

REVISTA CRITICA DE DERECHO INMOBILIARIO

DEDICADA, EN GENERAL, AL ESTUDIO DEL ORDENAMIENTO JURIDICO
Y ESPECIALMENTE AL REGIMEN HIPOTECARIO

Año XXI

Octubre 1945

Núm. 209

Herederos y legitimarios en el Registro de la Propiedad

(Nuevos aspectos en el artículo 15 de la reciente Ley
Hipotecaria)

Al examinar por vez primera la reforma de la Ley Hipotecaria creí, como en toda reforma, que traería un cambio profundo en orden a las legítimas para favorecer el tráfico inmobiliario y el crédito territorial, poniendo en claro la propiedad hipotecaria, ya harto confusa y difícil a medida que el tiempo avanza sin que haya habido una verdadera purga, sin reservas, de todo aquello que se presuma, con garantía, que ha quedado extinguido o concluído.

Creo que en unos puntos se ha avanzado y en ello es de felicitar al legislador, pero en otros, es lo cierto que queda bastante retrasado, o lo que es peor, en perfecto desacuerdo con el mismo Derecho civil. Este artículo 15, cuya base esencial está en el Derecho privado, no ha sido estudiado a través de las normas civiles, y el legislador parece que ha vivido aislado de esa base jurídica. No se ha sentido atraído a repasar los problemas básicos, y por ello ha ido sin gravedad.

Queremos hacer constar que este ensayo va dirigido sólo al Derecho común, sin perjuicio de las alusiones, muy breves por cierto, que se hacen al Derecho foral.

I.—LA NATURALEZA DE LA LEGÍTIMA EN EL DERECHO COMÚN.

Nuestro sistema legitimario está dibujado en sus líneas principales tal como lo concibieron los legisladores de las Partidas, quienes lo recibieron de las Escuelas medievales donde se estudiaba y leía, casi únicamente, el *Corpus* justiniano. Es interesante fijar esta ascendencia histórica, y por ello, salvo contadas excepciones, mantiene nuestro Código civil, la tradición romana de la herencia y, por tanto, de la legítima. Las influencias germánicas o extrarromanas casi no se aprecian. No obstante, y por ello, extraña el contenido de los artículos 763, 806, 823..., que revelan un pensamiento bastante lejano del romano, pero muy cerca del germánico, aunque su antecedente inmediato pueda ser el Código francés (arts. 1.004 y sigs.). Cuántas instituciones duermen en nuestros textos legales esperando la mano del historiador que las saque del letargo.

Y volviendo a nuestra tesis, la legítima tiene en nuestro articulado legal una configuración única, sin perjuicio de que existan normas que rompen la misma. Veamos el principio y sus excepciones:

1.º En primer término, es la legítima una parte de los bienes del causante de los cuales no puede disponer (art. 806 del Código civil). Por ello es siempre la legítima, según el texto citado, *pars bonorum*, o lo que es igual, una cuota del activo hereditario. El legitimario nada tiene que ver con el heredero, como continuador del causante en la totalidad, ni con el legatario, sucesor *mortis causa* singular, y porque además, ambos son designados libremente por el testador. El legitimario no participa nunca del pasivo hereditario. Recuérdese mi anterior y primer trabajo en esta REVISTA (1).

2.º No obstante el principio indicado, reviste a veces la legítima formas distintas en las cuales cambia incluso su propia naturaleza. Así, la legítima es en muchos casos *pars valoris bonorum*. Esta tesis es la del compañero Roca, pero a nuestro juicio, tal opinión confunde la tesis general con una de sus excepciones. Esta forma de pago en el valor (sin que se advierta ningún *ius ad valorem*), se autoriza sólo en casos excepcionales. No es la legítima un *quantum* estimado en dinero. Nuestra tradición, probablemente por influencia no romana,

(1) Véase el núm. 201 de esta REVISTA.

así como nuestra práctica, es considerar que el legítimo tiene una *pars bonorum*. Veamos algunos ejemplos de nuestros textos positivos: El artículo 821 habla de la finca que no admita cómoda división y dice: "...el legatario que tenga derecho a legítima podrá retener toda la finca..." Es también cierto, aunque no diga nada Roca, que el artículo 1.045 del Código civil habla de traer a colación el valor, no los bienes, pero la forma de igualarse no es precisamente con dinero, sino con otros bienes de la misma naturaleza, especie y calidad (artículos 1.047 y 1.048 del Código civil). Es decir, que la acción de reducción tiene lugar *in natura*, y sólo subsidiariamente admite la fórmula de pago en dinero cuando aquello no fuere posible.

En los artículos 838, 840, 1.056-3, 821, etc., se admiten formas de pago, pero son casos excepcionales, sin que el testador ni los herederos puedan a su arbitrio determinarlo cuando lo crean conveniente.

