

### III. DICTAMENES

#### Dictamen sobre imputación de legados, cautela-socini, institución excepta re certa, cuarta falcidia y prelegado en el derecho foral catalán

##### LOS HECHOS

Don X, de vecindad catalana, falleció siendo viudo y dejando tres hijos, doña A, don B y don C, y en su último testamento, otorgado en Cataluña, dispuso:

CLÁUSULA 1.<sup>a</sup>—*Lega* a su hija doña A la *legítima* correspondiente en sus bienes según Ley de esta Región, *que pagará* su otro hijo don C y de la que podrá disponer libremente, *o bien* el Manso I, pero del que *no podrá dar, poner* la legataria por actos entre vivos ni por testamento si fallece sin hijos legítimos, pasando a su muerte dicho Manso a su mentado otro hijo don C o a sus herederos, y también a ellos si su hija doña A prefiriera la legítima en dinero.

CLÁUSULA 2.<sup>a</sup>—*Prelega* a su hijo don B el Manso II para que pueda disponer libremente.

CLÁUSULA 3.<sup>a</sup>—*Prelega* a su hijo don C el Manso III para que pueda disponer libremente también y ratifica la donación de la casa IV que le hizo hace dos años, cuya donación lleva a este prelegado.

CLÁUSULA 4.<sup>a</sup>.—Y de todos los *demás bienes* que deje el testador el día de su muerte, instituye *herederos* universales a sus tres expresados hijos doña A, don B, y don C, *por partes iguales y a su libre disposición*.

Doña B, a la vista de este testamento, pregunta qué derechos y deberes pueden corresponderle en virtud de los llamamientos que a su favor otorga el causante y habida cuenta de que el mismo *agotó* con los prelegados *todos*, absolutamente todos los bienes del caudal hereditario.

##### LA JURISCONSULTA

Poco más o menos los autores suelen definir el testamento como aquel *negocio jurídico unilateral*, personalísimo, revocable y solemne por el que una persona ordena, para después de su muerte, la regulación de varias de sus relaciones familiares y el destino de su patrimonio.

Al ser, pues, esencialmente el testamento un negocio jurídico, para el mejor análisis del que aquí se nos ofrece, lo seleccionaremos en los *dos elementos* que integran todo fenómeno negocial: el de su contenido y el de sus efectos jurídicos.

Se enuende por *contenido* de un negocio—según extraemos de Betti (1)—, la declaración que en el mismo hacen los dos individuos de los fines prácticos a

alcanzar y de los medios a seguir para determinar los propios intereses, y por *efectos jurídicos*, el enlace que a tal declaración el Orden jurídico verifica de determinadas situaciones jurídicas.

Y como al contenido del negocio hace referencia la *Interpretación*, y a sus efectos se refiere la *Valoración jurídica*, aquí interpretamos primero, para valorarlo después, el testamento cuestionado.

## I

### *Interpretación del testamento*

La interpretación del contenido del testamento no difiere, fundamentalmente, de la interpretación de los negocios jurídicos *intervivos*. De lo que se trata, en todo caso, es de captar el significado formal y el propósito volitivo de la declaración de los individuos que en el negocio jurídico intervienen.

Pero así como en los intervivos, por regla general, en la pugna entre la manifestación y la intención impera aquélla sobre ésta, justamente porque el *consentimiento* se produce en méritos de la primera; en los testamentos, en cambio, por consistir en una manifestación *unilateral* no destinada a ser recibida por los demás; ella misma—como observa Barassi (2)—*provoca por sí los efectos jurídicos*, por lo que la indagación de la voluntad real efectiva (intención) tiene una importancia decisiva. De ello se deriva también que se la revista de las máximas solemnidades, a diferencia de lo que suele ocurrir con los negocios intervivos.

Mas, por ello mismo—añade Barassi—, se revela un contrasentido entre dos tendencias: por un lado, la necesidad de dar a la *voluntad* del testador toda la preponderancia que merece, estimándola por lo que ella es realmente; y por otro lado, la exigencia del *formulismo*, que conduce a limitar la posibilidad de tener en cuenta todos los elementos, aún extraños al testamento, que permitan proyectar luz sobre la verdadera intención del testador.

En un justo *equilibrio* entre ambas direcciones débese encontrar, ciertamente, la solución. Entendiéndolo así, las normas que rigen la interpretación testamentaria preceptúan que prevalecerá el sentido *literal* de las palabras (tal como suenan, que decían castizamente *Las Partidas*) si ellas están conformes con la auténtica voluntad del testador; y si no, habrá de descubrirse ésta, aunque siempre que se pueda basar en el tenor y se desprenda del conjunto del mismo testamento.

Tal orientación, afirmada ya por varios principios del Derecho romano, se halla consagrada en el artículo 675 del Código civil español y perfilada por un copiosa Jurisprudencia. De ella escogemos, como más elocuentes, las siguientes Sentencias:

De 14 de mayo de 1900.—La voluntad del testador es la ley primera que debe cumplirse en materia de testamentifacción y herencia, mientras no fuere *contra Ley* o contra costumbre, debiendo, por tanto, subordinarse a las reglas establecidas para la determinación de los derechos sucesorios.

De 5 de marzo de 1944.—Es incuestionable que los testamentos, como toda clase de negocios jurídicos, no se han de interpretar tomando sólo en consideración palabras o frases aisladas, sino la totalidad de la declaración de la vo-

luntad, de modo que para la recta inteligencia de una cláusula testamentaria objeto de controversia, es forzoso ponerla *en relación con las demás* del testamento para conocer por el contenido de *todas* cuál fué en aquélla la verdadera voluntad del testador.

Y de 8 de julio de 1940.—Por tratarse de una declaración de voluntad no recepticia, es decisiva en el testamento la voluntad real del declarante, pudiendo el juzgador, sin embargo, atender en su interpretación a circunstancias exteriores al testamento (los llamados medios de prueba extrínsecos), pero siempre que, dado el carácter formal de éste, el *sentido averiguado* y desenvuelto tenga una *expresión*, cuando menos incompleta, en el documento.

Interpretando ahora el contenido del testamento cuestionado, con arreglo al significado de sus términos, al conjunto de sus cláusulas y a las normas de organización sucesoria, entendemos lealmente que la *voluntad de don X*, con respecto a su hija doña A, fué la de favorecerla, a elección suya, con *alguno de estos dos grupos de disposiciones*:

Con un *legado* de metálico, *imputable* a su legítima, por el *quantum* de ésta y *a costa exclusiva* del coheredero don C, y, además, con la *coherencia* en un tercio y *a libre disposición* de cuantos bienes dejare al fallecer y no consistieren en los inmuebles que prelegaba a sus otros coherederos don B y don C.

O bien con un *legado* de cosa específica y propia del testador—el Manso I—*a cargo de todos* los herederos, *sin imputarlo* a la legítima de la legataria, y sometiéndola a la *sustitución* fideicomisaria condicional de si falleciese sin hijos en favor del coheredero don C o los herederos de éste (*substitutio in fideicomisso*), y, además, con la *coherencia* en un tercio y *a libre disposición* de cuantos bienes dejare al fallecer y no consistieren en el que ya legaba a la propia doña A y los que prelegaba a sus coherederos don B y don C.

Por consiguiente, a la doña A el causante la instituyó *coheredera en cualquier caso*, y, aparte, le dejó un *legado de opción*, consistente en una suma de dinero o en un inmueble gravado de restitución.

*En cuanto a la coherencia*, no cabe ninguna duda de que la doña A fué llamada «*in locum et in jus*» del causante, es decir, a *título universal*. Si más no, porque textualmente así la nombró el testador en la cláusula 4.ª, junto con sus hermanos don B y don C.

Y aunque así no hubiese sido y el testador se hubiese limitado a instituirlos coherederos (sin el aditamento de universales) «de todos los demás bienes que dejare en el día de su muerte», esta locución y su análoga de institución «en el remanente de los bienes», que se usan—como observa Vallet (3)—por su gráfica expresividad del resultado *económico* con que se quiere favorecer al instituido, *no quieren en manera alguna modificar el significado jurídico del término heredero, que lo es de la universalidad*; interpretándolas, acertadamente, la Rs. de 19 de mayo de 1947, al dar aquel carácter a la institución en un supuesto en que el causante legó a su hermano una finca, y en el remanente de sus bienes instituyó herederos por partes iguales a las personas que designó.

Por todo lo cual, cree Vallet, y lo mismo nosotros, que tales expresiones reflejan exactamente una institución «*excepta re certa*», y que la doctrina romana acerca de la misma habrá de aplicarse a aquéllas.

Y contra la posible argumentación de la ineficacia de dicha institución, en

nuestro caso, simplemente por el hecho de que al fallecer el testador no quedaron para la herencia bienes algunos, ya que todos fueron objeto de legado y prelegados, aunque no sea ahora el momento oportuno para comprobar si ello fué realmente así, lo es, en cambio, para replicar que, incluso en tal hipótesis, la *institutio excepta re certa* se conserva en absoluto vigente porque la misma se dirige *primordialmente* al conferimiento de la *cualidad de heredero*, que es previa, y hasta cierto punto independiente de la adquisición patrimonial, como después se explicará con más detalle. Por el momento, bastanos saber e ilustrar aquella réplica con la rescensión de algunas afirmaciones emitidas por la meritada resolución, frente a la tesis del recurrente, que como legatario de la cosa específica sostenía que era innecesario su entrega por los herederos, por cuanto la institución había quedado sin efecto por no existir al fallecimiento del causante otros bienes. A lo que el Centro Directivo contestó:

«Que del testamento del causante se deduce la *coexistencia* de una *institutio* de heredero y de un *legado* de cosa específica; que del tenor literal del testamento, al instituir herederos en el remanente de sus bienes se infiere que el testador *no entendía agotado* su patrimonio con las anteriores disposiciones relativas al legado, y que aun no desconociendo la existencia de situaciones en que por *falta de activo hereditario* o por la escasa cuantía del mismo los herederos carecen de interés para aceptar la herencia, ello *no evita* que los legados de cosa determinada propia del testador hayan de ser precisamente *entregados por aquéllos*.»

