

# Las conferencias del Dr. Ferrara

## VI

### EL SISTEMA DE LA LEGÍTIMA Y DE LA MEJORA EN EL DERECHO ESPAÑOL

Examinando íntimamente nuestro ordenamiento jurídico, encontramos tres clases de sucesiones: sucesión legítima, testamentaria y necesaria. La sucesión legítima tiene lugar cuando falta el testamento o cuando es anulado. La sucesión testamentaria se funda sobre la voluntad del testador. La sucesión necesaria, a semejanza de la legítima, tiene por base la Ley, concurre con la sucesión testamentaria y prevalece sobre ella. Se puede decir que la transmisión del patrimonio hereditario tiene lugar o *sin la voluntad*, o *por la voluntad* o *contra la voluntad* del autorizado para testar. Verdaderamente, la Ley habla de dos formas de sucesiones (artículo 658 del C. c.); pero la existencia de una sucesión necesaria resulta implícitamente de la concordancia de otras disposiciones legales, que atribuyen a ciertas categorías de herederos el derecho a una cuota del patrimonio hereditario. La Ley los denomina *herederos forzosos*, y no solamente en cuanto aquéllos tienen derecho a ser necesariamente instituídos herederos, sino también en cuanto tienen derecho a una cuota intangible del patrimonio hereditario, aun independientemente del testamento y en contradicción con el mismo; y por esto los legitimarios son herederos *ex lege*, en una cuota que no puede ser mermada por el disponente, ni mediante una disposición *mortis causa*, ni por medio de una liberalidad *inter vivos*. El título del llamamiento del legitimario nace de la Ley. Sucesión necesaria es, pues, la que se opera en favor de ciertas categorías de herederos, los cuales suceden al *de cujus* por

derecho propio, que les es reconocido por la Ley en la cuota hereditaria (legítima), de la que no pueden ser despojados ni expresa ni tácitamente por el mismo testador.

Pero para entender la naturaleza de la legítima moderna, es absolutamente indispensable exponer, aunque sea en rápida síntesis, su desenvolvimiento histórico, porque el derecho actual reproduce pensamientos y conceptos del derecho antiguo, revela el enlace y ayuntamiento de diversas corrientes jurídicas, fundidas en abigarrada mescolanza, con detritus históricos e incongruencias que serían ininteligibles si no fuesen iluminadas y explicadas por el paralelo con el derecho anterior.

La legítima moderna es el resultado de una *comp penetración* entre la legítima romana y la reserva germánica, institutos diferentes por su origen, naturaleza y efectos, que, por diversos caminos tienden a asegurar a ciertas categorías de parientes unidos por estrecho vínculo de sangre, como los hijos y descendientes, una participación en el patrimonio familiar. Examinemos separadamente estas diversas corrientes jurídicas.

*Derecho romano.*—El primitivo Derecho romano parte del principio de la ilimitada libertad del testador para disponer de su patrimonio. Contra este absoluto y despótico poder del *pater familias* fué introducido originariamente en favor de los hijos *in potestate* una garantía de *carácter formal*, que consistía en el derecho de los hijos a exigir que fuesen expresamente instituidos o desheredados en el testamento. El padre no podía excluirlos tácitamente o por preterición. Se establecía así un freno moral, una coacción psicológica, dirigida contra el testador, para disuadirle de una injustificada desheredación. Si el hijo era preterido o desheredado irregularmente, el testamento era nulo. El derecho pretorio avanzó un paso más, y en el caso de preterición concedió a los hijos desatendidos la *bonorum possessio contra tabulas*, que, poco a poco, se fué transformando en un verdadero modo de adquirir la herencia.

Pero siempre se trataba de una garantía formal, porque el *pater familias* podía evitarla, excluyendo nominalmente a los hijos por medio de desheredación y disponiendo a favor de extraños.

Independientemente de esta garantía formal, vino sobre otro fundamento a desenvolverse en el Derecho romano, especialmente

por influencia del tribunal centunviral, *una garantía de carácter sustancial*, fundada sobre el afecto, sobre el mandato ético (*officium pietatis*), que debe impulsar a los padres a dejar una parte de los bienes a los propios hijos. Así se imponía al testador la obligación, no sólo de *mencionar* en el testamento, sino también de *gratificar* en cierta medida, a los descendientes. Si el testador había desheredado a los hijos o a otros parientes, éstos podían reclamar al tribunal centunviral, el cual, si se convencía de que el testador había violado sus deberes hacia aquellos, anulaba el testamento, casi como si hubiese sido otorgado por una persona que no estuviera en su juicio. Este remedio se denominaba *querella inofficiosi testamenti*, y conducía a la nulidad del testamento y a la apertura de la sucesión intestada, de modo que el testador que no dejaba nada al descendiente, conseguía precisamente el resultado opuesto de dejárselo todo. Esta legítima, como mínimum garantizado a los hijos, fué fijada en una cuarta parte de lo que el legitimario habría recibido en la sucesión intestada.