El mismo artículo 815 no autoriza a suponer que el testador pueda disponer el pago de la legítima en dinero o en otros bienes elegidos a su arbitrio porque la acción de suplemento, aunque sea personal, se dirige contra el heredero para exigir el pago en aquello que corresponde pagar, y el deber legítimo es en principio pagable sólo *in natura*, conforme a la tesis del artículo 806, aunque sea algo germanizado. Nadie puede pagar en cosa distinta de la debida (art. 1.166 del Código civil *in idem debitum*). Véase cómo Roca quiere dar mayor amplitud al artículo 815 al decir que tanto la configuración (heredero, legado o donación), como la reexpresión objetiva del valor (inmuebles, valores, créditos, etc...) de la legítima queda al arbitrio del testador (págs. 203-204 de su trabajo citado). Por cierto que no es esta tesis de Roca la que desde el anteproyecto y hoy la Ley se mantiene en cuanto a la legítima. Se abre al legítimo pagado en bienes muebles, o dinero un paréntesis para que acepte o impugne, según el Derecho civil. Si el legislador hubiera imaginado este sistema, bastaría sólo la disposición del testador en cualquier forma (cualitativa o cuantitativa), para entender cumplido el deber legítimo.

3.º Otra limitación a la legítima, y por tanto, otros supuestos que confirman la libertad de disponer, son los legados y las donaciones. Conforme a nuestro principio general, tanto las donaciones como los legados se deberían reducir *in natura*, y no es así. Se respeta la disposición siempre que pueda cumplirse la legítima, según el valor de todos con los demás bienes. Es decir, que el cálculo se hace sobre la base

del valor total (reunión imaginaria en su valor) y de ella se fija aritméticamente la legítima. Pues bien: establecido el *quantum* legítimo, debe cumplirse *in natura* con bienes que existan en la herencia en proporción de naturaleza y calidad. (Véanse arts. 820 y siguientes del Código civil.) Si esto no fuera así quedaría extraordinariamente mermada la libertad de testar en cuanto que nadie podría legar nada sin el consentimiento del legítimo. Recuérdense algunos de nuestros viejos fueros, y allí se verá la casi imposibilidad de disponer por vía de legado por el rigor del principio de la sucesión forzosa, pero la solución romana era otra muy análoga a la de nuestro Código civil. Pero esta excepción tampoco autoriza a suponer una legítima como *pars valoris*.

II.—LA INFRACCIÓN DEL DEBER LEGITIMARIO Y CONSECUENCIAS RESPECTO DEL TERCERO EN EL ORDEN CIVIL.

Una de las finalidades del presente ensayo es ver si el alcance que la Ley Hipotecaria ha dado a las acciones del legítimo con la mención o reserva creada en el artículo 15 es prudente o exagerado. Pero es necesario fijar, a grandes rasgos, cuál es el orden civil fuera de los cánones hipotecarios. Agrupamos dos supuestos de infracción en los seis siguientes apartados:

1.º Cuando el testador omite al legítimo totalmente, tenemos la vieja preterición sancionando la Ley tal conducta, como en los primitivos tiempos del Derecho romano, con la nulidad de la institución de heredero (art. 814 y sent. de 20 de junio de 1903). Esta acción de nulidad sólo puede ejercitarse por el preterido o los que de él traigan causa (S. cit., y 19 noviembre 1910). El acto es por ello, no nulo radicalmente, sino anulable tanto por el consentimiento del preterido como por la prescripción de la acción, etc. (Véase sentencias de 6 de enero de 1933 y jurisprudencia del Centro Directivo.) No obstante, el Centro Directivo, en resolución de 24 de enero de 1941, sentó la opinión contraria ante un caso muy particular de menor sujeto a tutela. Estamos totalmente en desacuerdo con esa tesis, y bien pudo el Centro Directivo recurrir a otra técnica legal para salir con una solución adecuada sin destruir con ello la *communis opinio*, ya establecida por el mismo Centro y por el propio Tribunal Supremo. Ante la conformidad y aprobación del perjudicado (o sus representantes legales,

si tienen facultad para ello) en un asunto (sea civil e incluso penal) que privativamente le corresponde, no es posible sostener que es un acto nulo porque infringe una norma jurídica, porque la infracción sólo se inicia y la sanción sólo se consigue por la instancia de la parte legítimamente llamada. Y este principio, como dijimos, no ha sido sostenido por el Centro Directivo en la indicada resolución de 1941.

2.º Si el testador declara que ha pagado la legítima totalmente, siendo inexacto, queda su declaración sin causa y el acto, por analogía con lo dispuesto en el artículo 1,261 del Código civil será inexistente una vez probada la simulación. La declaración del testador no será ejecutiva hasta la aprobación por el legitimario, única persona que, como acreedor, puede disponer de su derecho.

3.º Si el legitimario es desheredado injustamente, la institución se reduce en todo aquello que perjudique al legitimario. (Art. 851 del Código civil.) Más que nulidad hay aquí rescisión, porque la institución de heredero se reduce o comprime en todo lo necesario para pagar la legítima. Todavía quedaría mejor expresado si se dijera que más que reducción en la institución de heredero lo que hay es una reducción en el contenido económico. La institución queda igual, pero el activo a heredar queda reducido en aquello que fuere necesario para el pago de la legítima.

4.º Si la legítima no se paga totalmente, surge a favor del legitimario la acción llamada *ad suplandam legitimam* (art. 815 del Código civil). El legitimario a quien se imputa en pago de la legítima bienes insuficientes puede pedir el complemento. (Sentencia de 25 de mayo de 1917.)

