiasen también a-
la herencia, o renunciasen a los bienes que habrían de adjudicar-
seles como consecuencia de la repudiación hecha por el primero".

(272).Cfr. lo que dijimos al respectó en nuestro trabajo "Cau-
telas de opción compensatoria de la legítima", II, A, a, (loc.
cit., pág. 571).

(273) "Imputación de legados otorgados a favor de legítima --
rios", VI, en R.D.P. XXXII (abril 1948), pág. 330.

(274) Guilèrmo G. Valdecasas, loc. cit., II, 5, pág. 972.

(275) G.G.Valdecasas, loc. cit., III, 2, pp. 274 y s.

(276) G.G.Valdecasas, loc. cit., II, 5, pp. 272.

(277) G.G.Valdecasas, loc. cit., I, 3, p. 962.

(279) "Apuntes de Derecho Sucesorio", III Parte, § 5, A y B.; § 8º, A, a y b; § 11, A. Cfr. ed. sep. pp. 347 y ss.; 403 y ss.; y 464 y ss. y A.D.C. VII-IV, pp. 1033 y ss. y 1085 y ss. y VIII-II, pp. 300 y ss.

(280) Según Von Mayr ("Historia del Derecho Romano" Lib. II, - Sec. II, cap. IV, y Lib. III, Sec. II, cap. IV -trad. de la 8ª - 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 ^{querelas} dos fueron introducidas por Alejandro Severo.

(281) Cfr. Windscheid, op. cit., § 581, nota 3, ed. cit., vol. III, pág. 253.

(282) Instit. II-XVIII, § 6º, Dig. V-II, 8 § 6º, Cod. III- - XXVIII, 36, pr.

(283) Cod. h.t. 29.

(284) Cod h.t. 30, § 2º

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

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

(287) Nov. 92, cap. I, versic. 2º.

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

(289) Cfr. Windscheid, loc. cit., nota 9, pág. 272.

(290) Rodrigo Suárez, op. cit., Declaratio legis regni, § ult. Ad lectur. L. post rem iudicatam, n. 23 a 25 (Opera Omnia, ed. - cit., pp. 570 y ss.)

(291) Juan López de Bivero o de Palacios Ruvios, "Glossemata-- ad leges Tauri" Lex XXVIII, gloss. III (cfr. "Opera Omnia", ed.- Antuerpiae 1616, pág. 619) y Lex XXVI gl. XVII (ed. cit., pág. 609)

(292) Así opinaron: Rodrigo Suárez (loc. ult. cit., nn. 21 a- 26, pp. 570 y s.); Gregorio López (Glosa a las palabras «en vida»)

de la ley 8, tit. IV, Partida 5ª, n. 48 a dicho título; cfr. pág. ed. Barcelona 1843, pág. 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, pág. 158); Melchor Peláez de Mieres ("Tractatus de maiorum et meliorationum-Hispaniae", Prima pars, Quaest. LVIII, nn. 26 y 35; cfr. ed. Granatae 1575, fol. 208 vto. y fol. 210 vto. in fine y sig.); Juan-Matienzo ("Commentaria in librum quintum recollectionis legum -- Hispaniae", Tit. VI lex XII, 28 Tauri, gl. III, n. 1; cfr. ed. Mantuae tuae Carpetanae 1580, fol. 162); Andrea Angulo (op. cit., lex -- XII, gl. única, nn. 1 y 2, ed. cit., pag. 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, Tit. VI, lex XII -Tauri 28- ~~nr.~~ 1; cfr. ed. Lugduni 1737, T. III, pag. 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. -- Hægae-Comitum 1753, T. VI, pág. 589).

(293) Miguel de Cifuentes, "Glosa... sobre las leyes de Toro", lex XXV, nn. 1, 2 y 3 (cfr. ed. Medina del Campo 1555, fol. XXV- vto.)