Pasando ahora al *primer legado de la opción*, vemos que todo él queda perfectamente modelado en la cláusula 1.ª. En efecto:

Al manifestar el testador que «lega la legítima a doña A», en el fondo no hace ni más menos que *imputar* el legado que ordena a la legítima de ésta; al agregar que será «la correspondiente en sus bienes según Ley de Cataluña», dicta exactamente una regla de equivalencia con relación a la *cuantía* del legado; al añadir que «la pagará su otro hijo don C, *excluyé* terminantemente de la obligación de cumplir los legados, que compete en principio a *todos los coherederos* en proporción a sus cuotas, a don B y a la propia doña A, impidiendo así que surja para esta última la figura del Prelegado, y al prevenir, al final de la cláusula, la sustitución vulgar del Manso I en favor del coheredero don C o sus herederos para el caso de que *caducare ese otro legado de inmueble por haber preferido la doña A «la legítima en dinero»*, bien a las claras expresa al testador que el tal legado no lo es de *metálico*.

Y por lo que atañe al *segundo legado de la opción*—el del Manso I—, a cuya beneficiaria doña A se grava con restitución *sine liberis decesserit* en favor de don C o sus herederos (habiéndose de entender por tales a los hijos, según claramente destacan las Sentencias de 17 de enero de 1891 y de 1 de julio de 1905), obsérvase en seguida que ahí cometió el testador la *doble omisión* de no señalar a quién o a quiénes debe corresponder *entregarlo* y de no *imputarlo* explícitamente a la legítima de su hija ni tampoco a su porción libre.

La falta de concreción acerca de la obligatoriedad de la entrega por parte de uno o varios coherederos, sin embargo, no desdibuja ni a éste ni

a ningún otro legado. La razón es que por ser requisito natural en ellos que su cumplimiento se debe por *todos los herederos a prorrata* (Digesto fr. 33, pr. XXXI y fr. 124, fin. XXX, y Código civil español, art. 859), si el testador se mantiene pasivo y no lo varía dentro de los límites permitidos—como hizo con el legado de metálico—, entonces aquel requisito tiene plena virtualidad.

La interpretación en este lugar, por tanto, se limitará a comprobar si en el texto del testamento hay o no una oración que *desvíe* aquel normal desdoblamiento de la entrega. Y pues la cláusula 1.<sup>a</sup> dice que «lega a doña A la legítima, libremente, que pagará don C o bien el Manso I, el cual pasará, si muere la legataria sin hijos, a dicho don C», es patente que no hay ningún asidero para poder pensar que el testador, tocante al segundo legado, quiso modificar aquel requisito natural; antes, *con su silencio, mostró su conformidad a que la entrega del Manso I competiera a la herencia en general*, en nuestro caso a los tres instituidos doña A, don B y don C (naciendo entonces, para la primera, la figura del Prelegado).

Y queda luego por dilucidar la *imputación* del referido legado de inmueble, respecto de la cual—y contrariamente también a lo establecido para el legado legitimario de metálico—, el testador nada manifestó explícitamente.

El problema aquí ya es más grave, aunque no afecta tampoco a la valoración de los efectos del testamento, pues—como comenta Vallet (4)—la imputación es, esencialmente, un problema de *interpretación de la voluntad* del testador.

Entendemos por imputación aquella *colocación a priori* o a *posteriori* de las donaciones intervivos y disposiciones testamentarias otorgadas por el causante de una sucesión, *dentro de las cuotas o porciones de libre disposición o de legítima*, en que idealmente se distribuye su patrimonio a efectos de la satisfacción de esta última.

La imputación se diferencia claramente de la *computación* y la *colación* de donaciones; porque así como la primera mira a la ordenación en zonas patrimoniales de lo dejado por cualquier título gratuito, la computación y la colocación se dirigen, respectivamente, a *reunir ficticiamente* los bienes donados con los relicto para fijar el valor de la legítima, y a la *participación igualitaria* de ésta entre los varios legitimarios, cuando alguno de ellos a la vez es donatario.

Hay que averiguar, por tanto, en qué *zona* de su patrimonio colocó el causante del testamento cuestionado el legado del Manso I; es decir, si lo imputó a la legítima de su hija o a la parte libre. Repetimos: *en la cláusula primera sólo se imputa el legado metálico* a la legítima de doña A, pero nada se dice en cuanto al legado de inmueble.

Si el testamento *sólo contuviera* esta cláusula, a tenor de la cual se disponen *dos legados, en opción, a una misma legitimaria* y no existiera la última cláusula, o sea la de la institución a favor de la misma, entonces la solución sería harto fácil: como afirma Vallet, los *legitimarios no instituidos* herederos, a quienes se les ordena un legado, no pueden estar llamados más que precisamente a los *bienes que se les lega*, y en su caso, al suplemento de legítima. En consecuencia, si la doña A optare por el legado de metálico se le imputaría a su legítima, aunque el testador no lo hubiere modelado—cosa que sí hizo—como *legatum*

*pro legitima*. Y si la doña A optare por el legado del inmueble, también a su legitima se le imputaría, porque al no haber expresado nada el testador sobre esta última y haber dispuesto, en cambio, de la herencia en favor de personas distintas de la legataria-legitimaria, sin preterirla ni desheredarla, habría con ello manifestado claramente su voluntad de *cumplir con su deber legitimario a base del legado* (imputación) asignando la legitima a título singular, como le permite la ley (Instituta, lib. II, Tit. XVII, § 6.º; artículo 815 del Código civil español).

Si, en cambio, el testamento cuestionado *únicamente contuviera una institución* de herederos en la cláusula última, no existiendo la primera, o sea, la de ordenación de los legados entonces no podría vacilarse: con la herencia se percibiría la legitima. Como dice Roca Sastre (5), la institución de heredero a favor de un legitimario hay que *imputarla a la legitima*, salvo que disponga otra cosa el testador, exactamente lo mismo que ocurre con el legado otorgado a un legitimario.

Y, finalmente, si el testamento—lo que ocurre con el cuestionado—*dispone a la vez un legado y la coherencia a una legitimaria*, entonces cabe muy bien que puedan suscitarse dudas acerca de a *cual de ambos títulos* hay que imputar la legitima si, como en el legado de inmueble, calla el testador sobre aquel extremo. En semejantes casos, opina Vallet que la *institución* se habrá conectado con la *imputación* legitimaria, cosa que a nosotros nos parece evidente, no sólo en Derecho Romano, donde, por ser la legitima una *pars debita* del causante, y en su puesto, del heredero, no podía sostenerse que éste, como tal, *se la debiera a sí mismo, como legatario* (análogamente al Prelegado); sino también en el Derecho común español, en el cual los legitimarios, salvo disposición en contra, tienen el carácter de *herederos* (art. 806 del Código civil). Por tanto, si un legitimario es al mismo tiempo heredero y legatario, a menos de indicarse que aquél recibirá la legitima a título singular (como sucedió con el legado metálico), no es posible plantear ningún problema de imputación. Recibirá, desde luego, la legitima a cargo de la herencia.

Y por si no bastaran esos razonamientos generales, hay otro de especial que nos suministra el propio testamento: cual es que de las dos disposiciones que contiene concerniente a doña A. una de legado y otra de herencia—, aquél no es en absoluto idóneo y si está para servir en pago de su legitima, puesto que la misma no puede ser *violada* con gravámenes, condiciones ni sustituciones (leyes 30, 32, 36, C. de inoff. test. lib. 3, tit. 28; y artículo 813 del Código civil español); y, por consiguiente, al *limitar* el testador el legado de inmueble, vino con ello implícitamente a *eliminarlo* de la imputación a la legitima de doña A., para la que ya abrió el cauce de la institución *libre*. Como señalada Borell (6), en los casos en que se intenta gravar con un fideicomiso ciertos bienes, es laudable la práctica de *dejar alguna parte de la herencia libre al fiduciario*, en pago de la legitima: pues así queda aclarado de qué puede disponer y qué queda afecto al fideicomiso; porque el testador puede gravar lo que deja graciosamente.

Que es, cabalmente, lo ocurrido en el testamento cuestionado. El testador *no imputó* aquel legado de inmueble a la legitima, sino precisamente a la zona de su patrimonio de libre disposición, sobre la que cabe toda suerte de limitaciones. La legitima correspondiente, *quiso* el causante que su hija doña A. la percibiera «jure hereditario». De lo contrario, ¿a qué conduciría la *institución libre* en el

tercio de los bienes que quedasen? Y que no se diga que el causante, al otorgar el testamento, ya sabía que había agotado sus bienes inmueble y muebles (valores, dinero, acciones, etc.), por el hecho de que dispuso de todos los inmuebles en los prelegados. Porque, de pensarse así, podría contestarse que carecería entonces de *sentido común* la última cláusula testamentaria.