5.º Si el testador realizó actos a título gratuito, excediéndose en la parte de libre disposición, puede el legitimario pedir la reducción del acto o contrato excesivo (inoficioso, según la tradición romana), (artículo 654). La acción es de rescisión porque sólo se otorga en tanto exista perjuicio económico y el acto se reduce a lo necesario (artículos 819 y 654).

6.º Si se pretende pagar al legitimario con bienes inadecuados, es decir, en ciertos bienes con exclusión de otros, teniendo en cuenta que la legítima, salvo excepciones, es *pars bonorum*, puede impugnarse tal imputación, por faltarle el requisito del *in idem debitum*. El artículo 806 del Código civil puede ser la base para esta acción. No creo que pueda pensarse en incompatibilidad entre este supuesto y el

del número 4, antes citado. Allí el legitimario se conforma con la imputación parcial y solicita lo que le falta, y aquí rechaza toda imputación por inadecuada y pide lo que le corresponde *in natura*.

¿Y qué trascendencia tienen estas infracciones frente al tercero de buena fe que adquiere a título oneroso en el orden civil? Es cierto que los Códigos civiles (sobre todo, los latinos) se ocupan poco de las normas protectoras del tráfico. Solamente en los bienes muebles (artículo 464) el principio legitimador es claro; pero en cuanto a los inmuebles no se consigue ningún efecto legitimador por la posesión para adquirir el dominio, fuera de los casos de usucapión. Por ello la nulidad o resolución de un acto o contrato trae como consecuencia la nulidad o resolución de los siguientes, cualesquiera que sea su naturaleza. No obstante, este principio, desenvuelto en múltiple jurisprudencia, tiene sus excepciones, pero en los supuestos examinados conviene repasar su aplicación. El principio general de la sucesión hereditaria es que la herencia se difiere, en primer término, por la voluntad del hombre manifestada en testamento (art. 658 del Código civil). Esto quiere decir que la primera ley sucesoria (y así lo dice el Tribunal Supremo) es el testamento y a él han de atemperarse interesados y extraños, salvo su rectificación o modificación en la forma procedente. Sea legal o no la situación testamentaria, salvo los casos de nulidad absoluta, ha de mantenerse hasta su impugnación la ejecutoriedad del testamento. Con respecto a un caso particular, lo dice claramente la Sentencia de 20 de mayo de 1931. Y ésta es la característica del testamento: ser un decreto de carácter privado que surge de la autonomía unilateral que tiene el testador, y que, como todo decreto, es ejecutivo hasta su impugnación. (Véase a este respecto *Teoría general del Derecho*, Carnelutti, pág. 99). Ahora bien: el testador abusa de autonomía y de sus facultades e infringe un orden jurídico superior; ¿qué pasa entonces? Veamos los distintos supuestos:

1.º En el supuesto primero, si el legitimario es omitido totalmente, el tercero que contrata con el heredero debe quedar protegido mientras el testamento no ha sido impugnado. La situación del legitimario omitido no puede ser mejor que la del heredero real frente al heredero aparente o formal. Nuestra doctrina legal no es muy clara en esta materia. Recordaremos que en el Derecho romano fué clara la solución dada por el S. C. Juventiano (siglo II), distinguiendo las enajenaciones antes o después de la *litis contestatio* que planteaba la

petitio hereditatis. En el primer caso no se anulaban las enajenaciones y los terceros quedaban protegidos, pero no en el segundo, porque se estimaba que adquirirían de mala fe. Igualmente, según Colin, conforme el Código civil francés, el tercero queda protegido. Nuestro artículo 1.080 del Código civil no es exactamente aplicable, pero los principios del Derecho que el intérprete puede obtener y aplicarlos como fuente, según el artículo 6.º del Código civil, aconsejan decidir igualmente. Siempre que el adquirente tenga buena fe en la adquisición, debe mantenerse. Si la omisión en el acto particional no produce la nulidad de la partición, no creo que pueda tomarse otro camino en el caso de preterición del legitimario.

2.º En el segundo supuesto, la declaración del testador no será base suficiente para proteger al tercero, aun de buena fe. Tanto porque es difícil sostener la existencia de buena fe como por la necesidad de obtener el consentimiento del legitimario. Es norma general que la deuda se extingue por el pago y conformidad del acreedor, y si el legitimario, por lo menos, es un acreedor, a él debe consultarse.

3.º En el caso tercero o de desheredación, la declaración es ejecutiva hasta su impugnación y surte efectos. Así, la doctrina de la Sentencia de 20 de mayo de 1931. Al legitimario excluido no le queda otro recurso más que impugnar las declaraciones del testador. La Sentencia de 5 de febrero de 1918 sostiene que la partición realizada sin el consentimiento del legitimario injustamente excluido no es válida. La declaración favorable al legitimario anula todos los actos del causante, dice el Tribunal Supremo, desde su fallecimiento, pero la misma sentencia añade "salvo los derechos que se hubieren creado a favor de tercero".

4.º En el caso cuarto, la acción del legitimario es personal y sólo se dirige contra el heredero, que es el único obligado al pago. Así, desde su introducción en el Derecho romano. (Julio y Constancio, 361 J. C.)