Pero el fundamento de la *querella inofficiosi testamenti*, se daba cuando el testador no había dejado nada al legitimario, mientras si le había dejado alguna cosa, aunque menos que la parte debida, le correspondía una acción para completar la legítima: *actio ad suppleendam legitimam*. El derecho a la legítima aseguraba al legitimario una parte del *as relicto*, pero no le defendía contra las disposiciones a título gratuito que el de *cujus* hubiese hecho por acto *inter-vivos*. Por esta razón, en tiempo de Alejandro Severo, la *querella* fué extendida a la donación, a las *do tes*, y se tuvo una *querella inofficiosi donationis, dotis*... De esta manera, en el cómputo de los bienes sobre los cuales la legítima era debida, se hicieron entrar los bienes de que el de *cujus* había dispuesto por acto *inter-vivos*. Estos dos institutos, el *formal* del objeto de la institución o de la desheredación y el sustantivo de la *querella inofficiosi testamenti* o *donationis*, fueron englobados y fundidos en las Novelas 18 y 115 de Justiniano, en las que se sancionaron los siguientes principios: 1.º, derecho de los hijos y descendientes a ser nombrados herederos, en una mínima parte del patrimonio; 2.º, derecho de recibir una parte determinada de la herencia, de la que no pueden ser privados, sino por las causas taxativas de desheredación.

Es importante notar, cómo este ordenamiento del derecho justinianeo se ha conservado intacto en el derecho español vigente, en el que encontramos la desheredación por causas taxativas (artículo 848 y siguientes del Código civil) y la obligación de instituir herederos con la consecuencia de la nulidad de la institución en caso de preterición de los herederos forzosos (artículo 814 del Código civil).

Nótese, sin embargo, que en el sistema romano, el legitimario tiene un simple derecho de *crédito* a una parte alícuota del valor neto del as hereditario; la legítima es un *crédito ex lege* contra la sucesión, que puede ser satisfecho de cualquier manera, ya por el que instituye, ya por el heredero, pero el legitimario no tiene un derecho inmediato de copropiedad sobre los bienes hereditarios.

*Derecho germánico.*—Diferente es el sistema del derecho germánico y consuetudinario, en las diversas regiones de Francia y España. El derecho germánico ignora el mecanismo del testamento, porque aquel tiene por base la *copropiedad familiar*. La familia posee un núcleo de bienes en común, sobre los cuales todos tienen igual derecho, y de los cuales el padre, como cabeza, es simple administrador. De estos bienes no puede disponer, ni por causa de muerte ni por acto inter-vivos, sin el consentimiento de los otros miembros de la familia. A la muerte del jefe, no tiene lugar una verdadera sucesión sobre estos bienes, que se conservan en la familia a favor de los otros miembros, y se transmiten de generación en generación. Este *patrimonio familiar colectivo*, se refiere, sin embargo, a los bienes inmuebles y más bien a una cierta parte de los mismos. Al lado de estos bienes de abolengo, *ex jure parentum*, podían tenerse otros bienes, que el padre de familia adquiría con su trabajo, y de los que podía disponer a su voluntad (*bona ex adquisito, conquesta*). De aquí, dos clases de bienes: bienes de la familia (propres, heritages) y adquiridos (conquêts).

En el caso de muerte, los *proprios* quedaban en la familia como masa intangible: la devolución de tales bienes tenía lugar con independencia de la voluntad del padre, y aun contra la misma, *ope legis*. Estos bienes eran una *reserva* de los miembros de la familia, que los tenían en inmediata copropiedad. Los descendientes eran herederos de sangre, y de aquí, la máxima del antiguo derecho francés: Dios sólo hace herederos.

Ahora bien, estas tradiciones del derecho germánico, se encuentran en la costumbre y en los estatutos de las varias regiones. Pero aquí tiene lugar una influencia y reacción recíprocas entre los principios del derecho romano y del derecho germánico, y en opuesta dirección.

