

MI PRIMERA APLICACIÓN
AL DERECHO DEL MÉTODO
LÓGICO-MATEMÁTICO

JOSÉ LOIS ESTÉVEZ



SEPARATA DE *LIBRO HOMENAJE A ILDEFONSO SÁNCHEZ MERA*

MI PRIMERA APLICACIÓN AL DERECHO DEL MÉTODO LÓGICO-MATEMÁTICO

José Lois Estévez

Catedrático Extraordinario de Epistemología Socio-jurídica

Universidad de Santiago de Compostela

«Un caso jurídico tiene realmente tras de sí nada menos que todo el Derecho.»

Sumario

PRIMERA PARTE: EL CASO LITIGIOSO INICIAL. 1. EL SUPUESTO ANECDÓTICO. 2. LA INICIAL DISPARIDAD EXEGÉTICA. 3. CONSULTAS Y DICTÁMENES. 4. FRUSTRADAS TENTATIVAS DE TRANSACCIÓN. 5. EL PROCESO EN SU PRIMERA INSTANCIA. 6. LA SENTENCIA DE INSTANCIA. 7. LA SENTENCIA DE APELACIÓN. 8. RECEPCIONES DOCTRINALES DE LA SENTENCIA EN APELACIÓN. 9. EL RECURSO DE CASACIÓN: MOTIVOS Y SENTENCIA. 10. LA INTERPRETACIÓN LÓGICO-MATEMÁTICA DE LA CLÁUSULA TESTAMENTARIA. SEGUNDA PARTE: GENERALIZACIÓN DE LOS PRINCIPIOS. 11. INTERMEDIO EXEGÉTICO. 12. LAS INCÓGNITAS DE AMBOS ARTÍCULOS. 13. REFLEXIONES SUCINTAS SOBRE LA COLACIÓN. 14. LA PRESUNTA ANTINOMIA Y SU ABOLICIÓN, *a) Normas políticamente prejerarquizadas. b) Normas cronológicamente jerarquizadas.* 15. LA ESPECIFICIDAD DEL ARTÍCULO 815. 16. LA LIBRE ASIGNACIÓN DE LAS LEGÍTIMAS. 17. LA NUEVA ORIENTACIÓN POLÍTICO-JURÍDICA. 18. REFLEXIONES FINALES.

PRIMERA PARTE: EL CASO LITIGIOSO INICIAL

1. EL SUPUESTO ANECDÓTICO

El convencimiento de que la única garantía eficaz contra subjetivismos y arbitrariedades, tanto en la Política como en la aplicación práctica del Derecho, reside en la sumisión al más exigente razonamiento matemático, la adquirí muy temprano, apenas terminada la carrera, con ocasión de un enojoso pleito familiar que hubo de sostener mi padre.

El tema que se debatía, puramente jurídico, era de notorio interés teórico y dejó huella en la doctrina y en la Jurisprudencia. Por eso no es inoportuno tratarlo con detalle.

En marzo de 1941, mientras cursaba yo el primer año de Derecho en la Facultad Compostelana, falleció el único tío paterno que llegué a conocer, quien, entre otros muchos motivos para mi afecto, tenía el de haber sido mi padrino en el bautismo. Aunque no tenga relación con el caso, me permitiré añadir, para hacerle justicia, que era un hombre sumamente cordial, sobremanera bondadoso y de un optimismo y fe en los demás como no he visto después en nadie. El error -si así puede llamarse- en que incurrió en su vida, que probablemente sirvió sólo para acortársela, fue participar en la política provincial, acaso por ceder a los requerimientos de un gran amigo. Sin dejarme llevar de los recuerdos que de él tengo -que son muchos, pese a no vivir en el mismo pueblo sino durante cortas temporadas- señalaré únicamente que ejercía la profesión de Abogado con afición auténtica y que por eso había demostrado viva satisfacción cuando conoció mi propósito de estudiar Derecho.

El testamento bajo el que falleció había sido otorgado en 1921, viviendo aún su padre (mi abuelo, también Abogado ejerciente) y cuando el testador, tras seis años de matrimonio, había perdido la esperanza de tener hijos.

No deja de ser sintomático el que, a pesar de muy relevantes circunstancias (por ejemplo, la muerte del abuelo, con su indudable repercusión sobre el alcance de la cuota viudal), no hubiese querido redactar un nuevo testamento. Quien había dado pruebas de una solicitud poco frecuente al tomar ese cuidado siendo aún muy joven, mantuvo, sin embargo, sus primeras disposiciones sin cambio alguno.

¿No acredita su proceder que había previsto de antemano ese importante acontecimiento, luego sobrevenido?

Las cláusulas testamentarias que ahora nos interesan decían:

«Lega en propiedad o para siempre a su esposa **P.** la casa nº. 18, propia del testador, en la calle del Progreso de Pontevedra; la mitad de todos los valores y efectos públicos que sean o pertenezcan al otorgante. El labradío y robleda sito en término del mentado pueblo de Puente-Caldelas, llamado Valdarrosa. El usufructo de la casa llamada del Horno en la misma localidad y además todos los bienes muebles de todas clases que sean del compareciente, excepto la librería y demás muebles del despacho del mismo, que tiene en el citado lugar. Este legado, en su totalidad, o sea todo lo que queda mencionado a favor de su referida esposa, es con la condición de que si contrae segundas nupcias quedará sin efecto, pasando los bienes que comprende a favor del heredero del testador, sin derecho por parte de la expresada esposa de éste a llevar de la herencia del mismo más que la cuota usufructuaria. Sin embargo, de lo manifestado que le prohíbe vender esos bienes legados por estar sujetos a esa condición, si se viera necesitada podrá vender libremente todos o parte de los bienes legados, después de transcurrir los quince años siguientes al fallecimiento del testador, conservándose viuda.»

Por último, tras legar su despacho a mi padre y sendos relojes con sus correspondientes cadenas, de oro, a sus cuñados, disponía: «Y de lo que resta de la herencia instituye por único y universal heredero a su citado padre D. Luciano Lois Barros y si éste fallece antes que el compareciente, será heredero en igual forma el referido hermano de éste D. Manuel Lois Vidal o quien sea heredero de éste».

A la vista de las cláusulas testamentarias, tal vez debamos explicar en qué consistía el problema, pues la experiencia obtenida hasta el momento mueve a creer que la mayoría de los lectores

desinteresados no lo descubren. La redacción, aunque literariamente imperfecta, da la impresión de que la preocupación dominante es asegurarse la claridad. Abundan las repeticiones, aun siendo innecesarias, como tratando de prevenir cualquier equívoco. No puede, pues, caber duda de que en el testamento no se están ahorrando las palabras por consideraciones estilísticas; no hay reticencia alguna por miramientos gramaticales, sino que le economía expresiva cede al deseo de evitar cualquier factor de confusión.

No se indagó nunca (por lo que a mí consta) si la formalidad de la redacción proviene de mi tío o corrió a cargo del Notario. Pero me induce a suponer lo último el conocimiento que tengo de los hábitos estilísticos propios del primero. Y si bien (por razones que no alcanzo) no se suele conceder importancia a la autenticidad o mera aceptación del texto, la tiene sin disputa si la voluntad del testador (¡su verdadera voluntad y no la interpretación que de la misma haya podido efectuar el fedatario!) se convierte en el tema mismo de la controversia. Porque una cosa es expresar uno su pensamiento directamente y otra muy distinta oír (o leer) la versión que de él nos ofrece otra persona y asentir después. Cuando alguien tiene en su mente un propósito confabula con facilidad, supliendo, incluso, lagunas gramaticales, lo que ha querido decir: pero es difícil que perdona una omisión cuando las cláusulas son directas, simples y sin ningún género de recovecos o incisos.

2. LA INICIAL DISPARIDAD EXEGÉTICA

Cuando entre fines de abril y primeros de mayo de 1941 mi padre, como heredero, planteó a la viuda de su hermano el tema sucesorio, se quedó sorprendido ante su pretensión de acumular al legado (que casi absorbía la mitad de la herencia) la cuota legal usufructuaria.

Tengo ante mí el texto manuscrito en que uno de los mentores de la viuda, magistrado y próximo pariente por afinidad de la misma, concretó los que creía sus derechos. Con dogmática seguridad decía:

«Dados los términos del testamento otorgado por Don César Lois Vidal en 20 de agosto de 1921, y habiendo fallecido antes que el testador su padre, es incuestionable que la viuda tiene derecho, conforme al artículo 837 del Código Civil, a la mitad de la herencia en usufructo, además de los legados sin que éstos puedan aplicarse al pago de la cuota legal usufructuaria, ni entenderse que fue esa la voluntad del testador, al emplear en la institución de heredero la frase: "Y de lo que resta de la herencia..."».

«Los artículos 1.037, 814 y 815 y la jurisprudencia que se cita en la precedente nota carecen en absoluto de aplicación al caso, porque dichos preceptos regulan los supuestos de preterición y de obligación de colacionar y no surge en la herencia presente ninguna de las dos situaciones.»

En su aludida nota, decía, en efecto, mi padre: «Resalta la voluntad del testador de apartar a su esposa con el legado, pues dice que en lo que resta de la herencia instituye por único y universal heredero a su padre y, a falta de éste, a su hermano o quien sea su heredero, en igual forma».

Y añadía:

«Tres situaciones jurídicas distintas, que tengan relación con la cuestión presente, pueden presentarse:

1ª. Si el testador en su testamento hace un legado a favor de su esposa y además instituye herederos a ésta y a su padre o hermano. Entonces regiría el artículo 1.037 del Código, si el testador no dispone que se colacione el legado en la legítima.

2ª. Si el testador no menciona para nada a su esposa en el testamento -preterición absoluta, que llama el Supremo- sería aplicable el artículo 814 y en su virtud el cónyuge viudo conserva sus derechos legitimarios, señalados en los artículos 834 y ss.

3ª. El testador menciona a la esposa en su testamento y le hace un legado, pero no la menciona en la institución de heredero sino que por el contrario menciona a su padre (y a falta de éste a su hermano) "como único heredero universal" en "lo que resta de la herencia después del legado" -es el caso nuestro-. Se aplica el artículo 815, y por tanto el cónyuge tiene derecho a cobrar su legado y a que se le complete su legítima, si no la cubre el legado.»

La discrepancia entre los interesados se planteaba en torno a la cuota usufructuaria: ¿La había subsumido el testador en el legado o la había sobreentendido, como aditamento de aquél? Para mi padre, el testamento estaba claro: El causante separaba a su esposa con un legado, próximo a la mitad de la herencia, y en cuanto a todo lo demás quería que sus bienes permanecieran en su familia de sangre: que pasaran a su padre, si éste llegaba a sobrevivirle; si no, que fueran a manos de su hermano o a quienes heredaran a éste.

Para los consejeros de la viuda también el testamento estaba claro; pero con muy otro sentido. Suponían que al manifestar el testador que «quedará sin efecto el legado» si contrae segundas

nupcias su esposa, la cual no tendría entonces otro derecho en su herencia «que la cuota usufructuaria», estaba afirmando implícitamente que si no contrajera nuevo matrimonio debería recibir ambas cosas.

3. CONSULTAS Y DICTÁMENES

Ante tan inconciliables criterios, mi padre, hombre que no sobrevaloraba su opinión, sino que era, por temperamento, ecuánime y modesto, no quiso encerrarse en la suya. Buscó, por el contrario, los pareceres de las personas que le merecían mayor respeto y confianza: cualificados como juristas, íntegros moralmente.

El primero a quien se dirigió fue el mayor de los hermanos de mi madre, Juez de Primera Instancia excedente y a la sazón Registrador de la Propiedad en Pozoblanco. No callaré su nombre: José Estévez Fernández, porque fue para mí un verdadero Maestro, que, fomentando desde muy temprano mis aficiones literarias y brindándome constantes estímulos, influyó fuertemente en la orientación de mi vida. No me dejo llevar del cariño si lo describo como hombre excepcional, magnánimo, inteligente, cultísimo, entregado al estudio y a la familia y el más ameno y chispeante conversador que yo haya jamás tratado. Cuantos hablaban con él daban testimonio enseguida del efecto que producía su dominio del arte de la palabra. No sé si viene a cuento; pero entra en el tono de este trabajo recordar una excursión que hicimos cierta vez en Sanguenjo, en busca frustrada de posibles petroglifos, D. Fermín Bouza-Brey Trillo, D. Abelardo Moralejo Lasso, mi tío, mi padre y yo. ¡Cuánto disfruté, mientras los escuchaba embobado!

Pues bien, al mayor de mis tíos maternos, reconocido como el más competente jurista de una familia en que abundaban, acudió, antes que a nadie, en consulta mi padre. Tengo -autógrafa- su respuesta ante mí y quizá sea lo mejor transcribirla en sus mismísimas palabras. ¡Merece la pena!.

«Pozoblanco, 22 de mayo de 1941.

Querido Manolo: Días pasados, contestando a Isabel, que me mandó una copia parcial del testamento de César, le decía: "Yo no sé en qué pende la dificultad que me consultas, pues no estoy enterado de antecedente alguno. Por tanto ignoro qué usufructo es ése. Te daré unas reglas generales para por ellos ajustarlos al caso particular. Según el Código, en el caso del pobre César (q. D. h.) tiene P. de legítima la mitad de la herencia en usufructo. O sea, que aunque hubiese hecho testamento de cualquier manera, ese usufructo sobre la mitad de la herencia no podría mermárselo. Ahora bien, como le ha legado determinadas cosas, lo que hay que averiguar es si su valor representa el de la mitad del caudal en usufructo. (Pues ese derecho tiene una estimación y puede servir de base para regularla el criterio del Reglamento del Impuesto de Derechos Reales.)

Si, hechas las cuentas, resulta que lo legado no equivale en valor a esa mitad en usufructo, hay que complementar con lo que sea. Si pasa, de P. es el exceso, porque el testador pudo dárselo. Lo sobrante corresponderá a Manolo. Es decir, que debe hacerse la cuenta y partición del caudal, de la que, con el buen acuerdo de los interesados aparecerá sencillamente lo que corresponde a cada uno. No creo posible dificultad alguna, y en todo caso, yo, en el verano que se acerca, podré, Dios mediante, arreglar cuanta dificultad surja.

Ahora recibo tu carta del 18 y me entero de la disconformidad de pareceres existente. Cuando César hizo el testamento, en que vivía vuestro padre, tenía éste como legítima la mitad de la herencia. Por consiguiente, si hubiera vivido ahora, es innegable que esa mitad era -en pleno dominio- legítima suya. Quedaba la otra mitad, que entonces, como se salvaba la legítima del ascendiente, podría pasar íntegra a P. -parte como derecho legitimario (tercera parte en usufructo) y parte como porción libre-. Pero ocurrió antes la muerte del heredero y dice la

cláusula «y si éste fallece antes que el testador será heredero en igual forma el referido hermano de éste D. Manuel Lois Vidal o quien sea heredero de éste». Indudablemente por esta cláusula eres el sustituto de tu padre y te pones en su lugar. Ahora bien, como al ocurrir la apertura de la sucesión no existían descendientes ni ascendientes, se ampliaron los derechos de P. a la mitad de la herencia en usufructo.

No sé en qué se funda la opinión de L. A., si, como dices, afirma que corresponde a P. el usufructo de la mitad del resto de la herencia. La herencia es un todo que no puede dividirse para hacer disposiciones singulares y considerar partible el resto como si fuese la universalidad. Por ello creo que mi pensamiento sobre el caso es el que arriba dejo consignado en términos generales, sin que tenga que hacer más aclaraciones.

El testamento vale o no vale. Si vale hay que atenerse a su texto, ampliando los derechos de P. al usufructo de la mitad de la sucesión, porque el Código lo dispone en la forma que digo. Si no vale, habría que reconocerle esa legítima usufructuaria. Lo que no puede hacerse es separar lo específicamente legado y reconocérsele en el resto la legítima.

Yo creo que es embrollar las cosas porque sí y complicar las soluciones. Cuanto digo es la impresión que formo del asunto, sin meterme en cavilaciones que sólo traen oscuridad. Como puedes suponer, a quien lleva los años que yo llevo entendiendo casi exclusivamente en testamentos y particiones, el caso se me presenta con tanta claridad que ni siquiera necesito consultar textos legales ni hacer razonamientos. Ahora que me duele el que haya motivos de dudas y por tanto de disgustos. Unas y otros hay que evitarlos. Así pues, ante todo calma, que todo se arreglará y no agriar las cosas por ningún concepto. Un abrazo.»

El segundo en contestar fue D. Juan Amoedo, en aquel momento uno de los más famosos abogados gallegos, que ejercía en Vigo desde muchos años atrás, con probadísima competencia. A mí también me honró más tarde con su amistad. Y en muchas ocasiones, departiendo sobre problemas profesionales de interés común, pude percatarme de su gran capacidad y agudeza.

«Creo que está usted en lo cierto -decía sustancialmente su carta-, que por la redacción del testamento, aplicando los artículos 675, 815 y 817 del Código Civil, la viuda no tiene otro derecho que el de pedir el complemento de su legítima, si ésta resultase mermada.

La voluntad del testador está clarísima, a ella hay que atenerse en primer término, por la letra y por el espíritu que informa el testamento.

Las palabras de la Ley tampoco ofrecen duda: por cualquier título, dice el artículo 815.

Sería absurdo hablar de preterición en este caso. Por esto, porque el testador cumplió con lo ordenado en los artículos 806 y 807 y con exceso lo dispuesto en los 836 y 837; porque la Ley, en todo caso, no concede otro derecho al legitimario perjudicado que los que claramente establecen los artículos 815 y 817, porque así se hizo siempre en la práctica, al menos yo lo practiqué así, creo que usted está en lo cierto.

La cláusula institucional de usted está clarísima; las palabras en igual forma que y de lo que resta, definen perfectamente su derecho.

Tampoco puede ofrecer duda que, al dejar el testador la mitad de los bienes, aproximadamente, a su esposa, incluye en dicha mitad la cuota viudal, pues por su carácter de abogado no podía ignorar lo dispuesto en los artículos 836 y 809 del Código Civil, y quiso y dispuso que su hermano heredase en igual forma que su padre, que no podía percibir menos de la mitad, totalmente liberada, derecho que el testador conocía perfectamente.

Es decir: que César, dando una prueba de buen juicio e inspirado por dos afectos igualmente respetables, dividió su herencia en dos mitades, la una a su esposa, la otra a su padre, y joven todavía cuando otorgó el testamento, por una posibilidad de segundo matrimonio, cuya idea tanto influye en la mayoría de los hombres, puso a su esposa la condición resolutoria de este segundo matrimonio para su legado, en la forma que puede verse en la cláusula tercera.»

Adolfo Gregorio Espino, otro de los cuatro grandes abogados vigueses de aquella hora (los otros dos restantes eran -por orden alfabético- D. Roberto González Pastoriza y D. Valentín Paz Andrade), consultado igualmente por mi padre, le contestó con fecha 30 de mayo, en términos muy parecidos. Entre otras cosas, decía: «Con vista del testamento de su hermano César (q. e. p. d.) opino que la viuda debe darse por satisfecha con los bienes que le fueron legados, si alcanzan a cubrir su cuota vidual. Si no alcanzaran, creo que debe limitarse a pedir lo que le falte para completar la porción hereditaria que la Ley le atribuye. Se llega a esta conclusión atendiendo a la voluntad del testador, que es la Ley que regula la sucesión, y a lo dispuesto en los artículos 814 y 815 del Código Civil.

La sentencia del TS de 21 de febrero de 1900, aparentemente contraria a este criterio, no lo contradice. En el caso a que se refería la sentencia había concurrido a la sucesión con el cónyuge supérstite, otro heredero forzoso, hijo del causante, y no aparecía claro que la voluntad del testador fuese limitar los derechos hereditarios del viudo, al legado. El Supremo se atuvo en aquel caso al artículo 1.037 del Código, que expresamente sanciona que se acumule con lo que corresponda a la herencia forzosa lo voluntariamente dejado en testamento; pero insinuó que si en vez del heredero forzoso se hubiera instituido un heredero voluntario resultaría con toda claridad la voluntad del testador de reducir al importe de la manda la participación del viudo en los bienes de la herencia; y de conformidad con los artículos 813, 814, 815 y 1.037 y con la sentencia de 10 de enero de 1895, procedería únicamente completar la legítima, respetando la libre testamentación en cuanto lo consientan los preceptos legales.

Esa insinuación adquiere vigor de doctrina jurisprudencial reiterada en la sentencia de 25 de mayo de 1917, en relación con un testamento en el que se hizo un legado a favor de un hijo natural del testador y fueron instituidas herederas sus hermanas.

Su malogrado hermano César legó varios bienes a su mujer, que importan aproximadamente la mitad de la herencia, hizo otros pequeños legados, y de lo restante de la herencia instituyó «por su único heredero a su padre» y por muerte de éste, a usted «en igual forma». Creo que la voluntad del testador no puede estar más clara.

Adviértase que al testar vivía su padre y que por ello estimo que dejaba a su mujer más de lo que le correspondía por su cuota vidual. Así se explica que dijese que si la legataria contrajese segundas nupcias quedaría sin efecto el legado y reducida la participación de aquélla a su cuota legal usufructuaria»...

No mantuvo criterio diferente otro de los «famosos» consultados. Me refiero a D. Manuel Iglesias Corral, ya reconocido en aquellas fechas como primerísima figura del foro gallego, y a quien mi padre admiraba profundamente, como que lo eligió después para que le patrocinase ante la Audiencia de La Coruña. La carta del más tarde ilustre Senador no tenía desperdicio. He aquí su texto casi íntegro:

«He estudiado detenidamente los problemas que, con excelente criterio, me plantea, estando en un todo conforme con su opinión.

La viuda únicamente puede reclamar su cuota legitimaria si renuncia al legado, pues de lo

contrario tiene que contentarse con éste, si iguala o es mayor que aquélla, completando su cuantía, si es menor.

Cierto que el artículo 815 del Código Civil sólo se refiere al caso de que el legado sea menor que la cuota hereditaria; pero en la interpretación hay que ampliarle, ya que, como sostiene Martínez Alcubilla, sería un contrasentido que un legado pequeño no diese otro derecho que el de completar la legítima y un legado grande permitiese percibir además la legítima entera.

Nos hallamos, en efecto, como usted sostiene, ante un caso de preterición aparente, no verdadera, procediendo, en consecuencia, aplicar el artículo 815 del Código Civil, completando la legítima del cónyuge, caso de que el legado no alcanzare a cubrirla.

Comentando el artículo 815 del Código Civil afirmaba GOYENA que en el caso de preterición puede presumirse ignorancia o falta de memoria en el testador; en el dejar algo al heredero forzoso, no. Éste no se encuentra privado totalmente de su legítima; ha recibido por cualquier título una porción de los bienes hereditarios, porción que no alcanza a completar la legítima; pero que influye poderosamente en el ánimo del legislador para decidirle a adoptar una solución bien diferente de la señalada para el caso de preterición... que el heredero forzoso no puede perder su legítima; pero tampoco puede pedir más que la misma. De aquí su derecho a reclamar solamente lo que le falte: el complemento de la porción que forzosamente le corresponde. También abunda en el mismo parecer el comentarista Manresa, al decir que del artículo 815 se deduce que el heredero forzoso que por cualquier título tenga recibido su legítima íntegra, o más, nada puede pedir, pues tiene cuanto legalmente le corresponde; si bien por la jurisprudencia se reconoció no ser aplicable el artículo 815 a lo recibido por los herederos forzosos en concepto de donación, esto nada interesa para la solución del caso que aquí se plantea, por haber recibido el cónyuge los bienes en concepto de legado.

Del análisis de los términos en que se halla redactado el testamento de su difunto hermano, se llega a la conclusión de que la omisión del nombre de la viuda en la institución, fue intencional, y no tuvo por fundamento la ignorancia del testador en punto a los derechos legitimarios de la misma, puesto que a estos derechos se alude en dicho testamento (cláusula 3.a) y si a más del legado quisiese dejarle la cuota legal en usufructo, lo hubiera dispuesto así expresamente. El propósito del causante ha sido dejar a su esposa, en concepto de legado, bienes por un valor muy superior a lo que le correspondería por su cuota legitimaria, y reducirla a ésta para el caso de que contrajese segundas nupcias.

No cabe, pues, en mi sentir, hacer aplicación del artículo 814 del Código Civil, que se refiere al caso de que existiese verdadera preterición de la viuda; no se la dejase nada en el testamento por ningún título, pues como ha definido la sentencia de 27 de febrero de 1909, la verdadera preterición es la privación total, tácita, de la legítima, por omisión del testador respecto al heredero forzoso.

También he mirado los fallos del TS que usted cita, y algún otro, que me llevan a la misma conclusión de que la viuda sólo tiene derecho a que si lo legado no alcanzase a cubrir su cuota legitimaria, que se le complete ésta.» (4 de junio).

4. FRUSTRADAS TENTATIVAS DE TRANSACCIÓN

Pertrechado con los anteriores dictámenes y asegurado por el estudio intensivo del asunto que había ido haciendo personalmente, mi padre decidió hacer una última tentativa para convencer a los asesores de su cuñada. Escribió una carta extensa y razonada al Magistrado que decidía por ella y, después de citar algunos argumentos de los dictámenes, terminaba con los siguientes alegatos:

«Si un lego, un hombre de buena fe, se ve con el encargo de dar cumplimiento al testamento del pobre César... diría: Tú, legatario, toma tu legado del reloj y cadena; tú, el otro legatario, toma también tu otro reloj y cadena; tú, esposa del testador, toma tu legado íntegro; tú, hermano, también legatario, toma tu legado también. Ya tenemos pagados los legados. Vamos a ver ahora qué se hace del resto de la herencia. Testamento siempre en mano; en el resto de los bienes instituyó por único y universal heredero a su padre, y a falta de éste, a su hermano en igual forma. Toma tu, hermano, por muerte de tu padre, el resto de la herencia; y ya está todo hecho. Esto es lo que haría un hombre de buena fe; no abogado.

Veamos ahora lo que puede decir un abogado.

Tenemos un testamento, ley de la sucesión, tan claro que no puede ofrecer duda en sus términos. ¿Se duda de que sus palabras no respondan a la intención del testador? Pues veamos la intención, interpretemosla.

El testador es abogado en ejercicio; tiene un capital, todo él heredado de su madre. Sabe perfectamente que a su padre le corresponde la mitad de la herencia en propiedad, libre completamente: es su legítima. Como debe rechazarse toda interpretación que conduzca al absurdo, no puede suponerse que quisiera darle a la viuda, además del legado, su cuota usufructuaria; pues, si no, le daría a la viuda la mitad de la herencia, como legado (éste es el valor de lo legado) y además el tercio de la herencia restante, y tendríamos que la viuda obtendría la mitad de la herencia en propiedad plena, y el tercio de la otra mitad en usufructo, resultando la legítima de su padre mermada en esta tercera parte...».

A tan plausibles argumentaciones, el Magistrado -y familiar que llevaba la dirección de la otra parte-, no podía oponer ninguna contrarréplica capaz en enervarlas. Se limitó a decir:

«Tu manera de argumentar, recurriendo a disquisiciones y sutilezas, no hacen variar en nada mi opinión, ni creo que ningún juez de conciencia haga caso a esas sutilezas para echarse sobre sí la responsabilidad moral de privar a P. de que reciba los legados y la cuota usufructuaria, apareciendo claramente en el testamento que su marido le dejaba los legados, sin perjuicio del usufructo legal, al decir que quedaría reducida a esto último si contraía ulterior matrimonio.»

¡Cosa curiosa! El testamento estaba clarísimo, ajuicio de todos, mas parecía tan deslumbradora su claridad que algunos se ofuscaban. ¿Era concebible que cláusulas completamente ajenas al equívoco pudieran provocar tan grave desacuerdo?

A mi padre no le cabía en la cabeza que nadie fuera capaz de encastillarse hasta tal extremo en su opinión que no lo hicieran mella tan fuertes razones como las que esgrimía.