5.º En el supuesto quinto, las acciones del legitimario son acciones rescisorias y nunca esta clase de acciones trascienden a terceros de buena fe. El principio tradicional está consagrado en el artículo 1.295 del Código civil. Y esto parece ser según los artículos 654, 651 y 650 del Código civil.

6.º En el supuesto sexto, el legitimario que no acepta bienes determinados en pago de su legítima puede reclamar del tercero los bienes

que pertenezcan a su porción legitimaria y en analogía con el caso segundo.

III.—LA LEY HIPOTECARIA DE 1909.

a) La Ley Hipotecaria de 1909 tiene escasas referencias a las legítimas. El párrafo 2.º del artículo 23, en cuanto habla de herederos forzosos; el artículo 20, en cuanto los albaceas necesitaban del consentimiento de los herederos forzosos para disponer, hoy derogado, y finalmente, el número 6.º del artículo 42, concediendo anotación preventiva al cónyuge viudo por el derecho que le otorga el artículo 838 del Código civil.

b) Por otro lado, se producían en el Registro, casi sólo en Cataluña, menciones a favor de los legitimarios, con graves perjuicios del crédito territorial.

c) Estas disposiciones en una ley de Registro inmobiliario, ante normas civiles que restringen la libertad de disponer de los bienes, hacían necesario una reforma. Y esto es lo que veremos en las siguientes líneas.

IV.—EL NUEVO ORDEN DE LA LEY HIPOTECARIA VIGENTE.

a) Los nuevos textos legales de la Ley Hipotecaria, por su propia competencia y fines, no regulan un nuevo orden para las legítimas, sino que fijan las relaciones entre partes y terceros, o sea entre legitimarios, herederos y sucesivos adquirentes.

b) Pero en la nueva regulación se observa un tratamiento unitario para legítima. El legislador equipara a esos fines los diversos sistemas legitimarios de nuestro suelo y considera que lo mismo deben ser las legítimas individuales (que tienen su ascendencia en el Derecho romano) que las llamadas legítimas de grupo (cuyo ascendente está en el Derecho germánico, recordando la sucesión forzosa). Es decir, que de la legítima como un derecho de crédito a la legítima como cuota de bienes o parte de herencia, hay un paso extraordinario. El Derecho civil debía tener establecido la naturaleza propia de la legítima y entonces el Registro funcionaría con claridad, determinación

y especialidad. Y esto es lo grave del artículo 15 de la Ley: la indeterminación de su contenido.

c) La legítima se aviene mal con el sistema hipotecario, en cuanto que es una restricción a libertad de disponer por el causante o herederos y con ello se perjudica la fácil enajenación de los inmuebles. Entre seguir el sistema civil clásico, de mayor o menor restricción a la libertad de disponer, o encauzar la legítima fijando su *quantum*, se ha producido en la nueva Ley un sistema híbrido que principia por una protección absoluta al legitimario (primer plazo de cinco años) para fijar después su cuantía y límite (segundo período) y terminar con el más absoluto desamparo (veinte años contados desde el fallecimiento).

La Ley Hipotecaria no se ha planteado, en bloque, el tema de la legítima, pero veamos dónde principian y hasta dónde llegan sus reglas en relación con el sistema civil para mejor servir a los fines hipotecarios:

1.º La titularidad de los bienes del causante corresponde, en términos generales, tanto a los herederos, por ser de libre elección del causante (art. 658), como a los legitimarios, que son designados por la Ley, sea o no conforme a la voluntad del testador (art. 806). A ambos corresponde la titularidad de los bienes del causante, y así parece darlo a entender el párrafo 6.º del artículo 14 de la Ley actual. La Ley derogada contenía (párrafo 7.º, art. 20) una norma muy análoga, en cuanto que los albaceas facultados para disponer sólo podían hacerlo con consentimiento de los herederos forzosos. Pero esta regla es cierta en cuanto el legitimario sea titular de una cuota en el patrimonio hereditario (*pars bonorum*), pero si la legítima recae sobre cosa determinada o dinero, sólo corresponde al heredero su entrega, quien debe cumplir personalmente el deber legitimario. En el supuesto de la regla general, la garantía está en que nadie puede disponer válidamente sin consentimiento del legitimario y todo acto de disposición lo sería *a non domino*, sufriendo el adquirente las consecuencias de una adquisición imperfecta y no pudiendo tener acceso al Registro (art. 20 de la Ley Hipotecaria). Y en el supuesto segundo, el legitimario puede encontrarse en alguna de estas dos situaciones: Haber consentido al pago de su legítima en esa forma, en cuyo caso no es necesario nunca su consentimiento para actos de disposición, o, por el contrario, guardar silencio sobre esa forma de pago. Y aquí,

la reforma contenida en el artículo 15. Con el sistema derogado este silencio no tenía valor alguno y era necesario el consentimiento expreso del legitimario; pero con la reforma pueden realizarse actos de disposición, sin perjuicio de los derechos o acciones que competen al legitimario. La reforma con ello tiende a facilitar la enajenación de los bienes con una prudente reserva, en cierto plazo, a los legitimarios.