Puesto que, mientras de un lado se admite que el de cujus puede disponer de una parte mínima de los bienes *proprios*, haciendo una excepción a la regla de la copropiedad familiar, desde otro punto de vista se obliga al de cujus a dejar también una parte de los bienes adquiridos, a los hijos y descendientes por influencia de la legítima romana. Así se ha difundido en los estatutos de Francia y de España la llamada *reserva de los cuatro quintos*, en cuya virtud, el padre debía dejar los cuatro quintos de su patrimonio hereditario, a los hijos y descendientes—principio que existía en el derecho español antes del Código civil—.

Por otra parte, se desenvuelve bajo el ejemplo romano, la institución de la legítima, como complemento de la reserva. El derecho a la legítima era un *remedio subsidiario*, cuando faltaba la reserva, y además, como aquélla abrazaba el patrimonio entero, comprendía también las donaciones excesivas mediante la acción de reducción.

Así, en el derecho antiguo, viven juntos dos institutos de origen diverso y con diversos efectos: la *reserva germánica*, que es *pars hereditatis*, y no *bonorum* limitada a los bienes de la familia, y la *legítima romana*, como crédito de cierta categoría de herederos sobre el patrimonio relicto. Estos institutos se entrelazan de tal manera, que, finalmente concluyen por fundirse, con prevalencia del elemento germánico, en cuanto el derecho de los herederos forzosos se plasma como un derecho de *inmediata propiedad sobre el patrimonio hereditario que nace por virtud de la ley, ex lege*. Tal es, efectivamente, la naturaleza que tiene en el actual derecho español, que define la legítima, como la porción de bienes de la cual el testador no puede disponer, *por estar reservada por la ley* a determinados herederos (artículo 806 del Código civil). La legítima, pues, es una *reserva legal*, es la antigua reserva de los cuatros quintos, que hoy ha sido reducida a dos tercios, para los hijos y descendientes. Sólo que esta reserva no se refiere únicamente a los bienes familiares, al *quid relictum*,

sino a todos los bienes del testador, a su patrimonio global, integrado en su consecuencia por todo aquello de que se ha dispuesto durante la vida, mediante actos a título gratuito.

Pero al lado de esta reserva, de sello netamente germánico con carácter de realidad, sobreviven del sistema de la institución del derecho romano justiniano, como la *querella inofficiosi testamenti ed donationis*, la nulidad por preterición y otros análogos, que descansan en diferentes pensamientos jurídicos; así, la ley forma un mosaico con elementos diversos.

Este análisis histórico nos abre el camino para poder establecer la naturaleza jurídica de la legítima en el derecho moderno. Veamos cuales son sus caracteres esenciales:

I. El derecho a la legítima es un *derecho hereditario ex lege*. La legítima es *pars hereditatis*, no *pars bonorum*. La ley divide el patrimonio de la persona en dos *masas distintas*: la parte legitimaria y la parte disponible. La primera se subdivide en dos cuotas, como se verá después, pero por ahora no nos ocupamos de ello. La cuota legítima constituye una parte de la herencia intangible e inalterable, reservada exclusivamente a los herederos necesarios. Sobre esta parte del *as hereditario*, el *de cuius* no puede disponer, y si dispone, la disposición testamentaria queda anulada y reducida hasta el margen de la legítima. La legítima, pues, es una *cuota hereditaria*, reservada, incondicionalmente, a los legitimarios, sea que falte el testamento o que consista en una simple atribución de legados, sea que haya un testamento que atribuya a los legitimarios una porción de bienes, inferior a aquélla que les corresponde. Así pues, los herederos forzosos son *herederos por virtud de la ley* y están necesariamente en la sucesión.

Pero los legitimarios, además de tener un *derecho sustancial* a la herencia, conservan todavía la *garantía formal* del derecho romano, esto es, el derecho de ser expresamente instituidos o desheredados, porque en caso de preterición, la institución es nula. Se comprende, sin embargo, que esta garantía no tiene hoy el mismo significado y valor que antiguamente, porque puede existir testamento sin institución de herederos, y por otro lado, la institución puede referirse a una parte mínima del *as hereditario*. Pero el principio tiene siempre importancia, porque en el caso de institución de

un heredero extraño, con preterición del heredero forzoso, se produce la apertura de la sucesión intestada.

De que el derecho a la legítima sea un derecho hereditario, derivan las siguientes consecuencias:

1.ª El derecho a la legítima *nace en el momento de la apertura de la sucesión*. No se tiene derecho a legítima mientras que vive el *de cuius*. *Viventis non datur hereditas*.

2.ª Para tener derecho a legítima es necesario ser heredero. Quien renuncia a la herencia se vuelve extraño a la sucesión y no puede reclamar la legítima, aun cuando pueda conservar el legado o una donación recibida del *de cuius*, hasta el importe de la cantidad disponible (artículo 1.036 del Código civil).