En efecto, si el testador hubiese querido de todas formas imputar a la legítima de doña A, el legado del Manso I sujeto a gravamen de restitución, le hubiera bastado con no *instituir*la coheredera libre en dicha cláusula 4.ª y última. En tal hipótesis, naturalmente, *los dos legados* de la opción se hubiese debido *imputar* uno y otro indefectiblemente a la legítima de doña A, por existir *embibida* en aquella cláusula 1.ª una *Cautela Socini*, casi *reflejando* el mismo caso que dió lugar a la creación por Socino el Joven de su tan discutida figura jurídica.

Roca Sastre (7) escribe que la Cautela Socini tiene lugar cuando el testador deja al legitimario *una parte hereditaria* de valor mayor que lo que a éste le corresponde por *légítima*, gravando lo así dejado con fideicomisos, condiciones u otra clase de limitaciones, pero con la prevención de que si el legitimario no acepta íntegramente dichos gravámenes, perderá lo que se le ha dejado por encima del importe de la legítima, debiendo entonces contentarse con adquirir lo que por legítima estricta le corresponde.

Muerto el testador—continúa diciendo—se produce una *doble vocación* alternativa, o sea, que surgen a favor del mismo legitimario dos llamamientos, de los cuales puede *escoger* libérrimamente uno u otro de ellos; ante el dilema, *depende* de su voluntad preferir la legítima estricta, exenta de todo gravamen, o aceptar la porción hereditaria que le brinde el testador, si bien con las cargas *impuestas* sobre ella.

Pues bien: resulta obvio que el testamento cuestionado *no existe* para doña A juego alguno de Cautela Socini. Y ello por los *dos motivos* siguientes, ambos incontestables: *Primero*. Porque, según se ha demostrado precedentemente, el testador *no imputa* a la legítima de su hija el legado de inmueble gravado de restitución; y es fundamental que la Cautela se polarice entre *dos atribuciones* legitimarias, esto es, con imputación de ambas a la legítima, una de mayor volumen pero limitada, y otra en el «quantum estricto» y libre; y *Segundo*. Por que aun en el supuesto de que se mantuviera la tesis de que un testador pretendió imputar el legado de inmueble específico a la legítima de su hija, lo cual sería totalmente defendible en la hipótesis de que el testamento sólo dispusiera los dos legados en opción de la cláusula 1.ª, ahí está la 4.ª cláusula, que echa por tierra toda posible *construcción* de aquella cautela.

Efectivamente, si lo típico de la Socini es la elección que se plantea al legitimario entre *dos llamamientos*, en el testamento cuestionado se le ofrecen a doña A no dos, sino *tres*. Dos vocaciones a título de legado y otro a título hereditario. Y lo más destacable es que única y exclusivamente los dos primeros están en función *alternativa* (o legado de dinero o legado de inmueble gravado), pero no así el tercero: el tercio libre de la herencia *en cualquier caso*.

¿Dónde, pues, radicaría la Cautela esa que, por un lado, *no opone dos asignaciones legitimarias* (desde el momento, insistimos, en que el legado de inmueble no se imputa a la legítima de doña A) y, por el otro lado, *se llama a una cuota hereditaria, absolutamente libre a la misma legítima*?

## II

## VALORACION DEL TESTAMENTO

Frente a un negocio jurídico, la función del intérprete—sea una parte, sea un jurisconsulto, sea un Juzgador—no se limita a buscar el verdadero sentido de la declaración de voluntad allí contenida, que es en lo que consiste la interpretación *strictu sensu*, sino que, además, debe apreciar si el fin práctico que aquella voluntad persigue y los *medios* que propone para lograr sus particulares intereses, *se adaptan a la situación jurídica prevista por la norma*.

En esto consiste la Valoración jurídica, la cual—como indica Betti—traduce, con modificaciones y limitaciones oportunas, el precepto de autonomía privada en términos de Derecho. La *diferenciación* entre interpretación *strictu sensu* y valoración del negocio jurídico, ha sido intuita por nuestro Tribunal Supremo, entre otras, por estas dos Sentencias:

De 30 de junio de 1930.—No es lo mismo interpretar un testamento o un contrato que *definir la relación jurídica* por ellos engendrada, pues lo primero tiende a fijar el verdadero sentido o alcance del texto de sus cláusulas con relación a la voluntad de los otorgantes, por lo que constituye una mera cuestión de hecho, mientras que lo segundo entraña un verdadero problema de Derecho, consistente en *determinar la conformidad* existente entre el *acto* contractual o disposición testamentaria y la *norma* legal de cuyo cumplimiento no pueden sustraerse el otorgante u otorgantes.

Y de 8 de julio de 1940.—De todos modos, es obvio que la interpretación tiene por fin determinar el *contenido* de una voluntad dudosa y que las condiciones de existencia y validez de esta voluntad, la calificación jurídica del acto y la *determinación de sus efectos*, aunque guarden relación a veces íntima con la interpretación, no son materia propia de ella.

Ahora bien; para proceder a una valoración del negocio jurídico se hace indispensable no sólo tener un perfecto *conocimiento de las normas* aplicables al caso, sino también saber exactamente cuál es la *naturaleza de la disposición* que encierran.

Respecto a la *aplicabilidad de las normas*, hay que tener siempre presente en España el criterio de variedad legislativa que en Derecho civil y, principalmente, en materias de familia y sucesiones, rige en los *distintos territorios comunes y forales*.

Concretándonos a *Cataluña* y por lo que atañe al Derecho sucesorio, en el *testamentario* (no en el abintestato) las normas aplicables son *en su mayoría romanas*, con alguna influencia canónica y unas que otras peculiaridades indígenas. Esto no debe negligirse nunca por los otorgantes ni por los autorizantes de los testamentos de catalanes. Precisamente, una de las cosas que se observa en seguida que se lee el aquí cuestionado, es que fué redactado pensando más en el Código civil que en el Derecho foral catalán. Y de que éste ha de regir, en absoluto, para los naturales de esta región, implícitamente lo ordena el párrafo 2.º del artículo 10 del Código civil (en relación con el 15), al decir que *las sucesiones legítimas y las testamentarias, así respecto al orden de suceder como a la cuantía de los derechos sucesorios y a la validez intrín-*



*secu de sus disposiciones*, se regularán por la *Ley nacional* de la persona de cuya sucesión se trate, cualesquiera que sean la naturaleza de los bienes y el país en que se encuentren.

Y cuando decíamos que para la valoración de un negocio jurídico importa también saber la *naturaleza de la disposición* de las normas, aludimos a la distinción que debe hacerse, una vez se conocen las que son aplicables a aquél entre normas *imperativas* y *permisivas*. Como explica Castán (8), aunque todo el Derecho tiene carácter imperativo, ello no obsta para que su eficacia pueda estar más o menos condicionada por la voluntad de las partes. Hay normas de eficacia incondicionada que excluyen la voluntad privada; son las normas imperativas que integran el llamado *Derecho necesario* (jus cogens). Hay otras, en cambio, de eficacia condicionada que respetan la iniciativa de los interesados, limitándose a reconocer los efectos de esa voluntad o a establecer una regulación supletoria: son las normas permisivas, o lo que es igual, de *Derecho facultativo* (jus dispositivum).

Corolario de todo ello es que el testamento—acto de autonomía privada—, si bien puede variar los efectos jurídicos previstos por las normas permisivas, debe respetar, por contra, los *efectos de las normas de Derecho necesario*, los cuales habrán de realizarse a pesar de su desconocimiento o contradicción por el contenido del testamento. La Sentencia de 11 de enero de 1950 claramente lo indica en su primer considerando, al decir que si el testamento, como norma rectora de la sucesión, ha de guardar acatamiento a las formalidades extrínsecas impuestas por la ley, la recta y lógica interpretación del mismo exige que se *conjugue y armonice la voluntad declarada por el causante, con las reglas de Derecho necesario establecidas por el legislador*.

Y con todos estos datos estamos ya en situación de poder calibrar, sin temor a equivocarnos, los *efectos jurídicos* que el contenido del testamento cuestionado debe producir.

Para ello, examinaremos por separado *dos hipótesis*: una, en la que supondremos que doña A se inclina por el legado de *dinero*, y otra, en la que nos imaginaremos que se decide por el legado de *inmueble*; y en ambas, que aceptamos la coherencia.

## PRIMERA HIPOTESIS

### A) *Opción del legado de metálico*:

Con insuperable claridad diferencia Barassi (9) *dos grupos de legados*: aquellos que implican una *sucesión* a título particular en un *derecho preexistente* en el patrimonio del causante (sucesión en el derecho de propiedad sobre una cosa o en un derecho de crédito) y aquellos otros que suponen una *atribución de un derecho* que nace en el momento en el cual se atribuye al legatario (legado de *crédito* a prestaciones periódicas, legado de crédito en el cual éste representa *un modo para adquirir* la propiedad—ejemplo, de cosa genérica, de cosas *en alternativa* y de cosa no perteneciente al testador—y legado de un derecho real limitado). Esa distinción, en el fondo, es la misma que intuyeron los romanos, con sus *«legatum per vindicationem y per damnationem»*.