2.º La garantía hipotecaria establecida para el legitimario se verifica por medio de la mención, cuya forma está totalmente derogada en la nueva Ley (arts. 29, 99 y primera disposición transitoria). Creemos que la garantía específica es la anotación preventiva, que ya estaba en la Ley de 1909 (6-42). Por cierto que la Ley actual, en su artículo 14, establece la anotación a favor de todo legitimario, con lo cual el artículo 42 queda notablemente ampliado. Esta anotación ampara todos los derechos del legitimario, y así, esté o no omitido, pagado total o parcialmente, si lo impugna, podrá tomar anotación preventiva por el sencillo procedimiento de un acto extrajudicial de carácter privado. Unicamente en el caso de desheredación tendrá que acudir a la vía del número 1.º del artículo 42 de la Ley para corregir la declaración testamentaria en el juicio declarativo correspondiente.

3.º ¿Están garantizadas por la mención del artículo 15 todas las acciones del legitimario? Las acciones que debe recoger la mención son aquellas que puedan trascender a tercero, pero las que son estrictamente personales entre legitimario y heredero no deben ser objeto de protección por este medio. Lo curioso es que parece recoger todas... pero es lo cierto que olvida alguna, y de las más importantes. Veamos:

Las acciones de nulidad por preterición del legitimario no se hallan garantizadas en ningún artículo de la Ley. Basta la omisión, sin dejar huella y rastro alguno donde pueda entrar la calificación del Registrador, para que quede desamparado el legitimario que no acuda a tiempo a tomar anotación preventiva. Y es, por cierto, en la Ley actual donde el problema tiene mayor gravedad. La reforma llevada a cabo en el artículo 34 conduce a negar valor a las acciones de nulidad cuyas causas no consten expresamente en el Registro. Por el contrario, el artículo 34 de la Ley derogada reservaba las acciones de nulidad contra tercero mientras no hubieran transcurrido veinte años desde la inscripción sin haberse practicado la notificación prevista en el mismo artículo. Y puede añadirse que mientras el heredero voluntario está protegido frente al heredero aparente (es decir, el que está inscrito),

no lo está el legítimario real, que ha sido omitido. Véase el párrafo 7.º del artículo 14 (antes párrafo 2.º, art. 23). ¿Por qué no ampliar también al legítimario omitido el plazo indicado? Y ya sabemos que el plazo no funciona cuando se trata de inscribir bienes a favor de herederos forzosos.

Las acciones de rescisión, como son las de inoficiosidad, quedan excluidas desde antiguo de la protección de la fe pública (art. 38, 5.ª, de la Ley Hipotecaria). Entre ellas se encuentra la de desheredación en cuanto se anula la institución si perjudica al desheredado. ¿Era procedente guardarle alguna protección? Luego lo veremos. Anticipamos sólo que el desheredado tiene mayor protección que el omitido. Recordamos en este momento que la Historia confirma lo contrario: El Derecho romano no perdonaba al testador que pretería al heredero legítimario, como hace nuestro Código civil (art. 814), pero admitió la desheredación sin causa ni motivo en muchos siglos hasta Justiano.

La petición de legítima queda también garantizada en los términos que la concede la Ley civil, pero en un primer plazo. Si el legítimario no ha impugnado la declaración del testador transcurridos los cinco primeros años, no tiene acción contra el tercero para exigir su legítima en forma distinta de la asignada (art. 15 de la Ley Hipotecaria).

4.º Para facilitar la libre disposición la nueva Ley aplica la caducidad y no la prescripción para poner fin, en una fecha, a todos los derechos legítimarios. Con ello facilita la libertad de disponer, y sin llegar a modificar las bases civiles, ampara *prima facie* las facultades del testador. El plazo es de veinte años, contados desde el fallecimiento del causante. Cuando se pretendan inscribir bienes de más años no se tendrá en cuenta la legítima sin hacer expresa mención o reserva de derechos. Comprendo que cualquier acción del legítimario debe tener como plazo máximo el de quince años, pero teniendo en cuenta la posibilidad de interrupción de la prescripción y la novedad de la medida, hace que el plazo sea más largo. Es digno aquí de recordar que el instituto jurídico de la caducidad se haya tenido en cuenta en la nueva Ley en varios principios. Es la forma de acabar con los derechos muertos en la realidad y vivos en los libros y de poner el Registro casi al día, evitando que sea un archivo arqueológico, para conseguir ser un museo moderno.

5.º La implantación de este sistema de caducidad traerá ventajas extraordinarias en la región catalana, desapareciendo menciones inútiles con el sencillo procedimiento de cancelación, evitando el costoso y lento juicio ordinario (art. 82 y sigs. de la Ley Hipotecaria).

V.—CASOS DE APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 15 DE LA LEY HIPOTECARIA.

a) El artículo 15 de la nueva Ley es aplicable a todo el territorio español, en cuanto no contiene precepto especial que limite su aplicación (art. 1.º del Código civil). Y es aplicable, por su materia, tanto a las legislaciones forales como al territorio de Derecho común. Es interesante notar que todo el artículo se redactó por la Comisión que conoció del proyecto del Gobierno, en vista exclusivamente a la región catalana, y después modificado en las Cortes.

b) La mención del artículo 15 recoge las tres siguientes situaciones, bien distintas entre sí:

aa) *Pago de la legítima en dinero o bienes muebles.*—Dice el párrafo 1.º del artículo 15: "Los derechos del legitimario de parte alícuota que no pueda promover el juicio de testamentaria por hallarse autorizado el heredero para pagar las legítimas en efectivo o en bienes no inmuebles, así como los de los legitimarios sujetos a la legislación foral catalana..."