Recuerdo que en junio de aquel año me hizo leer todos los dictámenes, las disposiciones concernientes del Código, sus propias notas... Y me preguntó luego si encontraba algún motivo de duda en la cuestión. Como a muchos otros me parecía también a mí el punto controvertido mero efecto del deseo que tenía la otra parte de que la cuota y el legado se acumularan. El

testamento, a la verdad, no decía eso. Explícitamente sólo mencionaba el legado. ¿Cómo asignarle, además, la legítima? ¿Era concebible que si el testador quisiera conceder ambas cosas en el supuesto de que no contrajese nuevo matrimonio, no lo manifestara sin reticencias? Quién repetía machaconamente en lo accesorio, ¿se contentaría con involucrar en lo principal, con muy discutible resultado? A mí tampoco me ofrecía dudas el contenido auténtico del testamento. Me preocupaba, en cambio, el aprestar alguna prueba decisiva que ni aun cupiera recusar a la otra parte. Esta exigencia limitaba tanto el carácter del argumento que se hacía necesario exponerlo en forma matemática.

Había un razonamiento que mi padre empleaba muy a menudo y que a mí me parecía jurídicamente apodíctico: El testamento provenía de un Abogado en ejercicio y había sido hecho viviendo el padre del causante, al que se instituía, además, único y universal heredero. El legado de la viuda era, por otra parte, tan cuantioso que no permitía, sin menoscabar la legítima paterna, recibir el importe de la cuota viudal. En estas condiciones, ¿cabría suponer, por vía de exégesis, que legado y cuota se conjuntasen?

Estaba ahí, a mi juicio, el centro de gravedad en la cuestión; y por ello pedí a mi padre (que pensaba lo mismo) que diera al argumento forma cuantitativa. Lo hizo en esa misma carta, con el resultado que acabamos de ver. ¡Y nosotros perdimos la esperanza de convencerlos! ¡Pronto la perderían también otros miembros de la familia!

Todo el verano se pasó en conciliábulos y negociaciones inútiles. Ninguna fórmula de avenencia obtuvo el asenso de ambas partes. Mi padre -desalentado- inició la redacción de su demanda. Sin acabar de creer que el mayor de sus cuñados no consiguiera, por fin, llegar a algún acuerdo con la viuda de su hermano. Una carta de aquél (de 4 de noviembre) representó un esfuerzo más para remediar lo inevitable.

«Querido Manolo: Tengo sin contestar tu carta penúltima, que recibí a primeros de noviembre. Hoy recibo, o mejor, leo, la del 28 del mismo mes. Ayer regresé de Córdoba, en donde pasé desde el 29 por la tarde. Me entero de todos los documentos que me mandas.

Efectivamente hice que Gregorio te escribiese para que suspendieras todo acto oficial hasta que yo estudiase los informes que quedó de mandarme José. Los recibí en los primeros días de noviembre y los leí. Es claro que no han modificado mi manera de entender las cosas. Veo que realmente la cuestión más es de números que de principios. Así, por ejemplo, Montero Quiroga sienta como axioma una cosa indudable: la de que hay perfecta compatibilidad entre el legado y la cuota viudal. Naturalmente, si el legado fuera de cosa o cosas que valieran mil pesetas o mil duros, era perfectamente compatible que además se diese x de cuota viudal. Sigue Montero afirmando que a la viuda corresponde percibir, dada la inexistencia de herederos forzosos, la manda o legado a su favor instituido. Subrayo yo lo que queda subrayado, porque en esa opinión sería fluctuante esa parte, y habría que leer y entender el testamento de manera distinta, según los casos, aunque el texto es uno e inalterable. Añade Montero que independientemente de lo legado corresponde a la viuda el usufructo de la mitad de la herencia. Mi objeción; ¿de cuál mitad?, ¿cuándo hay que hacer las mitades?

Portal Fradejas, que sustenta criterio igual, no puntualiza tampoco. Hay otra opinión de Cid, muy deprisa expuesta, apoyada en la voluntad e intención del testador, frase muy socorrida. Del dictamen de un señor de Valladolid, D. Miguel Núñez, deduzco que sólo tuvo en cuenta una cláusula del testamento, pues dice “no creo tenga otra”.

Y así todos.

Todavía no escribí a José, porque realmente no tuve tiempo. He de hacerlo cuanto antes.

Del proyecto de demanda tuyo, que he leído hoy con todo gusto, obtuve magnífica impresión. Como forma un cuerpo, nada puede tocarse en él. Es decir, si lo hiciese otra persona, sería de otra manera, pero lo hecho por ti está muy bien y no hay nada que retocar.

Pero yo quisiera, como tu tío Aquilino, que no tocasen los Tribunales en la cuestión. Déjame unos días más para meditar y hallar el arbitrio para zanjar toda pendencia. Con eso se evita todo rozamiento familiar y un sin fin de cosas molestas. Como tengo tantas obligaciones y mi actividad es muy escasa, por fuerza tengo que dejar pasar más días de los necesarios. Desde luego que mi intervención no va enderezada a descubrir el Mediterráneo. Pero prácticamente aspiraré a decir el modo de salir del atolladero, quizá siguiendo el viejo adagio: “lo que ha de llevar el ratón, que lo lleve el gato”. Como en tu demanda hay cifras para darse una cuenta cabal del cuadro económico de la sucesión, he de decir a ambas partes lo que yo considero adecuado para definitivamente poner fin a todo incidente. Hasta pronto, etc.»

De casi las mismas fechas, tengo archivadas otras dos cartas interesantes sobre el tema, una, de D. Evaristo Mouzo (más tarde Magistrado del TS); la otra, del hermano de mi abuelo: D. Aquilino Lois Barros. La parte de la primera que sé refiere a nuestro asunto dice así:

«Querido Lois: He leído tu carta y la demanda cuya copia me mandaste. Estudié el caso y a mí no me ofrece la menor duda. La demanda está muy bien, muy razonada, yo no sabría decir nada nuevo. Tú sabes que yo procuro escribir lo menos posible y a medida que avanzo en la carrera soy más conciso. Pues bien, concisamente te digo que la cláusula tercera del testamento de tu hermano tiene dos supuestos, uno que su mujer permanezca viuda, otro, que se case, en el primer caso recibe el excelente legado, cuyos bienes describe, en el segundo recibe solamente la cuota usufructuaria. Pensar que en el primer caso debe recibir legado y cuota usufructuaria es cosa que está fuera del testamento y de la ley -máxime de un testamento hecho por Abogado-. El nervio está en el artículo 815 del Código Civil. Tal artículo se debe leer tal como está y a sensu contrario, de tal modo se puede leer así: “el heredero forzoso a quien el testador haya dejado por cualquier título -naturalmente no está excluido el legado- más de la legítima que le corresponde, no podrá pedir el complemento de la misma”. Esto es todo lo que yo sinceramente te digo. Cuando recibí tu carta estaban conmigo el Abogado del Estado, que ejerce la profesión, y el Registrador. El Abogado del Estado opinó en favor de la demanda sin vacilar. El Registrador dijo que debía de recibir la viuda el legado que le dejaba tu hermano y además la cuota usufructuaria, que le daba la Ley, pero después de algunas reflexiones (la mezcla de testamento y Ley no puede hacerse cuando el testador dispone en el texto de todos sus bienes, como en este caso), terminó opinando como nosotros.

Créeme que mi parecer es sincero, pues me conoces y sabes que mi defecto -si lo es- es mostrar mi pensamiento sin vacilaciones, máxime tratándose de un amigo tan bueno como tú. No me ofrece duda que ganarás el pleito, pese a que tienes razón -ironía Maurista-». Etc.

La segunda carta, de quien entonces era Vocal del Tribunal Económico-administrativo Central y el más respetado miembro de la familia de mi padre, venía en sustancia de este tenor:

«Desde el primer instante en que leí tu carta diciéndome los términos en que aparecía redactado el testamento, no me ofreció duda alguna que por el testador se había hecho la partición de sus bienes y por nadie se podría ir contra lo dispuesto: había tenido en cuenta el valor del usufructo vidual y para evitar cuestiones en adjudicación de bienes o partición de éstos, muchos en proindivisión, le dio en propiedad lo que consideró cubría holgadamente el 50 por 100 del valor en usufructo. Y así resulta, puesto que, si la mitad de la herencia vale 62.500 ptas. y la valoración

del usufructo para pago de derechos reales habría de hacerse por el 40 por 100 de esa cantidad, dada la edad de la usufructuaria, lo que legalmente le correspondería en propiedad sería únicamente 25.000 y como el legado suyo representa 53.000 no cabe duda de que está cubierta la legítima sobradamente. Ahora bien, si prefiere el usufructo vitalicio de la mitad de la herencia a la propiedad, sin limitaciones, de las 53.000 ptas. que le dejó el testador, le faltarían 9.500 ptas. para completar la parte del usufructo. Esto en el supuesto de que se pudiese ir contra la voluntad del testador, por quererlo así una sola de las partes.

Estoy, pues, conforme con tu posición; tanto en el sentido legal como en el moral. Es la voluntad de César esa precisamente: que no quedase nada que partir ni repartir y así resulta de lo que me dijo en Carballedo en la primera visita que me hizo en el verano de 1940. Me dijo: Manolo quería mandar un perito para hacer la partición de lo de Parada (y no recuerdo si algo de Lagioso) y no he querido, por no ser necesario, pues tengo todas mis cosas arregladas. Es decir, que por pasar todo a tu propiedad, sin intromisiones de ninguna clase y por nadie en cuanto a los bienes indivisos, no dejaba ninguna cuestión que ventilar. Puedes estar tranquilo en conciencia.

Legalmente, la viuda es un heredero forzoso (art. 807), cuya legítima tiene que respetar el cónyuge premuerto, quien puede disponer de determinados bienes para satisfacer el valor de la legítima, quedando por tal disposición cancelado el derecho usufructuario, si aquellos cubren con su valor el que la legítima represente. Cesa la reserva establecida por la ley, por haberse anticipado a su mandato la voluntad del testador, atendiendo a su previsión en evitación de que el cónyuge supérstite pudiese quedar desamparado y olvidado por el que premuera. Y si, por otra parte, pueden los herederos satisfacer al cónyuge su parte asignándole un capital en efectivo, como señala el artículo 838 ¿cómo hay quien quiera negar que esto lo pueda hacer y lo haya hecho el cónyuge premuerto en un testamento? Es decir, anticiparse a hacer él lo que pudieran hacer sus herederos, pero dando lugar a litigios o rozamientos, que él, conocedor de las leyes y previsor, quiso que no pudieran darse». Etc.

A fines de diciembre, el pleito parecía más inminente cada vez. Una carta del más paciente mediador, el mayor de mis tíos por línea materna, transparentaba claramente su pesimismo, como vamos a ver.

«Pozoblanco 16 de diciembre de 1941.

Querido Manolo: Hoy escribo a José la carta cuya copia te remito. Aunque tú fijas el 24 como fecha, dados los pocos días que faltan y las vueltas que han de dar los papeles de aquí a Alcañices a Caldelas, etc., entiendo que debes ampliar el plazo, para ver lo que resuelve José, ya que parece ser que es él quien ha de decidir en la cuestión.

No sólo me produce enojo el asunto, sino que me ha traído notoria distracción en mis ocupaciones; porque desde que recibí los dictámenes, estuve dando vueltas y revueltas a la cuestión, sin hacer nada en ella; pero también sin dedicarme de lleno a mis cosas, porque el ánimo se embarga y forzosamente hube de estar pendiente de la respuesta que había de dar.

Aunque parezca extraño, no se trata de ninguna cuestión de derecho. Si no mediase lo pecuniario no habría cuestión. Y esto es lo molesto. Transcribo tus proposiciones para que en consecuencia digan si aceptan o no.

Mi consejo es que antes de engolfarte en lo procesal, llevas hasta el límite posible tus concesiones graciosas, cubicando lo que hayas de gastar en dinero y en tiempo y en incomodidades, para considerar si vale o no la pena discutir tanto o cuanto.

Veo clarísimo que lo que quiso César fue evitar precisamente lo que vino: dio a cada interesado

lo que quiso: mujer, etc. Y en el resto al heredero. Lógicamente no podía haber cuestión. Sin embargo, por el afán de buscar entre pies al gato, he aquí que no consiguió su objeto.

Aludo en la carta a José a la imperfección técnica de la redacción de la cláusula. En efecto: de la misma imperfección brota el pensamiento de César. En el cuerpo de bienes aparecen varios en pleno dominio y una casa en usufructo. Palpable señal de que con ese cuerpo de bienes quiso separar íntegramente a su mujer». Etc.

La copia de la carta mencionada, toda una lección de Derecho y de buen decir, sería imperdonable omisión por mi parte ocultársela al lector curioso.

«Querido José: Leo con todo detenimiento los dictámenes que me has enviado y sobre todo el tuyo, que está estudiado con gran cariño. No obstante, yo no puedo asentir al resultado que obtienes de tu labor.

El testamento de César está, a mi parecer, clarísimo. No necesita siquiera interpretación, en el aspecto de considerarla como la acción que tiende a fijar el sentido y el significado de las palabras o de las manifestaciones de la voluntad.

El Código nos dice que toda disposición testamentaria deberá entenderse en el sentido literal de sus palabras, a no ser que aparezca claramente que fue otra la voluntad del testador. Y las palabras no dejan lugar a dudas: se separa una porción de bienes que se destina a P. y sólo se habla de la cuota usufructuaria para el caso de que la legataria contraiga segundas nupcias.

Los que, conociendo poco más o menos el valor del caudal y el importe del legado, lean el testamento, tienen que obtener como conclusión que César lo que quiso fue separar a su mujer con el conjunto de bienes que por vía de legado le dejó, para el supuesto normal de que no contraiga otras nupcias. Sólo habla de la cuota usufructuaria para el caso de que esas nupcias se contraigan.

Como efectivamente los bienes legados constituyen un cuerpo cuyo valor es mucho mayor que lo que significa la cuota viudal, se patentiza que lo que la cláusula dice es: a mi mujer, si no se casa, dejo esto, esto y esto; y si se casa sólo la cuota legal. Para ello incluso se incurre en una imperfección de tecnicismo, porque, encabezándose la cláusula tercera con las palabras “que lega en propiedad o para siempre” viene luego adjudicado “el usufructo de la casa llamada del Horno, en Puente-Caldelas”, que ni es en propiedad ni, por tanto, para siempre.

O sea, que con el testamento a la vista está hecha la partición de la herencia, porque *nominatim* adjudica lo que quiere adjudicar y lo hace en forma de legado específicamente, a la mujer, al hermano, a los hermanos políticos; y en el resto instituye heredero al padre y en su defecto, en igual forma, al hermano o sus herederos; es decir, que quedan pagados todos con lo que a cada cual deja, sin que haya razonablemente posibilidad de discordia.

Que todo está conforme a la ley es indudable. En la fecha en que se hizo el testamento los derechos legitimarios de la mujer consistían en el tercio de la herencia en usufructo, obtenido de la mitad libre. Está visto que el legado rebasa con mucho ese tercio y por tanto se respeta la legítima y se amplía considerablemente.

En el momento del fallecimiento, por no existir el padre, se han acrecentado los derechos legitimarios de la viuda a la mitad de la herencia, también en usufructo. Todavía hay un margen de la liberalidad a favor de la viuda, pues está claro que el valor de los bienes adscritos a su favor exceden del usufructo de la mitad y los derechos sobre ellos concedidos son más de lo que el usufructo significa.

Los razonamientos que haces tú, más que a explicar lo que el testamento dice, tienden a demostrar lo que puedo haber hecho el testador.

En los informes de los demás letrados se ve que han discurrido sin tener en cuenta el elemento económico del asunto. Teóricamente es cierto que hay perfecta compatibilidad entre el legado y la cuota viudal, porque depende de lo que valgan uno y otra. En el caso actual, el que aproximadamente sepa lo que significa lo legado, tiene que entender la cláusula como yo la entiendo. No necesito decirte cuánta molestia me produce tener que intervenir en esta cuestión, dada la tirantez a que se ha llegado, quizás por haberse principado por donde debió terminarse. Tengo la evidencia de que si se hubiese encomendado la ejecución del testamento y la formalización del documento particional a una persona desinteresada en el asunto, no habrían surgido dudas de ningún género.

Pero se procedió en la forma cabalmente opuesta. Cada cabeza produce su sentencia y es visto que resulta fácil rodear a cada opinión de argumentos. Viene a mi mente a este propósito un concepto que hace muchos años he leído y que ahora he buscado y releído: “Hay muchas cosas que serían claras si el exceso de investigación de los filósofos y jurisconsultos no las convirtiesen en obscuras”. Algo de esto ocurre en nuestro caso.

De propósito no quiero ocuparme de los detalles de todos y cada uno de los dictámenes; porque esta carta no es sino la expresión de mi leal saber y entender en presencia de todo el testamento.

Excuso gastar tiempo en demostrar mi perfecta imparcialidad en la cuestión, pues como vosotros todos tenéis que conocer mi manera de ser, huelga toda protesta en este sentido.

Hubiese querido que en lugar de pedírseme parecer sobre un punto se me hubiese confiado la resolución del asunto, sin andar consultando de la ceca a la meca.

Ya en la carta que escribí a tu madre, en presencia del testamento, manifesté mi extrañeza ante el caso, de tal suerte que no alcanzaba a dar con el punto dudoso. Mi opinión no se ha modificado. Y es en un terreno en el que, con mis pobres facultades, vengo desenvolviéndome desde hace, precisamente hoy, veintiocho años. Porque, como sabes, mi función principal en todo este tiempo es la de leer testamentos y entenderlos, sin afán de ver el punto discutible o defendible, sino el de ajustarme a lo que honradamente entiendo ser el contenido de la voluntad y su confrontación con la ley.

Como quiero aportar alguna solución práctica al asunto, he escrito a Manolo, para que formulase elementos para arreglar definitivamente el asunto. Y me dice: (Se transcriben los extremos pertinentes de tu última carta).

En vista de esto, pongo todo a tu consideración. Lo único que quiero recoger de tu carta del 31 de octubre es un extremo: el de que el arreglo sería para evitar el espectáculo que daríamos ante el pueblo ambas familias. No está bien expresado esto. La familia de tu madre y la de la mía, tenemos que estar perfectamente al margen en toda la contienda. Se limitaría el litigio, como es natural, a Manolo y a P., únicos interesados. Nosotros no tenemos ningún papel en el asunto, a no ser para dolemos de los disgustos que siempre producen los pleitos y que aun entre gente extraña a nuestros afectos molestan.

Por mi parte y por la de mis hermanos, que en verdad no sentimos gran cosa estas cuestiones económicas, ni entramos ni salimos en lo que se haga; pues ni discutimos nada para nosotros, ni se trata de bienes que directa o indirectamente, de presente ni de futuro nos interesen.

Si comprendiese que a Manolo le faltase razón se lo hubiese dicho leal, franca y decididamente.

En el terreno a que han llegado las cosas tengo que limitarme a ser testigo mudo de lo que hagan los interesados. Y que cada cual peche con la responsabilidad que le corresponda, obteniendo el provecho o el maleficio que mereciese. Sé que el interés no es gran consejero.

De todas maneras, no me lavo las manos y quedo a disposición de todos para cuanto de mi necesiten.»

5. EL PROCESO EN SU PRIMERA INSTANCIA

A 15 de enero de 1942 firmó mi padre la demanda introductoria del juicio ordinario de mayor cuantía, instando tres declaraciones: 1.a Que el testamento del causante no reconoce a la demandada el derecho a cobrar su legítima y además el legado; 2.a que sólo tiene derecho a cobrar su legado, imputándolo en la legítima, y a pedir que se le complete ésta, si el legado no la cubriese, sin perjuicio de cobrar lo que le corresponda por su parte de gananciales, si existiesen en el momento de liquidarse la sociedad legal; y 3.a que con arreglo al artículo 855 del Código Civil haga la demanda entrega al actor de los bienes de la herencia, para que pueda a su vez el heredero hacer entrega a los legatarios de sus respectivos legados.

Para fundar sus *petita* alegaba como hechos:

1. El matrimonio, sin sucesión, del causante.
2. Su testamento y su fallecimiento.
3. La premoriencia de su padre.
4. El ejercicio de la Abogacía por el causante.
5. El testamento, con cita textual de sus cláusulas capitales.
6. Relación completa de los bienes del testador y valor de los mismos, suscrito por el propio causante y por tanto eficaz, en principio, frente a sus causahabientes. Como resumen se decía: Total de los bienes del causante: 76.440 ptas. Ídem de los gananciales: 2.000 ptas. Total: 78.440.
7. Relación y valor de los bienes comprendidos en el legado, cifrado en 38.720 ptas.

Seguía en el mismo hecho el siguiente resumen:

Valor de la herencia del causante en el momento de otorgar testamento: 78.440.

Valor del legado de la viuda en propiedad: 38.720. Valor de la legítima de la viuda en usufructo: 26.140. Valor de la legítima de su padre: 39.220.

Para la liquidación del impuesto de derechos reales por la sucesión del causante se fijaron por dicha oficina los valores siguientes, con los cuales estuvo conforme la demandada:

Valor de la herencia: 105.608 ptas. ; Valor de lo legado a la viuda: 56.495.

Se hace constar que entre los bienes liquidados como de la herencia figuran algunos adquiridos después de otorgado el testamento, bien de su padre, bien de una tía, bien de un tío. Todos estos bienes no suman más de unas tres mil pesetas, según la valoración de la propia Oficina Liquidadora.

Consignamos todo esto -decía el actor- ***a los efectos de interpretar la voluntad del testador o intención, según veremos en los fundamentos de Derecho.***

8. Posteriormente a su testamento, vendió el causante una casa en Pontevedra, que, por convenios con su hermano, figura incrementada a su cupo.

Los demás hechos, aun teniendo importancia como indicios reveladores de las miras del testador, no siendo decisivos para el tema litigioso, pueden omitirse.

En su amplia fundamentación jurídica consignaba la demanda los argumentos siguientes:

Primero: La sucesión se defiere por testamento y, a falta de éste, por disposición de la Ley. También podrá deferirse en parte por testamento y en parte por disposición de la Ley (art. 658 del Código Civil).

La sucesión legítima tiene lugar tan sólo en los casos que menciona el artículo 912 del mismo Código. Ninguno concurre en la hipótesis de autos.

Esta sucesión, origen del pleito, se defiere, pues, únicamente por el testamento y a éste hay que atenerse. Es una herejía jurídica lo que pretende la demanda: el legado en virtud del testamento y la legítima en virtud de la ley.

Segundo: El artículo 675 del citado Código dice que: «Toda disposición testamentaria deberá entenderse en el sentido literal de sus palabras, a no ser que aparezca claramente que fue otra la voluntad del testador. En caso de duda, se observará lo que aparezca más conforme con la intención del testador, según el tenor del mismo testamento».

En la copiosa jurisprudencia interpretativa de este artículo no se registra un testamento tan claro como el presente. En éste, la expresión es clara y como tampoco resulta claramente que sea distinta la voluntad del testador, no puede entrarse a investigar ni a interpretar la intención del mismo. Pero, a mayor abundamiento, la voluntad intencional es concorde con la expresión literal.

El testador dio a su mujer en propiedad y para siempre los bienes que en la cláusula tercera se expresan y además el usufructo de una casa; pero le impone la condición de que no se case, pues en ese caso, pierde el legado, pasando los bienes que comprende al heredero, sin otro derecho por parte de su esposa que el de percibir la cuota usufructuaria. Dispone otros pequeños legados y en el resto de la herencia instituye por único y universal heredero a su padre, y a falta de éste será heredero su hermano o quien sea heredero de éste, en igual forma que su padre.

El testador distribuye en su testamento *toda* su herencia. El testamento expresado es *ley única* de esta sucesión, como queda demostrado, y sólo puede ser impugnado por la viuda si hubiese sido preterida, esto es, no mencionada en el testamento, o si el testador le hubiese privado de su legítima. Y como no concurre ninguno de esos supuestos, no surge el derecho que otorga el artículo 814 del Código, ni tampoco puede ejercitar el que concede el artículo 817, toda vez que el legado es superior a la legítima. Pero si no lo fuese, que sí lo es, como lo prueba el que no aceptará la oferta que hacemos en este escrito de las veinticinco mil pesetas en *usufructo*, además de su legítima, si renuncia al legado; repetimos, si no lo fuese, tiene la viuda el derecho que le concede el artículo 815; o sea, el de pedir que se le complete su legítima. Esto es todo irrefutable y dentro de la más pura doctrina jurídica. Increíble nos parece que pueda ofrecer duda a los ilustres asesores de la parte contraria.

Para la mejor comprensión de la referida cláusula tercera, descompongámosla en sus tres partes:

LEGADO: El testador deja a su esposa los bienes que expresa, cosas ciertas y determinadas; pero nada más; no habla para nada, al establecer el legado, de la cuota usufructuaria. El legado surte sus efectos desde la muerte del testador y, por consiguiente, la viuda hace suyos esos bienes.

CONDICIÓN: El testador impone a su esposa la condición de que no se case, pues en ese caso pierde el legado, que pasará al heredero; pero desde ese momento se resuelve esa condición y al perder el legado nace para ella el derecho a percibir la cuota usufructuaria. Es la condición independiente del legado; si se cumple, queda éste sin efecto; pero si no se cumple, queda en pie

el legado. Es decir, que el testador estableció dos hipótesis, con soluciones distintas para cada una: que la viuda no se case, en cuyo caso tiene su legado, o que la viuda se case, en cuyo caso sólo tiene derecho a su cuota usufructuaria.

La frase «sin derecho a llevar de la herencia más que la cuota usufructuaria», forma parte de la condición y sólo puede aplicarse en el caso de que la condición se cumpla por resolución del legado. Ni un punto separa la frase mencionada de la condición a que va unida; luego esta frase gramaticalmente sólo afecta a la condición y no al legado. Supongamos que la condición desaparece, nada queda ya de la cuota usufructuaria en el testamento. Si hay legado, no hay cuota usufructuaria; si hay cuota, no hay legado.

PROHIBICIÓN DE ENAJENAR: Prohíbe el testador a su mujer vender los bienes legados, mientras no transcurran quince años desde su fallecimiento; y desde que transcurran puede vender libremente, si se viese necesitada, conservándose viuda. Dice la oración: «sin embargo de lo manifestado que le prohíbe vende» y es preciso observar que lo manifestado en el testamento no le prohíbe vender así, a secas, sino que le prohíbe vender sin la condición resolutoria pendiente. Puede desde el primer momento vender los bienes de su legado la viuda; pero con la condición resolutoria. No hay ninguna otra prohibición manifestada y si sólo la omisión de la palabra «libremente», omitida sin duda por no repetir el vocablo, ya que después lo emplea.

Mi representado, libre de toda ambición y egoísmo, no tiene inconveniente en renunciar al derecho suyo que dimana de tal prohibición, en el caso de que este pleito se resuelva con arreglo a sus pretensiones y a ello se obliga para tal caso.

Y en cuanto a la cláusula sexta, bien claro está que el testador instituyó heredero en el resto de la herencia a su padre y a falta de éste a su hermano, en igual forma, o a quien sea heredero de éste.

No hay, pues, que deducir de la herencia más que los legados y todo lo que no sea legado es del heredero instituido.

Del literal sentido del testamento se deduce que falta la declaración expresa de que en el caso de contraer segundo matrimonio, que es el normal, reciba la mujer la cuota usufructuaria. Y como el testador para ese caso no se la dio, ya que le pagó la cuota con el legado; al pretenderla, además del legado, incurre en la herejía jurídica de querer cobrar dos veces su legítima.

El testador dio el legado a su mujer (mucho más que su legítima) en pago de su legítima o cuota usufructuaria. Si al casarse en segundas nupcias la viuda, pierde el legado; queda como consecuencia impagada la legítima; y por eso desde ese momento le concede el testador su derecho a la cuota usufructuaria.

¿Puede alguien deducir del sentido literal de las palabras del testamento que el testador dio a su esposa la cuota usufructuaria, además del legado, para el caso de no contraer segundo matrimonio? No; ello equivaldría a descoyuntar el lenguaje, forzar el natural sentido de la frase y falsear la voluntad del testador, tan diáfananamente expresada.

Entender el testamento en tal forma sería, además, infringir abiertamente la doctrina del Tribunal Supremo sentada en sentencias de 17 de abril de 1893, que dice que las palabras del testador deben entenderse lisa y llanamente, como suenan, no siendo por tanto lícito forzar el natural sentido de la frase con interpretaciones contrarias al mismo. Y lo mismo puede decirse con respecto a la Sentencia de 11 de marzo de 1898, que sostiene que no pueden extenderse las disposiciones testamentarias a más de lo que su tenor literal expresa y que sólo se hallan

autorizadas las interpretaciones cuando las oscuridades o la duda la hacen absolutamente precisas. Y la de 6 de noviembre de 1895 y 19 de noviembre de 1898 que dicen que cuando las palabras del testador son claras y su literal y recto sentido expresa la voluntad del testador, no es necesaria la interpretación.