Pues bien: el *legado alternativo* es—según Díaz Cruz (10)—aquel en que el obligado a satisfacerlo cumple con su obligación entregando cualesquiera de las

cosas mencionadas por el testador como objetos del legado; denominándose ese legado de *Opción*, cuando el testador deja la elección al legatario precisamente. En la clasificación antes referida, lo vemos encuadrado en el segundo grupo, correspondiente al *damnatorio* del Derecho Romano. Y esto se comprende, porque, como dice Polacco (11), en el *legatum optionis* se entendía que se había legado la *opción misma* y no una cosa u otra de la alternativa; cuya facultad desde Justiniano, se transmitía a los herederos del legatario, que en vida no había elegido. Mas, una vez *efectuada la opción*, el legado, de alternativo, pasa a convertirse en *simple*; adquiriendo entonces la naturaleza que a éste le corresponde. Y en la presente hipótesis, el legado escogido continuará siendo *damnatorio*, porque así lo es el genérico de metálico (a diferencia de lo que sucedería de optarse por el específico de inmueble, que es vindicativo).

El «*legatum per damnationem*» rigese en Derecho Romano, totalmente aplicable en esta materia a Cataluña, por las siguientes reglas, que condensamos de Jörs-Künkel (12):

1.ª Que puede ordenarse a cargo de uno o varios *herederos*; 2.ª Que proporciona al legatario un *crédito* contra el heredero o herederos gravados; 3.ª Que se adquiere por los beneficiarios con la adición de la herencia, sin necesidad de manifestarlo solemnemente, y 4.ª Que los beneficiarios del legado no pueden ser al mismo tiempo *gravados* con él.

Todas estas reglas encuentran una perfecta adecuación en el legado de dinero ordenado a doña A; es a saber:

1.ª Su pago se impone *a cargo de un coheredero, el don C*, con exclusión de los demás; por tanto, ni don B, el otro coheredero, ni muchísimo menos la doña A, que es también coheredera, deben contribuir a su satisfacción. Se *elimina*, respecto a ella, el juego del *Prelegado*; porque el testador, al gravar con el legado a uno solo de los coherederos (don C), evita que en la persona de doña A concurra la doble cualidad de beneficiaria y gravada. La relación jurídica queda polarizada exclusivamente entre ésta, como sujeto activo o acreedora, y don C, como sujeto pasivo u obligado a la prestación de una suma de dinero.

2.ª Efectivamente, tal legado atribuye a doña A, un *crédito contra don C*, crédito nacido con el testamento y de un *valor equivalente a la cuantía de la legítima* que la ley señala. En Cataluña ese *quantum* es, por Derecho Romano clásico, la *cuarta parte* del valor de los bienes *relictos*, en el día de la defunción, más el valor de los *donados* por el causante, calculado en la fecha de la donación (computación o reunión ficticia). De esta suma del *relictum* con el *donatum*, se resta el importe de las deudas hereditarias; y su resultado se divide por el número de legitimarios. El cociente señalará matemáticamente el *quantum* de la legítima individual.

3.ª La legataria doña A, por la *adición* que de la coherencia efectúe el don C, *adquirirá* el derecho de crédito objeto de su legado, que en nuestro caso se verá reforzado por la «*actio petitio hereditatis*», correspondiente a la legataria, no como a tal, sino como legitimaria; y

4.ª Ya hemos visto que la beneficiaria de este legado no es al mismo tiempo gravada con su pago; por doble motivo, pues, no se provoca aquí la especialidad típicamente romana del *Praelegatum*.

Las reglas acabadas de exponer no sufren variación alguna por haberse

imputado ese legado de metálico a la legítima de doña A, quien, por consiguiente, recibirá aquél en pago de ésta (*legatum pro legitimo*). De lo cual se infiere, por otra parte, que los bienes de que se integre, en su caso, la *coherencia* a que está también llamada la doña A, los adquirirá—además de la legítima—con cargo a la parte de *libre disposición*.

#### B) Aceptación de la coherencia:

Es la *institución* de heredero en el Derecho Romano (lo mismo que en Cataluña, excepto en la comarca regida por el Código de Tortosa), *base* y fundamento del testamento: todas las restantes disposiciones están de tal modo *subordinadas* a la institución, que la falta de ésta produce la ineficacia de aquéllas. *Sine heredis institutione nihil in testamento scriptum valet*, afirmaba Modestino.

Y la institución de heredero significa, en las legislaciones latinas, un llamamiento al *puesto* del difunto (*in locus et in jus*). No se trata—como observa Cicu (13)—de una transferencia, sino de la *sustitución de un sujeto en la posición jurídica de otro sujeto*, y por ende, en la titularidad de todas las relaciones jurídicas, sea por el lado *activo*, sea por el *pasivo*.

Consecuencia de ello es que el heredero, al continuar la cualidad personal del causante, *adquiere* los bienes a éste pertenecientes y *asume* sus deudas, así como las cargas que en el testamento se originan (legados, modos condiciones, etc.). La posibilidad de adquisición de bienes del causante por un heredero suyo *no tiene más límites* que los ya existentes en el patrimonio de aquél, los que por legítima impone la ley o los que el testador establezca por exclusión, destinándolos en el testamento a otras personas en cuotas o unidades concretas. Y en correspondencia a esa virtual expansión hacia el activo hereditario, el heredero tiene respecto al pasivo una *responsabilidad ilimitada*, incluso con sus propios bienes, a menos de que acepte la herencia a beneficio de inventario.

Por lo demás, el testador goza de plena libertad de testar: nombrando herederos a quienes quiera, aunque si tiene parientes legitimarios, con el *deber* de respetarles la legítima en los términos ya señalados.

Puede, por consiguiente, el testador instituir uno o varios herederos. Lo que no puede hacer, en Derecho Romano, es instituirlos en una *parte* solamente de su herencia; pues, en virtud del principio *nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest*, la parte no dispuesta *acrece* la de los instituidos. Ello ocurría tanto en el caso en que el testador hubiese dejado de disponer de una cuota de la herencia como en los supuestos de institución *ex re certa* o *excepta re certa*, si en la herencia quedaban otros bienes sin disponer o no se disponía de los excluidos.

En la *institutio ex re certa* pueden presentarse tres hipótesis: 1) Que se instituya *un sólo heredero* por una o varias cosas determinadas. Entonces se considera al llamado como heredero universal y exclusivo, en fuerza de la incompatibilidad entre la sucesión testada y la *abintestato*; 2) Que se instituyan *varios* herederos, cada uno en cosas determinadas. Se entiende en tal caso que las cosas les han sido prelegadas y adquieren el resto de la herencia por partes iguales; y 3) Que se instituya *un heredero en cosa determinada y otro «ex asse»*. Borrell, del cual extraemos estas notas (14), opina que en tal supuesto habrá de considerarse legatario el primero y heredero el segundo.

La *institutio excepta re certa* tiene, en el fondo, el mismo juego que la *ex re certa*. Porque, una de dos: o el testador *excluye* determinadas cosas de la institución sin disponer de ellas especialmente, o bien las *dispone* a favor del mismo heredero, de otro coheredero o de un legatario. En el *primer caso*, la ley 74 del Título «De haeredibus instituendis» del Digesto, atribuye el carácter de heredero *universal* al heredero instituido, excepción hecha de un fundo o del usufructo. Igualmente, pues, comenta Martí Miralles (15), que en el supuesto de la institución *ex re certa*, cuando la institución de herencia se hace *excepta re certa*, el heredero así instituido lo es de la universalidad hereditaria. *Recibirá* por tanto también *la cosa excluida* y no dispuesta en favor de nadie, en fuerza del repetido principio *nemo pro parte*, etc.

La solución de los *demás casos* de instituciones *excepta re certa*, en las que se dispuso de la *cosa excluida en favor de alguien*, se colige de la misma ley del Digesto antes citada, así como de la *Quotiens certis quidem* del Código de Justiniano (título «De haeredibus instituendis», 6-24). Y así, partiendo de la base de que el instituido es siempre heredero de la universalidad, si el testador lega la cosa exceptuada de la institución al mismo heredero, recibirá aquella como *prelegado*; si con dicha cosa instituye heredera a otra persona (*heres ex re certa*), será ésta reputada *legataria*, por concurrir con un heredero de la universalidad o *ex asse* (el instituido *excepta re certa*); y si dispone de la cosa a título de legado a favor de un no heredero, entonces, por expresa determinación del testador, ocurrirá lo mismo que en el caso anterior (un legatario y un heredero universal).

Pues bien: dado que en el testamento cuestionado los hermanos doña A, don B y don C, después de que se les hubo prelegado determinados inmuebles, fueron *instituidos* herederos «de los *demás bienes* que deje al morir el testador», ello quiere decir que, por aplicación de las reglas del Digesto y del Código justiniano antes referidas, han de considerarse, *además de prelegatarios, herederos universales*. Y, por lo tanto, sucederán *in locum et in jus* del causante, subrogándose en la titularidad activa de sus relaciones jurídicas y asumiendo la pasiva; *adquirirán*, como consecuencia de aquella virtual expansión hacia el activo a que aludíamos, los *bienes* de que se integre la herencia, y *responderán*—a menos de aceptarla a beneficio de inventario—*ultra vires* de las *deudas* del causante y de las *cargas* impuestas en el testamento.