1.º Todo legitimario es en principio titular de una cuota en el patrimonio, salvo los casos en que el testador esté autorizado para fijar la legítima en metálico o en determinados bienes. Por ello, en el primer supuesto será legitimario de parte alícuota y no en el segundo. Y esto sucede tanto en el Derecho común como en las legislaciones forales, aun cuando en éstas la libertad para fijar la legítima en dinero sea mucho mayor.

2.º Este legitimario para gozar de la mención no ha de poder legalmente promover el juicio de testamentaria. En esto se separan las legislaciones forales de la común, por interpretación que ha merecido al Tribunal Supremo. En Aragón, e igualmente en Cataluña, el legitimario no puede promover el juicio de testamentaria (Sentencias de 30 de noviembre de 1900 y 30 de junio de 1905). Por contra, en el Derecho común puede el legitimario, incluso con prohibición del

testador, promover el juicio universal. (Véase la repetida jurisprudencia del Tribunal Supremo desde 17 de octubre de 1893...) Nuestra opinión es que el legitimario sea titular de un derecho de crédito o cotitular con los herederos en el activo hereditario puede promover siempre el juicio de testamentaria. Una amplia interpretación de los artículos 1.038 y 1.040 de la Ley de Enjuiciamiento civil puede llegar a eso. ¿Es que ha de ser de peor condición un legitimario que un acreedor cualquiera? En último término, ¿no es en esos casos el legitimario un acreedor que no tiene garantizado su derecho, al depender su pago únicamente de la solvencia personal del heredero?

Por otro lado, si la partición ha sido realizada por el testador (artículo 1.056 del Código civil) o por el Comisario (art. 1.057 del mismo), no procede el juicio de testamentaria, según constante jurisprudencia del Tribunal Supremo (Sentencia de 3 de diciembre de 1931), y entonces estamos también en el supuesto de la mención del artículo 15. No obstante, conviene advertir, como después veremos, que la mayor parte de los casos de partición por Comisario en el Derecho común no procede tomar la mención del artículo 15, porque no se trata de legitimarios, sino de herederos, y el caso es totalmente distinto.

bb) *Desheredación*.—Cuando el testador deshereda al legitimario. Esta situación, recogida, no en el párrafo 1.º, sino en el segundo. b), 4.º, del artículo 15, ha venido repitiéndose desde el anteproyecto, pasando después al proyecto del Gobierno, y en último lugar, en la Ley. No sé qué protestas o censuras o alabanzas pueda haber habido en ello, porque lo desconozco y no hay fuente de información cierta y auténtica de carácter público para apreciarlo. Yo creo sinceramente que aquí hay un grave retroceso. La desheredación ha sido siempre, y debe serlo, ejecutiva, sin perjuicio de su impugnación. La Sentencia de 20 de mayo de 1931 dice, conforme a esta doctrina: "...los hijos tienen acción para defender y reivindicar sus derechos hereditarios..., pero esa doctrina no puede ser aplicable al caso actual, porque mientras no sea anulado el testamento en que el demandante fué desheredado, la desheredación le priva de todo derecho sobre la herencia". La Ley ha equiparado dos cosas distintas: la desheredación y la declaración de pago de la legítima. No pueden ser asimiladas, ni por sus causas, ni por su gravedad, ni por los efectos que normalmente quieren conseguirse (paz familiar, indignidad para suceder, divorcio culpable...). ¿Cómo pueden garantizarse en el Re-

gistro los derechos legitimarios del cónyuge culpable en el divorcio, el hijo condenado, etc...? Probablemente se le reservarán derechos que no pueda ejercitar. Con ello los herederos legítimos quedan a merced del hijo culpable, del padre desnaturalizado o del cónyuge infiel. No creo que los hechos aconsejen protección al desheredado. Los Notarios pueden atestiguar que son raros los casos de desheredación, y que cuando alguno sucede es siempre justo, sincero y probado. En los despachos notariales se suele decir que la desheredación es casi imposible, evitando siempre su aplicación y aconsejando siempre piedad y benevolencia. No hay razones para aconsejar esta medida precautoria poniendo en entredicho la voluntad del causante. Por otro lado, en algunos casos nos encontraremos que la causa alegada para desheredar lo sea como incapacidad para suceder por indignidad y entonces tendremos el absurdo de que se reserven derechos al que nada puede pedir. ¿Ante la prueba plena de una sentencia, qué mención cabe en el Registro? Piénsese en ello y en el Reglamento podría quedar bastante aclarado este problema.