3.ª Es nula toda renuncia a la legítima y la transacción sobre la misma como pacto sucesorio (artículos 655 y 816 del Código civil).

II. El llamamiento a la legítima implica *una vocación a título universal*. Porque la legítima es una cuota de herencia, y se halla determinada, según los casos de concurrencia, por una porción alícuota abstracta y constante del patrimonio (dos tercios a los descendientes, mitad a los ascendientes); la devolución de tal cuota constituye *llamamiento a título universal* (artículo 660 del Código civil). El legitimario no es un acreedor de una parte del valor de los bienes, sino que es llamado a una cuota abstracta de la herencia.

Si el heredero forzoso está solo, recibe la porción legítima completa; si son varios, la cuota legítima se atribuye a todos por *vocación cplexiva y solidaria*, y por lo tanto, con derecho de acrecer, en caso de premoriencia, incapacidad o renuncia de uno de los llamados (a no ser que tenga lugar el derecho de representación).

Puesto que los legitimarios, sean o no llamados por testamento, son herederos, se deduce que están obligados en sus *relaciones internas* a colacionar las liberalidades recibidas, según las reglas de los artículos 1.035 y siguientes, y, por otra parte, en las *relaciones externas* son responsables de las deudas hereditarias, o mejor, se hallan obligados solidariamente (artículo 1.084 del Código civil). También se hallan obligados al pago de los legados, sólo que éstos no pueden lesionar el derecho a la legítima, pues en este caso pueden hacerlos anular en todo o en parte.

III. El derecho a la legítima es un *derecho real de propiedad*

sobre los bienes hereditarios. Los legitimarios son *investidos* directa e inmediatamente por la ley en la copropiedad de los bienes hereditarios, y la legítima es debida en plena propiedad, sin que el testador pueda imponer sobre ella ningún peso ni condición (artículo 813 del Código civil). La legítima, en su virtud, constituye un límite objetivo del derecho a disponer, correspondiente al de *cujus*, a título gratuito (artículo 806 del Código civil). Y por esto, el legitimario puede reclamar *in natura* su porción sobre todos los bienes que compongan el as hereditario, inmuebles, muebles, créditos, de modo que su cuota no sólo sea respetada *en cantidad*, sino que corresponda *cualitativamente* a la composición del as hereditario.

Resulta, por lo tanto, infundada la pretensión del heredero ex testamento, de pagar la cuota del legitimario en dinero o en bienes, a su elección, aun cuando se trate de actos *ad supplendam legitimam*. Además, es nula toda cláusula testamentaria que tienda de cualquier manera a impedir que la legítima se transmita franca y libre, bajo la amenaza de caducidad, cláusula penal y otras semejantes.

En fin, la legítima se halla garantizada con la acción de reducción, por efecto de la cual se anulan, en primer lugar, todas las disposiciones testamentarias que resulten lesivas, o se reducen proporcionalmente hasta la altura de la legítima, y cuando la nulidad o reducción de las mismas no basta, se sube hasta las donaciones, suprimiendo o reduciendo las de fecha más reciente, hasta llegar sucesivamente a las más antiguas en sentido retrógrado (artículos 817, 655 y 656 del Código civil).

La reducción es una *reintegración o reconstitución in natura* de aquella parte del patrimonio familiar reservada por la ley a los herederos forzosos, que tiene carácter *real*, en cuanto puede promoverse por los herederos contra los terceros detentadores de los inmuebles donados o enajenados por los donatarios, porque tales liberalidades se entienden resueltas en el momento de la apertura de la sucesión, hasta el importe de la lesión, y por esto se recuperan los bienes libres de todo gravamen e hipoteca. Para el ejercicio de la acción de reducción no es necesario que el heredero acepte a beneficio de inventario, como está mandado en otros sistemas positivos (véase, por ejemplo, el artículo 972 del Código civil italiano).

El legitimario, pues, es un *sucesor a título universal* de una cuota intangible del patrimonio hereditario, formado por la masa re-



licita y los bienes donados, que trae su título inmediato de la ley, aunque estuviera llamado por testamento, sin perjuicio de imputar en su cuota las liberalidades recibidas en vida, a no ser que hayan sido hechas con dispensa de colación.