(294) Palacios Ruvios, "Repetitio Rubricae et Capituli <Per vestras>, de donationibus inter virum et uxorem", Repetit. capit. § 23 Sed pulchrum est, n. 3 (cfr. ed. Lugduni 1538, fol. 144), y "Glossemata...", lex XXV, gl. 1 (ed. cit., pág. 598).

(295) Didacus Castellus, "Las leyes de Toro glosadas- Utilis- et aurea glossa...", lex XXVI, n. 1 (cfr. ed. Methynnae ^{<Campi} 1553, fol. 118 vto.)

(296) Francisco Muñoz de Escobar, "De ratiociniis adm^{nistr}istratorum et computationibus variis aliis. Tractatus praegnatisissimus", Com

putatio I, nn. 7 a 13 (cfr. ed. Lugduni 1733, pp. 3 y ss.)

(297) Así, le dedicó de buen comienzo este párrafo: "In hac tamen difficoltà, dum noster Tellus per aethera et aëra divagatus esset, super petras ventorum volitasset, Icarei pelagi aquas (misere cadens) degustavit, et quaedam quasi mera aegratitium -- somnia typis mandabit, et quod pejus est, quod dum suae opinionis inconvenientia nota habuisset, pertinaciter illam defendere non dubitavit" (n. 8); y poco después le dice "tamen ejus responsio frivola et sine fundamento est" (n. 8 in fine). Y aún añade que Tello "ingenui confitetur, ^[de la opinión contenida en los sup.] eam ab omnibus advocatis et iudicibus usque ad sua tempora fuisse canonizatam, ita ut cum saepe ipse articulum istum in praxi habuisset, numquam pro sua opinione obtinere potuit..." (n. 9). Sin embargo -como luego veremos- la tesis de Tello, si bien mitigada con un carácter interpretativo que ya había observado Rodrigo Suárez, se impuso a la rígida de Muñoz de Escobar. ^[de él] Angulo, en la segunda edición de su obra llegó a iguales resultados prácticos. ^[por Tello] Ayerve de Ayora la generalizó en el S. XXIII y la aceptó ^[de él] Febrero, con las mitigaciones interpretativas de Suárez, Gutiérrez, Matienzo y ^[de él] Angulo y dice que es la seguida por los partidores inteligentes de la Corte ^[de él] Y con respecto al ejemplo puesto por Tello, que en seguida veremos, declaró Muñoz de Escobar, que la solución "ut clara et evidenti demonstratione Mathematicus quilibet (et si coecus) videri, et moribus -- contractari poterit (n. 9).

(298) Juan del Castillo Sotomayor, op. cit., Lib. IV, cap. XV nn. 39 y 48 (ed. cit., vol. IV, pp. 126 y 129 y ss.)

(299) Cfr. Rodrigo Suárez, loc. ult. cit., n. 26 (p. 571).

(300) Juan Gutiérrez, ^{ya lib.} op./citae, Quaest. LXII, n. 1 in fine - (p. 148).

(301) Palacios Ruvios "Glossemata...", lex XXV gg, XIV y XV (p. 600).

(302) Tello Fernández, op. cit., lex XXV, n. 4 (fol. 197 vto.)

(303) Antonio Gómez, "Opus Praeclarum et utilissimum super -

Legibus Tauri", lex XXV n 1 y lex XXIX n. 35 (cfr. ed. Salmanticae 1575; fol. 92 y fol. 104).

(304) Luis de Molina S.I., op. cit., Tract. II, Disput. CCXXXVI (cfr. ed. Conchae 1593, col. 1463 C).

(305) Ayerve de Ayora, op. cit., Pars II, Quaest. III, n. 4 - y 5 (ed. cit., fol. 76 vto. y ss.)

(306) Tello Fernández, op. cit., nn. 1, 2 y 3 (fol. 195 y ss. ed. cit.)