Y no hay duda de que los prelegados son *cargas testamentarias*. Cada coheredero, como a tal, está gravado por ellos. Porque, si prescindimos de las personas de los beneficiarios, los prelegados no son más que *legados* que disminuyen el respectivo as de cada coheredero. Y cuando aquéllos lo son de *inmuebles* determinados y propios del testador, esto es, «per vindicationem», los legatarios *suceden* directamente en ellas a título singular, viniendo obligados los coherederos a su *entrega* y en la proporción en que fueran llamados. De manera que éstos se exponen a no adquirir nada, como tales herederos, si los prelegados *agotasen* el patrimonio relicto. Exactamente como los herederos llamados al *univrsum*, por un testamento agobiado de legados.

^Mas para tales ocasiones, de herencias gravadas con multitud de legados o con alguno muy cuantioso, el Derecho Romano concedía al heredero la facultad de *detraer la Cuarta Falcidia*. Justiniano explica en la Instituta (libro II, título XXII) que por la Lex Falcidia se dispone que al testador no se le permita

*legar más de las tres cuartas partes de todos sus bienes*; o sea, que, ya se haya instituido uno, ya varios herederos, quede siempre para él o ellos la *cuarta parte de la herencia*.

La Cuarta Falcidia es institución *vigente en Cataluña*. Y, como en Derecho Romano, no es norma imperativa o de *jus cogens*, pudiendo consiguientemente el testador impedir su detracción. Mas si no lo hace, entonces el heredero—explica Borrell (16)—que toma *inventario*, judicial o notarial, de la herencia antes de los noventa días de su delación (trátase de un requisito *ad solemnitatem*), tiene derecho a quedarse con una cuarta parte completamente *libre de legados* de dicha herencia, calculada por el valor de los bienes que integran el patrimonio del causante el día de su muerte, ésto es, del *relictum* (aquí no hay computación del *donatum*); de ese valor o activo se rebajan las *deudas* del testador, así como los gastos del entierro y funeral, y las *legítimas*; respecto de las cuales, empero, únicamente hay que deducir las correspondientes a los legitimarios que *no detraen* la Falcidia, ya que la legítima del que la detrae forma parte del activo hereditario, por ser él *legitimario-heredero*. Obtenido así el valor líquido del *relictum*, el heredero puede retener una cuarta parte del mismo, *rebajando o anulando* los legados que lo afecten a prorrata y percibiendo aquella cuarta parte en propiedad (ergo, haciéndose condómino de los legados per *viudicationem* previamente rebajados). Sin embargo, el heredero tan sólo ha de *imputarse en pago de Falcidia* lo que recibe *jure hereditario* y, por tanto, también la parte de los prelegados que haya que recibir como tal heredero; *no imputándose*, en cambio, a dicha cuarta parte del *relictum*, lo que el heredero reciba a *título singular*, y, por ende, *tampoco la parte de los prelegados que le hayan de pagar o entregar los coherederos*.

Hemos dicho que el heredero-legitimario que detraía la Cuarta Falcidia, al verificar la liquidación de los bienes relictos, no rebajaba del valor de los mismos su *propia legítima*. Lo cual significa que con aquella cuarta parte *se cobra ya*—en principio—el quantum legitimario correspondiente. Ambas *cuartas*, la Falcidia y la legítima son *incompatibles*, no pudiéndose percibir juntas. La razón de ello hay que buscarla en que la legítima no es una delación distinta de la herencia o el legado y que, como *pars debita*, si con la herencia (y la Falcidia lo es) ya se percibe el quantum de legítima debida nada más puede pretender el legitimario-heredero.

Ahora bien: si la Falcidia *absorbe la legítima* del heredero que la detrae, esto es solamente aplicable, como es natural, *en tanto en cuanto el quantum legitimario resulte inferior* a aquella Cuarta. De lo contrario, la regla será a la inversa; es decir, que si la Falcidia *no cubre* la legítima del que detrae aquélla, podrá el heredero-legitimario reclamar la reducción de los legados inoficiosos *hasta alcanzar la cuantía* de su legítima individual. Porque, si bien son incompatibles la Cuarta Falcidia y la Cuarta de legítima, ello no quiere decir, ni mucho menos, que sean de *igual volumen* siempre. Al revés: lo más probable es que *jamás coincidan*. En primer lugar, porque la *base del cálculo* legitimario es distinta del de la Falcidia: allí se cuenta *relictum* y *donatum* (mediante su computación), y a efectos de la Cuarta Falcidia ya sabemos que solamente se evalúa el *relictum*, no procediendo la computación de las donaciones. Y, en segundo lugar, porque si la Falcidia es aritméticamente una cuarta parte siempre, el *quantum de la legítima cambia* según el número de legitimarios que exista; de

otro modo, que únicamente cabe hablar de la Cuarta de legítima en un aspecto global y abstracto, ya que, de existir varios legitimarios, esa Cuarta se divide entre ellos. Por lo que, tanto puede darse el supuesto de que la *Cuarta Falcidia resulte superior a la legítima*—lo que sucederá cuando la herencia sea casi o toda ella relicta, sin apenas o con nada de *donatum*, y los legitimarios fueran varios—, como que el *quantum de legítima individual supere la Falcidia*—cosa que ocurrirá si los legitimarios son pocos y en la herencia queden escasos bienes relictos, aunque muchas donaciones computables.

De todo lo cual se desprende que, frente a una herencia *damnosa*, esto es, con legados que agoten su haber, el heredero-legitimario tiene *dos posibilidades para salvar una porción libre* de aquellas cargas: la Falcidia o la legítima (con su acción de reducción). Dependiendo de las circunstancias, como se ha visto, el que resulte de un volumen económico superior una u otra pretensión.

En el caso de doña A, no cabe la menor duda de que, como coheredera gravada con los prelegados de don B y de don C, *podrá detraer* la Cuarta Falcidia de su institución, que es de un tercio, si acepta la herencia a beneficio de inventario; para lo cual valorará los bienes relictos por el causante, o sea, todos los objetos de los prelegados, *excluyendo* la casa IV, que fué por aquél *donada* al coheredero don C. Pues aunque el testador la imputara a su prelegado (bien que sin expresar si a la parte de legítima o de libre disposición), ya dijimos que, a efectos de la Falcidia, la computación del *donatum* no tiene aplicabilidad *se cuenta únicamente el relictum*. Y ello se comprende, porque la figura jurídica de la Computación sólo se conjuga en materia legitimaria.

Mas, aunque la doña A, por ser legitimaria del testador, *no debe deducir del valor del relictum el importe de su legítima individual*, y si el correspondiente a los otros legitimarios, don B y don C—según también se dijo—, no obstante resultará que *recibirá* el importe de dicha legítima, *además de la Cuarta Falcidia* de su institución. A simple vista, parece esto una contradicción de las reglas antes expuestas acerca de la incompatibilidad de ambas cuartas. Y no lo es, ciertamente, porque no debemos olvidar que aquel *quantum* legitimario, en la hipótesis que examinamos, se puso por el testador como *módulo* o medida de equivalencia de un legado de *metálico* que, a favor de doña A *debía pagarle don C*: de manera que, en cuanto a dicho legado, se *eliminó*—como asimismo se dijo—el juego del *prelegado* y, como consecuencia, en la persona de doña A no concurre la doble calidad de beneficiaria y gravada.

Y como quiera que para la percepción de la Falcidia el heredero no ha de imputar en pago de la misma lo que recibe a *título singular* del mismo causante, de ahí que doña A tenga derecho a aquella cuarta parte de su institución en bienes hereditarios, y, además, al legado de metálico que, por el importe de su *quantum* legitimario, debe pagarle el coheredero don C.

## SEGUNDA HIPOTESIS

### A) Opción del legado de inmueble:

Trátase de un «*legatum per vindicationem*» o, en la terminología de Barassi, de un legado de un *derecho preexistente* en el patrimonio del testador. Se produce

aquí, verdaderamente, una transferencia de bienes del causante al legatario, o sea, una *sucesión* a título particular.

Y en el momento en que el objeto de dicha sucesión a título singular es una *cosa específica* y determinada, propia del testador, entonces el legado se califica también de legado con *eficacia real*, con lo cual quiere indicarse—observa Roca Sastre (17)—que la cosa se *transmite* directa e inmediatamente del testador al legatario en el momento de fallecer aquél, de suerte que no puede hablarse de ninguna prestación a cargo del heredero dirigida a efectuar la transferencia de la cosa legada al legatario, puesto que la misma se ha operado ya *de jure* desde la muerte del causante.

En el *Derecho Romano* se entendió siempre que los legados, cualesquiera que fuesen sus tipos, eran actos de *disposición* sobre objetos singulares de la *herencia*, a costa del heredero. Legado es una parte que se separa de la herencia, con la cual el testador quiere que se dé a otro algo de lo que en su totalidad sería del heredero, decía Florentino (L. 116, pr., D. de leg., 1. De aquí que un *testamento sin institución* de heredero o con tal ineficaz, aunque contuviera legados, al devenir nulo, éstos no surtían ningún efecto; y de aquí también que, por reputarse al instituido sucesor en la cualidad personal del causante, el legado—explica Ciu (18)—fuera siempre una *carga del heredero*, incluso en el caso del *legatum per vindicationem*, en el que la propiedad pasaba *recta via* del difunto al legatario. Pero éste, como dice por su parte Jörs-Küinkel (19), solamente podía hacer efectivo su derecho por cauces jurídicos; y así, aunque el legado vindicatorio proporcionaba al legatario la misma cosa legada, su *entrega* debía exigirla del heredero con la acción real de la propiedad (*rei vindicatio*).