No hay que olvidar también que las acciones del legitimario desheredado son de rescisión y no de nulidad, en cuanto que la institución se reduce o comprime hasta poder cumplir el deber legitimario. Así, el artículo 851 "...anulará la institución de heredero en cuanto perjudique al desheredado...", y esto es la rescisión. Por ello, en el orden civil el tercero que adquiera sobre la base de la declaración del testador no podrá quedar perjudicado por una rescisión posterior. Y si es así, la reserva de derechos no es útil o se excede de su propio campo. El legitimario que quiera protegerse, que pida la anotación preventiva a través del número 1.º del artículo 42, planteando la demanda de contradicción en el juicio ordinario. Ya hemos visto antes la Sentencia de 5 de febrero de 1918, que patrocina esta tesis a favor de los adquirentes.

cc) *Pago de la legítima*.—Es en este caso donde la Ley ha dado un avance en relación con sus fines. Entre la necesidad de obtener la declaración del legitimario, como ocurre en el Derecho civil, o aceptar la que consigna el testador, se mantiene un sistema intermedio, por medio de la mención, en cuanto se acepta la declaración testamentaria, sin perjuicio de su impugnación en el primer período de cinco años (artículo 15. 2.º, b), 4.º). El motivo de su implantación puede ser

favorecer el tráfico prescindiendo de la legítima. El Derecho civil no ha llegado a esto.

VI.—SUPUESTOS EN QUE NO ES APLICABLE LA MENCIÓN DEL ARTÍCULO 15.

a) *El legitimario con cualidad de heredero.*—Cuando el legitimario reúne la cualidad de heredero desaparece su condición de legitimario, ya que la legítima supone derechos contra su causante y el heredero no puede tenerlos contra él. Esta tesis, defendida por nosotros en esta REVISTA (octubre de 1943), ha sido aceptada por Roca (*Revista de Derecho Privado*, 1944) y aclarada por nosotros también posteriormente. La Ley recoge esta distinción de heredero y legitimario, y en varios artículos (14, 15...), se refiere en la mención sólo al legitimario, porque es el único que necesita la protección. El heredero defenderá sus derechos como cotitular en la masa hereditaria y se precisará de su concurso, salvo los casos especiales de la Ley. Este punto es importante para el Derecho común. Cuando se paga al heredero-legitimario, aun cuando sea metálico, se hace el pago a la cuota hereditaria y no a la legítima. Si el testador (art. 1.056) o el contador partidor (art. 1.057) paga la cuota hereditaria en dinero, no debe practicarse mención alguna. Y esto, por la sencilla razón de que no hay legítima. No sé el criterio de los Registradores en esta materia, pero la prudencia aconseja a los Notarios que, previamente a la inscripción, soliciten del Registrador opinión acerca de este punto e incluso la minuta del asiento (art. 252 de la Ley Hipotecaria) para evitar consecuencias casi irremediables o tener que acudir al juicio declarativo ordinario para pedir la rectificación del asiento.

b) *El legitimario pagado con bienes inmuebles.*—Esta excepción nos trae a la memoria las viejas fórmulas de nuestros fueros aragoneses, navarros y vizcaínos, que probablemente surgieron para evadir el cumplimiento de la sucesión forzosa (según algunos autores, legítima): la robada de tierra en los montes comunes, el real de vellón, la teja, etc... Y a ésta o cosa parecida puede llegarse cuando el pago de la legítima se haga en un erial, una finca imaginaria o inmuebles despreciables económicamente. Toda esta protección se acaba ante un

testador o Comisario bien aconsejado. Y entonces, las garantías generales de la Ley.

c) *El legítimo que pueda promover el juicio de testamentaria.* La Ley se refiere sólo al juicio de testamentaria, como si la legítima no apareciera en la sucesión intestada. El Tribunal Supremo considera que el legítimo, en el Derecho foral, de cantidad, no puede promover el juicio de testamentaria, pero nada sabemos respecto al Derecho común. Si se decide por que pueda hacerlo también, entonces no se tomará la mención del artículo 15. Esta vieja idea de promover o no el juicio de testamentaria debía haberse sustituido por otra medida cautelar más rápida y eficaz: La misma anotación preventiva solicitada en cualquier momento por el legítimo, como parece decir el párrafo 4.º del artículo 14. ¿No es más fácil solicitar la anotación que instar el juicio universal? Y nada digamos en cuanto a gastos y requisitos.

d) *Cuando haya sido promovido el juicio de testamentaria.*— Creemos que en este supuesto tampoco debe producirse la mención, ya que los legítimos, como cualquiera otro interesado en la herencia, está suficientemente garantizado su derecho con la anotación general que produzca el juicio. Recordamos, por analogía, lo dispuesto en el artículo 108 del Reglamento Hipotecario. Y así, el legatario que tiene derecho a anotación preventiva, no puede hacerlo cuando el juicio de testamentaria ha sido promovido.

e)• *El legítimo que ha pedido anotación preventiva.*—Por razones parecidas al caso anterior, debe ser incompatible la mención con la anotación. Tanto porque la voluntad del legítimo se ha producido por la garantía que estima suficiente, como porque la mención no abarcará todos los extremos de la anotación, sea éste extrajudicial (art. 14, párrafo 4.º) o judicial (art. 42, párrafo 1.º).

f) *El legítimo que ha consentido expresamente sobre su derecho.*—Si el legítimo consiente en cualquier acto dispositivo o de partición, decide sobre su legítima y, salvo declaración expresa, no debe tomarse mención alguna. Este consentimiento constará en escritura pública (art. 3.º de la Ley) y será *ante* o *post obitum*, según lo consienta la legislación civil (común o foral).