(307) Ayerve de Ayora, op., Pars et Quaest. cits., nn. 5 y 6, fol. 76 vto. y ss. y Pars IV, Jer. exempl. partitionum (ed. cit. fol. 188).

(308) Alphonso de Acevedo, op., lib. y tit. cits., lex IX (25 Tauri), n. 8 (ed. y vol. cits., pág. 183).

(309) Entre Tello Fernández, de una parte, y Alfonso de Acevedo, de otra, existió no obstante un punto de discrepancia, relativo al supuesto de que las dotes y donaciones propter nuptias excediesen de la legítima. Según Tello "lex nostra tantum loquitur quatenus donati imputatur in legitimam, et est equalis legitimae vel minor in exesu vero non loquitur". Ese supuesto, a su juicio, se halla fuera de su ratio; en ese exceso, conforme la ley 29, - habría una mejora y, por ello, se trataría de una colisión de mejoras a la que debería aplicarse la doctrina general de que una donación irrevocable no puede ser disminuída por otra posterior. En cambio, Acevedo opinó "quod dotes ac donationes propter nuptias... nullo modo essent tertiana neque quinta sive antea - praecesserit melioratio tertii et quinti sive sequatur" (lex cit. n. 2, pág. 183, ed. y vol. cits.)

(310) Tello, loc. cit., n. 4 (fol. 198).

(311) Ayerve de Ayora, op. cit., Pars IV, Jer. exemplum partitionum (ed. cit. fol. 188 vto.)

(312) Ayerve de Ayora, op. cit., Pars II, Quaest III, n. 4, - vers in quo puto sic distinguendum esse (ed. cit., fol. 76 vto.)

(313) Rodrigo Suárez, op. cit., Declaratio legis Regni, § 6,-

quaeritur, nn. 1 y 2 (ed. cit. pp. 548 y s.)

(314) Juan Matienzo, op. cit., lex IX (Tauri 25), gl. I, n. 4 (fol. 156 ed. cit.) y gl. III n. 2 (fol. 156).

(315) Juan Gutiérrez, op. cit., lib. II, Quaest. LXII (ed. -- cit. p. 139).

(316) Andrea Angulo, op. cit., lex IX, gl. I y II (ed. cit., - pp. 474 y ss.)

(317) Ludovico Velázquez de Avendaño, "Legum Taurinarum a Ferdinando et Joanna Regibus Hispaniarum foelices recordationes utilisima glossa", ad l. XXV, n. 5 (cfr. ed. Coloniae Allobrogum - 1734, p. 55).

(318) Angulo, lex cit., gloss. II, nn. 8, 18 y 30 (pp. 482 y s. 491 y ss. y 499).

(319) Angulo, gloss. ult. cit., nn. 9 y 15 (pp. 485 y s. y -- 489 y s.)

(320) "Cum donatio simplex prior fit integraliter ex dicto -- tertio et quinto sic extracto solvenda iuxta l. seq. /26 Tauri/. Et sic nec ipsa minuitur iuxta hunc text nec melioratio nocet le ^{prosigue} gitimas" ~~porque~~ Angulo, quien en el nº 20 (pág. 494) 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 e irrevocable de 50 y posteriormente mejora a otro hijo en tercio y quinto. - Asumulada aquélla idealmente para cálculo de tercio y quinto, és tos 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 íntegros.

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

Acumulándola idealmente para cálculo de tercio y quinto, es -
tos 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 214, habrá que reducir la mejo-
ra 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: $100 \cdot 2 (140 - 54) = 186$.

Es decir, que por cualquiera de los dos procedimientos, co --
rrectamente aplicados, el resultado obtenido será el mismo".

(321) N. 19 (pp. 493 y s.)

(322) Rodrigo Suárez, loc. ult. cit. n. 1 (p. 548) y Angulo, -
gloss. ult. cit., n. 1, vers. Itoque y n. 14 (pp. 486 y 488 y s.)
y también n. 30 (p. 489).

