

6.º No hay base para liquidar adjudicación en pago o para pago de deuda, ya que no hay deuda anterior al fallecimiento del causante y sólo se trata del pago del haber hereditario del legitimario que tiene carácter de co-heredero.

Madrid, 1.º de abril de 1941.

GABRIEL MAÑUECO,

Abogado del Estado.

VOTO DEL CENSOR

Estudiada con toda atención la Ponencia que precede, y sin perjuicio de aceptar las conclusiones prácticas a que llega, el Censor entiende que no procede tomar partido de un modo tan radical en la polémica sostenida por los romanistas y los jurisconsultos catalanes sobre la naturaleza de la legítima, por las siguientes razones que encuentra en el Derecho romano, en el Derecho catalán, en el Derecho alemán moderno y en el novísimo Derecho italiano.

1.º *Derecho romano*.—Las radicales transformaciones que ha sufrido la llamada sucesión hereditaria forzosa, desde el ordenamiento formal del antiguo Derecho civil o del Derecho pretorio, a las legítimas del Tribunal de los Centumviro y a la Novela 115, encierran problemas demasiado trascendentales para que puedan ser tratados en una consulta de términos perentorios. Basta indicar que autores como Müllenbruch, Ardens, Schröder y Windscheid, se resisten a llamar *hereditatis petitio* a la acción de complemento, advirtiendo el último (Pand. 584, nota 2.ª) que la obligación de completar grava la herencia como una deuda, y sosteniendo que hay una amalgama de la *hereditatis petitio* con la *querela inofficiosi testamenti* cuando se ejercita ésta contra el heredero instituido; pero no una *petitio* cualificada según quería Glück. Y en cuanto a la acción *familiæ erciscundæ* que se concede al legitimario instituido heredero, no compete al que en vida ha recibido o tiene señalada en testamento la legítima sin concretar cosa ni cantidad. Y esto por no hablar de la copiosa literatura sobre los sistemas de nulidad o inoficiosidad con que se trata de explicar las frases empleadas en la Novela 115 (V. Röm. Recht de Jörs. Berlín, 1927, párrafo 198).

2.º *Derecho catalán*.—Por valiosos que sean los argumentos empleados en la anterior Ponencia, no pueden hacernos olvidar que frente a Broca y Amell, Corbella, Maluquer, Almeda, Fontova, Pella, Galin-

do y Escorma, y Barrachina, que se inclinan a la *pars hereditatis* o al condominio, figuran Cànser, Durán y Bas, Cadafalch, Falguera, Agulló y Sagner, más partidarios de la *pars bonorum*, y que Fontanella, entre los antiguos y Borrell entre los modernos, no dan la cuestión por resuelta. Si la citada Constitución 1.^a califica a la legítima de *parte de herencia*, la 2.^a parece inclinarse a *parte de bienes* (en el sentido de valor patrimonial), sin que la primera expresión quiera atribuir rigurosamente al legitimario la condición de heredero, ni la segunda la de condómino. Contra la opinión defendida por el Ponente, se alega que se puede dejar la legítima por legado; que se puede dar una sola cosa en pago, o metálico del *hereu*; que la facultad de promover el juicio de testamentaria (concedida por el núm. 3 del art. 1.038 de la Ley de Enjuiciamiento civil a cualquiera de los legatarios de parte alícuota) ha sido regateada al legitimario, como "contraria al espíritu de la legislación catalana en materia de sucesiones"; que en los Registros de la Propiedad no se inscribe el inventario formado por el *hereu*, a modo de derecho sucesorio o bajo la forma de propiedad *pro-indiviso*, ni los legitimarios pueden oponerse en todo momento a que aquél enajene; que nadie se atreve a sostener que el legitimario no-heredero, responda como si lo fuera en verdad, de las deudas y cargas hereditarias; que si el valor de la legítima ha de fijarse con relación al momento de la muerte del testador, no se comprende por qué el legitimario (que se equipara al heredero) deja de sufrir las alternativas de valor sufridas por los bienes hereditarios.