Vemos que está claramente expresada la voluntad del testador en el sentido literal del testamento, del cual no puede deducirse más conclusión que la de que el testador dio a su esposa, si no se casa, el legado, en pago de su legítima, con la condición de perder este legado si contrae segundo matrimonio, en cuyo caso sólo tendría derecho a la cuota usufructuaria.

INTENCIÓN DEL TESTADOR: Para averiguar la intención del testador, aunque, repetimos, no se puede entrar a averiguarla, por ser claro el sentido literal del testamento, es necesario remontarse al momento del otorgamiento del testamento y a los posteriores. El Código señala unas cuantas reglas de interpretación que no son suficientes para deducir la intención del testador; pero los tratadistas y comentaristas del Código Civil nos dicen que para interpretar con acierto tal intención es menester tener en cuenta las reglas de interpretación de la ley y de los contratos. El artículo 1.282 del citado Código establece que para juzgar la intención de los contratantes deberá atenderse principalmente a los actos de éstos coetáneos y posteriores al contrato. Es, pues, preciso estudiar la intención del testador en el momento del otorgamiento del testamento y los posteriores.

¿Cuál fue su intención? ¿Qué quiso el testador en su testamento?

Quiso separar, apartar a su esposa de la herencia con el legado, pagando con éste la legítima. Quiso hacer una partición de bienes. Y si esto fue lo que quiso y su intención en el año 1921, es lo mismo que tiene que resultar ser y querer en el día de su fallecimiento, pues el testamento no puede tener dos interpretaciones distintas, la del año expresado y la de hoy.

Para sostener que el testador quiso separar a su esposa con el legado, nos fundamos en lo siguiente:

A) Si el testador no quisiera separar a su esposa con el legado, la hubiera instituido heredera y no lo hizo.

B) No sólo no la instituyó heredera, sino que ni siquiera dijo, como es costumbre decir en los testamentos, al hacer la institución o al disponer el legado, «sin perjuicio de la cuota usufructuaria» o «sin perjuicio de su legítima».

C) No podía el testador dar a su esposa la cuota usufructuaria, dándole el legado que le dio, porque perjudicaba, éñ mucho, la legítima de su padre.

El testador dio por vía de legado a su esposa bienes en propiedad y para siempre que importaban -según el documento particional de autos- treinta y ocho mil setecientos veinte pesetas, y valía el caudal hereditario del testador setenta y ocho mil cuatrocientas cuarenta. La legítima del padre era de treinta y nueve mil doscientas veinte pesetas.

Si, pues, el testador quisiera dar a su esposa el legado y la cuota usufructuaria, le daría 38.720 ptas., como legado; más 26.146 como legítima; o sea, un total de 64.866 ptas. Quedaban para su padre 13.574 ptas., en lugar de las 39.220 que por legítima le correspondían.

Esto es según los valores que el causante fijó y aceptó, de común acuerdo con sus coherederos, al hacer la partición de los bienes de sus abuelos maternos, únicos que poseía -aparte de una pequeñísima porción ganancial- al otorgar su testamento.

Y no se diga que quedaría a favor del padre la nuda propiedad de los bienes que en usufructo llevase la viuda, pues, aparte de que la legítima del padre, había de ser en pleno dominio, ¿para qué podría servir al padre, con treinta años más que la esposa del causante, la referida nuda propiedad?

El testador, que era abogado en ejercicio, conocía bien cuáles eran los derechos de su padre y sería absurdo pensar que pudiese tener tal intención. Toda interpretación que conduzca al absurdo debe rechazarse. Esta sola consideración debiera bastar a la parte demandada para convencerse de que el testamento no puede tener otra interpretación.

Pero, además, interpretar en otra forma el testamento, sería ofender la memoria del testador, como profesional y como hijo; no podía pretender tal cosa un abogado, con su padre, que también lo era. Y no se diga que hay que atender al momento de la muerte del testador para interpretar su intención. Nada más erróneo. Los derechos a la sucesión de una persona se transmiten desde el momento de su muerte; pero la intención del testador hay que investigarla principalmente en el momento del otorgamiento.

Si consideramos los valores actuales de la herencia del causante, fijados por la Oficina Liquidadora del Partido, al pagar los derechos sucesorios por aquélla, valores aceptados tácitamente por la demandada, observamos que el total de la herencia es de ciento veinticinco mil seiscientos ocho pesetas (125.608); y el del legado de la esposa de cincuenta y seis mil cuatrocientas noventa y cinco pesetas (56.495). Sería, pues, legítima del padre, con arreglo a dichos valores, la cantidad de sesenta y dos mil ochocientos cuatro pesetas (62.804); y por la tesis de la demanda llevaría ella 98.364, quedando para su padre 37.244 en lugar de las 62.804 que le correspondían.

Si tenemos en cuenta que en el momento del fallecimiento del testador es heredero del mismo su hermano, tendríamos que llevaría la viuda, en concurrencia con el hermano, con arreglo a lo que pretende la demandada, la cantidad de 119.299 pesetas, quedando para el hermano la cantidad de 6.309 pesetas. ¡Y par esto dice la cláusula sexta que a falta del padre será heredero, en igual forma, su hermano! ¡Y para esto iba el testador a instituirle heredero único y universal, lo mismo que a su padre! Es decir, que iban a suceder a título universal en una cantidad irrisoria, pagando deudas, mientras la esposa, a título particular, se llevaría la inmensa mayoría de la herencia. Y no se diga que hay que tener en cuenta la parte que le quedaría en nuda propiedad, pues repetimos lo dicho respecto a su padre: que siendo el hermano más viejo que la viuda de nada le había de servir.

D) No quiso el testador dar más que el legado a su mujer; quiso separarla con eso, ya que de lo contrario pudo haber dicho, para el caso de morir su padre, que dejaba a su mujer esto o aquello más; y sin embargo no lo dijo, y previendo el caso de premoriencia de su padre, instituyó para dicho evento heredero a su hermano, en igual forma que su padre, y aun a falta del hermano a los herederos de éste.

En resumen, ni le dio la cuota usufructuaria para el caso de no casarse, ni podía dársela, porque perjudicaba la legítima de su padre, ni quiso dársela, pues, de querer, pudo disponer de ella para el caso de la muerte de su padre, y sin embargo no lo hizo.

El hecho mismo de señalar los bienes del legado, esto en propiedad, aquello en usufructo, expresa bien a las claras que el testamento era un testamento-partición, una separación de bienes al objeto de evitar lo que al fin surgió: la discusión y el pleito. Si el testador quisiera darle el usufructo a su mujer, ¿cómo no señaló los bienes en que había de consistir, siendo tan pocos los que le quedaban a mencionar? Le quedaban al testador, fuera del legado, dos casas, la mitad de

sus valores y siete fincas rústicas de igual valor que la que dejó por legado a su mujer.

F) Como actos posteriores al testamento, son de tener en cuenta los siguientes: Catorce años transcurrieron entre la muerte del causante y la de su padre y en todo ese tiempo no modificó su testamento, no obstante haber aumentado sus bienes.

G) La proindivisión con su hermano durante cerca de catorce años, en los bienes de su padre, sin modificar por ello su testamento, indica claramente que su deseo era que esos bienes fuesen para su hermano.

H) Las palabras del causante a su hermano cuando le proponía la participación: «para qué partir -decía- si al fin ha de ser todo para ti».

Con la interpretación que nosotros damos al testamento, tiene siempre plena eficacia y validez, sin lesionar nunca interés alguno protegido por la ley. Si vive el padre, tiene éste su legítima y la esposa la suya, a salvo ambas. Si muere el padre y hereda el hermano, tiene también la viuda cubierta su legítima. Cincuenta y seis mil pesetas en propiedad y para siempre -según los valores oficiales- a la edad de la viuda, entre los cuarenta y los cincuenta, significan, según el Reglamento del Impuesto de Derechos Reales, que le computa por nuda propiedad el sesenta por ciento, más de noventa mil pesetas en usufructo; y la mitad de la herencia no excede de sesenta y tres mil. Corrobora este aserto el ofrecimiento de las veinticinco mil pesetas, además de la legítima, en usufructo, si renuncia al legado.

Por el contrario, interpretando el testamento como quiere la viuda, si vive el padre se lesionaría gravemente su legítima; si no vive y hereda el hermano, se atropellaría la voluntad del testador que dispuso que su hermano heredase en igual forma que su padre.

Examinado en conjunto el testamento, se patentiza la intención del testador de apartar a su mujer con el legado, de partir los bienes. En él se ve que el hermano del testador figura como heredero y como legatario; la viuda sólo como legataria. Nada olvidó el testador; de todo habló: institución de heredero, incluso herederos voluntarios; legado para su hermano; legados para sus cuñados; cuota usufructuaria para caso de segundo matrimonio. Pero lo que sí olvidó, fue instituir heredera a su mujer; lo que no dijo fue de la cuota referida para caso de no contraer segundo matrimonio. Y es que en el legado va incluida la cuota. El que da lo más, da lo menos. ***Maiores pars trahit minorem.*** Lo mayor comprende lo menor.

TERCERO: Conocida ya la voluntad del testador, sólo puede imponerse a ésta en derecho, el respeto a la legítima de los herederos forzosos. Nada más hay que pueda oponérsele. Si el testador dio la legítima a su esposa, ha cumplido todo cuando la Ley le puede exigir. Según el artículo 806 del Código, el testador no puede disponer de la porción de bienes llamada legítima. Pero sí puede disponer de todo lo demás, sin traba ni limitación alguna.

El testador tiene que dar la legítima al heredero forzoso; pero ¿cómo puede darla?

Si el testador da más que le legítima, nada hay que reclamarle.

El testador puede dar la legítima al heredero forzoso por cualquier título, como dispone el artículo 815. Si como dice este artículo, «el heredero forzoso a quien el testador hubiese dejado por cualquier título menos de la legítima, puede pedir el complemento de la misma», es porque lo dejado por ese título, ha de contarse, ha de imputarse para formar la legítima. Es el primer sumando que tiene que tenerse en cuenta para llegar a la «suma» legítima.

El artículo 815 se refiere precisamente al caso de autos, a casos como el de autos: Un heredero forzoso -art. 807- mencionado en el testamento como legatario y olvidado como heredero. Hay

que imputar el legado en la legítima; y si ésta está cubierta, nada hay que reclamar; si no lo está, cabe acción *ad supplementum*, o sea, la que concede el artículo 815.

Y no se diga que la esposa del testador tenía derecho a percibir su legítima libre de todo gravamen y que el testador le hizo el legado con la prohibición de enajenar y que por lo tanto no puede estimarse el legado como pago de la legítima. Es éste un argumento deleznable, que cae por su base si se tiene en cuenta que, según el artículo 838 del mentado Código, los herederos podrán satisfacer al cónyuge su parte de usufructo asignándole una renta vitalicia o los productos de determinados bienes o un capital en efectivo. Y si esto pueden hacerlo los herederos, mejor lo puede hacer el testador, anticipándose éste a hacer lo que aquéllos harían. ¿Quién duda que el testador, por lo menos, dejó libres los productos de los bienes legados? Todo ello en uso de un derecho y durante quince años.

Para que el legado en el caso de autos pague legítima, no es necesario que lo dijese el testador, lo dice terminantemente el artículo 815 que regula la situación jurídica presente, al ser mencionada la viuda como legataria y no serlo como heredera.

Que el legado paga legítima en este caso y otros semejantes, lo dice no sólo el mencionado artículo, sino también los tratadistas de Derecho Civil y comentaristas del Código y, lo que es más importante todavía, lo ha dicho repetidas veces el Tribunal Supremo, y, no lo dude la demandada ni sus consejeros, lo dirá una vez más si ello fuese preciso.

Vamos a demostrar estas afirmaciones:

MANRESA dice al comentar el artículo 815, entre otras cosas interesantes también: «El testador no ha olvidado por completo al heredero forzoso: le ha dejado bienes; pero haciendo un cálculo equivocado ha repartido en favor de extraños, o en favor de otros legitimarios por vía de legado, donación o mejora mayor cantidad de lo que la Ley le consentía disponer. El heredero forzoso no puede perder su legítima, pero tampoco puede pedir más que la misma. De aquí su derecho a reclamar solamente lo que le falta: el complemento de la porción que forzosamente le corresponde».

«Dejar el testador por cualquier título equivale a disponer en testamento por título de herencia, legado o mejora en favor de legitimarios de alguna cantidad»... «Si el heredero forzoso preterido hubiera recibido del testador por cualquier título lucrativo, una porción igual o mayor que la que le correspondía por su legítima, no produce efecto su preterición...»

MUCIUS SCEVOLA: Al comentar el mismo artículo dice: «La Partida sexta, título 8, ley 5 acogió en sustancia esta doctrina -la del complemento de legítima proclamando también la improcedencia de la querrela cuando el testador dejaba algo en concepto de heredero al legitimario y reconociéndole una acción supletoria para completar la legítima»... «Una diferencia de importancia existe entre la doctrina derogada de la legislación alfonsina y la vigente del Código. Conforme a la primera era menester para que procediese la acción supletoria o de complemento que lo dejado al que la ejercitaba fuese a título de heredero; de ser en otro concepto, procedía la nulidad del testamento, su quebrantamiento. El Código ha mitigado este rigorismo. Atento a lo principal, a que el heredero forzoso perciba a la muerte de su causante la porción que le corresponde por legítima, prescinde de la modalidad de la disposición y le computa a cuenta de la legítima lo que le haya dejado el testador por cualquier título.»

CASTÁN en su *Derecho Común y Foral*, obra ajustada al Programa para oposiciones a notarías determinadas, edición de 1939, al hablar de la acción de suplemento de legítima, dice:

«Por conducto de las Partidas pasó la acción supletoria al Derecho español. Y el Código Civil

la recoge en el artículo 815 diciendo que el heredero forzoso a quien el testador haya dejado por cualquier título menos de la legítima que le corresponda, podrá pedir el complemento de la misma. Es, pues, indiferente que el heredero forzoso haya sido instituido a título universal (herencia) o a título singular (legado), pero es esencial para que proceda la acción de suplemento de legítima que exista una disposición en el testamento a favor del que la ejercita, pues de otro modo -según resulta de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo- el caso caería dentro de la preterición.»

DE BUEN: En las notas sobre Derecho español que figuran en la obra de Colin y Capitant, dice: «Al decir el artículo 815 del Código Civil por cualquier título, quiere, sin duda, decir por título de herencia o por título de legado. La acción complementaria procederá por lo tanto aunque al legitimario no se le instituya heredero y si sólo se le deje a título de legado una cosa o cantidad fija cuyo valor sea inferior al que la ley le concede».

FALCÓN dice: «Cabe un término medio entre la institución de los herederos legítimos y su preterición por el testador: cabe que el testador les deje por vía de legado, donación u otro título legal una parte de la legítima, sin completarla. En este caso, asiste a los herederos legítimos que en tales circunstancias se encuentren, el derecho a pedir el suplemento de la legítima.»

BURÓN GARCÍA sostiene que no procede la acción *ad supplementum* cuando al heredero forzoso se le ha dado, por cualquier título, su legítima o más de su legítima.

Lo mismo sostienen, en parecidos términos, otros muchos autores.

No puede alegarse que el artículo 815 no es aplicable al cónyuge viudo; sí lo es, sí. El cónyuge es un heredero forzoso, como expresa el artículo 807, como los demás. Es aplicable al mismo dicho artículo, porque en el precedente, el 814, distingue el legislador entre el cónyuge y otros herederos forzosos y en ese no distingue. Luego, *ubi lex non distinguit nec distinguere debemus*.

Se nos objetará que la cuota usufructuaria tiene condición especial, que es un derecho de crédito, etc. Teorías, decimos nosotros. La cuota usufructuaria tiene condición especial para los efectos de pagar deudas; pero es igual que otra legítima a los efectos de cobrar.

Igual criterio que los tratadistas y comentaristas ha sostenido el Tribunal Supremo en sentencias de 16 de enero de 1895, 21 de febrero de 1900, 25 de mayo de 1917 y 23 de abril de 1932, dictada ésta en pleito del Juzgado de Sarria.

En la primera de las referidas sentencias se afirma con relación a un heredero forzoso, hijo natural mencionado como legatario y olvidado como heredero -igual al caso de autos- que hay que reconocerle el derecho a la cuota legitimaria, imputándole en parte de pago de ella el importe del legado que le dejó su padre.

En la de 21 de febrero de 1900 -caso del Marqués de la Vega de Armijo- parece que el Tribunal Supremo quiso apartarse algo de esta doctrina, expresando que cuando la voluntad del testador no se manifiesta claramente en el sentido de privar a los herederos forzosos de su legítima, el artículo 815 no impide y el 1.037 expresamente sanciona, que se acumule a lo que corresponda a la herencia forzosa lo voluntariamente dejado en testamento; pero añade -y tómesese muy buena nota de ello- «lo cual se ajusta a la sentencia de 16 de febrero de 1895, porque si bien en ella se limitó el derecho de una hija natural a quien el testador dejó una manda inferior a la legítima, a pedir el complemento de ella, hay que tener presente que en aquel caso fueron instituidos herederos voluntarios y por lo tanto con claridad resultaba la voluntad del testador de reducir al importe de dicha manda la participación de su hija en los bienes de su herencia, y de

conformidad con los artículos 813, 814, 815 y 1.037 procedía únicamente completar la legítima respetando la libre testamentación en cuanto lo consienten los preceptos legales».

Obsérvese que el propio Tribunal insinúa claramente que de concurrir la viuda con un heredero voluntario, hubiera sido distinta su resolución. Y téngase presente que en el caso de autos la viuda concurre con un heredero voluntario, el demandante, hermano del causante.

No necesitamos detenernos en pensar el por qué de esta distinción entre herederos forzosos y voluntarios; pero sin duda será debida a que el artículo 1.037 sólo puede tener lugar en el caso del 1.035, o sea, cuando concorra a la sucesión un heredero forzoso con otro que también lo sea.

En la sentencia de 20 de mayo de 1917, dictada desestimando un recurso entablado contra sentencia dictada por la Territorial de La Coruña -que resolvió con arreglo al criterio que nosotros defendemos- estableció en su segundo «considerando»: «No existe preterición cuando el testador, lejos de omitir, menciona en su última voluntad la persona del heredero forzoso, aunque no lo instituya, pero dejándole manda especial e inferior a la que por legítima le corresponde, caso previsto taxativamente en los artículos 815 y 817 del citado Código, y de modo especial en el 842 del propio cuerpo legal, por tratarse de una hija natural, no existiendo descendientes ni ascendientes de la testadora, por lo que le corresponde la tercera parte de la herencia, hallándose resuelto por este Tribunal Supremo, en sentencia e 25 de mayo de 1917, en identidad de circunstancias, confirmando la doctrina de que sólo el derecho de pedir el complemento de legítima es el que asiste a la hija natural perjudicada, aunque no omitida en el testamento, pero en modo alguno el de reclamar la nulidad de la institución de herederos que por terminante precepto legal se halla revestida de toda validez y eficacia».

Los casos son exactamente iguales al de autos. Herederos forzosos que como única mención en el testamento reciben un legado. No fueron instituidos herederos. El Tribunal Supremo dice que debe imputarse el legado en la legítima.

Tan heredero forzoso es el hijo natural como el cónyuge. Éste no tiene más privilegios que los otros herederos forzosos. Tiene menos: su cuota es en usufructo; su preterición no anula la institución de herederos, etc. Lo mismo sería si en vez de hijos naturales se tratara de hijos legítimos. Y el cónyuge no puede decir que tenga mejor derecho que ellos. Y si quiere poner la cosa más a tono con la cuerda sensible de la viudez, pongamos como ejemplo un pobre hijito legítimo de pocos meses, huérfano de madre, incluso, a quien su padre, por olvido, lo hubiese mencionado en su testamento con un legado -más o menos importante-; pero no en la institución de heredero: su único derecho sería, como dice el Supremo Tribunal, imputar su legado en la legítima y pedir que se le completase ésta, si el legado no la cubre.

No pueden alegarse otros preceptos legales en contra de lo dicho, ni se esfuerce en ello la parte adversa, porque todos los preceptos del Código ya existían cuando el Tribunal Supremo dictó esas citadas resoluciones.

QUINTO. Sobran ya argumentos y fundamentos de derecho para demostrar el que asiste a mi representado; pero, a mayor abundamiento, hemos de alegar lo dispuesto en los artículos 774 y 780 de Código Civil, según los cuales el heredero, instituido en el testamento en igual forma que su padre, tiene en la sucesión los mismos derechos y obligaciones que éste tendría si viviese y fuese heredero, sin perjuicio de la legítima del cónyuge, que experimenta la ampliación que por ley le corresponde, al concurrir con el hermano del testador, en lugar del padre. Y es visto que si era intangible para el padre del testador la mitad de la herencia, como legítima suya, intangible también tiene que ser esa misma parte para el heredero instituido. Quiso el testador que su hermano tuviese la misma parte de la herencia que su padre y esa voluntad hay que respetarla,

en cuanto no se perjudique legítima. Pudo dar a su mujer todo cuando quiso, sin limitación; pero su voluntad era no darle más que el legado y no se lo dio».

La contestación a la demanda, tras aceptar íntegramente los cinco primeros hechos de aquélla, reputa intrascendentes para el asunto los números 6º, 7º y 8º porque -afirma literalmente- «sea cualquiera la cuantía de la herencia, no cabe desvirtuar una voluntad claramente manifestada por el testador, recurriendo al argumento de que no pudo querer que su esposa llevase otros bienes que los adjudicados como legado, porque de otro modo resultaba mermada la legítima del padre».

En Derecho, todo el peso de la argumentación gravita sobre la tesis de que la cláusula tercera del testamento al establecer el legado con la condición de su inefectividad en las segundas nupcias «pasando los bienes que comprende al heredero del testador, sin derecho por parte de la expresada esposa de éste a llevar de la herencia del mismo más que la cuota usufructuaria, no puede menos de entenderse que, fuera del caso de segundas nupcias, llevará la viuda el legado y la cuota usufructuaria que señalan los artículos 835 y 836 del Código Civil, que es lo único que puede reclamar si ese caso se diese».

«En la determinación de la voluntad del testador -prosiguen- aparece que trata de privar a su cónyuge de la legítima o de pagársela con los bienes legados, sino respetar la legítima y conceder un legado, aquélla en todo caso y éste tan sólo en el de que se mantenga viuda. La misma expresión gramatical empleada en el testamento para el caso de segundo matrimonio «sin otro derecho por parte de la expresada esposa»... conduce a la misma conclusión, ya que los derechos que además del de legítima se le conceden, desaparecen si contrae segundas nupcias. La frase transcrita no forma parte de la condición resolutoria con que el legado se hace, como se sostiene en la demanda; la condición la constituye únicamente el no contraer nuevo matrimonio y la reducción a la legítima usufructuaria es una consecuencia del incumplimiento de la condición».

Se niega después por la demandada que el testador hubiese querido separarla de su herencia con el legado ni hacer en el testamento partición de bienes. No haberla instituido heredera sólo significa «que no le confirió la continuación de su personalidad». Y tratándose de una heredera que es más bien una acreedora de cuota, una legataria *ex-lege*, conserva su derecho a la misma «cualesquiera que sean los términos empleados en la institución y las personas instituidas».

«Los cálculos que se hacen en la demanda para deducir que los bienes legados y el usufructo de un tercio de todo lo que constituía el haber del testador al tiempo de otorgar testamento no dejarían bienes libres bastantes para pagar la legítima paterna, no autorizan a interpretar la voluntad del testador de modo distinto que expresan las palabras del testamento. Lo único que ocurriría en tal caso, que el padre sobreviviente tendría derecho a que la legítima se le entregara haciendo las reducciones que fueran precisas.»

«No se hace en el testamento una partición de bienes. Legar determinados bienes a una persona, que es a la vez acreedora legitimaria a la herencia, no significa separarla de ésta con los bienes legados, mientras esa intención no aparezca claramente manifestada en el testamento, ni menos cabe afirmar la existencia de partición cuando los bienes que ha de llevar uno de los partícipes, en propiedad unos y en usufructo otros, se le adjudican con la condición de no contraer segundas nupcias, sin que se señalen los bienes sobre que ha de recaer la legítima usufructuaria en el caso de segundo matrimonio.»

«No se compagina tampoco la intención del testador de separar a la viuda de su herencia con los legados y la prohibición de enajenar esos bienes durante un determinado número de años, porque si la adjudicación de bienes en plena propiedad pudiera estimarse como la entrega de capital en

efectivo, que el artículo 838 del Código Civil admite como una de las formas de pagar la cuota del cónyuge viudo, para ello sería preciso que no se impusiera limitaciones a la libre disposición del capital adjudicado.»

Por fuera de estos argumentos, literalmente transcritos, la contestación a la demanda, gira por completo en torno a la suposición de que no constando explícitamente en el testamento que el legado vaya a cuenta de la legítima hay que entender que se acumula a ella, pues así lo establece terminantemente la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de febrero de 1900.

La demandada concluye su escrito formulando reconvencción en que suplica dos declaraciones: 1. Afirmación del derecho de la viuda a la mitad de la herencia en usufructo, independientemente y además del legado a su favor establecido; y 2. que mientras no se liquida la sociedad de gananciales y se determinen los bienes que constituyen la herencia, no está obligada a entregarlos al heredero.

La *réplica* comienza con una oposición global a cuanto contradiga lo afirmado en la demanda y manifiesta especial disconformidad con lo expresado en el hecho segundo de la contestación «ya que para nosotros lo alegado en los hechos sexto y séptimo de la demanda es de gran importancia y trascendencia para el pleito. Insistimos en que el valor del legado en propiedad y para siempre que hizo el testador a su mujer equivale al de la mitad del que tenían los bienes del causante al tiempo de otorgar su testamento, como hemos demostrado con los documentos que obran en autos».

Las demás precisiones de hecho pueden omitirse sin perjuicio de la cuestión sustancial.

En Derecho, se alegaba lo siguiente:

«Toda la pobre estructura jurídica de la contestación a la demanda se basa principalmente en un hecho falso, en el conocido sofisma llamado en filosofía «petición de principio», que pretende dar por probado lo que verdaderamente hay que probar, cual es... que el testador dio a su mujer para el caso de no contraer nuevo matrimonio, además del legado, la cuota usufructuaria.»

En nuestra demanda queda ampliamente explicado el sentido literal del testamento y allí también hemos dicho cómo han de entenderse los testamentos, según repetidísimas sentencias del Tribunal Supremo. Lo reproducimos aquí añadiendo: el sentido literal del testamento es el que resulta de lo que en él dijo el testador expresamente, no de lo que ha dejado de decir. El principio jurídico *expressa nocent, non expressa non nocent*, tiene aquí perfecta aplicación.

El testador dice en el testamento que lega a su mujer, en propiedad y para siempre, tales y cuales bienes. No dice nada de la cuota. La simple lectura de la cláusula tercera nos resuelve la cuestión. ¿Cuáles son los derechos, en virtud de dicha cláusula, de la viuda, en el supuesto de no casarse, y cuáles, en el de casarse? Si la viuda no se casa, su derecho consiste en percibir el legado; y si lo hace, pierde el legado y son sus derechos los de percibir la cuota usufructuaria.

Completemos con números que representen el valor del legado y de la cuota, la cláusula referida. Y para ello no tomamos números al azar ni al capricho, tomaremos los que figuran en la partición de autos, valores aceptados por el causante. La cláusula diría así: Lego en propiedad y para siempre a mi mujer los bienes tal y cual, que representan un valor de 38.720 pesetas. Este legado es con la condición de que no se case, pues en tal supuesto quedará sin efecto, sin derecho a llevar de la herencia del mismo más que 26.146 pesetas, en usufructo. ¿Puede alguien decir que si la viuda no se casa tiene derecho, según el sentido literal de las palabras, a llevar de la herencia las 38.720 pesetas y además las 26.146, representativas de la cuota usufructuaria?

Vamos ahora a formular a la parte adversa un ejemplo, como pudiera hacerse a los niños: supongamos que la cláusula dijese así: Lego a equis veinte naranjas. Este legado es con la condición de que no contraiga nuevo matrimonio, pues en tal caso pierde el legado, sin derecho a llevar de la herencia más que cinco manzanas. ¿Puede alguien entender esta cláusula en el sentido de que si equis no se casa tiene derecho a las naranjas y a las manzanas?