(323) Angulo, gl. ult. cit., n. 31 (p. 499).

(324) Nn. 32 y n. 34 (pp. 499 y ss.)

(325) N. 33 (p. 500)

(326) Josef Febrero, op. cit., Parte segunda, Lib. II, cap. -
III, IV, nn. 142 y ss. (ed. cit., II-II, pp. 272 y ss.) Las ci-
tas correspondientes a las ulteriores versiones de la obra de Fe-
brero, 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 Dere-
cho Sucesorio" III parte, notas 467 y ss. (cfr. ed. sep. pp. 405
y ss. y A.D.C. VII-IV, pp. 1091 y ss.)

(327) Sancho Llamas y Molina, "Comentarios a las Leyes de To-
ro", ley XXV, nn. 6 y ss. (cfr. ed. ^{cit.} vol I, pp. 444 y ss.)

n (328) Notas a "Las Siete Partidas...", ed. y vol. cit., "Apn-
díce sobre las legítimas y mejoras", n. 17, pág. 574.

(329) Benito Gutiérrez Fernández, "Códigos o estudios fundamen-
tales del Derecho Civil Español", Lib. III, cap. V, sec. II § II-
(ed. Madrid 1863) T. III, pp. 527 y ss.)

(330) Pedro Gómez de la Serna y Juan Manuel Montalbán "Elementos del Derecho Civil y Penal de España" Lib. III, tit. 1, secc. 5^a V, nn. 129 y 130 (cfr. 13^a ed. Madrid 1881, T. II, pp. 86 y s.)

(331) José González Serrano, en su continuación a la obra de Pacheco, "Comentario histórico, crítico y jurídico a las leyes de Toro", ley XXV nn. 2, 9, y 14 y 16 (cfr. ed. Madrid 1876, T. II, pp. 12 y ss.)

(332) 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).

(333) 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.)

(334) Salvador del Viso "Lecciones elementales de Derecho Civil", Parte Segunda, Lección XII, § VIII (cfr. ed. Valencia ~~1868~~ 1868, T. II, pp. 435 y s.)

(335) Florencio García Goyena, "Concordancias...", vol. cit., Apéndice n. 8, a las "Mejoras", pp. 341 y 346.

(336) García Goyena, op. y vol. cit., glosa al art. 652, pág. 100.

(337) "Apuntes..." cit., III Parte, § 11, A), cfr. ed. sep. - pp. 464 y ss. y A.D.C. VIII-II, pp. 300 y ss.

(338) "Apuntes..." III Parte, § 6, A (ed. sep. pp. 396 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.)

(339) 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 semestre 1901), pp. 343 a 345.

(340) Felipe Sánchez Román, "Estudios de Derecho Civil", T. - VI-II, cap. XV, nn. 113, pp. 952 y ss.

(341) Sánchez Román, op. cit., Tit. VI-III, cap. XXVIII, n. - 57 (ed. Madrid 1910, p. 2026).

(342) Modesto Falcón, op. cit., Lib. III Tit. prelim. Cap. -- III, Sec. II § V, n. 12 (ed. cit. T. III, p. 239).

(343) Enrique Pérez Ardá, "El problema de la colación", Rev.- Gral. de Leg. y Jur. T. 109 (2º semestre 1906) pp. 217 a 226.

(244) Antonio Maura, "Dictámenes", T. IV, dict. n. 4 -de 13-- II-1913- pp. 33 a 45 (ed. Madrid 1930).

(245) Jacobo Otero y Valentín, "Anticipos de legítima" (Valladolid 1914) pp. 113 y ss.

(346) Antonio Arenas, "La colación en el Código civil", Rev.- Der. Priv. Tomo II -marzo 1915- pp. 75 a 77.

(347) Felicísimo de Castro, "Derecho Civil", t. II, pp. 361 y ss. (Madrid 1928).