No vamos a discutir aquí los efectos que la mención, hecha con más o menos precisión y claridad en las inscripciones a favor del *hereu*, produzca, frente a los adquirentes, en beneficio del legitimario. Sólo queremos poner de relieve que todavía no ha cristalizado en conceptos técnicos la discusión catalana sobre la *condició jurídica* del legitimari, y no anda descaminado D. Antonio M. Borrell cuando admite, como lógica solución, la de considerar al legitimario como *hereu* cuando le instituye el testador con este carácter o le llama la *Ley ab-intestato*, como *legatari* cuando el testador le hace una manda en pago de su legítima, como *legatari parciari* cuando le deja la legítima, sin fijar la cuantía, o le nombra en el testamento, sin llamarlo heredero o legatario, y, en fin, como *creditor legal* cuando puede pedir el suplemento. La obligación estricta del *hereu* es pagarle en metálico, puesto que el pagar en cosas hereditarias es puramente facultativo.

3.º *Derecho alemán.*—Y no se crea que estamos discutiendo si la luz del Tabor fué creada o increada, porque en los modernos Códigos de los pueblos que han de inspirar a la legislación española, se encuentra el problema planteado en los mismos términos en que lo plantean los jurisconsultos catalanes. Así, por ejemplo: la *portio debita* (*Pflichtteil*) regulada por los artículos 2.302 y siguientes del B. G. B. es un derecho de crédito para obtener el pago de la mitad del valor de la cuota que correspondería a una persona en la herencia intestada (Staudinger, V-728-auf. 7/8). No es un derecho a parte hereditaria ni un derecho formal de sucesión forzosa. Hay quien lo reputa derecho potestativo de reclamar el valor de la cuota (Levis). Se conviene en que tiene preferencia sobre los legados y cargas testamentarias, aunque se le aplican muchos de los preceptos relativos a estas disposiciones. No hay conformidad en designar a la legítima "un legado *ex lege*" (Schiffner), porque tiene características notables. Para Siber (Erbrecht, 1928, pág. 76) la legítima ordinaria es, antes de la muerte, una expectativa de adquirir un *minimum mortis-cause*, sustraído a la voluntad del que dispone de sus bienes, aunque no sea bajo la forma de sucesión hereditaria. Después de abierta la sucesión, es un crédito, cuyo ejercicio corresponde al excluido. La obligación hereditaria (*Nachlassverbindlichkeit*) se hace efectiva contra los instituidos o contra el heredero ab-intestato, sin que el testador puede imponer el gravamen de la misma a uno solo de los herederos. Los Tribunales, en algunas ocasiones, asimilan la legítima al legado (V. Leonhard en el "Anuario de Ihering", 68, pág. 310). Juristas de la altura de Herzfelder, Kipp y Oertmann sostienen que es necesario interpretar las cláusulas en que se deja la legítima. Otros añaden que, caso de duda, no hay legado, sino la mera determinación de que no se debe más que la cuota forzosa.

En fin, con uno de los más notables conocedores de la materia (Strohal), se afirma que nunca es legado, porque si bien el art. 2.304 B. G. B. declara que "en caso de duda la atribución de legítima no lleva consigo la institución de heredero", tampoco ordena que se la considere legado, cosa que hubiera podido hacer el legislador si lo creyera procedente. Por otra parte, el que *deja la legítima*, no otorga nada, porque la Ley ya la garantiza. Para terminar estas indicaciones, haré constar que el 10 de octubre de 1911, el R. G. ha declarado sujeta al impuesto de transmisiones la legítima, por el hecho de abrirse la sucesión, aunque después no se cobre, porque desde aquel momento que-

da definitivamente adquirido el derecho del legitimario (Henschel en "Deut-Jur-Zeit", combate esta decisión. 1912, pág. 393).