VII.—CRÍTICA A LA LEY.

a) Si el Registro debe servir, todavía, para facilitar la libre circulación de los bienes, movilizar la riqueza y facilitar el crédito territorial, según la vieja ideología de los autores de 1861, es posible que la mención creada al amparo del artículo 15 impida realizar esos fines.

b) La Ley, por exigencias de esos fines, ha debido especificar y determinar cuáles son las acciones que pueden darse contra tercero y cuáles deben quedar excluidas. Este criterio casuístico fué el de los autores de 1861 y todavía se conserva (arts. 36 a 38). Si todas las acciones del legitimario no merecen la misma garantía, deben decirse cuáles son las protegidas, pero no deben recogerse todas en forma indeterminada, creando una reserva de acciones que tenga al titular en situación incierta.

c) Los plazos parecen exagerados y en la misma Ley tenemos otros más breves para proteger derechos tan atendibles como la legítima. Incluso más justificado. El legitimario, como próximo pariente, suele ser más conocido que el heredero voluntario, sabe en muchos casos cómo piensa y ha dispuesto su causante, es probable que conozca su fallecimiento y en muchos supuestos convive en la misma casa. Por contra, el heredero voluntario está alejado de la casa del testador y no suele convivir con él. Los casos de herederos aparentes pueden darse más cuando la sucesión es voluntaria y el parentesco con el testador es más lejano. No obstante, la Ley concede sólo al heredero real un plazo de dos años, contados desde el fallecimiento del causante (según la reforma, art. 14, párrafo 7.º). Un plazo análogo para los legitimarios hubiera sido suficiente.

d) La legítima puede hacerse, con la reforma más flexible para el comercio inmobiliario, ante las facilidades y perspectivas que ofrece la Ley. Por ello las viejas doctrinas de la "intangibilidad de la legítima" y de ser "institución de orden público" (aunque sin Cuerpo de Seguridad) han de sufrir un pequeño cambio. La rigidez, con que siempre se había visto la legítima, desaparecerá y será una institución subordinada al interés común de la herencia como el de cada heredero. No creo que haya que esforzarse mucho para demostrar que es una institución privada, del orden estrictamente privado, sólo exigible a

instancia de parte, sin ingerencia alguna de funcionarios más o menos vigilantes, decidiendo siempre el legitimario sobre su derecho.

e) Otras ventajas u otros inconvenientes han sido vistos anteriormente, y sólo nos queda decir que en el Derecho común sería conveniente una aplicación mínima de la mención, al objeto de conservar un Registro claro y sencillo, suprema aspiración muy lejos de lograrse. El Centro Directivo sabrá poner en relación las normas de la Ley con los fines del Registro y en la nueva redacción o en la reforma reglamentaria dará la claridad necesaria.

VIII.—ASPECTOS IMPORTANTES PARA EL NOTARIO.

Comprendo que este punto está fuera de lugar, pero el cariño a mi profesión y el servicio que debo a mis compañeros hace que prolongue las anteriores líneas. Estas “advertencias” particulares servirán en algo para orientar los instrumentos públicos. En toda la reforma legal debe el Notario repasar cuidadosamente su formulario (como el Médico su fórmula y arte de recetar ante el caso nuevo). Por la trascendencia que tiene para el Derecho sucesorio, debe el Notario tomar nota muy detallada de su alcance. Algunos de estos puntos pueden ser los siguientes:

a) La distinción de heredero y legitimario. El Notario puede aconsejar al testador escindir la cualidad de heredero y la de legitimario. En lugar de la tradicional acumulación, puede interesar en algún caso nombrar sólo legitimario, excluyéndole de la herencia. El deber legitimario, decíamos otra vez, puede cumplirse a través de otras formas Véase el artículo 815 del Código civil. La misma Ley nos habla *a sensu contrario* de legados legitimarios (art. 99).

b) La rigidez que la aprobación de la partición tiene con el llamado principio de unanimidad puede quedar atenuada en cuanto el testador limite el nombramiento de herederos a aquellos legitimarios que mejor cumplan su voluntad, excluyendo de esta cualidad a aquellos que puedan oponerse.

c) La fijación del valor de la legítima puede hacerse por el testador o por las personas que designe el mismo (albaceas o herederos). Léase bien el artículo 15 y se verá la importancia que tiene el fijar de antemano el valor de la legítima. No obstante, recordamos a los com-

pañeros la trascendencia que tiene la valoración para cualquier efecto tributario, especialmente los casos de revalorización para impuestos (derechos reales, timbre, utilidades o renta).

d) La declaración de pago de la legítima que no se ha usado casi puede ser un medio de excluir lícitamente al legitimario de la comunidad hereditaria, prescindiendo de su consentimiento para cualquier acto, sin perjuicio de la mención del artículo 15.

e) La inscripción rápida del documento es conveniente para que el plazo de la mención transcurra lo antes posible, por contarse desde la fecha del asiento (párrafo 2.º, a).

f) En los casos de partición realizada por el testador o por el contador partidor, ha de procurarse mantener la interpretación dada anteriormente, sosteniendo que es distinto el pago de la legítima al pago de la cuota hereditaria, porque es diferente ser heredero a ser legitimario.

JULIÁN DÁVILA GARCÍA

Notario.