(348) Rafael Navarro Mmandi, "Cuestionario del Código Civil - Reformado", art. 1037 (Madrid 1890), T. III, pp. 459 y ss.

(349) José Morell y Terry, "Donaciones colacionables a efectos de fijar la legítima", en Rev. Gral. de Leg. y Jur., vol. 98 - - -ler. semestre 1901- pp. 288 a 307, y vol. 99 -2º semestre 1901- pp. 220 a 330; y "Colación especial exigida en el artículo 1035 -- del Código civil", en Rev. Gral. de Leg. y Jur. vol. 108 -ler. - semestre 1906- pp. 27 a 45 y 113 a 132.

(350) F. Serrano Bernard, "Las donaciones a extraños son parte de la herencia al solo efecto de fijar la legítima", en Rev.- Gral. de Leg. y Jur., vol. 132 -ler. semestre 1918- pp. 385 a -- 390.

(351) Ricardo Oyuelos, "Digesto. Principios, Doctrina y Jurisprudencia referentes al Código civil español", Lib. III, tit. -- III. cap. II, sec. V, n. 17, y cap. VI, sec. I, n. 2º (Madrid -- 1921, tomo IV, pp. 42 y ss. y p. 335).

(352) Demófilo de Buen, Notas al "Curso elemental de Derecho - Civil" de A. Colin y H. Capitant, t. VIII (Madrid 1928) oq. II, - sec. XI, § 6º, pág. 340 y cap. IV, sec. VII, pp. 423 y s.

(353) Felipe Clemente de Diego, "Instituciones de Derecho Civil Español", Lec. 97 (cfr. ed. Madrid 1932, T. III, pp. 393 y - ss.)

(354) Francisco Bonet Ramón, tomo II del "Derecho Civil, Común y Foral", de De Buen y Bonet (Madrid 1940) p. 608.

(355) Amadeo de Fuenmayor Champín, "Estirpe única y representación hereditaria", en "Estudios Jurídicos", Año II -octubre -- 1942- núm. IV, fasc. 2 de Derecho Privado, pp. 55 a 63.

(356) A. Abelaira López, "La fijación de la legítima en Derecho español", en Foro Gallego núm. 57-58 -marzo-abril 1949- pp. 83 y ss., en especial 100 y 101)

(357) Miguel Royo Martínez, "Derecho Sucesorio mortis causa"- (Sevilla 1951), pp. 329 in fine y 335 y ss.

(358) Ramón María Roca Sastre, Notas al "Derecho de Sucesiones" de Theodor Kipp, § 131, I (ed. Barcelona 1951, vol. II, pp. 295 y ss.)

(359) José Luis Lacruz Berdejo, "Notas al Derecho de Sucesiones" de Jellus Binder, § 33 (ed. Barcelona 1953) pág. 306; y "Derecho de Sucesiones - Parte General", § 70, n. 424, en especial- nota 5 c y d), pp. 565 a 568 (Barcelona 1961).

(360) Francisco Espinar Lafuente "La herencia legal y el testamento", n. 157, nota 79, pág. 343 (Barcelona 1956).

(361) José Castán Tobeñas, "Derecho Civil Español, Común y Foral", T. VI-1, séptima edición, Madrid 1960, CXLIII, III, 3, - pp. 298 y s.

(362) Diego Espin Cánovas, "Manual de Derecho Civil Español", vol. V, cap. III-V, 8, c, nota 71 (Madrid 1957), p. 120.

(363) 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, epig. "Fijación de la legítima", b), pág. 674.

(364) J. Santamaría Ansa, "Comentarios al Código Civil", art. 818, vol. I, pág. 810 (Madrid 1958).

(365) Federico Puig Peña, "Tratado de Derecho Civil Español", vol. V-II, cap. XIV, 6, A, b, 2º, pp. 400 y s. (Madrid 1963).

(366) José Puig ^{Bustan} Peña, "Fundamentos de Derecho Civil", 卷五, - V-II, cap. II, I, II, p. 138 (Barcelona 1964).