En el *Derecho Moderno*, en cambio, se juzga el legado como una *sucesión completamente aparte* y desvinculada de la hereditaria, siendo consecuencia de ello el que se admitan los testamentos *sin institución*, conteniendo exclusivamente ordenación de legados; y el que, si bien el heredero hay de considerarse afecto a los mismos, en el sentido de que merman el activo relicto, no obstante no se reputen los legados carga personal suya, antes bien, se mantenga al heredero *alejado de la relación jurídica que el legado provoca* y que se establece inmediatamente entre el testador y el beneficiario: la adquisición se realiza de uno a otro, *sin intervención* alguna del heredero. Así y todo, en virtud de ciertas reminiscencias romanas (Digesto, lib. 43, tit. 3, L. 1), *todavía* nuestro Código, por entender que la transmisión de la cosa al legatario *no* entraña traspaso de su *posesión*, no permite que el legatario pueda *ocupar* por sí la cosa legada, sino que preceptúa en el artículo 885 que ha de pedir su *entrega* y posesión al heredero, salvo, según la Sentencia de 26 de octubre de 1928, que el testador faculte al legatario para ocuparla por su propia autoridad.

Por lo demás, a su debido lugar vimos ya que el testador—lo mismo en *Derecho Romano* que en el *Moderno*—puede *imputar* los legados a la legítima de los beneficiarios, y, asimismo, *gravar* con aquéllos a uno o varios de los coherederos. Respecto a esto último la entrega impuesta a uno solo de los varios herederos, hace el efecto de una oficiosidad inútil; puesto que, al transferirse la cosa propia del testador *directamente* del mismo al legatario, rebaja el caudal hereditario *de todos los instituidos por un igual*, soportando la

mengua de la cosa tanto el gravado con su entrega como los demás coherederos. Mas si en el Derecho Moderno así puede opinarse, de ningún modo es posible hacerlo con relación al *Derecho Romano*; en el que, por ser el legado una carga personal del heredero, cuando por haber varios se obliga a uno solo de ellos a la entrega, la disminución repercutirá únicamente en la institución del gravado; de suerte que *será él, exclusivamente, quien sufrirá la merma*, recibiendo los demás la participación que les señalara el testador a base de calcularla del relicto, sin rebajarle la cosa legada, que sumará así para todos y solamente menguará la cuota correspondiente al gravado, el cual deberá entregarla al beneficiario.

Nos falta añadir, para completar la figura del legado vindicatorio, que la cosa objeto del mismo, exactamente como una herencia, puede someterse a un *fideicomiso* (Ulpiano, XXV, 5), lo mismo que a una *substitutio fideicommissaria* (Gayo, II, 227), la cual, como se sabe, puede a su vez ser a término o condicional.

Pues bien: el legado del Manso I, deferido a doña A, reúne todas las características *generales* señaladas del «legatum per vindicationem» romano (adquisición de propiedad preexistente en el patrimonio del causante y a través de los herederos) y las *particulares* de no haberse imputado a su legítima, de no haber quedado especialmente gravado con su cumplimiento ningún coheredero—correspondiendo, por tanto, a todos por partes iguales—, y de hallarse sujeto a una sustitución fideicomisaria condicional «sine liberis decesserit» a favor de don C o sus hijos.

#### B) Aceptación de la coherencia:

Sabemos ya que por la institución sucédesese «in locum et in jus» del causante; y que, como consecuencia, se adquieren los *bienes* de que se componga la herencia y se asumen las deudas del causante, así como las *cargas* que éste haya impuesto en el testamento.

Prescindimos ahora de fijarnos en los bienes que, por la institución, hayan de hacer tránsito a los herederos, ya que, en definitiva, la institución romana da *carácter* (nomen) antes que lucro al heredero; o sea, que ni la cantidad ni la calidad de los bienes que éste pueda adquirir influyen para nada sobre la calificación y la naturaleza de la herencia, que es un subrogarse de derechos y un asumir deberes, sin que forzosamente deban ser aquéllos superiores a éstos, puesto que cabe incluso una herencia *toda ella pasiva*; de lo contrario, es decir, de inclinarnos por la concepción germánica de la herencia («adquisitio per universitatem» del activo), no se explicaría la utilidad de la aceptación a beneficio de inventario y carecería de sentido la responsabilidad «ultra vires hereditatis».

Y reparemos en las *cargas* que dispone el testamento cuestionado. Ellas consisten, exactamente, en *tres prelegados*: uno *directo* a favor de don B, otro también *directo* a favor de don C y otro *en opción* a favor de doña A. Naturalmente, nos referimos, aunque no se le denomine prelegado al «legatum per vindicationem» del Manso I, que es el que acabamos de analizar: no siendo prelegado, en cambio, el legado de metálico (damnatorio), conforme también anteriormente dijimos.

Porque, cabalmente, llámase *prelegado* no el legado que el testador orde-



na a favor de un heredero y a costa de otro heredero (Ulpiano, XXIV, 22), sino aquel legado en el que precisamente *el heredero es al mismo tiempo beneficiario y gravado*. Como explica el Diccionario de Derecho Privado «Labor» (20), solo a este último supuesto se dió el nombre de prelegado, pues era el único que presentaba especialidades de contenido; el primer supuesto era un legado ordinario y a sus reglas había de someterse.

Por tanto, el legado del primer miembro de la opción (*damnatorio*) que el testador ordenó a favor de la doña A, es un legado *normal, visto* que el don C—coheredero—es el único gravado con su pago. Y tiene, en cambio, todos los matices del «Praellegatum» el legado de inmueble (*vindicatorio*) del segundo miembro de la opción, por cuanto *la beneficiaria del mismo, doña A, es a la vez coheredera* y el cumplimiento del mismo, por no haberse impuesto a otro coheredero especialmente gravado, corresponderá a toda la herencia, o sea, que *irá a cargo de los tres instituidos: doña A, don B y don C, por iguales partes*.

El prelegado, por consiguiente, presupone—como señala Barassi (21)—la yuxtaposición, en la figura del sucesor, de heredero gravado y de legatario, lo cual choca contra la imposibilidad de que uno sea *deudor de sí mismo*. Tal dificultad, prevista en el Derecho Romano: «heredi a semet ipso legari non potest» (D. 30, 116, 1), se resolvía haciendo *caducar* el legado y adquiriendo el prelegatario la cosa como heredero (D. 36, 1, 19). La razón de esa ineficacia—observa por su parte Cicu (22)—es que, en razón a que el legado fué considerado por los romanos como una disminución del patrimonio hereditario, *no podía el heredero ser gravado con un legado a favor de sí mismo, puesto que él, como heredero, había adquirido ya antes la cosa legada*.

Cuando no había más que *un heredero*, el prelegado se invalidaba en su totalidad, pasando la cosa a ser adquirida *jure hereditario*; y si el testador legaba especialmente una cosa a uno de *varios coherederos*, solamente se consideraba como legado—dice Jörs-Künkel (23)—en cuanto gravara la *cuota de los demás herederos*; la porción con que el prelegado gravase la *cuota propia* del prelegatario, la adquiría *como heredero*, no como legatario.

Conviene, en este punto, observar que no toda disposición singular de una cosa de la herencia, hecha *a favor del heredero* o de uno de los coherederos tiene la categoría de prelegado. Característica del prelegado—señala Cicu (24)—es que la cosa viene, por así decirlo, *predetruida de la masa* por el testador con el fin de que no forme parte de la cuota hereditaria del instituido; mas el testador puede componer dicha cuota, esto es, puede establecer que en la *composición* que se haga en el momento de la partición, una cosa determinada *sea incluida en una cuota antes que en otra*: tal atribución no será ni legado ni prelegado, porque la cosa se adquiere en gracia exclusivamente del título universal. Y aunque los romanos la calificasen de «legatum per praeceptionem», en realidad, como indica Jörs-Künkel, se trataba de una disposición del testador para *la división de la herencia*. A hacer notar que la mayoría de autores asimilan o confunden el prelegado con esta última figura. Cifra: Clemente de Diego (25).

En el *Derecho Moderno*, al considerar el legado, según ya vimos, como título atributivo de bienes *independiente del hereditario*, no se originan las consecuencias invalidatorias del título singular que en el Derecho Romano ha

lugar, en la concurrencia del mismo con el título universal. Hoy ya no ocurre nada de esto—al decir de Barassi—, porque tanto la herencia como el legado no son sino adquisiciones patrimoniales hechas directamente desde el difunto; el legado es disposición testamentaria autónoma, no dependiente de la herencia; y por lo mismo, en el prelegado se reúnen *dos adquisiciones paralelas*, que coexisten por ser dos aspectos distintos de la sucesión del difunto. Roca Sastre (25 bis), por su parte, considera acertado sostener que en el *Código civil español* domina la doctrina moderna sobre el prelegado y no la del Derecho Romano, o sea, que se da perfecta *compatibilidad* en una misma persona entre la cualidad de heredero y la de legatario, conforme se desprende del *artículo 890. y la Rs. de 18 de julio de 1900*. Y De Buen (26) dice también que, a pesar de que el Código *no alude* al supuesto, nada impide, dentro de la dogmática de nuestro Derecho, que uno de los herederos instituidos sea a la vez legatario; y en apoyo cita la expresada Resolución, en la cual se afirmó que, instituida cierta persona expresamente en determinada finca, sin perjuicio de su carácter de heredero en el remanente de los bienes, es en cuanto a la finca legataria y para la inscripción de ésta basta presentar el testamento, la partida de defunción y el certificado del Registro General de Actos de Última Voluntad.