Y ahora vamos a ocuparnos de un instituto original del derecho español, esto es, de la mejora. Hemos dicho que los hijos y descendientes tienen derecho a los dos tercios como cuota de reserva o legítima. Pero en estos dos tercios, el de *cujus* puede disponer de la mitad, esto es, de un tercio, para asignarlo a uno o a otro de los hijos o descendientes. Así que el *as* entero se divide en tres partes iguales: un tercio, legítima inviolable de los hijos; un tercio, legítima que el padre puede asignar de más a uno o a otro de los hijos *para mejorarles* su condición de legitimarios (pero del cual no puede disponer en favor de extraños), y un tercio, de libre disposición, que es la verdadera parte disponible. El instituto de la mejora es bastante antiguo en España, si bien no se halla en vigor en todas las regiones, y ha sido elaborado principalmente por las leyes de Toro. Es el poder que tienen el padre y la madre de mejorar la posición de uno o más hijos frente a los otros, de atribuir una *ventaja especial*, de hacer un cierto reparto privilegiado de la legítima.

La mejora puede hacerse por testamento, por donación, por capitulación matrimonial o por contrato oneroso; puede consistir en una asignación de bienes determinados, o en una parte alícuota de la herencia; puede realizarse, o simplemente prometerse. Como se tiene el pacto de mejorar, puede existir también en forma negativa el pacto de no mejorar. La declaración de mejora debe ser, sin embargo, expresa (artículo 825 del Código civil); no se presume en las donaciones, como ocurría en el derecho antiguo (ley 26 de Toro).

Surgen ahora cuestiones acerca de la naturaleza jurídica de este instituto: la mejora, ¿es una subdivisión de la cuota legitimaria, o más bien es una forma especial de la parte disponible vinculada a un objeto determinado? ¿Es o no una donación? ¿Qué cosa es? Porque las normas fragmentarias sobre este instituto no vuelven claro el problema. De un examen sistemático de los distintos preceptos legales, resultan los siguientes hilos conductores:

I. La promesa de mejorar o de no mejorar es un *pacto sucesorio excepcionalmente consentido por la ley*, de origen consuetudi-

nario germánico, residuo de un ordenamiento contractual de la sucesión.

De hecho, aunque la ley prohíba el pacto de sucesión futura (artículos 1.271 y 816 del Código civil), es evidente que el pacto de mejora hecho en capitulaciones matrimoniales o en un contrato oneroso, y por lo tanto irrevocablemente obligatorio, deroga el principio prohibitivo, en cuanto el disponente se vincula con cierto reglamento sucesorio, en un especial sentido, más bien que en otro, chocando, por lo tanto, contra la libertad testamentaria y sujetándola a una *lex contractus* (artículo 826 del Código civil). En tal caso, si el de *cujus* viola el pacto de no mejorar, la disposición no es válida; y viceversa, si, en contra de la obligación asumida, deja de mejorar, la mejora en cuestión se considera como hecha. Todo este ordenamiento es un residuo de sucesión contractual excepcionalmente consentido por las leyes. Pero fuera de estos casos, la mejora es *revocable*, y si esto se entiende cuando está hecha por disposición testamentaria, no se puede decir lo mismo, a primera vista, si ha sido realizada por medio de donación. Mas si se piensa que, según el origen histórico, la mejora se hacía por donación *mortis causa*, la cual tenía carácter hereditario y revocable, aunque tuviese lugar con *entrega actual de bienes*, la cosa no ofrece dificultades. La ley, en cierto modo, por la finalidad del instituto, quiere dejar al ascendiente, árbitro de variar su voluntad; y así, la voluntad de mejorar conserva el carácter de un acto de autonomía del disponente *mortis causa* (artículo 827 del Código civil). De aquí el principio de que la voluntad de mejorar, lo mismo que el testamento, no puede ser delegada en un tercero (artículo 830 del Código civil).

II. La cuota hereditaria o los bienes que forman la mejora, ¿constituyen o no parte de la legítima?

La cuestión, en el derecho español, se complica, por la diversidad de la tradición histórica. Ahora, es de observar que aunque ésta tenga importancia, no debe hacernos perder de vista el derecho positivo vigente, y debemos poner de relieve un cambio radical en el ordenamiento de la mejora, en el derecho actual, comparado con la reglamentación antigua. Este cambio refleja también sobre la naturaleza jurídica. Ahora bien: según las leyes de Toro, la mejora no tenía el carácter de legítima, sino que era una *liberalidad extra*

que el ascendiente podía hacer. Que no era legítima según el antiguo derecho, resulta de los siguientes principios:

1.º El padre podía atribuirla a los nietos, en lugar de los hijos vivientes, y quitándosela a éstos (ley 18 de Toro). Esta facultad ha sido abolida por el artículo 823 del Código civil, y no puede, por consecuencia, ser resucitada, sin violar patentemente la ley.