(367) Morell, R.G.L.y J., vol. 108, pp. 27 y ss.

(368) 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 propiamente dicha en "La colación propiamente dicha en el Código civil español", en Revista de Derecho Español y Americano, año 11, nº 7 (mayo-junio 1957) pp. 3 y ss.

(369) Morell, R.G.L.y J. vol. 9, p. 326 y pp. 323 in fine y ss.

(370) Roca Sastre, loc. ult. cit., § 136, II, pág. 346.

(371) Lacruz Berdejo, Notas cits., § 33, pág. 306.

(372) "Apuntes..." cits. III Parte, § 11, B (cfr. ed. sep. pp. 484 y ss. y A.D.C VIII-II, pp. 220 y ss)

(373) Manresa, "Comentarios..." vol. VII (6ª ed. Madrid 1943) art. 1035, II, B, pág. 553, ~~ed. cit.~~

(374) Manresa, op., vol. y arts cits., II, A, pag. 550.

(375) Manresa, R.G.L.y J. vol. 99, pp. 347 y s.

(376) Morell, R.G.L.y J., vol. 98, pág. 300.

(377) Manresa, "Comentarios...", vol. VII, art. 1035, II, A, - pág. 549.

(378) F. Serrano Bernard, loc. cit., p. 386.

(379) Antonio Arenas, loc. cit., p. 75.

(380) Morell, R.G.L.y J., vol. 99, p. 301.

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

(382) Sánchez Román, op. cit., vol. VI-II, cap. XV, An. 113 - (ed. cit., pág. 953). Notemos la semejanza cuantitativa de ese cómputo de Sánchez Román con el cálculo de la cuota de reserva - que propone García Valdecasas, salvando la diferencia entre el carácter ~~ent~~ "más bien negativo y de limitación mayor o menor - de la libertad del ius disponendi por causa de muerte", asignado

a la legítima mortis causa por Sánchez Román (op. cit., vol. VI-III, cap. XV, n. 5, pág. 764), y el positivo de delación legal y forzosa, sostenido por G.G.Valdecasas (loc. cit., II, 3, pags. - 966 y ss.)

(383) Sánchez Román, op. cit., vol. VI-III, cap. XVIII, n. 57 pág. 2026.

(384) Sánchez Román, loc. y núm. ult. cit., pp. 2025 y s. Nótese la paridad de ese cómputo a efectos de la reducción con el que G.G.Valdecasas propone ^{para} la que llama cuota de legítima (loc. - cit., III-2, pp. 973 y ss.) prescindiendo de las características especiales que este último atribuye a ésta.

(385) Representan la común opinión los autores que hemos citado en las notas 344 a 366 inclusive de este estudio.

(386) Morell, R.G.L.y J. vol. 99, pp. 230 y ss.

(387) Maura, op., ed., vol. y dict. cits., p. 35.

(388) De Buen, Notas y vol. cits., cap. II, sec. XI, § 6, p. 340.

(389) Royo Martínez, op. y loc. cits., pp. 239 y ss.

(390) "Apuntes...", III Parte, § 11, A) in fine; cfr. ed. sep. pp. 482 y 483 y A.D.C. VIII-11, pp. 318 y s.

(391) Navarro Amandi (op. y vol. cits., art. 825, p. 325) al siguiente año de la promulgación del Código civil, replanteó este problema: "Podrá pretenderse que pues el testador le mejoró - en el tercio de sus bienes, aludió a los que él tenía y poseía - en la época de su fallecimiento, es decir, no a los noventa que formaban el caudal hereditario, con la colación, sino a los setenta únicos que poseía el testador, pues los veinte salieron de su propiedad en virtud de la donación".

(392) "Apuntes...", loc. ult. cit., nota 798, ed. sep. p. 483- y A.D.C. VIII-11, p. 319.