Empero nos hallamos ante el testamento de un catalán, por lo que la normación sucesoria del mismo será propia del *Derecho foral*, que aquí es única y exclusivamente la romana. En ello están acordes los comentaristas. Así, Castán (27), expresa, en orden a *los legados*, que se rigen íntegramente por el Derecho Romano, tanto en Cataluña como en Navarra y Baleares, cuyas disposiciones coinciden, por lo general, con las del Código civil, y refiriéndose concretamente al *Prelegado*, luego de señalar que esa institución se halla omitida por el Código civil, añade que aquél *sólo es válido en cuanto grava la porción hereditaria de los demás coherederos*, pero no en cuanto a la porción del prelegatario, porque nadie puede ser deudor de sí mismo; aunque si el prelegatario renuncia a la herencia, tiene derecho a todo el prelegado. Y Pella (28), por no citar sino a un autor representativo de cada sistema civil, reputa también *vigente en Cataluña* toda la materia romana relativa al prelegado, que por cierto lo refunde también con el «*legatum per praeceptionem*».

Por consiguiente, rigense en Cataluña los prelegados por el Derecho Romano, y de sus reglas, que resumimos de Borrell (29), resultan las siguientes *consecuencias*:

1.ª Si el prelegatario acepta la herencia y es *heredero único*, el prelegado, como tal, se invalida; entrando los bienes prelegados a formar parte de la herencia.

2.ª Si además del prelegatario hay *otros herederos*, aquél recibe, a título de *herencia*, la parte del prelegado que habría de *pagarse a sí mismo*, esto es, en la misma proporción en que es heredero.

3.ª Si el prelegado se deja a varios herederos, que participen de la herencia en proporciones diferentes, lo adquieren en partes inversamente proporcionales a las cuotas hereditarias respectivas, porque cuanto mayor es la cuota hereditaria también es más importante la parte del prelegado que se anula.

Ahora bien: como quiera que tanto la herencia como el prelegado pueden estar *limitadas* con sustituciones, condiciones o modos, y la *regla general* es

que los referentes a la herencia sólo gravan al heredero y los concernientes al legado sólo al legatario, cuando *ambas cualidades*—de heredero y legatario—*coinciden* con una misma persona por razón del prelegado, aquella regla se aplicará del siguiente modo, conforme al Derecho Romano y que tomamos también de Borrell:

a) La *parte* del prelegado que se invalida, por adquirirla el prelegatario como heredero, quedará también limitada con las sustituciones, condiciones o modos afectantes a la *institución*.

b) Y, a *contrario sensu*, las sustituciones, condiciones o modos referentes al prelegado, como es lógico, no continuarán afectando a la parte del mismo que se invalide y sea adquirido «jure hereditario».

Y, con todo lo expuesto, tenemos ya suficientes y firmes bases para poder afirmar, con toda convicción, que las *dos adquisiciones* que efectuará doña A, si acepta la coherencia en el tercio libre y opta por el legado de inmueble, con su gravamen de restitución, serán: *por el prelegado, las dos terceras partes* indivisas del Manso I, y *por la coherencia, la restante* parte indivisa, aparte los demás bienes que en el resto de la institución puedan tal vez comprenderse.

Esto es evidentísimo, pues al ser *instituida* doña A en un tercio libre «ex-cepta re certa», como coheredera de la universalidad habrá de concurrir con los otros coherederos a cumplir el prelegado del Manso I, y por tanto, a la *entrega* del mismo en la *proporción de su institución*; y como que en esa proporción de un tercio *coincidirá* en su persona la cualidad de heredera *gravada* por el prelegado y de *beneficiaria* del mismo, en tal participación se *invalidará* la relación jurídica del legado, dado el absurdo que significaría ser a la vez sujeto activo y sujeto pasivo de la misma, y en su lugar entrará otro *título previo* y más fuerte: el hereditario.

Y si, como prelegataria, la doña A adquirirá las dos terceras partes del Manso I, las cuales quedarán sometidas a la sustitución fideicomisaria «sine liberis decesserit» a favor de don C; como coheredera adquirirá la tercera parte indivisa del referido Manso, *completamente libre*. Porque, al ser instituida a su libre disposición *la parte del prelegado que le corresponda por herencia, la obtendrá con plena libertad*, ya que la sustitución fideicomisaria que afectaba en principio, a todo el prelegado, se encontrará carente de *objeto* en un tercio precisamente en el que se invalida; y pues *en su lugar* entra el título hereditario, que es *libre*, aquel gravamen dispuesto para el prelegado no puede constreñir la institución, que nada tiene que vez con aquél.

Y no se diga que tal resultado contradice la *intención* del testador y que, por ser ésta la decisiva, aquél no puede prosperar; porque si la misma fué realmente la de no dejar a su hija más que *una finca sujeta a un fideicomiso* condicional, no se comprendería entonces la cláusula de institución hereditaria a su *libre disposición*. Pero aun suponiendo que el causante se hubiera propuesto aquel fin (y entonces podría dar pie a sospechar de la moralidad del testamento, teniendo presente que la legítima es inviolable), no hay que olvidar ni por un momento, como dijo la Sentencia de 29 de octubre de 1949, que si bien la voluntad del testador es la norma fundamental de la sucesión, este principio es inaplicable a cláusulas testamentarias que estén en abierta *oposición a preceptos explícitos de la Ley*, contra los cuales no puede aquélla prevaler. En

otras palabras (tomadas de la antes citada Sentencia de 11 de enero de 1950), que *los testadores no pueden enfrentarse con la Ley*. Y es *Ley romana*, ni más ni menos, *aplicable a Cataluña*, la que regula el prelegado en la forma acabada de exponer.

El testador fué libre de dejar a doña A el Manso I por *uno u otro cauce* sucesorio: aparte del prelegado, esto es, de usar de un legado gravado y de una institución libre, podía haber empleado *dos legados* a la vez, uno de legítima y otro del Manso, gravando a éste; podía también haber *instituído* a doña A «heres ex re certa» del Manso, salvando la legítima en metálico, o bien instituyéndola simplemente heredera y disponiendo que el Manso I, gravado de restitución, le sirviera para *componer* su cuota (legatum per praecceptionem). Mas no hizo nada de esto y prefirió el prelegado. Luego, una de dos: *o desconocía los efectos* que el mismo provoca según el Derecho Romano (al cual el testador estaba sometido), en cuyo supuesto ahí está el principio de que la ignorancia de la Ley no excusa de su cumplimiento; *o bien conocía aquellos efectos jurídicos*. En tal caso, como no manifestó su propósito de *alterarlos*—cosa, por lo demás, completamente imposible por ser de Derecho *necesario*—, sabía ya de antemano que al concurrir en la persona de doña A la *doble cualidad* de legataria gravada y de heredera libre, podría ésta obtener fácilmente la *invalidación* del prelegado en la proporción de aquella *concurcencia*, y, por ende, también del *gravamen* que le aherrojaba. Nos inclinamos, por respeto al testador, hacia esta última suposición.

Y con referencia ahora a los bienes que doña A adquiera «jure hereditario»—el tercio libre del Manso I, como mínimo—hemos de observar que ellos le servirán, ante todo, *en pago de su legítima* paterna. Porque, al no haber imputado el testador el prelegado de inmueble a la legítima de su hija, vino con ello a imputárselo a la *institución*, tal como antes dijimos. Siendo entonces una *cuestión de hecho* la apreciación de si, con el valor de la tercera parte del referido Manso, adquirido por coherencia y a su libre disposición, cubre la doña A el quantum legitimario que le corresponde. Si fuere así, nada podría reclamar de más. Pero, en caso contrario, podría desgravar los otros dos tercios del Manso I, adquiridos por legado, de la restitución que les afecta y hasta alcanzar su quantum legitimario, que debe ser completamente libre y sobre el cual—como ya demostramos—no pesa ninguna Cautela Socini.

Pero es que, como coheredera, a la doña A le cabe todavía la posibilidad de detraer la *Cuarta Falcidia* de su institución, por la sencilla razón de que ésta se halla gravada con el cumplimiento de los prelegados a favor de don B y de don C (en una tercera parte cada uno). Evidentemente: con relación a ellos, doña A es una heredera corriente y normal. Precisamente aquella invalidación que se verifica de la parte del prelegado que ella misma, como coheredera o gravada, debiera entregarse, tiene importancia—como observa Maynz (30)—cuando se trata de calcular la Cuarta Falcidia, pues en ésta *se cuenta la parte que se recibe jure hereditario*. Antes ya vimos que la parte del prelegado que se percibe *a título particular no se imputa* en pago de dicha Cuarta, o sea, que se suma a la misma.

Y será asimismo cuestión de hecho el saber si a la coheredera le conviene decidirse por esa detracción, lo que, desde luego, sería aconsejable si el *quantum* legitimario resultase *inferior* a lo que, por Falcidia, pudiera corresponderle

y ésta, a su vez, fuese superior a la parte de bienes hereditarios que por la institución adquiriera. De forma que, si *con la tercera parte* en propiedad libre del Manso I consigue ya la doña A, *además de su legítima individual, una cuarta parte de su institución* (que es de un tercio) calculada sobre la base de los bienes relictos, naturalmente, la detracción de la Falcidia no tendría razón de ejercitarse. Mas si con el valor de aquella tercera parte del Manso I, aunque se alcance el quantum legitimario, falta por llegar al valor de la cuarta parte de la institución (esto es, a la doceava parte del total relicto), entonces es muy claro que la Falcidia prestaría una gran utilidad.