2.º La mejora en el derecho antiguo era susceptible de carga, gravada de restitución o fideicomiso, mientras hoy esto no es posible, por hallarse asimilada en este respecto a la legítima (artículo 824 del Código civil).

3.º La mejora, según las leyes de Toro, tenía efecto aun en el caso de que el testamento se rompiese o anulase por preterición o desheredación, principio fundamental que está contradicho por el derecho moderno.

En resumen, la naturaleza jurídica de la mejora ha variado, porque forma parte de la legítima destinada exclusivamente a los *hijos y desoendientes*, y no es susceptible de gravamen, como tampoco lo es la legítima. Y que sea parte de la legítima, resulta también de otra consideración. Cuando el padre tiene un solo hijo, no puede mejorarlo: la legítima queda invariable en los dos tercios fijados por la ley. Además, la mejora debe ser pagada *in natura* con los bienes hereditarios, observando las mismas reglas de división de la masa (artículo 832 del Código civil).

III. El acto de disposición de la mejora es un acto jurídico de naturaleza hereditaria, en cuanto debe tener efecto después de la muerte y con relación a personas que tienen y conservan la calidad de sucesores. Así, pues, si la mejora es atribuida durante la vida a un hijo o hija en un contrato de donación o de constitución de dote, se trata de un *anticipo de la herencia futura*, en aquella porción de legítima que precisamente forma la mejora. La renuncia a la legítima para conservar la mejora no vuelve al renunciante extraño a la sucesión, como un donatario exonerado del pago de las deudas, sino que tiene solamente el valor de una renuncia a parte de la herencia.

Esto concuerda con la tradición histórica. La ley 21 de Toro dice que los renunciantes están obligados a pagar las deudas a prorrata de su mejora, *como si fuesen herederos de la misma*.

IV. La mejora no es un acto de liberalidad. De hecho, el de

*cujus* no da nada de lo suyo de libre disposición. Dispone sobre lo que está reservado por la ley a los herederos forzosos. Aunque no dispusiese, los herederos forzosos tendrían igualmente aquellos bienes a título de legítima.

El único efecto que el acto produce es el de *limitar el concurso de los legitimarios*, favoreciendo a unos en perjuicio de los otros, de *regular con privilegio la concurrencia sucesoria* de los legitimarios entre sí. Esta reflexión nos da la base para definir la naturaleza jurídica del instituto.

V. El disponente, aunque está vinculado dentro de cierto límite en sus facultades de disponer de los bienes para después de la muerte, ha conservado cierto *derecho de ingerencia* en la reglamentación sucesoria; tiene poderes autonómicos sobre el ordenamiento hereditario, aunque sea en una esfera limitada.

Así, el testador puede dejar prelegados y hacer donaciones a los hijos, y como éstos deben imputar en su cuota los bienes recibidos, el testador consigue *indirectamente* modificar el condominio hereditario, en cuanto obtiene que cierto heredero forzoso reciba en su *cuota* una cosa concreta y *determinada*, modificando el derecho de condominio abstracto de los otros legitimarios sobre la masa.

Otro poder autónomo de ingerencia es la *división inter liberos* (artículo 1.056 del Código civil), con el cual nuestro instituto presenta afinidad y analogía, y en cuyo campo se desenvuelve históricamente como una variedad. De hecho, como existían estatutos o costumbres *d'egalité*, se tenían *coutumes de préciput* que admitían que se pudiese, con disposiciones de última voluntad, conceder ventajas a unos hijos respecto de los otros. Interesante, a este propósito, es el estatuto de Aosta. Mas para volver a la división hecha por un ascendiente tal y como se ha conservado hoy, en ella el ascendiente puede hacer, por donación o testamento, la división de sus bienes *estableciendo los lotes*, en los cuales se *substancian* las cuotas de los descendientes, haciendo la *asignación concreta de los bienes*, salvo la integridad de la legítima.

La división *inter liberos* es una distribución hereditaria del patrimonio, manteniendo íntegra la legítima, y, por lo tanto, en principio, *sobre la base de la igualdad*, según la conocida constitución del emperador León.

Un amplio poder de autonomía está contenido en la mejora. Mientras la división *inter liberos* es una disposición sobre la base de la igualdad, la mejora es una disposición en orden sobre la *base de la desigualdad*, del *aumento de la cuota*, de la distribución con privilegio.

Es un acto de voluntad mediante el cual, en la esfera de la legítima, el ascendiente ordena que la cuota de uno de los hijos sea disminuída, y aumentada la de los otros. Es una reglamentación autonómica de la sucesión en la legítima, sobre la base del favor, del tratamiento con privilegio, y esta naturaleza hereditaria del acto explica todos sus efectos.