La manifestación de la voluntad del testador se concreta, en cuanto a su mujer, en dos situaciones susceptibles de producirse: una de ellas, la normal, la esperada, la regla general, la que se produce fatalmente a la muerte del testador y tiene cumplimiento inmediato, la de que no se case de nuevo, para cuya hipótesis le da el legado; y otra, la anormal, la inesperada, la excepcional de que se case, para cuya situación la reduce a la cuota usufructuaria; mejor dicho, no le da nada; reconoce lo que la Ley le da. Para el supuesto de no casarse el legado; para el de casarse, la cuota. *Incluso unius, excluso alterius*.

La primera hipótesis es la normal en el espíritu, en la mente del testador: todo marido piensa solamente como mera posibilidad remota que su mujer, caso de quedar viuda, contraiga segundas nupcias; un pensamiento contrario enturbiaría profundamente las relaciones conyugales, haría imposible la convivencia; y es precisamente esta idea sobre la esperada fidelidad póstuma, la que impulsa al testador a ser generoso, a extremar su liberalidad hasta el límite que impone la legítima paterna y la cuantía conocida de la propia herencia; no se olvide que el testador es abogado y tiene perfecto conocimiento del valor económico de ésta. Esta hipótesis, que es la esperada por el testador obliga a considerar como idea primera, principal en su pensamiento al otorgar el testamento, esa primera parte de la cláusula tercera disponiendo el legado.

La segunda hipótesis -que su mujer contraiga nuevo matrimonio- no la olvida el testador; la prevé, pero la considera tan sólo como posibilidad que admite en el orden lógico, pero no en el sentimental, y por ello tiene en su pensamiento un valor secundario. Por tanto, a este distinto valor de las dos hipótesis se ha de atender al considerar las dos partes de la cláusula tercera, viendo en ella dos soluciones independientes a las dos hipótesis mencionadas, con el distinto valor jerárquico que les concede el testador en su pensamiento.

La cláusula primera queda entera, sin dependencia alguna con la condicional que luego establece, porque hay que verla y considerarla en relación exclusiva con el caso previsto, que, en cuanto no se contrae segundo matrimonio, la condicional no debe considerarse ni siquiera como existente, duerme hasta entonces; y, en cambio, en el otro caso, en el de la primera solución, se aplica inmediatamente de fallecido el testador.

No existiendo expresión taxativa de la cuota usufructuaria -y así habrá de reconocerlo la demandada en la duplica- ni de inclusión tácita en esa primera parte de la cláusula, es de aplicar el artículo 815, artículo que conoce muy bien el testador como abogado en ejercicio.

La primera hipótesis lleva como premio a la conducta de la mujer la expresión de la liberalidad del testador en un amplio legado, en propiedad y para siempre, equivalente a la mitad de la herencia. La segunda hipótesis, o sea, la supuesta póstuma infidelidad de la esposa, lleva su sanción, su castigo, cual es el máximo de la pena que el testador puede imponerle: reducirla a lo que no puede quitarle: la cuota usufructuaria. ¿Cómo es posible pensar que lo que es sanción, castigo, en una, pueda entrar a formar parte de lo que es premio y liberalidad en la otra? El testador, al apremiar a su mujer, ha de expresar claramente cuál es el objeto del premio y no puede presumirse que quisiera hacerlo con lo que no dijo y menos que quisiera premiar con aquello de que no podía disponer para tal fin.

El testamento, entendido literalmente con arreglo a Derecho, en su cláusula tercera diría así:

«Lego en propiedad y para siempre a mi mujer -y aquí entra el artículo 815 a explicar la voluntad del testador, que es su misión cuando el heredero es mencionado como legatario y olvidado en la institución de heredero, para añadir- en pago de su legítima hasta donde el valor del legado alcance, los bienes siguientes: ...» Esa es la misión del repetido artículo, aclarar, explicar la voluntad del testador y decir: esto que te doy por este título de legado tienes que imputarlo en la legítima, te lo doy en pago de la misma.

Que este es el valor y alcance del artículo 815 lo hemos dicho ya en la demanda, fundados en la interpretación que a dicho precepto dio el Tribunal Supremo en las sentencias en aquella citadas y los tratadistas y comentaristas en aquella expresados; pero, a mayor abundamiento, aducimos esta nueva razón, innecesaria ya: El artículo 768 del Código Civil impone como consecuencia racional y lógica la interpretación que damos nosotros al referido artículo 815, ya que, si el primero establece que el heredero de cosa cierta y determinada es un legatario, o lo que es lo mismo, que las cosas ciertas y determinadas que se dan por título de herencia, serán consideradas como legados; es obligado que el segundo diga que ese legado paga legítima, pues de lo contrario actuaría el artículo 768 en forma capciosa en favor de los herederos de cosa cierta y determinada, induciendo a error al testador y atrayendo en favor de dichos herederos de cosa cierta, una segunda parte de la herencia, como si dijéramos, dos legítimas; y el Código no puede actuar nunca de cimbel o señuelo para cazar incautos.

II. Está clarísimo el sentido literal del testamento, que no es otro que el que dejamos expresado; pero aun en el supuesto negado de que no estuviese claro, si pudiese ofrecer duda, si pudiese entenderse que el sentido literal es el que pretende la demandada en el fundamento primero de su contestación, sobre él estaría la voluntad del testador, que aparece clara, a tenor del mismo testamento, según dispone el artículo 675, y que es la de que el testador no quiso dar a su mujer más que el legado para el caso de no contraer segundas nupcias. Y nos fundamos para decirlo en las siguientes razones:

1ª. Porque entender en forma opuesta el testamento es entenderlo contra Derecho, ya que, siendo le legítima del padre la mitad de la herencia y consistiendo el valor del legado en la otra mitad, para darle a la viuda la cuota, además del legado, habría que interpretar que el testador quiso perjudicar, a sabiendas, a su padre en su legítima; siendo abogado aquél y éste, no es lógico suponer que pudiese tener tal intención. Esto sería absurdo, y toda interpretación que conduzca al absurdo debe rechazarse, como dijimos en la demanda.

2ª. Porque es más natural y lógico interpretar que el testador no quiso dar la cuota a su mujer, aparte del legado, con lo cual no se contradice precepto legal alguno, por haberle dado el legado, que es mucho más que la legítima; que no interpretar su voluntad manifestándose contra Derecho y obligando a su padre a pedir reducción de las disposiciones que perjudiquen la legítima que le corresponde. No hay interpretación contra Derecho.

3ª. Porque interpretar como quiere la parte contraria equivaldría, en sus efectos, a incluir al cónyuge en la institución de herederos, o lo que es lo mismo, sería tanto como presumir una institución de heredero, la cual sólo puede tener lugar expresamente.

4ª. Porque dada la índole del legado, que consiste en muebles, fincas rústicas, urbanas y la mitad de los valores mobiliarios, se ve que el testador cumplió lo dispuesto en el artículo 1.061 del Código y hacía la participación de sus bienes entre sus herederos, adjudicando a su mujer en su legado, bienes de cada clase.

5ª. Porque el testador no sólo dio a su mujer la mitad de la herencia en cuanto a su valor, sino también en lo que respecta a la clase de bienes, pues le dio la mitad del valor de sus fincas

rústicas, en fincas de esta naturaleza; la mitad de sus valores; una casa de las dos gemelas que tenía en Pontevedra; el usufructo de la de Puente-Caldelas y además todos los muebles, dándole a su padre en compensación de éstos, una casa sita en Pontevedra, valorada en las particiones de autos en 1.500 pesetas.

6ª. Porque consistiendo el legado de su mujer en cosas ciertas y determinadas, teniendo en cuenta que el testador era abogado en ejercicio, es de presumir que le dio los bienes a título de legado y no a título de herencia, porque el Código en este caso, califica de legado tal disposición de bienes y por ello el testador empleó ya el calificativo legal.

7ª. Porque el testador quiso partir sus bienes, evitando disgustos y litigios entre sus personas más queridas y, a tal efecto, señala cuidadosamente los bienes que había de llevar su mujer, y todo lo demás, el resto de la herencia, después de los legados, era para su padre, o, en su defecto, para su hermano; sin que sea óbice a tal interpretación la consideración de no señalar bienes en que había de consistir el usufructo para el caso de segundo matrimonio de su mujer, ya que, llegado ese supuesto, habría perdido la viuda toda la estimación que merecía para el testador y su familia y se habrían roto los lazos que el testador podía apetecer que entre las personas de su mayor afecto se conservaran; y estaba bien seguro de que tanto su padre como su hermano sabrían defender sus derechos, por ser ambos abogados.

8ª. Porque el hecho de instituir heredero a su hermano y a los herederos de éste en igual forma que a su padre, en defecto de éste, revela bien a las claras que el testador no quiso dar la cuota a su mujer además del legado, para el caso de no contraer segundo matrimonio, ya que, de dársela, no podría su hermano ser heredero en igual forma que su padre, pues lo sería en menor cantidad, por ser mayor la cuota correspondiente a la viuda en concurrencia con su hermano, quedando así incumplido el artículo 774 y 780 del Código Civil, que dispone este último que el sustituto tendrá los mismos derechos que el sustituido; y para tener debido cumplimiento la voluntad del testador y el artículo expresado, es indispensable interpretar el testamento en el sentido de no querer el testador dar a su mujer, además del legado, la cuota usufructuaria, para la hipótesis de que no contrajera segundas nupcias.

9ª. El hecho de no otorgar nuevo testamento, no obstante haber transcurrido catorce años desde la muerte de su padre, indica asimismo que el testador persistía en su primera voluntad.

10ª. La proindivisión de los bienes de su padre con su hermano expresa también la voluntad del testador de no dar la cuota a su mujer si no se casa de nuevo, pues si quisiera dársela haría la partición con su hermano, para saber en todo caso sobre qué bienes habría de gravar el usufructo y no dejaría pendiente esa cuestión, probable motivo de disgustos entre su mujer y su hermano, sin que pueda objetarse que lo mismo sucedería si la viuda se casara de nuevo, pues el segundo matrimonio habría de romper todos los lazos que, como queda dicho, podía desear el testador que ligasen a los mencionados.

11ª. El hecho de señalar esto en propiedad, aquello en usufructo, al disponer el legado; el de mencionar la cuota para caso de segundo matrimonio, ponen de relieve que el testador no olvidó la cuota y, por tanto, que su intención era no dársela a su mujer para el repetido supuesto de no contraer segundo matrimonio, ya que, si no, lo hubiera expresado así.

12ª. Porque al instituir en el resto de la herencia heredero único y universal a su padre, no puede interpretarse que ese resto fuese menor de la mitad de la herencia a que su padre tenía perfectísimo derecho. Y para que la porción en que le instituye, ese resto, sea la mitad de la herencia, hay que excluir la cuota usufructuaria de esa mitad a sumar al legado y es necesario interpretar que la cuota iba comprendida ya en el legado.

Interpretando el testamento con arreglo al Código Civil, tampoco tiene derecho la demandada al legado y a la cuota, por las siguientes razones:

- a) Porque el testamento es Ley única en esta sucesión, como... se demostró en la demanda.
- b) Porque el testador no le dio la cuota mencionada, para el supuesto de no casarse.
- c) Porque le dio un legado superior a la legítima.
- d) Porque legado paga legítima.
- e) Porque teniendo el actor en la sucesión los mismos derechos que su padre, según la sustitución que se hace en el testamento, y equivaliendo el legado a la mitad de la herencia, es visto que la otra mitad era para su padre, y en virtud de la sustitución, para su hermano.
- f) Porque no es necesario para que el legado pague legítima que lo diga el testador, ya que lo dice el artículo 815, y así se desprende del 768, como queda demostrado, y así lo reconocen todos los autores y las sentencias del Tribunal Supremo, citados en la demanda, y lo sabía, además, el testador, como abogado.
- g) Porque para que fuese compatible el legado con la cuota, sería preciso que le diese expresamente uno y otra, pues no diciéndolo en el testamento, al ser mencionado en éste el cónyuge con un legado, entra en vigor el 815, que ordena que se impute el legado en la legítima.

Como esperamos que en la duplica tratará de interpretarse la voluntad del testador, hemos de advertir que, para hacerlo, ha de tenerse presente lo dispuesto en el artículo 657; es decir, deducir la intención del testador por el tenor del mismo testamento, del auténtico y no de otro que pueda forjar la fantasía de la parte adversa.

III. No es cierto lo que en el fundamento segundo se expresa de que la demandada conserve el derecho a la cuota usufructuaria, cualesquiera que sean las personas instituidas, pues al no serlo ella, y al no dársele expresamente la cuota repetida, habiendo sido mencionada por cualquier título en el testamento, como lo fue, entra en acción el artículo 815 y dice: ese legado paga legítima y has de imputarlo en el pago de ésta.

Del mismo fundamento nos interesa recoger ahora la afirmación de la parte contraria de que, conteniendo el legado la prohibición de enajenar los bienes durante quince años, no puede estimarse que dicho legado pague la legítima del cónyuge viudo, porque para ello sería preciso que no se impusieran limitaciones a la libre disposición del capital adjudicado. A esto tenemos que replicar que el artículo 838 del Código no admite tan sólo como forma de pago de la legítima del cónyuge la entrega de capital sino que admite también *los productos de determinados bienes* y es necesario reconocer que en el caso de autos los productos de los bienes en que el legado consiste le quedan completamente libres.

IV. En oposición al fundamento tercero de la contestación acerca de la manera en que ha de aplicarse el artículo 815, tenemos que manifestar que efectivamente no se trata en el testamento de mermar la cuota viudal, porque el testador le dio mucho más que ella, pues le dio el legado; pero tampoco quiso favorecerla más, no quiso pasar ni un céntimo más del legado. Pudo, si quisiera, darle toda la herencia para el caso de premorir su padre; pudo asimismo dársela en nuevo testamento durante los catorce años que mediaron entre la muerte de uno y otro; y sin embargo en el testamento que nos ocupa instituyó heredero, a falta de su padre, a su hermano y aún a falta de éste a sus herederos, en igual forma que a su padre. Su voluntad tuvo amplio

campo por donde extender su liberalidad para caso de la premoriencia de su padre; y no obstante su hermano es heredero único y universal, en igual forma que su padre.

No hay necesidad, repetimos, de que exprese el testador que el legado se impute en la legítima; la Ley completa su voluntad mediante el artículo 815; ese es su papel, como queda dicho, y así lo entienden los tratadistas y las sentencias del Tribunal Supremo en la demanda citadas.

Y contra esta doctrina pretende esgrimir la demandada un considerando truncado de la sentencia de 21 de febrero de 1900, por nosotros citada y explicada -que no sienta doctrina por ser única- y como criterio, si bien también favorece nuestra tesis, leído en conjunto el considerando, por ser heredero voluntario el demandante, fue rectificado por sentencias de 1917 y 1932, conformes ambas, que ratifican el criterio de la sentencia de 1895, y de todas las cuales también hemos hecho mención suficiente en la demanda.

Manifiéstase también de contrario que el cónyuge no tiene derecho a ser instituido, que sólo tiene derecho a su cuota y que por ello es indiferente que se nombre o que se omita en la cláusula institucional. A esto contestamos (sin entrar a discutir si tiene o no derecho a ser instituido) que es cierto cuando es preterido, cuando no se le menciona para nada en el testamento, pero no cuando se le da alguna cosa por cualquier título, pues entonces tiene que imputar lo que reciba por ese título en su legítima, como el tan repetido artículo 815 impone.

V. Es de tal importancia el artículo 815 en este pleito -aunque el testamento lo sea más- y de ello está tan convencida la parte adversa que, huyendo de él como del coco, se refugia en la teoría de negar que el cónyuge es un heredero forzoso, llamándole acreedor de cuota y buscando al propio tiempo el frágil amparo del artículo 873 del mismo Código. Mezquino refugio. Muy frágil es su derecho cuando tienen que apoyarlo sobre una base tan inconsistente.

El cónyuge viudo es un heredero forzoso y como tal se halla comprendido en el artículo 807 del Código Civil, y tiene derecho a suceder abintestato, cuestión resuelta y decidida en su favor tras largas discusiones entre conocidísimos tratadistas de Derecho civil. Como tal heredero forzoso ha sido considerado en múltiples sentencias del Tribunal Supremo y como tal heredero le está prohibido ser contador-partidor, según dispone el artículo 1.057 del propio Código Civil.

Argumenta la demandada que su cuota no figura en la sección del Código que trata de las legítimas, sino en sección especial. Tampoco figuran los hijos naturales, decimos nosotros, que tienen también su sección especial a continuación de la del cónyuge, en el mismo Código, y sin embargo tienen derecho a legítima y son herederos forzosos.

La cuota usufructuaria tiene todas las características de la legítima; podríamos reproducir todas las que mencionan los tratadistas de Derecho; el derecho de crédito no las tiene. La viuda es una heredera forzosa y no acreedora de cuota, pues entre un concepto y otro media toda la diferencia que hay entre un derecho real, como es el hereditario, y otro personal, cual sería el correspondiente al acreedor de cuota. Podríamos señalar muchas distinciones entre uno y otro; pero están al alcance de todos en cualquier obra de Derecho y por eso no lo hacemos.

¿Cómo confundirlas, si son términos antitéticos, miembros de una opuesta y principalísima división que de los derechos se hace?

Que el cónyuge viudo es un heredero forzoso lo afirman, entre otros, MANRESA, MUCIUS SCAEVOLA, CASTÁN, DE BUEN, VALVERDE, BURÓN GARCÍA, ALCUBILLA, MORELL Y TERRY, BUGALLAL, MARTÍNEZ RUÉ, NAVARRO AMANDI, la Enciclopedia Jurídica Española, etc.

No desconocemos que en sentencia del Tribunal Supremo del año 1906, en uno de sus considerandos, se dijo que el cónyuge viudo tiene, más bien que carácter de heredero, el de acreedor de cuota. Pero de esta sentencia dice el Sr. Manresa, al comentar el artículo 807, que se fundamentan a la resolución recaída. Nosotros añadimos que, siendo sentencia única, no puede sentar doctrina. Además, tal criterio ha sido rectificado por la sentencia de 31 de diciembre de 1907, confirmatoria, entre otras, de las de 8 de febrero de 1892 y 13 de junio de 1898, que sostienen que el cónyuge viudo es un heredero forzoso.

No es el cónyuge viudo, ya lo hemos dicho en la demanda, de mejor condición que los padres y los hijos y demás herederos forzosos. Y así como a éstos le es aplicable el artículo 815 en situaciones análogas, también tiene que aplicarse al cónyuge, y, por tanto, en el caso de autos, aunque contrarie los supuestos derechos de la demandada y sus deseos, así como los de sus defensores.

Y que es aplicable el artículo 815 al cónyuge, lo dicen también los comentaristas y tratadistas de Derecho, y vamos a limitarnos a citar tan sólo al comentarista Sr. MANRESA, por ser la suya una obra que no falta aun en la más modesta biblioteca de cualquier profesional. Al comentar los artículos 834 a 839 del Código, dice textualmente en uno de sus párrafos: «En cambio ha de estimarse aplicable el artículo 815 y con él el 817, a la legítima del viudo como a todas las demás, y por tanto, el cónyuge a quien el testador haya dejado por cualquier título menos de su legítima, sólo podrá pretender el complemento de la misma y no podrá reclamar la reducción de las disposiciones testamentarias más que en cuanto mengüen la porción forzosa que le corresponde. Todo lo cual no contradice el derecho del testador para disponer de la porción libre en favor del cónyuge, indicando únicamente que contra la voluntad de ese testador sólo puede pretenderse la legítima.

No hay, pues, porqué mencionar el artículo 873, ya que aquí no se trata de ningún acreedor del causante, ni tampoco invocar el artículo 1.037, pues éste no tiene aplicación, según el artículo 1.035, más que cuando concurra a la sucesión un heredero forzoso con otro que también lo sea, pero no cuando concurra el heredero forzoso con otro heredero voluntario, como lo es el demandante. Esto, claro está, partiendo del supuesto inadmisibles de que pudiese prosperar el criterio de la sentencia del año 1900 citada, referente al Marqués de la Vega de Armijo, y cuyo criterio, entendemos, y con todos los respetos lo decimos, que es abiertamente contrario al espíritu del artículo 815; y así también se desprende de lo dicho por el Sr. MANRESA, que acabamos de transcribir y de las sentencias de los años 1895, 1917 y 1932, que mencionamos ampliamente en la demanda.

VI. Nos hallamos conforme en absoluto con lo que afirma el fundamento quinto de la contestación a la demanda respecto a que, según los artículos 774 y 780 del Código, los derechos del demandante son iguales a los de su padre, si viviese. Pero no lo estamos en cuanto a la diferencia que establece entre los de uno y otro para terminar justificando, a su modo, el establecimiento del usufructo de la viuda sobre los bienes que deben corresponder al actor.

Ni D. Luciano Lois tenía por qué pedir reducción alguna, ya que su legítima la dejó el testador a salvo en el testamento, al dejarle todo lo que no sea legado, ni el actor tiene por qué sufrir gravamen alguno de usufructo, porque asimismo el testador dio a su mujer con exceso su legítima. Las legítimas están respetadas, están a salvo, como lo justifica la partición obrante en autos, la certificación del Sr. Liquidador del Impuesto de Derechos Reales en que constan los valores de la herencia del causante y la relación de los bienes del mismo, presentada en la Oficina Liquidadora ya dicha; y aun la oferta que hemos hecho a la demandada (en la demanda) de darle la mitad de la herencia en usufructo y veinticinco mil pesetas más, en usufructo también,

si renunciaba al legado; y cuya oferta no ha merecido siquiera de la demandada los honores de una breve alusión. Respetadas, pues, las legítimas, tiene que imperar sobre todo la voluntad del testador como Ley única de la sucesión.

VII. No interpreta bien la parte contraria nuestra petición en cuanto a la entrega de bienes, ya que la que pedimos no es la definitiva, con el carácter de dueño de los mismos, sino la provisional o posesión hasta terminar las operaciones particionales; es decir, hasta liquidar la sociedad de gananciales, pagar los legados y las deudas del causante; y así lo demuestra la demanda, cuando decimos en uno de sus hechos, que aspiramos, después de este pleito, a realizar amistosamente la liquidación de la sociedad de gananciales y demás operaciones necesarias. Si la sentencia que se dicte en este pleito estima nuestra petición, debe ser consecuencia indeclinable de ella la entrega de los bienes, con ese carácter, al que entonces sería ya único heredero, para que éste, a su vez, pueda entregar los legados, que es el único facultado por el Código para hacerlo.

Con esto, tras contestar a la reconvencción, que se estima superflua, se insiste en las peticiones de la demanda.

La duplica de la demandada reitera sus anteriores alegaciones: Para ella el testamento establece claramente la legítima en su favor, además del legado; y los hechos a que el actor confía la justificación de su tesis no pueden servir para desvirtuar la voluntad del testador «que no admite otra interpretación que la que se deduce de sus palabras». «Los numerosos abogados a quienes se enseñó el testamento preguntándoles si con arreglo al mismo Dña. P. en el caso de que se conserve viuda, tiene derecho, además del legado en su favor establecido, a la mitad de la herencia en usufructo, todos han contestado sin vacilación: ¿pero qué duda cabe? ¿Dónde está la dificultad?»... «El legado es además de la cuota usufructuaria».

Pasando por alto hechos intrascendentes -algunos introducidos ex novo- nos ceñiremos a los argumentos de mayor relieve, consignados en «Derecho».

«¿Cuáles son los derechos de la viuda en el supuesto de no casarse y cuáles en el de casarse? Si no se casa, sus derechos consisten en percibir un legado que se le hace con esa condición, y de percibir el usufructo, que es lo único que llevará si la condición no se cumple. En el supuesto de que el valor de los bienes legados y de la mitad de la herencia en usufructo sean los que expresa el actor, llevaría la viuda 38.720 pesetas como legado y 26.146 pesetas en usufructo, como legítima, sin perjuicio de las reducciones que pudieran ser necesarias si el padre hubiera sobrevivido al testador». (El subrayado no está en el original.)

«El ejemplo de las manzanas y de las naranjas sólo puede acoplarse al caso de autos sustituyendo la palabra “equis” por “mi mujer”. A ésta, a quien concede la ley cinco manzanas, se le legan veinte naranjas, con la condición de que no contraiga segundo matrimonio, y si lo contrae queda reducida a las cinco manzanas. Es preciso no olvidar que el testador no dice que para el caso de conservarse viuda su mujer le adjudique determinados bienes, sino que los lega con condición, que no es lo mismo. Es decir, que el legado sólo tiene lugar si la condición se cumple, pero no que con él se atiende a llenar la situación del porvenir de la mujer. Si se casa no tiene otro derecho que el de reclamar la cuota legal, pues desaparece el del legado.»

«No olvida el testador, que era abogado, el derecho de su cónyuge a la cuota usufructuaria, sino que hace expresa mención de ella. Al establecer el legado expresa una liberalidad a favor de su esposa, sin distinciones de ninguna clase, para que pueda entenderse que haya que tomarlo en pago o a cuenta de la legítima en usufructo. Por lo tanto, en la hipótesis normal de no contraer segundo matrimonio, llevará ese legado además de la cuota usufructuaria. En la otra hipótesis, pierde el legado y sólo puede reclamar la cuota.»

«El artículo 815 entraría, no a explicar la voluntad del testador, como dice el demandante, sino a garantizar los derechos del cónyuge viudo si el testador hubiera dicho: «Lego a mi mujer tales y cuales bienes, con los cuales la separo de mi herencia» para que ésta pudiera reclamar el complemento del usufructo viudal si el producto de los bienes legados no alcanzaba a satisfacerlo, o si el testador se hubiera limitado a establecer el legado y deducirse de otras cláusulas de la disposición testamentaria que era lo único que quería dejarle.» (Otra vez el subrayado es añadido aquí.) «La misión del artículo 815 no es aclarar ni explicar la voluntad del testador, sino garantizar los derechos de los herederos forzosos a quienes se deja menos de su legítima por cualquier título.»

«El artículo 768 del Código Civil dice, en efecto, que el heredero de cosa cierta y determinada será considerado como legatario y, cuando tiene aplicación el 815, el legado paga, en efecto, la legítima, sin perjuicio de la acción supletoria; pero la demandada no es heredera, sino legataria, de cosa cierta y determinada, ni estamos en el supuesto del artículo 815 para que haya de pagarse la legítima con lo adjudicado a título de legado.»

«II. Siendo el testador abogado, no podía querer perjudicar a su padre, a sabiendas, en su legítima, pues precisamente por ser abogado, sabía que no podía perjudicarle aunque quisiera. Si extremó la liberalidad con su mujer ya sabía que esa liberalidad sería limitada en cuanto perjudicase a un heredero forzoso. Por ser abogado sabía también la significación de la palabra legado y conocía el artículo 815 y como éste sólo tiene aplicación para garantizar derechos de herederos parcialmente preteridos, no cabe suponer que pretendiera dejar a su esposa en condiciones de verse obligada a utilizar acciones para completar la cuota usufructuaria si los productos de los bienes legados no alcanzaban a cubrir totalmente la mitad del usufructo de la herencia.»

«Tan natural y lógica es la interpretación de que el testador quiso dar a la viuda el legado además de la cuota usufructuaria, como la de que quisiera separarla con el legado. Ninguna de ellas es contraria al Derecho y no es necesario recurrir a esas interpretaciones, como supletorias de la literal, cuando ésta es perfectamente clara...»

«El haber mencionado el testador la cuota usufructuaria para decir que era lo único que podría reclamar su mujer si volvía a casarse, no es decir que no la lleve si no se casa.»

«El valor del resto de la herencia después de satisfacer el legado no puede servir de base para interpretar la voluntad del testador y las consecuencias que de ese valor puedan derivarse en cuanto a la legítima paterna no hacen decir al testamento cosa contraria a lo que dice, aparte de que, en concurrencia con un heredero voluntario, no existen motivos para entrar en consideraciones de ese orden, porque no pueden perjudicarse legítimas forzosas.»

En su tercer fundamento jurídico sigue la demandada argumentando que no necesita el cónyuge ser incluido en la institución de herederos para conservar su cuota «compatible con todas las disposiciones del testamento». La prohibición de enajenar impide interpretar que se haya hecho el legado en pago de legítima. Que esa cuota se paga con los frutos, el testamento no lo dice.

El cuarto fundamento se dedica a justificar la tesis de la demandada en torno a la sentencia del TS de 21-11-1900, de la que se afirma que fue ratificada por otras posteriores.