Todo esto lo comprobaremos en seguida, al operar con *datos económicos*; en función de los cuales y con la atención puesta a las elucubraciones hasta aquí escritas acerca de la interpretación y de la valoración del testamento cuestionado, formulamos las siguientes *conclusiones*.

### III

#### CONCLUSIONES

1. El testador don X tenía al fallecer *tres hijos*: doña A, don B y don C. Y no dejó más bienes que los siguientes:

A) *Como relictum*:

El Manso I, que se evalúa en 1.250.000 pesetas.

El Manso II, que se evalúa en 750.000 pesetas.

El Manso III, que se evalúa en 1.000.000 de pesetas.

B) *Como donatum*:

La casa IV, que se evalúa en 1.000.000 de pesetas.

Por consiguiente, el *total* del valor de los inmuebles (computando el donado) asciende a 4.000.000 de pesetas.

2. En su último y válido testamento, el don X dispuso a favor de su hija doña A, por medio de *dos títulos*:

A) *Por título singular y a su opción*:

a) *Un legado* (per damnationem) atributivo de una suma de dinero, imputable a su legítima, por la cuantía de ésta y a costa del coheredero don C.

Habida cuenta de que la legítima global es la cuarta parte del valor del patrimonio hereditario (relictum más donatum: 4.000.000 pesetas) y que son tres el número de hijos por el que hay que repartir aquella cuarta (o sea, 1.000.000 pesetas), el quantum legitimario individual será de 333.333 pesetas, cantidad que constituye el objeto de aquel legado genérico.

b) O bien *un prelegado* (per vindicationem) traslativo de un inmueble determinado y propio del testador, no imputable a la legítima de la beneficiaria, sujeto a la sustitución fideicomisaria «sine liberis decesserit» en favor de don C o sus hijos y a cargo de todos los coherederos.

Se trata del Manso I, preexistente en el patrimonio del causante y valorado en 1.250.000 pesetas.

B) *Por título universal*:

En todo caso, la doña A resulta instituida heredera, *en un tercio y a su libre disposición*, de todos los bienes que deje a su fallecimiento el testador, deducidos los previamente prelegados (*institutio excepta re certa*).

Como sea que el causante prelegó el Manso II a su hijo don B; el Manso III y la casa IV (por imputación) a su hijo don C; y para el supuesto de que doña A eligiera el legado de metálico, prelegó también el Manso I a dicho don C o sus hijos en sustitución (*in fideicomisso*) tenemos que *a la muerte del testador no quedaron otros bienes*; puesto que todos ellos fueron objeto de los prelegados dichos.

3. Doña A, de resultas del contenido del testamento de su padre don X, y en consideración a las normas que regulan en Cataluña la sucesión mortis-causa, tiene, exactamente, los siguientes derechos y deberes:

*Primero*.—En la hipótesis de que opte por el legado genérico de dinero:

A) *Percibirlo del coheredero don C*, quien habrá de pagarle la suma de 333.333 pesetas, que es—como sabemos—el quantum legitimario correspondiente a cada hijo.

B) *Aceptar la coherencia a beneficio de inventario*, y por hallarse toda ella gravada con los prelegados a don B y a don C, *detraer la Cuarta Falcidia* de su coherencia (que es de un tercio); pero como a los efectos de dicha Cuarta se deben valorar los bienes relictos (no los donados), rebajando las legítimas de los demás legitimarios—don B y don C—, tendremos:

Valor del patrimonio hereditario relicto (esto es, sin contar la casa IV donada): 3.000.000 de pesetas. Rebaja de las dos legítimas individuales de don B y don C; 666.666 pesetas. Base para el cálculo de la Falcidia: 2.333.333 pesetas.

Y dado que la institución es de un tercio, cada coheredero podría percibir del patrimonio relicto, si no estuviese afecto a los prelegados, 777.777 pesetas.

Por lo tanto, la doña A por la Falcidia detraerá la cuarta parte de ese tercio: correspondiéndole 194.444 pesetas en bienes hereditarios; esto es, haciéndose condómino de los Mansos II y III, hasta un valor equivalente a dicha Cuarta Falcidia.

Resumen: Doña A, en la presente hipótesis, puede recibir: 333.333 pesetas en metálico por el legado, y 194.444 pesetas en fincas por la Cuarta Falcidia de su institución. Total: 527.777 pesetas.

*Segundo*.—En la hipótesis de que opte por el prelegado de inmueble, tendrá doña A los siguientes derechos y deberes:

A) *Adquirir por sucesión singular dos terceras partes indivisas* del Manso I, quedando sujetas a la *restitución* en favor de don C o sus hijos si la prelegataria fallece sin descendencia.

De momento, pues, por ese título adquirirá en pleno dominio, aunque resoluble, por un valor de 833.000 pesetas, que es el correspondiente a los dos tercios del Manso (evaluado, como se recordará, en 1.250.000 pesetas).

B) *Suceder por coherencia—no siendo menester su aceptación a beneficio de inventario—en una tercera parte indivisa* del referido Manso I, en virtud de la invalidación que el título de prelegado sufre al haber concurrido en la persona de doña A la doble cualidad de beneficiaria y de gravada en un tercio

(el de la institución); y esta adquisición a título universal, es claro que *no queda afectada al gravamen* de restitución a favor del don C, ya que los hijos puestos en condición lo están en el título singular o del legado, no en el hereditario, que es a libre disposición.

Esto sí, doña A adquirirá en pleno y libre dominio un tercio de aquel Manso, o sea, hasta un valor de 416.500 pesetas.

Resumen: lo que percibirá en esta hipótesis doña A será: en dominio resoluble por el legado: 833.000 pesetas, y en definitivo y absoluto dominio, por la herencia, 416.500 pesetas.

Ahora bien: esta adquisición hereditaria en firme, de las 416.500 pesetas correspondientes a una tercera parte indivisa del Manso I, le han de servir *en pago de legítima*, puesto que a ésta no se imputó el prelegado. Y como quiera que el quatum legitimario individual es de 333.333 pesetas, le sobrará todavía, en propiedad libre, un valor de 83.137 pesetas.

Por lo que *no le reportaría ventaja* o plus ninguno la detracción de *la Cuarta Falcidia*, ya que al corresponderle por ésta, según vimos, solamente 194.444 pesetas, percibe ya por la coherencia libre un valor muy superior (416.500 pesetas).

#### INDICE DE CITAS BIBLIOGRAFICAS

1. BETTI: *Teoría General del Negocio jurídico*, Madrid, 1944, pág. 73.
2. BARASSI: *La Successione per causa di morti*, Milán, 1947, pág. 372.
3. VALLET DE GOYTISOLO: *Apuntes de Derecho sucesorio*, en ANUARIO DE DERECHO CIVIL, IV, 4.º, pág. 1372.
4. VALLET DE GOYTISOLO: *Imputación de legados otorgados a favor de legitimarios*, en «Rev. de Derecho Privado», abril 1948, pág. 319.
5. ROCA SASTRE: *Notas al «Derecho de Sucesiones»*, de KIPP, Barcelona, 1951, II, pág. 315.
6. BORRELL: *Dret Civil vigent a Catalunya*, Barcelona, 1932, V, 2.º, página 419.
7. ROCA SASTRE: *Estudios de Derecho Privado*, Madrid, 1948, II, pág. 174.
8. CASTÁN: *Derecho Civil Español*, Madrid, 1949, I, pág. 123.
9. BARASSI: *Op. cit.*, pág. 429.
10. DÍAZ CRUZ: *Los Legados*, Madrid, 1951, págs. 140 y 152.
11. POLACCO: *Las Sucesiones*, La Habana, 1931, pág. 567.
12. JÖRS-KÜNKEL: *Derecho Privado Romano*, Barcelona, 1937, pág. 489.
13. CICU: *Le Successioni*, Milán, 1947, pág. 7.
14. BORRELL: *Op. cit.*, pág. 98.
15. MARTÍ MIRALLES: *Principis del Dret Successori*, Barcelona, 1925, página 54.
16. BORRELL: *Op. cit.*, págs. 259 y 530.
17. ROCA SASTRE: *Notas cit.*, II, pág. 170.
18. CICU: *Op. cit.*, pág. 7.
19. JÖRS-KÜNKEL: *Op. cit.*, pág. 490.
20. *Diccionario LABOR: Voz prelegado*, Barcelona, 1950, II.
21. BARASSI: *Op. cit.*, pág. 426.
22. CICU: *Op. cit.*, pág. 7.
23. JÖRS-KÜNKEL: *Op. cit.*, pág. 493.

24. CICU: *Testamento*, Milán, 1951, pág. 230.
25. CLEMENTE DE DIEGO: *Instituciones de Derecho Civil Español*, Madrid, 1932, III, pág. 482.
- 25 bis. ROCA SASTRE: *Notas cit.*, II, pág. 155.
26. DE BUEN: *Notas al «Curso de Derecho Civil»*, de COLIN Y CAPITANT, Madrid, 1926, VII, pág. 280.
27. CASTÁN: *Derecho Civil Foral*, Madrid, 1932, pág. 106.
28. PELLA Y FORGAS: *Código Civil de Cataluña*, Barcelona, 1920, IV, página 20.
29. BORRELL: *Op. cit.*, V, 1.º, pág. 347.
30. MAINZ: *Cita de PELLA*, *Op. cit.*, pág. 21.