De aquí, una diferencia entre liberalidad con dispensa de colación (artículo 1.036 del Código civil) y *mejora*. Mientras el donante con dispensa de colación alcanza a la parte disponible y hace una verdadera liberalidad, el ascendiente mejorante no hace una liberalidad, sino un ordenamiento de favor entre sus herederos legitimarios, en virtud del poder autonómico que para esto le corresponde por su autoridad de padre, y para la satisfacción de finalidades ideales y familiares que trascienden de la esfera de los intereses económicos.

#### OBSERVACIONES.

En la sexta y última de sus conferencias, el Doctor Ferrara, siguiendo un plan que podemos llamar clásico para el desenvolvimiento monográfico de una institución jurídica, estudia los precedentes de la legítima en el Derecho romano, la naturaleza de las reservas germánicas y el influjo recíproco de ambas corrientes, para llegar a una rigurosa sistematización del instituto en el Derecho moderno.

Nada tendríamos que oponer a tal desarrollo si se tratase de exponer la materia en el Derecho francés o alemán; pero en el Derecho español, los pronunciados matices de la legítima y de la reserva que el conferenciante ha puesto de relieve, se funden, desde hace muchos siglos, en una concepción de líneas románicas que se impone a través de las variaciones regionales, y nos impide traducir en nuestras lecciones los antecedentes e infor-

mes que los juristas franceses nos dan sobre las diferencias entre los *Pays de droit écrit* y los *Pays de coutume*, o reproducir las consideraciones que desde Zachariæ hasta Endemann, por no citar más que un civilista moderno, hacen los alemanes de la pasada centuria.

En los *países de derecho escrito* se conservaron la técnica y las reglas del Derecho romano, la *querella* para anular el testamento, caso de preterición, y la *condictio ex lege*, para obtener el complemento de legítima, acción real la primera y personal la segunda; mientras en los *países de costumbres*, unida a la idea confusa de la copropiedad familiar, se desenvuelve lentamente la teoría de la reserva, concedida aún a los parientes colaterales, siempre que asumiesen el carácter de herederos, contra las disposiciones testamentarias exclusivamente, y por lo que tocaba a los bienes *propres*, no sobre los adquiridos.

En tales estatutos y legislaciones, así como en los *derechos particulares* de los antiguos Estados alemanes a medida que van recibiendo el Derecho romano, pueden seguirse las reacciones de ambos institutos en los preceptos que fijan el número de los herederos forzosos, las cuotas legitimarias, la necesidad de asumir el carácter de heredero, las defensas adoptadas contra la libertad de testar y la naturaleza de la legítima como *pars hereditatis*. Todo ello, sin la claridad y la precisión con que el doctor Ferrara, proyectando conceptos modernos sobre situaciones jurídicas arcaicas, nos presenta la materia; porque las intuiciones populares desconocían la diferencia entre las sucesiones a título universal y las que se efectuaban a título singular, daban únicamente valor al enriquecimiento y no veían en la herencia el aspecto unitario del *as romano*.

Por lo que toca a nuestra patria, la palabra y el concepto de *reserva* se distanciaron en la técnica jurídica de la institución de la legítima, y desde las primeras disposiciones legislativas dictadas para los godos y los hispano-romanos aparece la reacción contra la libertad de testar, fundada más bien en consideraciones sociales y éticas que en la copropiedad germánica. Todo el texto de la ley primera, título V, libro IV, del *liber judiciorum*, es un completo alegato contra los abusos de los padres y ascendientes, en que no hay la menor alusión a las costumbres teutónicas: «Como nos

damos cuenta—dice el rey Chindasvinto—de los hechos ilícitos que se realizan, creemos oportuno poner un remedio legal para lo futuro. Muchas personas, en verdad viven de una manera irregular, y para satisfacer sus apetitos o por otras malas pasiones, transfieren sus bienes a personas extrañas y despojan sin motivo a sus hijos y descendientes, que no han cometido ninguna culpa grave, inutilizándoles para que sean útiles a la colectividad, en vez de hacerles beneficiarios de lo que no es más que el producto de su trabajo personal, unido al de sus padres. Y para que en este caso no padezca, como nunca debe padecer, la pública utilidad, ni quede desatendido el afecto natural que todos los padres deben profesar a sus hijos y descendientes, derogando la disposición legal en cuya virtud el padre, la madre, el abuelo o la abuela pueden transferir sus bienes, si quisiesen, a una persona extraña, y también la mujer casada puede hacer de su dote lo que tuviese por conveniente, prescribimos como prudente medida para que sea por todos observada, que los padres y abuelos, sin perder por completo la facultad de disponer de su patrimonio, no puedan separar por una indiscreta voluntad a los hijos y descendientes, de su misma sucesión.»