El quinto, insistiendo en la inaplicación del artículo 815 del caso, repite lo sustentado en la contestación a la demanda sobre la índole especial de la legítima del cónyuge y termina arguyendo:

«Parece, en efecto, que el reputado comentarista Sr. MANRESA sostiene de modo vacilante la

tesis de que el legado al cónyuge paga legítima si no se dice expresamente que el legado haya de imputarse en la parte libre. Esto quizá pudiera aceptarse si el cónyuge concurre con descendientes, porque entonces la cuota vidual se detrae de la parte destinada a legítima de los hijos (el tercio de mejora) y es natural que éstos obtengan la compensación en el tercio de libre disposición. Pero en concurrencia con ascendientes o con herederos voluntarios tanto los legados al cónyuge como su cuota usufructuaria se cargan a la parte de libre disposición (la mitad de la herencia en el primer caso y la totalidad en el segundo). Resulta violento aplicar el artículo 815 destinado a garantizar la integridad de la legítima a herederos forzosos, para favorecer, en definitiva, a un heredero voluntario, basándose en la sutileza de que el testador no diga expresamente que el legado con que favorece a su cónyuge se hace con cargo a la parte de libre disposición, cuando en realidad toda la herencia es de libre disposición.» Y de ahí la doctrina de la sentencia de 21-11-1900.

El fundamento VI compara, muy superficialmente, los efectos de la tesis del actor y demandada sobre los derechos sucesorios del padre del testador, si viviera. Y el VII -y último- quiere exonerar a la demandada de la obligación de entregar ni provisional ni definitivamente los bienes hasta no liquidarse la sociedad de gananciales.

Abierto el período de prueba, finalizó sin que ninguna de las partes hubiera propuesto que se recibiera en alguna de sus modalidades admisibles; para mejor proveer, con suspensión del plazo para dictar sentencia, se acordó practicar el avalúo de las fincas urbanas sitas en Pontevedra. Esto acontecía el 20 de mayo de 1942. Y casi un año más tarde -el cuatro de mayo del año siguiente- recayó la sentencia¹.

¹ *La diligencia para mejor proveer, que paralizó el pleito casi por un año, no se practicó. El 26-IV se acordó por otra providencia, dejarla sin efecto. ¿Qué se perseguía con ella? ¿Sólo justificar la mora? ¿Era lícito el cambio de la resolución ante lo dispuesto en el artículo 363 LEC? A mi juicio, aunque el precepto hable sólo de las sentencias, hay que referirlo a todas las resoluciones judiciales, pues todas, después de firmadas han de ser firmes y producir cosa juzgada formal. (En contra GUASP: **Comentarios a la LEC. I, Madrid, 1943, 987 ss.**)*

6. A SENTENCIA DE INSTANCIA

En su fallo desestima en todas sus partes la demanda y estima la reconvencción. Y en sus diez breves «considerandos» intenta justificar sus pronunciamientos con los argumentos que vamos a exponer.

El primer «considerando» se limita a transcribir la cláusula tercera del testamento, sin ningún comentario.

El segundo señala que el tema a decidir es puramente de Derecho (¿por qué, entonces, la diligencia para mejor proveer?) y que estriba en saber si la demandada tiene derecho a legado y legítima o sólo a legado.

El tercero, tratando de fijar una premisa deductiva, transcribe, sin más, el artículo 675 del Código Civil.

El cuarto, introduciendo la menor, dice textualmente:

«El contexto de la mentada cláusula testamentaria es tan diáfano, y el sentido literal de sus palabras tan claro y preciso que, sin temor a equivocación y de manera firme y segura, se puede concluir y declarar que la voluntad del testador al disponerla fue no privar a su mujer del legado que en ella le hace, dejándolo sin efecto, más que en el supuesto de que contrajera segundo matrimonio, en cuyo caso pasarían a los herederos del testador los bienes que comprende el legado, “sin derecho, por parte de la esposa de éste, a llevar de la herencia del mismo más que la cuota usufructuaria” y que si cumplía la única condición con que lo disponía, de que aquélla no volviera a casarse, entonces llevara el legado, que era lo que él voluntariamente y como un acto de especial liberalidad y prueba de afecto otorgaba a su favor, con más la cuota viudal, que forzosamente y por ministerio de la ley pertenecía en la herencia a la legataria; ambas cosas perfectamente acumulables y compatibles, ya que el testador no hizo mención de ninguna otra circunstancia ni distingo alguno por el que pueda deducirse que el legado había de ser imputado en pago o a cuenta de la expresada legítima de la demandada, y que de ser ese su propósito e intención, dada su condición de abogado, indudablemente lo revelaría y daría a entender así de algún modo que no originara el menor equívoco, en evitación de posibles litigios, siempre enojosos y perjudiciales para todos los interesados.»

El quinto, un prodigio de «claridad» y «perfección estilística», aduce:

«A dicha conclusión no obsta el hecho de que el testador no haya mencionado a su mujer en la cláusula institucional de heredero, porque ello no afecta a la inteligencia, en el orden de que se trata, de la cláusula discutida, que forzosamente ha de fijarse ateniéndose, según se deja hecho, al sentido literal de las palabras con que tan claramente aparece expresada, sino a la determinación de las personas que han de tenerse designadas, como sucesoras de su personalidad, por el difundo; además éste, sin incompatibilizarla con el legado, reconoce expresamente la cuota usufructuaria a su esposa, de la que él ya sabía que no podía privarle, aunque no lo hiciera, por ser indiscutible su derecho a dicha legítima, figurase o no entre los instituidos como herederos, en virtud de su condición de heredero forzoso en la forma y medida que señala la Ley, conforme al artículo 807 y sus relacionados del citado Código Civil; y, por otra parte, sabido es que, a diferencia de lo que ocurre con los herederos forzosos en línea recta, y según dispone el artículo 814 del susodicho Cuerpo legal no anula la institución de heredero la preterición del cónyuge viudo, que conserva los derechos que le conceden los artículos 834, 835, 836 y 837 del mencionado Código.»

El sexto lleva a su «climax» la coherencia y el vigor argumentativo del juzgador, pues dice:

«En el caso de que, confirmando la realidad de los números y cálculo que al efecto se hacen en los hechos 6º. y 7º. de la demanda, fuera cierto que, en el momento de otorgar el Don César Lois Vidal el testamento, los bienes del legado, con el usufructo de la cuota viudal, ascendiera su valor a lo que el demandante dice, y no pudiera pagarse en la proporción debida la legítima del padre del testador, caso de haberse causado y abierto entonces su sucesión, por ningún motivo se advierte que tal circunstancia pudiera constituir obstáculo que impidiera entender la cláusula de mérito en los términos antedichos, ajustándose a su construcción gramatical, que, por no ofrecer duda alguna, impide se recurra a elementos de interpretación supletorios, para deducir la voluntad del testador, y, en definitiva, lo que produciría sería la reducción por inoficioso, en cuanto perjudicara y menguara el importe de la legítima del padre del testador, del legado, en consecuencia con lo establecido en los artículos 817, 820 y concordantes del Código referido.»

Según el séptimo, «tampoco puede estimarse que el testador realizó, cual le era dable hacerlo, de acuerdo con el artículo 1.056 de la repetida ley sustantiva, la partición de sus bienes en el testamento de autos, como alega el actor en apoyo de su tesis, toda vez, para que tenga efecto dicho precepto, según Jurisprudencial, es preciso que el testador haya hecho uso de tal facultad concreta y determinadamente, expresando los bienes partibles y la distribución que haga de los mismos o indicando las reglas a que han de sujetarse con relación a todos y a cada uno de los herederos, circunstancias que en rigor no concurren en el indicado acto de última voluntad, en el cual el otorgante se ha limitado a disponer de los bienes de su herencia, acto jurídico muy distinto del que supone e implica la división de la misma, con lo que se evidencia la inaplicación al caso del artículo 1.061 del supramentado Código Civil; y lo mismo puede decirse del artículo 815, también invocado por el demandante en defensa de su reclamación, porque dicho precepto, que establece y regula la llamada acción *ad supplementum*, sólo rige -y ello aquí no sucede- cuando el testador deja al heredero forzoso, por cualquier título, menos de lo que le corresponde, facultándolo para pedir lo que le falta hasta completar su legítima, que no puede perder; y si bien es cierto que en el caso de que tenga aplicación tal artículo el legado paga la legítima, sin perjuicio de la acción supletoria, no lo es menos que, como declaró la Jurisprudencia en la sentencia de 21 de febrero de 1900, con cuya doctrina coincide sustancialmente, dados los antecedentes y circunstancias que la motivaron, la de la sentencia de 23 de abril de 1932, cuando la voluntad del testador se ha manifestado claramente en el sentido de reducir la participación del heredero en su herencia a lo que le manda y deja, menos de lo que le corresponde, pretiriéndolo parcialmente, lo dispuesto en el artículo 815, que obliga a completar la legítima, no impide que se respete la libre testamentifacción y que, por ello, la herencia forzosa se acumule a lo voluntariamente dejado por el testador».

El octavo, no más lúcido que los anteriores sienta»

«Si los dos primeros pedimentos de la demanda resultan, pues, improcedentes por razón de los anteriores motivos, la misma suerte corre el tercero, a causa de que, como ha opuesto la demanda, la disolución de la sociedad de gananciales, por fallecimiento de su marido D. César Lois, impone la necesidad de su liquidación para determinar el caudal y los derechos de cada uno de los cónyuges o de sus herederos y lo que constituye el verdadero haber de tal sociedad, estando subordinadas a estas operaciones, a tenor de lo preceptuado en el artículo 1.417 y siguientes del Código Civil referentes a dicha materia, las de división y adjudicación de los bienes de la herencia del referido causante; sin que, ínterin ello se realiza, y dada la circunstancia de hallarse la demandada en posesión de ellos, haya términos hábiles para aplicar el artículo 535 del mismo Cuerpo legal, al amparo del cual el demandante deduce la expresada petición.

El considerando noveno se refiere a la reconvencción, cuya procedencia (alega), sin que nada se precise exponer, queda evidenciada y virtualmente resuelta con lo anteriormente consignado. Y, por último, el décimo «salva» de las costas al demandante.

* * *

¿Qué juicio crítico debe merecer la sentencia de instancia? Aun reservando para más adelante un estudio sistemático del tema en su conjunto, no es posible pasar en silencio una resolución como la transcrita. Ya en 1943 cuando mi padre, con ojos de incredulidad, me la puso en las manos, sufrí tal decepción que mi vocación jurídica quedó tambaleándose. Me parecía intolerable que se consintiera a juez alguno sentenciar así. Al leer la contestación a la demanda, le había dicho a mi padre que toda ella estaba incurso en petición de principio (como él consignó en la réplica); pero que semejante sofisma persistiera en la decisión judicial después de haber sido denunciado, mi optimismo veinteañero no me permitía imaginarlo. ¡Tamaño vacío argumentativo me resultaba entonces inconcebible! Si algo rebosaban los escritos de mi padre eran razonamientos. Y sin uno solo, se los daba de lado, con desdén olímpico, sin más trabajo que acumular adjetivos de valor retórico y procedencia voluntarista. Como siempre, lo que afloraba aquí era el caciquil *sic voló sic jubeo, sit pro ratione voluntas*. Es decir: «Tengo el poder jurisdiccional, ¿para qué necesito argumentos?» Con hacer afirmaciones tajantes (el contexto es tan diáfano... el sentido literal tan claro y preciso, que sin temor a equivocación y de manera firme y segura...) y sentar supuestos dogmáticos (si cumplía la única condición... llevara el legado con más la cuota viudal, que forzosamente y por ministerio de la Ley pertenecía en su herencia a la legataria) parecía autodispensarse el órgano decisorio del capital deber de fundamentar con razones, vale decir, con argumentos persuasivos, el fallo. Si reputamos inadmisibles y nulas una sentencia sin «considerandos», ¿juzgaremos que es válida la resolución donde no se razona sino que, postulando lo que se debe demostrar, se aparenta, a lo sumo, un raciocinio que se pierde en pura soflama?

Para convencerse de hasta qué punto el juzgador, queriendo cohonestar un «prejuicio», lo ha convertido en único y obsesivo juicio, basta con detener la atención en el cuarto considerando. Quien lea desapasionadamente el testamento, tendrá que reconocer que si hubiera sido la voluntad del testador dar a su cónyuge, en el caso de conservarse viuda, el legado y la cuota a la vez, resultaría inexplicable, salvo bajo pecado de manifiesta temeridad, que no lo dijera de un modo directo y sin andarse por las ramas. ¿A qué vendría la reticencia? ¿Podría creer el causante, en tal hipótesis, haber dicho lo que se proponía con sólo lo que dijo? ¿Algo tan importante como el usufructo de un tercio o de la mitad de la herencia, lo dejaría un abogado en ejercicio a merced de las aleatorias interpretaciones judiciales? Aunque, por difícil que sea, querramos suponer que el testador, a los ocho años de práctica profesional, conservara todavía incólume la más candida fe en la justicia humana, nadie estaría legitimado para pensar que se hubiera tomado el trabajo de otorgar testamento para que, a fin de cuentas, tuviera un juez que decir por él lo que, si fuera su propósito, él mismo, ajeno a cualquier preocupación de economía verbal, lo hubiera dicho de plano y sin elipsis. ¿Lo calló? ¡Pues se podrá discutir si su silencio fue deliberado o fruto de un descuido; pero si faltan pruebas para sospechar esta última posibilidad, urge presumir la primera: ¿Podremos suponer “porque sí” que un abogado quisiera sobreentender en su testamento cláusulas importantes cuando tiene que estar harto de saber que las medidas palabras son caldo de cultivo para los pleitos?

Esta argumentación, que, desde el punto de vista psicológico, tiene, sin duda, cierto valor persuasivo, fue ya esgrimida por el actor en pro de su tesis, sin que al juez le hubiera parecido atendible. Sin embargo, la emplea ahora el magistrado, retorciéndola, con la pretensión de justificar lo contrario. ¡Y véase cómo transparece su inconsecuencia! «En evitación de posibles litigios» -arguye- y «dada su condición de abogado», «el testador, de ser ese su propósito» «daría a entender... de algún modo que no originara el menor equívoco»... «que el legado había de ser imputado en pago... de la legítima». Pero ¿es que no era mucho más esencial conceder inequívocamente la legítima misma junto con el legado? ¿Que la legítima ya la da la Ley? ¡Verdad a medias! ¡La da la Ley, cuando el testador, por cualquier título, no la ha igualado o sobrepasado en sus mandas; porque si la ha sobrepasado o ha cubierto su valor exacto no cabe accionar para pedir ningún complemento ni, muchos menos, para postular extratestamentariamente el adiciónamiento de la legítima íntegra!

Según el criterio judicial, el testador está obligado a algo más que a retribuir a los herederos forzosos con sus correspondientes legítimas: está obligado a puntualizar que los que les deja se lo deja con este fin, porque, si no, y pese al artículo 815, la legítima restará impagada. ¡Donosa doctrina, abiertamente contraria al Código, la Jurisprudencia y al sentir de los especialistas!

Para que resalte aún más la falta de lógica en la fundamentación de la sentencia, su desintegración en contradicciones, comparemos lo que se asevera en el cuarto y en el quinto considerando. En el considerando cuarto, si la esposa no se casaba, recibía el legado, «que era lo que voluntariamente otorgaba a su favor, con más la cuota usufructuaria, que forzosamente pertenecía en su herencia a la legataria. Esto último se deducía -según el juez- por no haber hecho el testador mención de que debiera tomarse en pago de legítima. En cambio, en el considerando quinto, se nos presenta al causante reconociendo expresamente la cuota usufructuaria a su esposa. ¿En qué quedamos? ¿No se advierte en esta afirmación, empecinada y voluntarista, el empeño por desentenderse de la obligación de razonar el fallo? ¿Cómo se atreve el juez a sostener que en el testamento es otorgada la cuota de un modo expreso? ¡He ahí la descarada petición de principio! Se supone, primero que hay que entender que se la da (¡y esto es, justo, lo que se discute!); pero enseguida la sugestiva confabulación se impone y le hace ver la cuota como algo que resulta explícitamente del testamento por el sentido literal de las palabras empleadas.

No paran aquí las incoherencias. En el considerando cuarto se hace jugar como principio exegético el propósito del testador de evitar posibles litigios. En el sexto, por el contrario, se olvida el magistrado de semejante cautela y no atribuye la menor importancia al absurdo jurídico de tener que reducir, por inoficioso, el legado de la viuda, en el caso de que hubiera sobrevivido el padre del causante. Antes era argumento la necesidad de evitar un posible pleito; ahora no lo es el que así resulte inevitable. ¡Magnífica resignación a lo ilógico!

Otra muestra galana de la comprensión jurídica del juzgador se delata también en el considerando cuarto. Para llegar a la conclusión que quiere extraer, el juez no vacila en convertir en suspensiva una condición que es paladinamente resolutoria. Dice, en efecto, el considerando: «La voluntad del testador al disponer la (cláusula) fue no privar a su mujer del legado que en ella le hace, dejándolo sin efecto, más que en el supuesto de que contrajera segundo matrimonio, en cuyo caso pasarían a los herederos del testador los bienes que comprende el legado, “sin derecho, por parte de la esposa de éste, a llevar de la herencia del mismo más que la cuota usufructuaria y que si se cumplía la única condición con que lo disponía, de que aquélla no volviera a casarse, entonces llevara el legado, que era lo que él voluntariamente y como un acto de especial liberalidad y prueba de afecto otorgaba a su favor, con más la cuota vidual, que forzosamente

y por ministerio de la Ley, pertenecía en la herencia a la legataria»...

La ligereza es manifiesta. Como apostillaba mi padre en sus comentarios a la sentencia, el juez malentendiendo la condición: otorga el legado, si se cumple la condición de no casarse. Lo dispuesto entraña cosa muy distinta: perder el legado si se contrae nuevo matrimonio. «Si la condición fuese como dice la sentencia, la viuda no llevaría el legado nunca: lo llevarían sus herederos, pues la certeza de haberse cumplido la condición sólo se obtendría con su muerte».

Es verdad que si la condición fuera suspensiva, al no recibir la viuda el legado pendiendo la condición, tendría sentido postular entre tanto para evitar su desheredación fraudulenta (o una exégesis en detrimento del beneficiario legal), su derecho, fácilmente cuantificable, a la porción legítima. Mas siendo resolutoria la condición y sobrepasando el legado la cuota viudal, no cabe presumir extratestamentariamente que tal alícuota venga sobrentendida, máxime cuando para ello sea menester sacrificar otra legítima de mayor rango. El artículo 815, a simultáneo con la acción pro suplemento de legítima, sienta también, a contrario sensu, una regla interpretativa inexcusable: el heredero forzoso, perjudicado, puede decir que se le complete su legítima; cubierta ésta, ¿en qué se fundará su acción? El testamento goza del favor de la Ley: se supone correcto. El legitimario que se crea perjudicado, debe probar como título legitimativo, que su porción sucesoria no cubre la legítima.

Todavía corrompe la sentencia otro supuesto erróneo: imaginar que ni siquiera una sucesión testamentaria cabal excluya la legítima. El juez pretende que la cuota de la viuda se superpone al legado establecido por el testador, porque aquélla ya le pertenece en la herencia a la legataria «por ministerio de la Ley». Es decir, el causante concede el legado como liberalidad y sobreentiende la legítima, pues la sabe reservada a su esposa. El yerro es patente: el régimen sucesorio del Código finca sobre el principio contrario. Si existe testamento válido y completo, la sucesión se defiere según él y las normas públicas supletorias no intervienen. En cambio, si por alguna causa surge deficiencia, tendrá lugar la sucesión legítima; pero «*solamente respecto de los bienes de que no (se) hubiese dispuesto*» (arts. 658 y 912).

Así, pues, un testamento como el presente, donde hay un heredero instituido y, por tanto, se ha dispuesto de todos los bienes hereditarios, ¿cómo podrá soportar una norma no subsidiaria entrometiendo la sucesión legítima?

Centremos ahora nuestra atención en el considerando quinto. Se inicia sosteniendo que es irrelevante para la interpretación de la cláusula discutida no haber instituido heredera a la esposa, ya que el sucesor a título universal no es más que un continuador de la personalidad del causante. Pero, aparte el anacronismo doctrinal, el desacierto hermenéutico rechina. El heredero, pese al juez, amén de la persona a quien confía el testador, en último término, la ejecución de su voluntad (arts. 911, 902 y complementarios), es el receptor universal de los bienes hereditarios. Resulta claro, pues, que la institución de heredero entraña la atribución de cuantos bienes relictos no hayan sido expresamente legados. Por ello, el silencio en torno a la cuota usufructuaria cuando ya se ha dispuesto una manda a la esposa, tiene, por fuerza, que interpretarse como denegación, con imputación obligada del legado en la legítima.

Error más arbitrario se comete aún al manifestarse que, según el sentido literal de la cláusula litigiosa, consta ya el propósito de adicionar la legítima, si la viuda permanece tal. Por el significado exacto y propio de las palabras empleadas y las reglas de la gramática, el testador otorga el legado a la esposa, mientras no se case. Si lo hace, nada más que la cuota usufructuaria. Que esta última frase fuera un modo de dar a entender que en la primera alternativa quedarán implicadas ambas cosas es algo que de ninguna manera puede darse por expresado literalmente,

sin hacer violencia sobre el contenido semántico. A lo sumo, podría inferirse esa intención como larvada (contra el art. 675), si el testador, como el juez, creyera la legítima de su cónyuge de forzosa transferencia extratestamentaria. ¡Y eso no cabe presumirlo!

Tampoco el considerando sexto tiene fuerza de convicción. Rehuyendo visiblemente los números y cálculos de la demanda -que no se discuten-, el juez intenta desvirtuar sus efectos encerrándose en su obstinada afirmación de que, por tratarse de un sentido literal que no admite duda, no procede recurrir a elementos interpretativos supletorios. Si viviera el padre del testador, habría que reducir, si acaso, el legado, por inoficioso; pero eso, para él, carece de importancia... Ahora bien, ¿puede creer sinceramente el juez que el pleito actual hubiera podido existir si el padre del causante no hubiera premuerto? ¿Sería concebible que la viuda mantuviera entonces sus mismas pretensiones? ¿Para ganar qué? ¿No repugna la idea?

El considerando séptimo de tan desafortunada sentencia no mejora su habitual flojedad. Para demostrar que el testamento de autos no era, a la vez, un acto particional, se limita a invocar la Jurisprudencia -así, en abstracto- que vinculaba, a su juicio, la aplicabilidad del artículo 1.056 a que el testador hubiese hecho uso de las facultades conferidas concreta y determinadamente. Y claro que, en una ocasión más, se incurre aquí en círculo vicioso. La cuestión sobre si había tenido, o no, lugar el acto particional en el testamento de mi tío, implicaba un juicio de existencia, no de esencia; de hecho, no de Derecho. Es decir, había que preguntarse si el causante había repartido, o no, en su testamento todos sus bienes. Si las reglas distributivas sentadas por él implicaban una adjudicación exhaustiva del caudal relicto entre todos los legatarios y herederos, la partición quedaría efectuada, con independencia de cualesquiera pronunciamientos jurisprudenciales. Pues el ser o no ser, el que una cosa exista o no exista no cambia por conjuros verbales ni se doblega ante las dogmáticas declaraciones de los más endiosados poderes de este mundo. El tema en torno a la partición había, pues, que ventilarlo de hecho: ¿distribuía el testamento todos los bienes hereditarios entre todos los nombrados por él? Si sí, quedaba hecha la partición. Si no, había aún que hacerla. La tesis de mi padre era afirmativa. Mi padre arguyó reiteradamente en sus escritos que el patrimonio del causante quedaba íntegramente repartido entre los legatarios y él. Separados lo legados -que por su propia naturaleza recaen sobre bienes particularizados, que se identifican y segregan-, con que haya un único heredero universal, la partición queda operada inevitablemente, porque el resto de la herencia le es deferido a él. Ningún bien permanece, así en régimen de atribución incierta. ¡Todo lo que explícitamente no se haya legado, tiene que discernirse al heredero! Ó sea: se presume que las cosas no legadas forman en la universalidad que hace suya quien (en palabras del juez) continúa la personalidad jurídica del causante. Por tanto, el heredero no tiene que probar que un bien de la herencia le pertenece. Quien afirme que consta un bien legado a su favor, debe pechar con la carga de acreditarlo.

7. LA SENTENCIA DE APELACIÓN

La dictó la Audiencia Territorial de La Coruña en 14 de julio de 1944. Sus considerandos son del tenor siguiente:

1º. «Al estudiar la cuestión esencial debatida en el presente pleito, cual es, si la demandada, en virtud del testamento de su marido D. César Lois, y más concretamente de lo dispuesto en su cláusula tercera tiene derecho a llevar de la herencia del mismo además del legado, la cuota usufructuaria que la Ley señala en concurrencia con el instituido heredero, la primera consideración que se ofrece al juzgador es, que aun cuando las partes sostienen que basta atenerse al sentido literal de dicha cláusula para conocer la voluntad del testador, es de tener en cuenta que la disparidad entre aquéllas nace de una falta de declaración expresa del testador en orden a si la viuda debe o no recibir su cuota legal en el caso de no contraer matrimonio, es decir, que estamos en el caso sabiamente señalado en la sentencia del TS de 6 de marzo último, de cláusula en algún punto inexpresiva que a tanto equivale la falta indicada, determinante de una duda que procede y debe ser aclarada utilizando al efecto los oportunos instrumentos de interpretación, que nos permitan conocer cuál haya sido la voluntad del testador, siempre claro está, partiendo según se sostiene en dicha sentencia de las propias declaraciones del documento testamentario.»

2º. «Haciéndose obligado para interpretar debidamente la voluntad del causante atenerse a la situación existente cuando otorgó su testamento, obsérvase en primer término de la simple lectura de sus cláusulas y en relación a uno de los argumentos principales de carácter interpretativo esgrimidos por el actor, que en ninguna de ellas se indica -ni alude siquiera- cuáles sean los bienes que constituyen su herencia, ni la cuantía de la misma, limitándose únicamente a fijar los que han de constituir el legado de su mujer, siendo de advertir que del señalamiento de bienes que se hace en la demanda como pertenecientes al testador, lo único que procede deducir al respecto, al no ser contradicho aquél por la parte contraria -que no debe olvidarse no rebate el aludido argumento del demandante por estimar que es ineficaz para interpretar la voluntad del causante- es que los mismos formaban parte del patrimonio del testador, pero no que fueran los únicos que tuviera, y en consecuencia, al no aparecer acreditado cuál fuere su caudal al tiempo de otorgar su testamento no puede admitirse con la obligada certeza que no dejare, aparte de los que constituyen el legado a su mujer y los que por legítima correspondieran a su padre, los bienes suficientes para que tal legítima no se viera gravada con la cuota legal perteneciente a la viuda.»

3º. «Significando en realidad todo legado el deseo del testador de conceder un regalo o merced al por él favorecido en su testamento, cuando lo es un heredero forzoso obligado se hace reconocer que su voluntad no puede ser que tal legado sea imputable a la legítima que al legatario le corresponda, a no manifestar expresamente lo contrario, circunstancia ésta por cierto que no se da en modo alguno en beneficiar en el máximo a su mujer y esto admitido, bien se deduce la inoportuna aplicación al presente caso de lo dispuesto en el artículo 815 del Código Civil, invocado por el actor y tan discutido en autos, aplicable únicamente cuando el testador deja al heredero forzoso por cualquier título menos de lo que le corresponde, facultándole para pedir lo que le falte hasta completar su legítima, por lo que sólo puede tener lugar cuando por el causante se hubieran desconocido los derechos legitimarios del legatario o expresamente hubiese indicado que separaba a su heredero con los bienes legados; mas no, cuando el testador, reconociendo esos derechos legitimarios, favorece con un legado a un heredero forzoso ya que en este caso el imputar tal legado a la legítima sería contrario, según queda indicado, a la

manifiesta intención del causante de beneficiarlo en relación a los demás herederos, criterio éste no contradicho por el que sostiene la sentencia de 16 de enero de 1895 y que ampara por modo concluyente la de 21 de febrero de 1900 en la que, resolviendo el extremo esencial que nos ocupa en forma perfectamente aplicable al presente pleito, se sienta en su quinto considerando la doctrina de que cuando la voluntad del testador no se manifiesta claramente en el sentido de privar a los herederos forzosos de su legítima, “el artículo 815 no impide y el 1.037 expresamente sanciona, que se acumule con lo que corresponda a la herencia forzosa lo voluntariamente dejado en testamento”, no siendo de olvidar respecto a la salvedad que se hace en el expresado considerando y por lo que hace relación al caso actual, la voluntad clara del testador de beneficiar en lo más posible a su mujer y la circunstancia de que ésta, en la herencia del causante, concurre solamente en primer término con el padre del testador, o sea, con un heredero forzoso del mismo.»