4.º *Derecho italiano*.—La noción de legitimarios en el Libro II del nuevo *Codice civile*, queda fijada en el art. 82 (enlazado con los artículos 809 y 820 del derogado) con fórmula precisa: "Las personas a cuyo favor la Ley reserva una cuota hereditaria u otros derechos en la sucesión, son los hijos legítimos, los ascendientes legítimos, los hijos naturales y el cónyuge."

"La comisión, dice Grandi (*Relazione*), que ha aprobado la colocación de este capítulo en la parte general, puesto que sus disposiciones se aplican también a los supuestos de sucesión *ab-intestato*, ha propuesto que en todo caso, se consideren los derechos de legítima como cuotas de herencia. No he seguido la sugestión, porque sería incongruente y contrario a los principios considerar sucesor universal al titular de un derecho de usufructo, cual es el cónyuge supérstite. Más bien he creído oportuno modificar el título de la Sección, no hablando, como lo hacía el proyecto, de "cuota debida a los legitimarios". Para satisfacer los del cónyuge viudo, el art. 93 reproduce el antiguo 819, cuya traducción es el art. 836 de nuestro Código civil.

El art. 96, recogiendo la mal llamada *cautela Socini*, prescribe que cuando el testador dispone de un usufructo o de una renta vitalicia cuyo rendimiento excede al de la porción disponible, los legitimarios a los que haya sido asignada la nuda propiedad de la disponible o de parte de ella, tienen la opción de aceptar tal disposición o de abandonar la nuda propiedad de la porción disponible. En el segundo caso, el legatario, aceptando la disponible abandonada, no adquiere la cualidad de heredero. La misma opción corresponde a los legitimarios cuando el testador ha dispuesto de la nuda propiedad de una parte que exceda de la disponible. Si son varios los legitimarios, es necesario el acuerdo de todos para que pueda ejecutarse la disposición testamentaria. Las mismas reglas se aplican si la disposición de usufructo, de herencia o de nuda propiedad ha sido hecha por donación.

El artículo 97 permite que el legatario a quien se ha dejado un legado en sustitución de la legítima, renuncie al legado y pida la legítima; pero si acepta el legado, pierde el derecho a pedir el suplemento y no adquiere la cualidad de heredero. En la misma *Relazione Grandi* pueden apreciarse los extraordinarios esfuerzos mentales que han sido necesarios para llegar a la redacción del art. 98 sobre donaciones y le-

gados a cuenta de la legítima: "El legitimario que renuncia a la herencia, cuando no ha lugar a la representación, puede retener sobre la porción disponible, las donaciones o conseguir los legados que se le hayan hecho sin expresa dispensa de la imputación. Sin embargo, si para integrar la legítima expectante a los herederos es necesario reducir las disposiciones testamentarias o las donaciones, quedan a salvo las asignaciones hechas por el testador sobre la disponible que no estarían sujetas a reducción si el legitimario aceptase la herencia y se reducen las donaciones y legados hechos a este último.

En fin, la integración de la cuota debida a los legitimarios se apoya en una acción de reducción que reproduce en parte la *actio ad supplemendam legitiman* y la *querela inofficiosi testamenti*.

En resumen, el Censor entiende que ni los actuales estudios de Derecho romano, ni la consideración que el *hereu* merece en el Derecho catalán, ni la organización de la familia y de la propiedad rural en aquella región, ni los argumentos *clásicos* o modernos ni la tendencia de la legislación novísima a evitar la pulverización del suelo, el endeudamiento de la tierra y el abandono de los campos, nos permiten identificar al legitimario con el heredero, y que la solución propuesta por el Ponente debe ser aceptada *cum grano salis* y sobre todo, desde el punto de vista fiscal y de exacción del impuesto.

Madrid, 8 abril 1941.—A. W. G.

* * *

Y el Comité de Consultas de REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO ha acordado aprobar las conclusiones de la Ponencia, con las observaciones hechas por el Censor.

Madrid, 10 de abril de 1941.—J. G.