La discusión entablada acerca de cuál fuera la ley derogada por el rey Chindasvinto, pone de relieve la constante y decisiva orientación de nuestra jurisprudencia, pues lo mismo los autores que, siguiendo a Cárdenas, estiman que la ley derogada era la del breviario de Alarico, vigente entonces, que los que, siguiendo a Martínez Marina, Marichalar y Manrique, Antequera y Escriche, entienden que la libertad de disponer de sus bienes en favor de extraño correspondía lo mismo a vencedores y vencidos, apenas hacen alusión al sistema sucesorio de los germanos, ni a la copropiedad familiar, origen de las reservas. Modernamente, Zeuner, Brunner y Ureña afirman que en el código de Urico se encontraba ya la disposición relativa a la libertad de testar, que la ley de Chindasvinto declara derogada, y esta opinión, que reproduce la de nuestro Escriche, si no queda a cubierto de los ataques de Lacoste, demuestra el desvanecimiento de la tradición germánica desde el primer siglo de la invasión, sea por el largo contacto del pueblo visigótico con la legislación romana, sea por la

influencia de la iglesia en favor del testamento y de las donaciones *pro anima*, sea por la observancia del breviario de Aniano, sea por la costumbre de transferir *mortis-causa* por medio de solemnidades judiciales (Gemächte)...

Por todo ello, es necesario reconocer que el espíritu del derecho español se halla en estas palabras del señor Sánchez-Román: «Las legítimas, en el concepto de institución legal en España, y aun en Roma, no tuvieron un carácter sustantivo y esencial, como entidad jurídica de propia naturaleza, sino más bien *negativo* y de limitación mayor o menor de la libertad del *ius disponendi* por causa de muerte, y en relación con el primario fundamento de la facultad de testar, a título de necesidad de protección y defensa en favor de descendientes y ascendientes, y aun hermanos, y como medio de satisfacción o compensación a naturales deberes derivados del orden familiar y reclamados fuertemente por la equidad, cual frenos y restricciones a los casos en que aquéllos pudieran ser desconsiderados u olvidados por parte del testador, haciendo uso excesivo de su libertad en la disposición de sus bienes; pero sólo desde este punto de vista de relación, de equidad y de humana asistencia y hasta de buen parecer, en un criterio racional, de aquella libertad en la disposición de sus bienes, consecuencia del reconocimiento de su fundamental derecho de testar.»

La segunda parte de la conferencia se halla dedicada a la *mejora*, y en ella el doctor Ferrara se lanza al estudio de una de las instituciones más complejas y enigmáticas del derecho castellano, con valentía que se aproxima a la temeridad, por prescindir de la ayuda didáctica de nuestros clásicos, y con el cariño en la investigación de tan ardua materia, que en el momento actual distingue a los juristas extranjeros, más que a los nacionales.

No podemos entrar en la discusión detallada de las conclusiones a que llega el docto profesor, y nos limitamos a recomendar su estudio, tomándolas como guía esquemática y como planteamiento de los problemas que provoca un tipo sucesorio mixto de acto *inter-vivos* y *mortis-causa* y que recibe su energía, tanto del contrato como del testamento.

Hemos de advertir, sin embargo, que la profunda zanja abierta por el doctor Ferrara entre las leyes de Toro y el Código civil, ha



sido rellena por la doctrina de la Dirección de los Registros, que en la Resolución de 15 de Junio de 1898 permitió la mejora de los nietos que no fuesen herederos forzosos, y sobre todo por la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de Diciembre de 1903, a cuyo tenor, tanto por los antecedentes como por el espíritu que presidía a la formación del actual Código, cual se consigna en la Ley de Bases de 11 de Mayo de 1888, puede asegurarse que aquel cuerpo legal recoge el capital pensamiento del derecho histórico patrio, aplicado por la jurisprudencia del Supremo, sobre la base del proyecto de 1851, en que aparece reiterada la facultad expresada; y siendo la tendencia de dicho Código el ensanchar la órbita de la libertad de testar, resultaría ilógico dar a los preceptos que regulan las mejoras una interpretación contradictoria de tales principios, mientras de aquéllos no se derivase que la intención del legislador fuera otra distinta.

JERÓNIMO GONZÁLEZ.