4º. «Relativamente al alcance que se da en la demanda a la sustitución hecha por el testador del heredero instituido, en favor de su hermano Manuel, el aquí demandante, es de hacer notar, no sólo que el testador no podía disponer por testamento en favor de su expresado hermano y sustituyente a su padre más de lo que dejó a éste voluntariamente, sino que el causante designó a su padre heredero universal de la herencia después de pagar los legados y en igual forma o sea en lo que resta de la herencia, instituye a su hermano, siendo por lo tanto iguales los derechos del que resulte ser heredero en cuanto derivan del testamento, pues a uno y otro corresponde la totalidad de los bienes de la herencia no comprendidos en los legados, sin que ello impida que esos bienes sean gravados en lo necesario con el usufructo que a la viuda corresponde conforme a los artículos 836 y 837 del Código Civil.»

5º. «El artículo 815 del Código Civil, único fundamento legal en que basa la parte actora el tercer pedimento de su demanda, es manifiestamente inaplicable al indicado fin, especialmente por lo que respecta al legado de la viuda del testador, dado que ésta tiene ya en su poder los bienes que constituyen el mismo y sería absurdo que volviesen al heredero para que éste a su vez se los entregara a la legataria, y en general y en cuanto a todos los bienes de la herencia del causante en que al presente está en posesión la demandada procede asimismo desestimar el indicado pedimento del actor en atención a las acertadas razones de orden legal que se exponen en el considerando octavo de la sentencia apelada.»

(El sexto considerando exime de costas y el 7º. carece de trascendencia para el tema litigioso.)

* * *

Comparadas las dos sentencias, salta a la vista la superioridad de la dictada en segunda instancia. Es más coherente y está mejor escrita. Sin embargo, dista de tener fuerza de convicción. Sus argumentos resultan confabulados para el fallo, no son las razones del fallo. Lejos de proceder sin acepción de personas, hay una opción preferencial de entrada, que determina una conclusión voluntarista “flotante”. A la tesis categórica del juez de instancia de que las cláusulas testamentarias, indubitables, no consienten el recurso a los instrumentos interpretativos, la Audiencia opone la propia disparidad de las partes respecto al punto controvertido, por falta de una declaración expresa en orden a si la viuda debe o no recibir su cuota legal en el caso de no contraer matrimonio. El juez inferior había encontrado en el testamento una declaración explícita en favor de la acumulabilidad. El Tribunal de apelación nota la ausencia de un pronunciamiento

testamentario sobre este extremo; juzga la cláusula implícita y trata de averiguar la intención del testador según lo que se infiera del testamento.

¿Es correcta la actitud de la Audiencia? Veámoslo.

Si las partes se muestran conformes -como reconoce la sentencia- en que basta atenerse al sentido literal de una cláusula testamentaria para conocer la voluntad del testador, ¿es lícito al Tribunal, más allá del texto, investigar una presunta intención recóndita del causante? La respuesta depende, naturalmente, de la índole fáctica o jurídica del problema, puesto que la coincidencia en los hechos vincularía al Tribunal mientras que sería irrelevante la identidad en la interpretación jurídica. La cuestión -atemática para el Tribunal- es preinterpretativa, en realidad; es decir, de puntualización sobre el objeto litigioso y, por ende, pertenece al orden dispositivo, a merced de lo que quieran las partes. No debería, pues, la Sala propasarse a la interpretación cuando ambas partes entienden de consuno que debe solventar la duda sin desbordar las expresiones textuales.

Supongamos, no obstante, que la cláusula testamentaria (sometida, por ejemplo, a encuesta entre personas desinteresadas) engendrara verdaderas dudas. ¡Ni aun así sería admisible el veredicto del Tribunal! ¡La Audiencia prejuzga, porque pasa por alto, en favor de una parte, la teoría de la carga de la prueba!

En efecto; al revés que el juez inferior, la Sala reconoce la virtualidad del principal argumento exegético -precisamente el de índole matemática- esgrimido por el actor, cuya efectividad sortea objetando que no aparece acreditado cuál fuera el caudal del causante al tiempo de otorgar testamento. Esto equivale a volcar sobre el demandante la carga de la prueba respecto a un hecho alegado, documentado, readucido y requeteconstatado en las actuaciones del único modo posible (ya que la demostración negativa de «no existir otros bienes que los inventariados» es diabólica y no puede ser exigida al actor) sin contradicción de la demandada (¿cómo reconoce la propia sentencia!). Y si bien ésta trata de excusar su sospechosísimo silencio parapetándose en una supuesta inocuidad del argumento, éste es un juicio parcial y oportunista que hay que asumir con todas sus consecuencias. Cuando la Sala estima que este juicio es erróneo, no puede, sin romper el necesario equilibrio entre las partes, exonerar a una del gravamen legal de confirmar o negar llanamente los hechos. La ficta confessio está detrás de las evasivas para urgir el deber de veracidad. Si una parte no lo cumple, tanto peor para ella. No es justo, pues, olvidando su reticente actitud, echar sobre la contraria, que ha jugado limpio, una complementaria comprobación negativa que la lealtad ajena hubiera hecho ociosa. La carga de la prueba o (como se sabe desde Rosenberg) las consecuencias de la falta de prueba tienen que pesar sobre los responsables del defecto, no sobre el litigante que ha traído a los autos documentos idóneos para justificar lo que afirma de un modo positivo. Si algún bien llegase a faltar de la enumeración ¿le resultaría difícil a la demandada mencionarlo? Opta, no obstante, por callar y por quitar importancia al argumento... ¿No es acaso sintomática su actitud? ¿Pues cómo la Sala, en un extremo tan vital, puede cohonestar la visible argucia de una parte, dañosa para la otra, porque la primera se limite a manifestar, con error que se le reprocha (¿y error de Derecho, no de hecho!) que el argumento del demandante es ineficaz para interpretar la voluntad del testador? ¿No equivale semejante contemplación a dar por buena, porque sí, la escapatoria de la demandada y sólo por esta «salida» convenienzuda de la misma desentenderse de sólidos documentos del actor, consentidos y aprovechados ya de contraria?

Si la Sala no quiere aplicar con fidelidad a la tradición la doctrina de la *ficta confessio*, escudándose en el inconsecuente “podrán” del artículo 549 de la LEC, adopta jurídicamente una posición de dudosa congruencia; pero inatacable, siempre que la benignidad que le muestra a uno

de los litigantes no redunde en detrimento injustificado para el otro. Lo que la Sala no podría nunca hacer con Justicia es valorar una reticencia como verdad, pese a su carácter gratuito, y en su virtud imponer a la contraparte la carga de una demostración imposible.

Amén de todo esto, si la Sala tuviera aún dudas sobre el punto crucial de si los bienes reseñados en la demanda son, o no, los únicos que tenía el testador a su muerte, ¿qué debería hacer en Derecho? Si una parte afirma y aporta documentos probatorios con los que estuvo conforme la contraria en lo que la benefició (el pago de derechos reales), ¿qué procede que haga el Tribunal, en vista de sus actuales evasivas? ¿Disculparla, otorgando credibilidad a sus propias argucias? Eso entraña desequilibrio de trato y acepción de personas y no es compatible con la justicia formal. Entonces, si no se quiere recurrir al principio de la *ficta confessio*, por estimarlo sanción excesiva, el remedio imparcial lo tiene la Audiencia bien a mano: el recurso a las diligencias para mejor proveer. Podría perfectamente la Sala llamar a confesión a la demandada y urgirle un pronunciamiento explícito y categórico sobre el tema dudoso: ¿son, o no, los bienes reseñados en la demanda los únicos que poseía el testador a su muerte? Y si afirmase que no, que citase alguno de los omitidos... Con esta sola precaución, el Tribunal hubiera dado cumplimiento al sabio consejo de las Partidas (L. 11, T. 4º., 111.a): «ser acuciosos los juzgadores en puñar de saber la verdad del (pleito) por cuantas maneras pudieren». Y se hubiera ahorrado un juicio tan manifiestamente precario.

Por lo demás, aunque pudiera haber sido más claro, según es obvio, el testamento resulta suficientemente expresivo. La declaración adicional que la Sala le pide al testador entrañaría redundancia y en buen castellano no es precisa. El pronunciamiento sobre si la viuda debe, o no, recibir su cuota legal en el caso de no contraer matrimonio, echada de menos por los magistrados, sólo puede considerarse omitida si se presume que el testador quería dar la cuota, además del legado. Sin esta suposición, el silencio en torno a la cuota tiene que ser equivalente a no dársela. Y no únicamente porque la voluntad del testador no valga inexpresa (formalismo de los actos testamentarios), sino también porque constriñe a esta equiparación el artículo 815. Pues no debe olvidarse, como puntualiza Mouzo, que la proposición allí articulada, por obligada comprensión lógica, tiene que valer también *a contrario sensu*.

8. RECEPCIONES DOCTRINALES DE LA SENTENCIA EN APELACIÓN

En enero de 1946, la *Revista General de Legislación y Jurisprudencia* publicaba un estudio de Amadeo DE FUENMAYOR bajo el título *Acumulación en favor del cónyuge viudo de un legado y de su cuota usufructuaria*. El trabajo de FUENMAYOR, inspirado en la sentencia de apelación que acabamos de comentar, se inicia por un resumen de los hechos, una transcripción de la sentencia de la Territorial y una interesante tentativa de interpretación respecto a la cláusula litigiosa. Tras esto, Fuenmayor, generalizando el supuesto concreto, propone una nueva fórmula conciliatoria para superar los antinómicos principios que parecen inspirar los artículos 1.037 y 815 del Código Civil.

Analícemos sucintamente las principales tesis del sugestivo estudio.

Por lo que atañe a la interpretación del testamento, FUENMAYOR subraya en el legado tres elementos grávidos de intención: 1. Estar sometido a la condición potestativo-resolutoria de no contraer nuevas nupcias; 2. hallarse afectado por una prohibición temporal de disponer; 3. prevenir el incumplimiento de la condición y fijar para tal caso los derechos hereditarios de la viuda. Por la combinación de estos tres elementos resalta llamativamente la voluntad del testador.

«Por virtud del testamento, queda la viuda colocada ante una disyuntiva, cuyos términos puede elegir *ad libitum*: o contraer nuevas nupcias, recibiendo sólo su legítima, o permanecer en estado de viudez y recibir el legado.»

«El testador previno frente a la viuda todos los supuestos y tuvo presente, sin duda alguna para todos ellos, la cuota legal. Cierto que de ésta sólo habla para el caso de que la viuda contravenga su deseo de no volver a casarse, pero cierto también que la mención de esa cuota legal en el supuesto del incumplimiento, significa que no pensaba el causante que la viuda pudiera pretender la acumulación de la misma con el legado.»

«De lo contrario, ¿para qué establecer esa cláusula penal?»

«Si el testador quería atribuir a un tiempo la legítima y el legado, la cláusula penal sobraba en absoluto, pues entonces en vez de decir “todo ello con la condición de no contraer nuevas nupcias, en cuyo caso solamente percibiría la cuota legal”, hubiera dicho lisa y llanamente: “todo ello con la condición de no contraer nuevas nupcias”. El juego de la condición resolutoria era más que suficiente para que, perdiendo el legado, alcanzara la cuota legal que también quería reconocersele.»

«Se dice en la sentencia transcrita que es preciso acudir a los oportunos instrumentos de interpretación por tratarse de una cláusula testamentaria inexpresiva en un punto de importancia, cual es si la viuda debe o no recibir su cuota legal en el caso de no contraer matrimonio.»

«Pero si achacamos al testador su falta de previsión sobre este punto relativo al supuesto de cumplimiento de la condición, deberemos también achacarle su excesiva previsión, dentro del otro supuesto de que la condición se incumpla, al establecer una cláusula penal que bien podía haberse omitido, en cuanto sin ella se hubiera llegado a resultados idénticos.»

«Dice la sentencia que falta una pieza en el testamento, nosotros añadimos que siguiendo su interpretación resulta además que nos sobre otra pieza.»

«¿Acaso no será que ni sobra ni falta, sino que el testador la colocó en su sitio y nosotros no

acertamos a encajarla donde debe estar?»

Por lo que se refiere al tema general, subyacente a la cláusula testamentaria, de si el silencio sobre la legítima cuando se ha hecho un legado que la supera en valor ha de subsanarse presumiendo la subsistencia de aquella (reconducción a la hipótesis del artículo 1.037) o si, por el contrario, atribuyendo la primacía a lo dispuesto en el artículo 815, condicionar la acumulabilidad a una manifestación explícita del causante, FUENMAYOR, tras rechazar las opiniones divergentes de autores como SÁNCHEZ ROMÁN, CHARRIN y ROCA SASTRE, por considerar poco sólidos sus argumentos, propone, por su parte, una nueva tentativa de concordancia entre ambas disposiciones. Según él, la interpretación del artículo 1.037 ha de efectuarse dando por supuesto que contiene una referencia implícita a un concurso de herederos forzosos. Por varios motivos. Unos, sistemáticos: (emplazamiento de la regla en la sección que el Código dedica a la colación en sentido estricto; contigüidad y simetría, así como asociación, en paralelismo antitético con el artículo 1.036, relativo a la colación de donaciones); otros motivos históricos (el art. 1.037 se tomó del art. 882 del Proyecto de 1851, desdoblándolo; el cual, en su primera parte admitía que el ascendiente pudiera dispensar de la colación a sus descendientes -legitimarios, por tanto- de un modo expreso; y en la segunda, eximía de la colación a las mandas testamentarias, salvo prevención en contrario del testador. Pero como aquí seguía sobreentendiéndose la hipótesis del concurso de legitimarios, hay que presuponer que el desdoblamiento y transvase al Código Civil no ha modificado la asunción inicialmente postulada).

Restan, por último, motivos de coherencia lógica y economía normativa, porque, si no se limita la aplicabilidad del artículo 1.037 al supuesto de concurso entre legitimarios, se priva de sentido al artículo 815, también fundamental dentro de nuestro sistema sucesorio. Para que ambos preceptos cumplan una función y no degeneren en antinomia sugiere Fuenmayor que el 1.037 no se vaya a extremar aun en la exégesis, como, por ejemplo, lo hacia MUCIUS SCAEVOLA al exigir que hubiera de ser expresa, para ser válida, la disposición en contrario del testador; sino que, guardando fidelidad a la tradición jurídica, se admita también, con entera eficacia, una dispensa implícita o virtual. Siempre que del testamento se deduzca, sin ningún género de dudas, que el testador quiere que los legados se colacionen, habrá que atenerse a su voluntad, aunque no la haga constar expresamente. Basta con que resulte del contexto de las cláusulas en forma terminante, aunque por vía indirecta.

El caso es cuándo podrá decirse que el testador haya dispuesto implícitamente que los legados se sometan a colación. Aunque el problema no sea sencillo y tenga que resolverse en cada caso concreto, cabe formular alguna regla para los supuestos más patentes. FUENMAYOR señala dos por vía de ejemplo.

«Supongamos -dice- que el causante ordena un legado en su testamento a favor de un legitimario e instituye a otro heredero universal: aquí no hay manifestación expresa en orden a la colación del legado; pero sí -no nos ofrece la menor duda- existe implícita en las cláusulas del testamento la voluntad del testador de que se atribuya al legatario exclusivamente el legado, es decir, que no se le otorguen a un tiempo legado y legítima; o dicho de otro modo, el legatario -por su cualidad de heredero forzoso- soporta, por voluntad misma del causante, la obligación de colacionar.»

«De igual modo procederá la colación si el de *cuius* realiza en su testamento la partición de toda la herencia entre sus herederos -como puede hacerlo en virtud del artículo 1.056- y asigna a los legitimarios bienes concretos. Entonces esta atribución de bienes -que para algunos será un legado- debe entenderse como pago de legítima, aunque no lo diga expresamente el testador.»

¿Y el artículo 815? «En cuanto mira a garantizar la legítima, el artículo 815 recoge y disciplina la acción de suplemento. En cuanto rinde homenaje al principio de la libertad dispositiva del causante, significa, a nuestro entender, una regla de imputación de los legados que se ordenan en favor de los legitimarios.»

El causante -sigue FUENMAYOR- puede disponer que una manda, hecha en favor de un legitimario, se impute en su legítima: nadie lo duda. Pero, ¿qué ocurre cuando ordena un legado y no menciona la legítima? «Aquí debemos distinguir, según la cuantía del legado. Si es menor que la legítima, se aplicará el 815, y el legitimario obtendrá el legado, más el complemento que conduce a garantizar la integridad de su cuota legal. ¿Y en el caso de que supere el legado a la cuota legal? ¿Deberá también entenderse que procede la imputación o se acumulará, por el contrario, el legado y la legítima? A mi juicio, debe entenderse que procede la imputación, aplicando el artículo 815 a *contrario sensu*.

Quien no vea tras el artículo 815 una regla de imputación, deberá meditar sobre los absurdos que patrocina.

«Supongamos que se instituyó un legado de 100.000 pesetas en favor de un legitimario, cuya legítima asciende a 105.000 pesetas. En tal caso, por virtud del juego de la acción de suplemento, bastará con entregar a aquél el legado más 5.000 pesetas.»

«Pero si suponemos que a ese mismo legitimario le fueron legadas 106.000 pesetas, ¿deberá otorgársele a un tiempo legítima y legado? Pues entonces percibiría 211.000 pesetas, es decir, mucho más del doble que en el caso anterior. ¿Es esto justo?»

«... Tal vez pudiera objetarse, en defensa de la tesis contraria» (como hizo la Sala en el tercer considerando) «que significando en realidad todo legado el deseo del testador de conceder un regalo o merced al por él favorecido en su testamento, cuando lo es un heredero forzoso, obligado se hace reconocer que su voluntad no puede ser que tal legado sea imputable a la legítima que al legatario le corresponda, a no manifestar expresamente lo contrario.»

«Semejante tesis, sin embargo, es de todo punto insostenible, porque se basa en un fundamento erróneo, pues ni existe apoyo en nuestro Derecho positivo para afirmar que sea de esencia al concepto de legado el carácter de liberalidad ni lo entienden así los autores que se ocupan de definir esta institución.»

Pasando ahora a estudiar el juego combinado de los artículos 1.037 y 815, FUENMAYOR entiende que «no hay contradicción entre ellos porque contemplan supuestos distintos». El artículo 815 sienta la regla general de imputabilidad de los legados en favor de legitimarios. El 1.037, un caso muy especial de no-colacionabilidad, salvo voluntad contraria del de cuius, para cuando se dé concurrencia de herederos legitimarios.

Hay, así -y Fuenmayor es el primero en denunciarlo- un «régimen de privilegio» infundado en favor del heredero forzoso «por el solo hecho de concurrir con otros herederos forzosos». Esto estaría justificado «si se aplicara a las relaciones de los legitimarios integrantes de un grupo sucesorio homogéneo»... pero no para regular el concurso de legitimarios que forman en grupos heterogéneos.

Sin embargo -concluye FUENMAYOR- mientras no se reforme la ley, habrá que resignarse a esta situación incongruente, debida a la infidelidad del legislador a la tradición jurídica.

El estudio de FUENMAYOR finaliza luego analizando la Jurisprudencia del Tribunal Supremo y enjuiciando después si la *condictio viduitatis*, impuesta en el testamento, acarrearía, en la

hipótesis exegética que él propugna, un inadmisibles gravamen de la legítima. A esto último, contesta que no; porque, siendo la condición potestativa, cabe a la legataria incumplirla con toda libertad y aun entonces, al reducirse su participación a la cuota legal, vendría a conservar intacta su legítima.

* * *

No fue la de Fuenmayor, empero, la única investigación que desencadenó el pleito de mi padre. En el *Boletín de Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra* (Fas. I, vol. XXVII, 1946, pp. 179-187) se publicó una recensión de aquélla, firmada por F. A. P. L. (¿Fernando Andrade Pires de Lima?), que llega a ser un importantísimo trabajo autónomo sobre el problema aquí debatido y capital aportación para resolverlo.

El autor, sagaz y ponderado siempre, reflexiona primero sucintamente sobre el caso concreto y sobre los argumentos exegéticos aducidos por Fuenmayor, que no considera tan decisivos en favor de la imputación -sobre todo, el más resaltado- como le parecen a éste.

Ateniéndose al resumen del tema litigioso presentado por FUENMAYOR, F. A. P. L. no se muestra conforme con la tesis de aquél de que la cláusula penal sea una prueba categórica que excluya de la mente del testador la acumulabilidad de legado y cuota. Aun siendo cierto que la cláusula penal resultará inútil si para el supuesto de no contraer nuevo matrimonio pensara el testador en otorgar ambos, sacar conclusiones imaginando que el testador no vaya a hacer afirmaciones ociosas «es partir del presupuesto falible de que el testador es un jurista y que sabe lo que la ley establece con carácter imperativo o supletorio». (El jurista portugués desconocía evidentemente, por no constar en sus fuentes informativas, el hecho sustancial de que, en el caso de autos, el testador era, en efecto, jurista.). Encuentra, en cambio, relevantes hermenéuticamente dos aseveraciones del testador: la que hace al nombrar a su padre «único y universal heredero de lo que resta de su herencia»; y la que hace al sustituir a su padre por su hermano, con identidad de derechos, pese a la variabilidad de la cuota legitimaria del viudo, según concurra con el primero o el último. Porque, al ordenar el testador, tras el legado, que del resto de la herencia sea único y universal heredero su padre, su expresión «induce a suponer la inexistencia, entre el legado y el resto, de cualquier porción hereditaria que pudiera ser atribuida al cónyuge a título de legítima». Y por la segunda aseveración «parece estar en la mente del testador atribuir», sea en concurrencia con el primer llamado o con el sustituto, «los mismos derechos hereditarios a la viuda y éstos podrían variar si se acumulase el legado a la cuota legal, dada la variabilidad de ésta».

Pasando ahora del caso particular a la cuestión de fondo, el civilista portugués reprocha al autor español el inculpar a la ley una solución injustificada cuando no es sino el producto de su propia exégesis.

Dos vicios lógicos le parecen existir en el raciocinio de FUENMAYOR: «Por una parte, no consigue conciliar, al final, los dos preceptos, pues sacrifica el uno cuando el otro es susceptible de aplicación; y, por otra parte, pese a la preocupación, inicialmente expuesta, por distinguir el fenómeno de la colación del de la imputación en algún modo ellos se confunden, en último término, como, por lo demás, lo demuestran sobradamente los ejemplos citados en la página 26».

F. A. P. L. cuestiona enseguida el dictamen de FUENMAYOR según el cual estaría bien fundada

la norma del artículo 1.037 si la colación se limitara al concurso de los legitimarios descendientes. Pues -opone el reseñante-, aun en tal hipótesis, cabe imaginar soluciones tan paradójicas como las que censura el autor español a propósito de grupos heterogéneos. Por ejemplo: «Un testador con dos hijos deja 20 a uno y 40 a otro y no dispone del resto, que se calcula en 100. No habiendo colación (1.037) ni tampoco imputación (el art. 815 no es aplicable por no concurrir legitimarios), los 100 tendrán que dividirse en dos partes iguales, con lo que un hijo recibirá 70 y otro 90. Tal reparto respetará, por lo general, la intención del testador, que, legando 20 a un hijo y 40 a otro, quiere beneficiar a este último».

«Supongamos, sin embargo, que el testador dejó esos 100 a un extraño, a quien nombró heredero del remanente. Si existen los dos hijos, sigue sin darse la imputación, según Fuenmayor, y, consecuentemente, cada uno de ellos podrá exigir, además de sus 20 y sus 40, la integridad de su legítima, solución que contrasta abiertamente con la de, existiendo solamente un hijo, no poder exigir éste sino el complemento de su legítima, como consecuencia ahora de la imputación de sus legados. Como en los casos citados por el autor de ser llamado grupos heterogéneos, tenemos aquí que la simple concurrencia de legitimarios viven a colocar al tercero (heredero universal) y a los hijos en una posición enteramente diferente, cuando el ánimo del testador debe ser precisamente el mismo.»

Otro ejemplo: El testador lega 20 a su único hijo; el resto, a un tercero. El hijo solamente podrá pedir que se le complete su legítima, pues, según la tesis del autor español, hay imputación, por no poder haber colación. Mas si existe otro hijo, no tenido en cuenta, podrá el primero pedir su legítima, a mayores de su legado, ya que, dándose la colación, la imputación queda legalmente excluida.

«¿Dónde está el vicio (que debe hallarse en alguna parte) de soluciones tan bizarras?» -se pregunta el autor.

«Creemos firmemente -responde- que la oposición hecha por el autor entre imputación y colación no tiene razón de ser. En todos los ejemplos citados hay imputación y, a consecuencia de la misma, el legatario-legitimario no goza sino de la *actio supplementum*. El principio es general, y como general creemos que ha de ser entendido en el Derecho español, en donde, no solamente por inducción, sino por afirmación expresa se formula (art. 815)».

¿Y el artículo 1.037?

«Este artículo dice simplemente que, habiendo diversos legitimarios instituidos por el testador, no hay que proceder entre ellos a la igualación de la partija por restitución a la masa de los bienes legados. Cada uno conserva lo que le fue legado, procediéndose únicamente a la partija de lo restante. Si no hay remanente que llegue para completar las legítimas, cada legitimario goza entonces y solamente de la *actio supplementum*, por deber imputarse los legados en las legítimas, en los términos del artículo 815.»

«El artículo 1.037 no tiene, pues, ni una palabra que contraríe, la imputación, a no ser dándole un alcance que de ninguna forma tolera...»

«Una cosa es el efecto; otra cosa la causa; y dos causas diferentes pueden conducir al mismo resultado. La simple comprobación de un resultado no tiene, pues, que atribuirse a la misma causa.»

«Si un padre deja, por tanto, a un hijo 20 y 40 a otro y el resto a un extraño ambos podrán valerse únicamente de la *actio supplementum*, lo que conducirá, posiblemente, a la igualación de sus respectivas cuotas. Mas esta igualación no se verifica por fuerza de una colación, que no existe;

se verifica solamente a consecuencia de la imputación, y no descubrimos por qué razón se ha de descartar este último fenómeno sólo porque conduzca a un resultado idéntico al de la colación.»

F. A. P. L. termina su valiosísimo comentario calificando de poco comprensible, en la propia oposición efectuada por Fuenmayor entre imputación y colación, el aseverar que uno de los fenómenos comience donde acabe el otro, pues si el fundamento de la primera es asegurar la libertad de testar, ha de concebirse como un instituto propio de la sucesión legitimaria, mientras que la colación tanto afecta a los dominios de la sucesión testamentaria como a los de la sucesión legítima, pues tiene por objetivo la igualación de todo el patrimonio hereditario.

9. EL RECURSO DE CASACIÓN: MOTIVOS Y SENTENCIA

Asumiendo la defensa de mi padre ante el Tribunal Supremo, interpuso el recurso de casación D. Nicolás PÉREZ SERRANO, uno de los más notables juristas españoles de la época, con la rara cualidad de dominar igualmente tanto el Derecho privado como el público. Era, por entonces, además, uno de los más excelentes abogados de España y se había granjeado en el foro máximo prestigio y general respeto. Jueces y magistrados no escatimaban los elogios hacia él. Y su escrito introductorio, al igual que luego su actuación en la visita (que tuve la oportunidad de escuchar) fueron brillantes acreditativos de su talento.

Los motivos fundantes del recurso fueron los siguientes:

1º. Infracción de ley por violación e interpretación errónea del artículo 675 del Código Civil, en relación, especialmente, con los artículos 658, 814 y 815 del propio Cuerpo legal, que resultan asimismo infringidos a causa de tal interpretación.

2º. Infracción de ley por error de Derecho en la apreciación de la prueba, ya que se infringe el canon relativo a la prueba de documentos públicos, recogido en el artículo 1.218 del Código Civil, a cuyo tenor los documentos públicos hacen prueba, aun contra tercero, del hecho que motiva su otorgamiento y de la fecha de éste.

Y 3º.” Infracción de ley por violación, interpretación errónea del artículo 885 del Código Civil y aplicación indebida del 1.447, en relación ambos con lo prevenido en los artículos 660, 661 y 911 del propio Cuerpo legal.

Veámoslos por su orden y en síntesis, bien que con el máximo apego al estilo de su autor.

1º. «Ha de advertirse de antemano que la sencillez y diafanidad del problema planteado constituye paradójicamente la mayor dificultad para el desenvolvimiento de este recurso, ya que lo difícil invita a la superación; a la busca de argumentos de mayor o menor consistencia que sirvan para desentrañar el último sentido de lo que al exterior se ofrece confuso o de dudosa comprensión. Pero cuando lo que es en el fondo y en la forma claro debe ser objeto de una mayor demostración, surge inevitablemente cierta perplejidad que dificulta el intento de demostrar lo que por sí mismo se demuestra con notoria e indiscutible evidencia.»

«Meditando sobre (la) declaración de la Sala sentenciadora (en torno a la cláusula tercera del testamento, supuestamente inexpresiva por la disparidad de las partes al interpretarla) cabe también afirmar que aquella disparidad... puede ser debida, más que a un defecto de expresión de la voluntad testamentaria, a una falta de comprensión por parte de alguno de los interesados en el testamento. Pero aunque en definitiva se sitúe el problema en el plano de la interpretación, puede advertirse y demostrarse que no es posible legalmente llegar a la conclusión a que el Tribunal de Instancia llega sobre la base de los elementos interpretativos a que aquél alude.»

«Tomando, pues, como punto de partida el artículo 675 del Código Civil, cuya infracción se acusa en primer lugar, veremos como tanto por la construcción gramatical de la cláusula discutida como por la propia sistemática de nuestro Código, no es técnicamente correcta la tesis que de contrario se mantiene y que la sentencia recurrida ha amparado.»

«... La cláusula previo dos hipótesis: una, que la viuda no contrajera segundo matrimonio, en cuyo supuesto tendría derecho a percibir el importante legado que se le hacía; y otra, que contrajera segundas nupcias. En este caso no llevaría más que la cuota usufructuaria.»

«En la primera hipótesis, pues, el testador no mencionó para nada la cuota legítima; en la segunda, en cambio, la reservó expresamente. El causante sabía perfectamente que la legítima del cónyuge viudo había de respetarse en todo caso; si no la mencionó de manera expresa para la primera hipótesis fue porque consideró que en el legado estaba holgadamente satisfecha. En cambio, se refirió a ella en el segundo supuesto, precisamente porque ya no había de percibir los bienes del legado. Si el Sr. Lois hubiera silenciado la cuota usufructuaria en la primera hipótesis, porque hubiera creído que le sería adjudicada en todo caso a su esposa por precepto de la ley, lo natural hubiera sido que tampoco hiciera mención de ella para el segundo de los supuestos y con mucha mayor razón, ya que, al no dejarse ningún bien a la viuda, el imperativo de la legítima se habría impuesto necesariamente. Y esto lo sabía sin género de duda el causante, pues no hay que olvidar que era abogado en ejercicio, y de probada competencia.»

«La cláusula testamentaria no es por consiguiente inexpresiva, oscura o dudosa: cuando el testador en vez de dejar a su esposa la cuota viudal desea ordenar voluntariamente a su favor una porción de bienes muy superior a aquélla, no habla para nada de tal cuota. En cambio, cuando quiere que lo que su viuda haya de percibir sea esa cuota legítima nada más, lo dice así pura y simplemente. Este es el sentido literal de la cláusula; esto es lo que dice y quiere decir; y como ello es claro y ajustado a Derecho, no hay para qué violentar el sentido normal de las palabras para buscar en ellas algo que el testador no dijo ni quiso decir. De otra suerte, el artículo 675 del Código Civil quedaría convertido en un fácil comodín que permitiría en todo caso discutir la voluntad del testador.

Tras estas consideraciones respecto al sentido literal del testamento, el profesor PÉREZ SERRANO procede a demostrar cómo los criterios interpretativos de la Sala sentenciadora son incompatibles con normas terminantes del Código Civil, que resultan, en consecuencia, violadas por la resolución recurrida.

La cláusula litigiosa no permite que se le dé el alcance que el Tribunal le atribuye sin traicionar la correcta doctrina de la vocación hereditaria y la propia mecánica de la sucesión forzosa y testamentaria, organizadas para no interferirse.

Amén de otros argumentos, el autor, recordando la libre disponibilidad sobre su patrimonio, reconocida a los testadores, sin otra salvedad que las legítimas (art. 763 y concordantes), reduce la correlación entre sucesión testamentaria y legítima a los siguientes supuestos:

- a) Que el testador no asigne al legitimario su cuota forzosa o le deje una porción inferior a la que por Derecho le corresponde. Se estará en la hipótesis de la preterición, contemplada por el artículo 814 o en la de la acción expletoria del 815.
- b) Que el testador, disponiendo también de todos sus bienes en el testamento, deje expresamente en él a sus legitimarios la cuota que les corresponde. Esta sería la hipótesis normal, y
- c) Que transmitiendo asimismo todos sus bienes en el testamento deje a sus legitimarios una porción incluso superior a la que por la ley les corresponde.

«Pues bien, prescindiendo del primer supuesto, que hace referencia a un caso de preterición o institución insuficiente, observamos que en los dos supuestos restantes se produce una coincidencia o yuxtaposición de la sucesión voluntaria con la legítima.»

¿Cabe sostener en estos casos que el heredero o legatario sucede por voluntad del testador y por imperio de la Ley, hasta el punto de que, además de lo que reciba por el primer título, pueda exigir su cuota como si el causante no lo hubiera instituido expresamente?

El defensor rechaza esta posibilidad sirviéndose de la distinción doctrinal entre designación y vocación hereditaria. La primera, que cabe por doble título; la segunda, que excluye la interferencia de los mismos.

«En nuestro sistema -prosigue- tampoco cabe acumular ambas designaciones para hacer valer un doble vocación, toda vez que el artículo 658 del Código Civil previene que la sucesión se defiere por voluntad del hombre manifestada en testamento, y a falta de éste por disposición de la Ley.» Es cierto que en el párrafo tercero se dice que «podrá también deferirse en una parte por voluntad del hombre y en otra por disposición de la Ley»; pero ello se refiere a la compatibilidad de las sucesiones testada e intestada, es decir, concretamente al supuesto de que, habiéndose otorgado testamento, no se haya dispuesta en él de todos los bienes, a habiéndose dispuesto de todos ellos exista preterición que anule la institución de heredero en aras de la Ley, sin perjuicio de que continúen subsistiendo las demás disposiciones testamentarias que no perjudiquen las legítimas.»

«Proyectando la doctrina expuesta sobre el caso de autos, se destaca con singular relieve la infracción legal en que incide la Sala sentenciadora al utilizar la norma interpretativa del artículo 675.»

«El testamento de D. César Lois Vidal contiene una transmisión de todos sus bienes. En la cláusula tercera se ordena el importante legado, a favor de la viuda, que, según está admitido de manera indudable rebasa a la mitad del caudal hereditario. En las cláusulas 4ª. y 5ª., dispone dos pequeños legados; y en la 6ª. finalmente instituye heredero en el resto, es decir, en lo que queda para la total disposición, a su parte D. Luciano Lois Barros o en su defecto a D. Manuel Lois Vidal.»

«El cónyuge viudo no está, pues, preterido. Esto ni lo discute la parte contraria, ni la sentencia recurrida lo pone siquiera en duda. Luego si Dña. P. C. recibe su porción, y más aún, por título testamentario, ¿cómo va a pretender que se le dé también una porción por ministerio de la Ley, cuando el causante ha dispuesto de todos sus bienes por testamento sin ir contra precepto legal alguno obstativo? ¿Cómo, pues, va a poderse operar la aplicación del artículo 658 que sólo admite la sucesión legítima en defecto, total o parcial, de disposición testamentaria?

A continuación, el Dr. Pérez Serrano se ocupa en caracterizar la peculiar situación que se confiere en nuestro Derecho a los derechos sucesorios del cónyuge viudo, para concluir después:

«Respecto a que, por tratarse de una cuota en usufructo, no produce alteración en la disposición testamentaria, es argumento que puede valer tratándose de preterición; pero en el presente caso, según antes se dijo, nadie ha hablado de que el cónyuge viudo haya sido preterido, aunque en realidad la sentencia admite las consecuencias de una verdadera preterición, que nadie hubo de pedir que se declarara, pero que a tal equivale ordenar que se dé a la viuda su cuota legítima además de la porción que ya recibió por título voluntario.»

«En este sentido no puede resultar más evidente la infracción legal en que incide la Sala sentenciadora en su labor interpretativa, porque, una de dos: o existe preterición, y en este caso es normal la declaración de la Sala, o la preterición no existe y entonces es obligado reconocer que el cónyuge viudo ha sido pagado de su legítima con el legado que el testador le atribuyó. Lo que no es legalmente posible es admitir que no hay preterición y aplicar sin embargo todas sus consecuencias. De esta manera la cuota que pretende darse a la viuda, aunque sea en usufructo, cercena el derecho del instituido heredero, que no tiene por qué reconocer a aquélla una cuota que ya recibió holgada del testador.»

Por último, para acabar de perfilar este motivo, se refiere el recurrente a la interpretación que ofrece la Sala a la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de febrero de 1900. La cual resumida, concluye:

«Saltan a la vista las notorias diferencias entre el caso contemplado por aquella sentencia y nuestro supuesto. Allí se trataba de un testamento anterior al Código, y aquí de uno posterior a éste; allí se discutía si el advenimiento de una nueva normación obliga a respetar la voluntad anterior, pero completándola con recientes disposiciones imperativas, y aquí, en cambio, sólo se debate si se ha otorgado o no al cónyuge viudo lo que una sola y clara legislación determina; allí había que compaginar, por tanto, sucesión testamentaria y herencia forzosa, mientras que aquí se debate tan sólo si cabe compatibilizar delación testamentaria y delación legal dentro de un solo Código y en un solo acto de última voluntad. En una palabra, allí se imponía una voluntad legislativa posterior, aunque manteniendo el propósito del causante, por cierto no modificado al advenir la nueva norma; aquí, en cambio, no hay precepto que obligue a aumentar lo que el testador ordenó rebasando ya de antemano lo mandado por la Ley, que el autor conocía y sabía perfectamente; allí se perseguía que el viudo no quedase perjudicado; aquí se intenta que la viuda quede notoriamente favorecida.

Por lo demás, la sentencia de 1900 no ha tenido reiteración y en cierto modo está en pugna con la dictada por el mismo Tribunal Supremo de 16 de enero de 1895, que es el que ha sido reiterada por sentencias de 25 de mayo de 1917 y 23 de abril de 1932. En definitiva, pues, se ha infringido el artículo 675 del Código Civil al realizar la Sala sentenciadora una interpretación que no resulta posible conjugar con lo prevenido en otros preceptos del propio Código, especialmente con los artículos 658, 814 y 815 de dicho Cuerpo legal. Ello es la demostración más evidente de que la labor interpretativa del Tribunal de Instancia no se ha ajustado rigurosamente a aquella norma, pues no se puede pretender que ella indique el camino para una conclusión que pugna con otros preceptos y desarticula, por tanto, todo el sistema de nuestro Derecho de sucesiones.»

2º «... Para demostrar que la única interpretación posible de la cláusula 3ª. del testamento de D. César Lois era la de que en el legado dispuesto en favor de la viuda estaba ya comprendida su cuota legítima, esta parte aportó varios documentos públicos de valor auténtico indiscutible², de los que resultaba que, dada la cifra a que ascendía el caudal del causante en la fecha en que otorgó el testamento, necesariamente tuvo que ser voluntad del testador disponer que con dicho legado quedara pagada la legítima del cónyuge viudo, pues de otra suerte habría resultado que, al instituir heredero a su padre, no le dejaba siquiera, ni muchísimo menos, lo necesario para pagarle también su legítima. Pues bien, esta prueba documental fehaciente, no sólo no contradicha, sino incluso admitida de contrario, es apreciada de una singular manera por la Sala sentenciadora en el 2º. considerando de la sentencia recurrida, toda vez que, invirtiendo incluso el principio de la carga de la prueba, estima insuficiente la aportada por nosotros, no obstante no haberla contradicho la contraparte, que a mayor abundamiento la ha admitido.»

«Dijimos en los hechos 6º. y 1º. de nuestra demanda que, en el momento de otorgar D. César Lois el testamento de referencia, el total de bienes de dicho señor ascendía a setenta y seis mil cuatrocientos cuarenta pesetas y dos mil de gananciales.»

«Detallábamos en aquel lugar los bienes y valores que constituían dicho caudal y aportamos,

² Fue un error de hecho, cometido en el escrito de interposición, subsanado luego, a indicación de mi padre, durante la vista.

para demostrarlo, el cuaderno particional original de la herencia de la madre del causante Dña. Palmira Vidal Valente, que fue formalizado y suscrito por los herederos de la misma. En este documento -de valor auténtico indiscutible- constaba de manera fehaciente que el capital de D. César Lois era el expresado anteriormente.»

«Teniendo, pues, en cuenta que el valor de este patrimonio en total ascendía a setenta y ocho mil cuatrocientas pesetas lo poníamos en relación con el legado de la viuda, integrado por parte de aquellos bienes, que el causante había recibido de la herencia de su madre, resultando que dicho legado ascendía, según la propia valoración del caudal, a treinta y ocho mil setecientos veinte pesetas, llegábamos a la conclusión de que como el testador tenía que dejar a su padre, instituido heredero, la mitad del caudal que como legítima le correspondía, resultaba que si a la viuda se le adjudicaban treinta y ocho mil setecientos veinte pesetas y veintiséis mil ciento cuarenta y seis pesetas más por la cuota usufructuaria que en tal hipótesis le correspondía, habría venido a percibir sesenta y cuatro mil ochocientos sesenta y seis pesetas, quedando sólo para el padre del testador trece mil quinientas setenta y cuatro, siendo así que por legítima había de percibir treinta y nueve mil doscientas veinte pesetas. ¿Podría ser ésta, decíamos, la normal expresión de voluntad en un testador que era abogado en ejercicio?»

«A mayor abundamiento, aportamos también una certificación del Liquidador del Impuesto de Derechos Reales del partido de Puente-Caldelas, en virtud de la cual se hacía constar de manera fehaciente que al liquidar la herencia de D. César Lois, se asignó un valor total a la misma de ciento veinticinco mil seiscientos ocho pesetas, valorándose dentro de ella el legado de la viuda en cincuenta y seis mil cuatrocientas noventa y cinco. Advertimos que dicho caudal era el mismo que tenía el causante al otorgar testamento, sin más variación que unos pequeños bienes, de escaso valor, que había adquirido con posterioridad de su padre y de sus tíos Dña. Concepción Vidal y D. Leonardo Lois.»

«Pues bien, operando con tales cifras se llegaba a la misma conclusión interpretativa, ya que, de prevalecer el criterio de que D. César Lois quiso dejar a su esposa en la repetida cláusula tercera la cuota usufructuaria además del legado, resultaba que su padre venía a quedar notablemente perjudicado en su legítima, cosa que no era lógico admitir.»

«Razonando con estos valores, observamos lo siguiente: que la legítima del padre sería la cantidad de sesenta y dos mil ochocientos cuatro pesetas; y si se daba a la viuda cincuenta y seis mil cuatrocientas noventa y cinco por el legado y además cuarenta y una mil ochocientos sesenta y nueve por cuota usufructuaria, que sería la que, en tal hipótesis habría que corresponderle, vendría a percibir en total noventa y ocho mil trescientas sesenta y cuatro pesetas, quedando, por consiguiente, para el padre sólo veintisiete mil doscientas cuarenta y cuatro pesetas, de las sesenta y dos mil ochocientos cuatro que por legítima le correspondían, sin que frente a esto pudiera alegarse que el padre podría llevar además la nuda propiedad de la parte adjudicada en usufructo a la viuda, toda vez que, aun así, resultaría gravada la legítima de aquél, en contra de lo prevenido en el artículo 837 del Código Civil.»

«Y si a esto añadimos que en el momento de abrirse la sucesión el heredero de D. César era su hermano, tendríamos que, con arreglo a la interpretación de la contraparte, llevaría la viuda ciento diecinueve mil doscientas noventa y nueve pesetas, quedando para el hermano seis mil trescientas nueve; para esto, no es posible presumir que el testador dijera en la cláusula sexta de su testamento que, en defecto de su padre, sería heredero en igual forma, es decir, único y universal, su hermano p quien fuera heredero de éste, con lo cual incluso estaba demostrando su intención de canalizar los bienes hereditarios, hasta con ańoranzas de vinculación, a través de la línea paterna.»

«Frente a los documentos públicos aportados... que centraban la interpretación del testamento de manera incontrovertible, el Tribunal de Instancia en su consideración 2º., en lugar de admitir su fuerza probatoria en todo su alcance, dice que “del señalamiento de bienes que se hace en la demanda como pertenecientes al testador, lo único que procede deducir al respecto, al no ser contradicho aquél por la parte contraria -que no debe olvidarse no rebate el aludido argumento del demandante por estimar que es ineficaz para interpretar la voluntad del causante- es que los mismos formaban parte del patrimonio del testador, pero no que fueran los únicos que tuviera.»

«Esta declaración de la Sala sentenciadora pone bien de relieve el error de derecho a que nos referimos. Mi parte expuso en el hecho 6.º de la demanda que el total de los bienes del causante estaba integrado por los que allí se expresaban y como demostración de su afirmación aportó documentos públicos fehacientes. Quedó, pues, probado el hecho constitutivo, que, además, era afirmativo.»

«¿Qué opuso a eso la parte contraria? En el apartado 2º. de los hechos del escrito de contestación dijo que “los hechos 6º., 7º. y 8º. de la demanda carecen en absoluto de trascendencia para la resolución de las cuestiones que la demanda plantea, como se demostrará en los fundamentos de Derecho”. Y yendo a estos fundamentos nos encontramos con que en el segundo se dice lo siguiente: “Los cálculos que se hacen en la demanda para deducir que los bienes legados y el usufructo de un tercio de todo lo que constituía el haber del testador al tiempo de otorgar el testamento, no dejaría bienes bastantes para pagar la legítima paterna, no autorizan a interpretar la voluntad del testador de modo distinto que expresan las palabras del testamento. Lo único que ocurriría en tal caso, es que el padre sobreviviente tendría derecho a que la legítima se le entregara haciendo las reducciones que fuesen precisas”.»

«Es decir, la contraparte admite y acepta el hecho por nosotros afirmado y lo que hace es extraer distintas consecuencias.»

«¿Cómo puede entonces decir la Sentencia recurrida, frente a los documentos aportados por nosotros y frente a la contestación del contrario que acepta nuestra afirmación, que los bienes relacionados en el hecho 6º. de la demanda no eran todos los que poseía el causante al otorgar testamento?».

«Para ello habría sido preciso que el demandado hubiera negado el hecho en sí, sosteniendo que había además otros bienes, en cuyo caso habría tenido que probar a su vez esta afirmación. Tal es el mecanismo clásico de la prueba que recoge el artículo 1.214 de nuestro Código Civil. Y a la misma conclusión llega conforme a la teoría más reciente sobre la carga de la prueba, según la cual el actor debe probar los hechos normalmente constitutivos del derecho que reclama, y, una vez establecidos en juicio estos hechos, al demandado incumbe probar los hechos impositivos o extintivos que puedan desvirtuar los alegados por el actor.»

«Mi parte probó fehacientemente sus hechos constitutivos; la contraria no sólo no los desvirtuó con la prueba de otros impositivos o extintivos, sino que incluso admitió los alegados por nosotros. La Sala sentenciadora, por tanto, no podía desconocer el canon contenido en el artículo 1.218 del Código Civil. Al no estimarlo así, ha incidido en el error de Derecho que en este motivo se señala; aparte de desconocer el principio de “adquisición procesal”, que releva de ulterior probanza lo admitido por las partes en la fase de alegaciones.»

3º. «Dispone el artículo 885 que el legatario no podrá ocupar por su propia autoridad la cosa legada, sino que debe pedir su entrega y posesión al heredero y, en su caso, al albacea.»

«Al amparo de esta norma mi mandante solicitó en su demanda que se le hiciera entrega de los

bienes de la herencia del finado D. César Lois Vidal, para poder, a su vez, hacer entrega a los legatarios de sus legados respectivos. El Tribunal de Instancia ha negado esta petición, estrictamente ajustada a Derecho, basándose en dos razones: la primera, y en cuanto al legado de la esposa se refiere, porque ésta tiene ya en su poder los bienes que lo constituyen, y sería absurdo -dice- que volviesen al heredero, para que ésta, a su vez, se los entregara a la legataria. Y la segunda, y en lo que atañe a todos los bienes de la herencia del causante, en los que al presente está en posesión la demanda, porque su entrega está subordinada a la liquidación de la sociedad de gananciales.»

«Pues bien, estas razones, lejos de desvirtuar la petición formulada en la demanda, lo que hacen es infringir los preceptos que se dejan invocados. El artículo 885 es terminante. Podría admitirse que cuando se trata de legados de cosa específica y determinada el legatario tenga incluso una acción de carácter real para reclamar los bienes que constituyen el legado, pero de eso a admitir una especie de *constitutum posesorium* por virtud del cual el legatario venga a adquirir el dominio de los bienes legados, es algo que pugna con la misma esencia de la transmisión *mortis causa*.»

«El heredero, por imperativo del artículo 660 del Código Civil, es el que sucede a título universal, o, como se dice en el artículo 661, el que sucede al difunto por el hecho sólo de su muerte en todos sus derechos y obligaciones. El heredero es, pues, en todo caso, quien únicamente ostenta la representación de la herencia a todos los efectos. Es más, en este caso concreto es el único que puede llevar a ejecución la voluntad del testador, toda vez que ostenta, además, un albaceazgo legítimo, por no existir albaceas testamentarios: (art. 911 del propio Código). ¿Con qué título puede un legatario dejar sin valor tales preceptos? Desde luego no es precisamente el llamado a detentar los bienes hereditarios, entre otras poderosas razones, porque no es él sino mi mandante quien ha de responder de todas las obligaciones del testador y quien, en su caso, habría incluso de rendir cuentas al cónyuge viudo si por gananciales le correspondiera percibir algo; extremo éste fuera de lugar, ya que en el pleito no se ha debatido y por tanto no puede afirmarse siquiera la existencia de tal régimen económico.»

«Piénsese, finalmente, que además del legado a la viuda existen otros, entre ellos uno a favor de mi representado, que, a pesar de ser también heredero, no lo ha podido aun recibir en su integridad. Esta singular paradoja, merced a la cual el propio heredero no puede hacerse cargo de un legado específicamente ordenado a su favor, ha sido posible a causa de aquella retención de bienes hereditarios que el cónyuge legatario mantiene y que la sentencia impugnada ha amparado con manifiesta infracción de los preceptos invocados en el presente motivo de casación.»

* * *

La sentencia del Tribunal Supremo fue dictada con fecha de 3 de junio de 1947. Consta en su parte anulatoria de seis considerandos, muy desiguales. Y en su parte sustitutiva de dos (el segundo relativo a la exoneración de costas a ambas partes).

El primer considerando no hace más que reproducir las cláusulas testamentarias relevantes.

El segundo argumenta: «La cuestión planteada en el pleito y en los dos primeros motivos del recurso es si en virtud de dicho testamento la demandada..., sólo tiene derecho a percibir en la

sucesión de su marido el legado que éste le hizo o si además del legado tiene derecho a la cuota legal en usufructo, que como cónyuge viudo le corresponde, y como las cláusulas testamentarias no son tan claras que baste con su simple lectura para colegir, por modo inequívoco, el propósito o intención del testador, es necesario acudir a otros elementos interpretativos de los cuales pueda deducirse su verdadera voluntad, si bien partiendo de las propias declaraciones del documento testamentario o lo que es igual del tenor del mismo testamento, de conformidad con lo prevenido en el artículo 675 del Código Civil».

El tercero: «De la cláusula testamentaria por la que el testador instituyó el legado a favor de su viuda se deduce que constituía una preocupación de aquél la posibilidad de que ésta contrajera un segundo matrimonio y por eso hizo depender la eficacia del legado de que tal matrimonio no llegara a contraerse y si el testador, para que su viuda pudiera beneficiarse del legado, limitaba su libertad de una manera tan importante y trascendental, no solamente en el orden de los afectos que pudiera contraer, sino en el de las conveniencias materiales que pudiera obtener, supuesto que la privaba de la posibilidad de mejorar su situación económica mediante nuevas nupcias, es más lógico presumir que quiso otorgar el legado con plena liberalidad y que su viuda lo obtuviera sin limitación alguna, que no atribuirle la intención de restringírsele, imputándole a la legítima, pues si tal hubiera sido su voluntad, dada la condición a que subordinaba la efectividad del legado, era natural que lo hubiera declarado expresamente».

Según el 4º.: «Si bien el artículo 815 del Código Civil dispone que el heredero forzoso a quien el testador haya dejado por cualquier motivo menos de la legítima que le corresponde, podrá pedir el complemento de la misma, de ello no puede deducirse que lo dejado por el testador en concepto de legado en favor de un heredero forzoso haya de computarse siempre a la legítima, porque, como declaró esta Sala en su sentencia de 21-11-1900, el expresado artículo faculta a los legitimarios para pedir la integridad de la porción hereditaria cuando el testador haya querido privarles de su legítima, pero cuando la voluntad del testador no se haya manifestado claramente en tal sentido, el artículo 815 no impide y el 1.037 expresamente sanciona, que se acumule con lo que corresponde a la herencia forzosa lo voluntariamente dejado en testamento, doctrina que resulta perfectamente aplicable al caso de autos, en que el testador no solamente no expresó, claramente su voluntad de mermar la legítima de su viuda, sino que existen, por lo que ha quedado expuesto, elementos bastantes para inducir lo contrario, de todo lo cual resulta que la Sala ha hecho perfecta aplicación de los artículos 675, 658, 814 y 815 del Código Civil cuya infracción denuncia el primer motivo del recurso, que debe por lo tanto desestimarse.»

Quinto: «Para demostrar que la única interpretación posible de la cláusula testamentaria que se discute era la de que en el legado dispuesto en favor de la viuda estaba comprendida su legítima, aportó el recurrente al juicio varios documentos, tales como el cuaderno particional de los bienes heredados por el testador D. César Lois, en representación de su finada madre, de los padres de la misma y una certificación del Liquidador del Impuesto de Derechos Reales, del Partido de Puente-Caldelas, relativa a tales bienes y operando con las cifras que dichos documentos arrojaban sobre el valor de los bienes expresados deducía que necesariamente tuvo que ser la voluntad del testador que con el legado quedara pagada la legítima de su viuda, pues de otro modo resultaría que al instituir heredero a su padre no le dejaba lo necesario para pagarle su legítima, respecto a lo cual la Sala sentenciadora declara que del señalamiento de bienes que se hace en la demanda, como pertenecientes a testador, lo único que procede deducir al respecto, al no ser contradicho aquél por la parte contraria, es que los mismos formaban parte del patrimonio del testador; pero no que fueran los únicos que tuviera, sin que por el recurrente se demuestre cuál haya sido el error de Derecho y la norma probatoria que la Sala haya infringido al hacer tal deducción, pues el artículo 1.218 del Código Civil, en su apartado primero, cuya

infracción denuncia, lo único que establece es que los documentos públicos hacen prueba, aun contra tercero, del hecho que motiva su otorgamiento y de la fecha de éste, pero la Sala no ha desconocido en ningún momento el hecho motivador del otorgamiento de documento alguno ni de su fecha, aparte de que los documentos a que el recurrente se refiere no son bastantes para demostrar por sí solos cuál fuera el valor real y efectivo de los bienes en el momento de ser otorgado el testamento, que es el que hay que tener en cuenta para apreciar la intención del testador y de que aun en el supuesto de que hubiera que admitir los cálculos hechos por el recurrente sobre el valor de tales bienes, de ello no podría inducirse claramente que la voluntad del testador fuera imputar el legado a la legítima de su viuda, para no perjudicar a la de su padre, puesto que no ignoraba, dada su condición de abogado, que esta legítima no podía ser nunca por el legado perjudicada, cuya reducción procedería en caso de que resultara inoficioso, procediendo por todo lo expuesto la desestimación del segundo motivo del recurso».

Sexto: «El principio jurídico de que los herederos son continuadores de la personalidad patrimonial del causante no tuvo en el Derecho Romano la trascendencia de conceder a aquéllos de pleno derecho la posesión de las cosas específicas que forman parte de la herencia y en el fragmento veintitrés, título dos *de adquerenda vel amittenda possessionis*, libro cuarenta y uno del Digesto se lee que “cuando somos instituidos herederos pasan a nosotros todos los derechos hereditarios, una vez adida la herencia, pero la posesión no nos pertenece si no fue tomada naturalmente”; pero a esta doctrina se opone en el Derecho patrio el artículo 440 del Código Civil, que no se inspira en el Derecho Romano, sino en el artículo 724 del Código Civil francés y responde a la idea germánica de la posesión al disponer que “la posesión de los bienes hereditarios se entiende transmitida al heredero sin interrupción y desde el momento de la muerte del causante, en el caso de que llegue a adirse la herencia”, por donde se ve que en caso de herencia se produce para el heredero, en nuestro Derecho, la posesión llamada civilísima, que es la que se adquiere por ministerio de la Ley y que tiene lugar en el momento de la muerte del *cuius*, sin necesidad de la aprehensión material de la cosa con ánimo de tenerla para sí, como el Derecho Romano exigía y por virtud de tal investidura legal de la posesión de la herencia, aunque el legatario tenga derecho al legado desde el momento de la muerte del testador aunque adquiera desde ese momento la propiedad de la cosa legada, cuando es específica, determinada y propia del testador, conforme al artículo 882 del Código Civil, le falta la posesión, transmitida de Derecho al heredero, con arreglo al texto citado, y de ahí el precepto del artículo 885 del mismo Cuerpo legal, según cuyos términos, el legatario no puede ocupar por su propia autoridad la cosa legada sino que debe pedir su entrega y posesión al heredero o albacea, cuando éste se halle autorizado para darla y en su consecuencia en el caso presente, la viuda del causante está obligada a entregar al hermano y heredero del mismo los bienes que retenga en su poder que por ser de la propiedad exclusiva de su marido en el momento de su muerte tengan carácter hereditario, sin que la necesidad de practicar la liquidación de la sociedad de gananciales dividiendo su remanente líquido entre el cónyuge sobreviviente y los herederos del premuerto, pero cuya liquidación no puede constituir obstáculo legal para que los bienes, conocidamente hereditarios, estén mientras llegue el momento de tal liquidación, en la posesión de aquél a quien la ley se la confiere de pleno Derecho y por ello la sentencia, en cuanto declara que mientras no se liquide la sociedad de gananciales y se determinen los bienes que constituyen la herencia de D. César Lois Vidal, no está la demandada obligada a entregar dichos bienes al demandante D. Manuel Lois Vidal, como heredero del esposo de aquélla, infringe el artículo 885 en relación con el 660, 661 y 911 del Código Civil, que el recurrente cita en el tercer motivo del recurso por el cual procede la casación de la sentencia recurrida, en el segundo de sus pronunciamientos».

El único considerando significativo de la sentencia sustitutiva dice, por su parte, así:

«La herencia, objetivamente considerada, es la masa o conjunto de relaciones patrimoniales que son objeto de la sucesión, concepto que expresa el artículo 659 del Código Civil, al decir que la herencia comprende todos los bienes, derechos y obligaciones de una persona que no se extingan por la muerte, pero cuando la persona de cuya sucesión se trate sea uno de los cónyuges, la determinación de todos sus bienes hereditarios no puede hacerse en el momento de su muerte, pues así como hay bienes cuyo carácter hereditario puede señalarse desde dicho momento, por pertenecerle exclusivamente, hay otros que pertenecen a la sociedad de gananciales, de cuya propiedad ambos cónyuges son partícipes y respecto a ella, mientras no se lleve a efecto la liquidación de dicha sociedad y no se determine los que corresponden al cónyuge premuerto no se puede establecer el carácter hereditario de los mismos y como la investidura legal de la posesión, que confiere al heredero el artículo 440 del Código Civil sin interrupción y desde el momento de la muerte del causante, comprende únicamente los bienes hereditarios, es evidente que no procede reconocer al heredero la posesión de los bienes de la sociedad de gananciales desde el expresado momento sino que es preciso esperar la liquidación de la sociedad para determinar cuáles de tales bienes le pertenecen exclusivamente como consecuencia de tal liquidación y por lo tanto formen parte de su herencia.»

El fallo disponía, en sustancia, Primero: «En virtud del testamento ... la viuda ... tiene derecho a percibir la mitad de la herencia ... en usufructo, con más el legado establecido a su favor ... Segundo: (La viuda) está obligada a poner en posesión a D. Manuel Lois Vidal, como heredero, de los bienes de la pertenencia, propia y exclusiva del testador en el momento de su fallecimiento, para que pueda, a su vez, el heredero hacer entrega a los legatarios de sus respectivos legados. Tercero: (La viuda) debe hacer entrega a D. Manuel Lois Vidal de la parte de los bienes gananciales que le corresponden como heredero, una vez que liquidada la sociedad de gananciales quede dicha parte determinada...».

¿Qué pensar ahora de la sentencia del TS? A decir verdad, la impresión que produce es la de una «componenda» voluntarista: A una parte el fuero y a la otra el huevo. El TS quiere unos determinados resultados, los impone en su decisión y busca después -sin devanarse los sesos en la indagatoria- fáciles argumentos para salir del paso. Por eso la sentencia rezuma evasivas y peticiones de principio hasta la inverosimilitud. Sin ser persuasiva la de la Audiencia, supera, en lo sustancial, en cuanto a su lógica interna, la dictada por el Tribunal superior. Con la agravante para éste de que, tras la publicación de aquélla, habían aparecido los dos importantes estudios a que hemos hecho ya referencia -y de ambos se había tratado en la vista-. Por tanto, al hacer caso omiso de tan importantes esfuerzos doctrinales y silenciar en buena medida los principales racionamientos en que se inspiraba el recurso, la sentencia se coloca en la actitud altanera de quien se aferra a solo el argumento de autoridad, y, con pretensión de hablar *ex cathedra*, dogmáticamente, excusa el fundamento predicativo de sus juicios, como si fuera aditamento inútil para sus aseveraciones carismáticas. En lugar de brindarnos fallos subsecuentes a un concatenado proceso discursivo con intrínseca fuerza de convicción, como correspondería a un Tribunal de Derecho, se nos ofrecen, bajo apariencias formales de alegación racional, pronunciamientos ordalísticos con predecretadas verdades, en los que cualquier razonamiento es dignación benévola; pero no deber del juez y derecho del justiciable. Los tribunales parecen creer que la propiedad de los bienes litigiosos les pertenecen y pueden adjudicarlos al litigante que designen.

En efecto: examinemos, considerando por considerando, el contenido lógico de la sentencia. El segundo, tras plantear el problema litigioso crucial, se limita a manifestar “porque si” que «las cláusulas testamentarias no son tan claras que baste la simple lectura para colegir, por modo inequívoco, el propósito o intención del testador...» Pero, veamos, ¿en qué estriba la oscuridad

y dónde y en qué términos reside? ¿Qué intención o propósito es el que debe transparentarse? Si no se presupone *otro* designio, lo que quiere el testador es patente: Hacer un legado, mucho mayor que la legítima, si su consorte se mantiene fiel; darle sólo ésta, si se casa de nuevo. ¿Se aduce por el Tribunal que tal resolución no aparece expuesta con claridad? Pues en Justicia, no basta decirlo -sería hacer acepción de opiniones en favor de una parte sin más ni más-: hay que probarlo. Y probarlo consistiría en argumentar: En esta palabra o concepto y en tal o cual elipsis o anfibología como consecuencia de la imprecisión sintáctica en que se ha incurrido aquí, en este pasaje, se suscita la siguiente duda... Y en explicar por qué resulta de doble o múltiple sentido una u otra frase del testador. Esto supondría naturalmente un compromiso concreto para los magistrados. Porque ¿cómo ver ambigüedad semántica en una simple enumeración de bienes perfectamente conocidos para las partes y todo el pueblo de Puente-Caldelas o en una oración bien directa, sin ningún vocablo problemático y en la cual nada falta gramaticalmente y si algo sobra son las aclaraciones redundantes, por un escrúpulo de puntillosidad? ¿Qué hay de “arcano” cuando se dice: «este legado, en su totalidad, o sea todo lo que queda mencionado a favor de la referida esposa, es con la condición de que si contrae segundas nupcias quedará sin efecto, pasando los bienes que comprende a favor del heredero del testador, sin derecho por parte de la expresada esposa de éste a llevar de la herencia del mismo más que la cuota usufructuaria»? ¿Cabe encontrar aquí alguna palabra equívoca, alguna frase incompleta, cualquier reticencia, inexactitud o incertidumbre? ¿Sería bueno que, de una vez por todas, se nos dijera donde están!

Extirpemos lo superfluo y veamos las oraciones simplificadas: «Este legado es con una condición: si mi esposa contrae segundas nupcias, quedará sin efecto y pasarán los bienes que comprende a mi heredero, sin derecho por parte de mi esposa a llevar en mi herencia más que la cuota usufructuaria». Los enunciados son categóricos: el legado, *si no se casa*; si lo hace, *nada más que la cuota*. ¿Por qué mágico escotillón se cuele esta última en la primera hipótesis? ¿Únicamente creando un oscurecimiento artificial, trastornando la expresiones, sustituyendo por otras las mismísimas palabras del causante será posible arrancar del testamento la acumulación de la legítima viudal a la ya rica manda! ¡El testamento es claro mientras no prejuzguemos a priori, fuera de contexto, que pudiese haber un intento tácito de sobreentender la legítima! Pero, ¿es verosímil que quien se muestra en todas sus locuciones escrupuloso en la explicitación, hasta llegar una y otra vez a las redundancias, vaya a dejar anacoluta nada menos que toda una legítima? No; el testamento es claro como el agua. Ordena un complejo legado para la viuda suponiendo que no contraerá nuevo matrimonio; pero, por si lo contrajera, se cuida de advertir que quedará resuelto desde entonces y la viuda reducida a su legítima estricta. Esto tan simple y sólo esto es lo que proclama el testamento. ¿Necesitaba el testador decir algo más? ¿Por qué, entonces, la obsesión de buscar intenciones recónditas (¡siempre tan subjetivas y peligrosas!), pese a la prohibición del artículo 675, que se invoca aquí para conculcarlo, en ese “fraude a la ley” a que se refería la doctrina tradicional?

Observemos que el Tribunal afirma: «Las cláusulas testamentarias no son tan claras que baste con su simple lectura para colegir, por modo inequívoco, el propósito o intención del testador». En cambio, el Código Civil previene un supuesto fáctico muy distinto para que se justifiquen las indagaciones acerca de la intención: que aparezca claramente que fue otra la voluntad del testador. O sea: que se diga una cosa cuando, en contra del tenor literal, resulta del contexto que se tiene que querer decir otra diferente. Y esto ha de ser sin ninguna duda razonable; porque, si hay duda sobre esa posible segunda intención, el texto literal se impone. ¡Aunque, por desgracia, existan de hecho (¡y tenemos un ejemplo aquí!), y no existen, de Derecho, legítimas por ministerio de la Jurisprudencia!

Para que fuera cierta la tesis de la Sala sería imprescindible suponer con claro fundamento que

el testador llevaba en mente una segunda intención no explícita; pero barruntable con facilidad por algún dato que constase en el testamento. Ahora bien, no hay tal dato, ni, por tanto, semejante segunda intención, si uno no la confabula. El causante se ha expresado con símbolos de valor consabido: Lego a mi esposa esto y lo otro (algo así como la mitad de la herencia); pero todo ello (que sobrepasa en mucho la legítima) bajo la condición de que no contraiga nuevas nupcias. Si lo hace, quedará sin efecto el legado, no le atribuiré derecho en mi herencia: no llevará de la misma más que la cuota usufructuaria. Esto es todo; pero el efecto monitivo es mayor aún de lo que parece: El testador no ha señalado bienes de donde se detraiga la legítima; en la hipótesis de ulterior matrimonio, su esposa dejará de contar para él: Que se las arregle como pueda, puesto que ya se habrá recusado a su tuición; los bienes del legado pasarán al heredero: ella, allá se las haya.

¿Por qué se conjetura que en el supuesto de no contraer nuevo matrimonio habrá de acumularse el legado a la legítima? ¿Es que menciona o da a entender el testamento, con alguna expresión, semejante cosa? ¿"Sin derecho a llevar de la herencia más que la cuota usufructuaria" es equivalente o insinúa siquiera que esa cuota que se niega ahora se tenga que computar antes? En lenguaje cifrado, podría ser; jamás en el lenguaje coloquial y menos donde impere el rigor formalista que rodea a las disposiciones testamentarias. Más aún; en principio, todos los bienes sobre los que no conste expresamente cláusula dispositiva a favor de persona determinada, pertenecen al sucesor a título universal: es decir, al heredero: Quien afirme una restricción de este principio pecha con la carga de probarla.

El tercer considerando intenta deducir la interpretación prejuzgada de indicios cuestionables y equívocos. Como el hecho aparece sujeto a condición (¡aunque se trate de una condición expresamente admitida por el Código Civil: (art. 793)!, el Tribunal se siente facultado para sostener que, por ella, «es más lógico presumir que quiso otorgar el legado con plena liberalidad y que su viuda lo obtuviera sin limitación alguna, que no atribuirle la intención de restringírsele, imputándolo a la legítima».

¿Qué quiere decir el TS con su «es más lógico»? Todo el mundo sabe que la Lógica formal es la Lógica del "sí o no" ya que no admite más que dos posibilidades dilemáticas: una, la *verdadera*; otra, la *falsa*. En ella no caben gradaciones, "ni en *más*, ni en *menos*". Frente a lo lógico, sólo se da lo ilógico. Ni siquiera las lógicas formales trivalentes abandonan la absolutidad de las alternativas: sólo la exclusión dicotómica. Luego el Tribunal de casación lo único que pudo haber querido decir coherentemente con su frase es que "parece más probable y debe presumirse que..." Y si esto fue efectivamente lo que se intentaba expresar, el TS no se coloca ya en las regiones metafísicas o apreciativas donde no hay modo de confirmación ni refutabilidad, sino que predica hechos de experiencia que pueden ser comprobados, pues, como nadie medianamente culto ignora, la probabilidad no es otra cosa *que mayor frecuencia en el acontecer de un suceso que en el de otro con el que se compara*. Quien asevere, así, que un evento determinado resulta más probable que su émulo, se obliga a probar que en n casos con iguales oportunidades de aparición el s ha ocurrido r veces, mientras que el s' sólo p veces y $p < r$.

¿De dónde ha sacado el TS esa *estadística* que parece invocar? ¿Cuántos testamentos conoce similares para inferir legítimamente los superiores índices de frecuencia que presupone? ¿Hay, tal vez, una costumbre o una fórmula notarial que el otorgante acaso siga? Pero la costumbre ¿no habría que probarla? Todo esto, como salta a la vista, es confabulación para decidir en un sentido predeterminado. Y apenas disimula el verdadero dilema exegético que se plantea a quien trate de averiguar desapasionadamente la voluntad del testador: Éste: *¿Por qué su silencio respecto*

a la legítima en la hipótesis de que la viuda se mantuviese fiel a su recuerdo? Dos explicaciones son posibles: Que el silencio fuera *intencionado* y consciente, porque el testador *no quisiera darle más de eso que le daba*; o que fuera un *descuido, una inadvertencia*: que creyera que con lo que dijo quedaba sobrentendida la legítima. Porque no puede existir duda de que de la legítima no se olvidó, ya que la tuvo presente para deferírsela resignado si llegase a contraer otras nupcias. Luego la cuestión a decidir consiste en lo siguiente: en saber si se puede dar por *normal* que dos personas cualificadas profesionalmente como juristas -el testador y el notario-, *hablando de la legítima para el segundo caso, no la mencionen preterintencionadamente para el primero*. ¿Alguien osará propugnar que la *anomalía* -callar lo que se quiere expresar, siendo muy importante decirlo- sea la *regla* (lo más probable); y en cambio lo *normal* (que uno diga lo que quiere decir y calle lo que quiere callar) deba tomarse como excepción? Pues bien, ¡a nada menos que a todo esto se atreve aquí la Sala sentenciadora!

Por ello, frente a su “es más lógico presumir...”, se hace necesario proclamar -según hemos visto- que jamás puede ser más probable silenciar involuntariamente un asunto importante cuando al autor se le supone el propósito de expresarlo, que silenciarlo a sabiendas. ¿Cuántas veces el hombre no consigue decir lo que se propone cuando quiere decirlo, tiene tiempo sobrado para depurar sus asertos y es de trascendencia que lo diga? Son contadísimas las ocasiones, a la verdad, en que semejante situación pueda llegar a producirse. ¿Cómo, entonces, presumir algo así como más probable? ¿No significaría esto contravenir la regla del artículo 1.253 del Código Civil sobre las presunciones naturales?

Aparte de las objeciones anteriores, hay todavía en el tercer considerando una desacertada intelección de los propósitos a que se enderezan las expresiones del testador. No es que constituyera para él una preocupación la posibilidad de que, a su muerte, contrajera su esposa un segundo matrimonio. No; tal eventualidad -prevista *ad cautelam*; pero tomada como muy remota- juega en el testamento por motivos muy diferentes a los que da a entender el TS. El causante no ignora ni podría ignorar que, si fallecido, su viuda se enamorase de otro hombre, no bastaría el legado para disuadirla de unas nuevas nupcias. Lo que quiere impedir con sus previsiones es otra cosa: Que los bienes objeto de la manda, adjudicados, en su mayoría, en propiedad, sobre servir como incentivos para el matrimonio de la viuda, pasen después a extraños, en perjuicio de sus herederos consanguíneos -por quienes él demuestra tan afectuosa solicitud.

Tampoco atina la sentencia cuándo, en ese mismo considerando, alude a la condición: «Hizo depender la eficacia del legado de que tal matrimonio no llegara a contraerse». Aquí, una vez más, la condición resolutoria se quiere convertir en suspensiva: No es la *eficacia* sino la *subsistencia* del legado la que se hace depender de la fidelidad. Si el TS, como el juez de instancia, ha entendido así el testamento, no es extraño que otorgue la legítima, porque el legado, siendo quimérico, no podría satisfacer aquélla. ¿Que estamos ante un error gramatical, muy fácilmente subsanable? ¡También estamos ante una sentencia de un Tribunal Supremo, dictada sin agobios ni premuras y para adoctrinar a todo el país! ¿Cabe admitir en ella tales desaliños?

El cuarto considerando, consagrado a la interpretación del artículo 815 no puede ser más pobre. Sin ningún argumento propio, sin tomar posición sobre los expuestos por el recurrente, sin dar en absoluto beligerancia a ningún pronunciamiento doctrinal sobre el tema, sin mención de la Jurisprudencia opuesta, se limita, con aceptación incondicional de la tan discutible sentencia de 21 de febrero de 1900, a preconizar una extraña supeditación del artículo 815 al 1.037, cuya función contextual -según demostraremos más tarde-, queda incomprensiblemente malentendida.

El quinto considerando afronta el argumento matemático fundamental, cuya fuerza capta

perfectamente la Sala; pero trata de enervar alegando que no resulta demostrado por el recurrente cuál haya sido el error de Derecho y la norma probatoria infringida por el Tribunal *a quo*, pues el artículo 1.218 del Código Civil, en su apartado primero, lo único que establece es que los documentos públicos hacen prueba, aun contra tercero, del hecho que motiva su otorgamiento y de la fecha de éste y ni uno ni otra se han desconocido aquí. Por lo demás -concluye-, aun admitidos los cálculos del recurso, no se sigue de ellos que la voluntad del testador fuera imputar el legado a la legítima de la viuda para no perjudicar a la de su padre, cuya reducción procedería en cuanto resultase inoficioso aquél.

Tampoco esta doctrina del TS puede ser refrendada. Peca, por un lado, de estridente exageración formulista; por otro, incurre en una peligrosa incompreensión de la dialéctica procesal.

En efecto; el segundo motivo del recurso invoca el artículo 1.218 del Código Civil, aunque transcriba únicamente y dé la impresión de limitarse a su primer párrafo. Sería pertinente demandarse, pues, si el proverbial “rigorismo” dominante en nuestro recurso de casación, según la doctrina del propio Tribunal Supremo, ¿hará necesario para la admisibilidad citar taxativamente, no sólo el artículo de la ley, sino incluso el apartado o pasaje del mismo que se supone conculcado? En la sentencia parece evidente que la Sala está patrocinando esta concepción. Pero conviene cuestionar si es correcta.

A mi juicio, no. Por muchas e importantes razones.

En primer término, la Ley de Enjuiciamientos civil, al omitir cualesquiera condicionamientos formales al escrito en que se sustancie el recurso de casación, está implícitamente desautorizando la imposición de cortapisas a la libertad residual en aras de un vacío ritualismo. Si no hay trabas legales, ¿podrá ser conforme a Ley la jurisprudencia que las entrometa?

En segundo lugar, cuando un Tribunal cualquiera mengua por una resolución el alcance de sus funciones, la validez de su pronunciamiento choca contra un doble obstáculo insuperable, pues sobre incurrir en cierta solapada denegación de Justicia, hay también ahí autoexoneración de un deber legal, aprovechando abusivamente, en beneficio propio, la jurisdicción “imparcial” que se le otorga respecto a otros. Dicho de otro modo: «Si la Ley de Enjuiciamiento civil no sometió a formulismos litúrgicos la admisibilidad del recurso de casación, sino que la subordina sólo a demostrar que el fallo incide en los supuestos del artículo 1.632 (y aquí el “error de derecho” en la apreciación de la prueba), el Tribunal, que no obstante, cediendo a la propensión comodona de facilitarse o reducir su trabajo, los establece por su cuenta, está claro que, a la vez, deniega Justicia a quien es titular de un derecho incondicional al “debido” proceso -no mediatizado por nadie- y quebranta, de paso, el cardinal principio jurídico de que “a ninguno es lícito dispensarse a sí mismo de las obligaciones que tiene”».

En tercer lugar, el artículo 1.218, más allá de la fragmentación gramatical a que, por causas circunstanciales de distribución sintáctica, se ve sujeto, alberga óntimamente la pretensión unitaria de regular la fuerza probatoria del documento público. De donde ha de inferirse que la exégesis debe proceder a una reconstrucción integradora que devuelva al precepto la unidad significativa que presupone. Porque, si, por ejemplo, la demandada, en cuanto atañe a su legítima estricta, pudiera merecer la condición de tercero frente a ciertos actos del testador, destinados acaso a menoscabársela; por lo que concierne al legado resulta una causahabiente más y queda vinculada por las declaraciones de su causante. ¡Y ni que decir tiene que aun en mayor medida por las propias!

Por último, si la *práctica en contrario* ha de ser tenida por ineficaz contra la ley y si rige el principio *da mihi factum, dabo tibi ius*, no parece defendible la tesis de que el Tribunal de

casación, cuyo cometido es preservar el Derecho contra la arbitrariedad o el error judicial, se abstenga de cumplirlo por el fútil pretexto de haber citado el recurrente un solo párrafo de un artículo, en lugar de dos.

Si en su declaración de bienes relictos ante el liquidador del Impuesto de Derechos Reales manifiestan ambas partes que todos los de la herencia son los que mencionan y, en consecuencia, tributan exclusivamente por ellos; esa declaración autenticada, ni siquiera desmentida en autos por la parte que la produjo (quien más bien la confirma), no puede ser ignorada por el Tribunal sentenciador sin hacer tabla rasa del artículo 1.218. ¿Que la violencia se localiza en el apartado segundo y el recurrente sólo se refirió al primero? ¿Y qué? Si apunto a la excepción, ¿no dejó comprendida la regla? “Del hecho que motiva su otorgamiento y de su fecha” hacen prueba los documentos públicos, “aun contra tercero”. Pero -cabría preguntar- ¿tiene algún sentido esta disposición o es inteligible sin la aclaración que luego se hace? Salta a los ojos de cualquiera que la formulación más propia del artículo quedaría condensada así: Los documentos públicos hacen prueba contra los contratantes y sus causahabientes, en cuanto a las declaraciones que en ellos hubiesen hecho los primeros, así como del hecho que motiva su otorgamiento y de la fecha de éste. Contra tercero, en cambio, sólo la hacen respecto al hecho y fecha. Esta posible redacción acredita lo afirmado con anterioridad: Lo que importa ahora es si la viuda debe tener en el caso trato de causahabiente o de tercero. Y la respuesta irrefutable respecto a los documentos liquidados resulta banal: La viuda ha sido en ellos parte; luego su propia declaración, certificada por el funcionario competente, la vincula; y al Tribunal con ella. Lo cual puede decirse de otro modo, que solventa otra duda: “Es un hecho de certeza pública que haya suscrito la declaración de bienes relictos como total herencia de su causante”. Y en la eficacia de esta declaración, impuesta por la ley fiscal, ha de encontrarse el hecho que la motiva. Por ende, aun ateniéndose al párrafo primero del artículo 1.218, la interpretación jurisprudencial de la locución “hecho que motiva su otorgamiento” peca por estrechez. Lo único importantes es que la viuda, obligada a efectuar una declaración completa de bienes, se atiene a los que relaciona el actor, sin añadir ninguno. ¿Podrá luego, jugando a la reticencia, desentenderse de su propia manifestación, acreditada por el órgano competente? ¿Pero cuál es el hecho motivador del otorgamiento? Para las partes, cumplir la obligación tributaria para no incurrir en sanción; para el Estado, conocer el caudal hereditario en su totalidad, para percibir el impuesto. ¡Y ambos casos tienen como denominador común la presunción de una enumeración exhaustiva! Luego no cabe sostener que haya andado descaminado el recurrente.

La grave incompreensión de la dialéctica procesal que asimismo inficiona la sentencia se advierte en lo siguiente: En que con insistencia machacona en la demanda y en la réplica, así como en la vista en apelación, el demandante ha repetido muchas veces que el total de los bienes del causante al otorgar testamento era el que se inventariaba en la demanda. Al abrirse la sucesión -se apostillaba también- se han producido ciertos incrementos de poca monta, hechos constar expresamente, que no suman más de unas tres mil pesetas -según la valoración de la Oficina Liquidadora del I. de D. R. La necesidad de probar estas alegaciones surgiría para el actor con la contradicción de las mismas por la demandada, pues, según el artículo 565 LEC y la doctrina científica que lo interpreta, «la prueba... se concretará a los hechos que no hayan sido confesados llanamente por la parte a quien perjudiquen». Aquí, sin embargo, el actor aportó los documentos públicos y privados acreditativos de sus afirmaciones. Y no habiendo sido contradicho por la demandada (quien solo niega su trascendencia para el caso; pero acaba rindiéndose a la fuerza de los documentos corroborativos), tiene que verse exonerado de la carga probatoria, que, en principio, gravitó sobre él. Pues supongamos que la demandada, para negar eficazmente el hecho aducido de que no hay más bienes que los reseñados, hubiera sentado como debía, la

contraafirmación de que existieran otros en la herencia -o al ser otorgado el testamento-. ¿No quedaría gravada con la carga de precisar cuáles fueran? Y entonces ¿podría la Sala de apelación -y el TS con ella- arrojar sobre el demandante, que justificó sus asertos más allá de lo necesario, la carga de una probanza negativa que no cabe dar, cuando resultaría simplicísimo acreditar la escamoteada contrarréplica de la demandada si fura verdad? En la práctica, el TS, desconociendo conspicuas evidencias psicológicas (si existieran otros bienes que los citados por el actor, ¿no se apuntaría el tanto decisivo de señalar alguno la demandada?), ha extraído de lo que debiera ser -por lo menos- una ficta confessio la exoneración probatoria para la parte reticente. ¿No equivale tal cosa -según la gráfica expresión popular- a “sacarle las castañas del fuego” a la viuda? ¿Podrá decir la Sala “ni quito ni pongo rey” con eso?

La lectura del 6º. considerando produce, por fin, una impresión distinta. Los anteriores -como si le vinieran impuestos por la mayoría- aparecen redactados por el ponente de mala gana. Sin esmerarse. Éste, con mayor cuidado. Incluso se permite una incursión histórica (innecesaria y arriesgada), para resaltar el cambio de perspectiva que, según se cree, impuso nuestro Código Civil (a imitación del francés) al régimen del Derecho Romano.

Nada habría, en principio, que objetar a los argumentos jurídicos que fundan el considerando actual; pero, en el fondo, hay una contradicción tan inaparente como real entre la estimación de la súplica en esta parte y la denegación de las anteriores. El actor había ejercitado aquí una acción petitoria de herencia (heredero contra quien, sin serlo, detenta, como tal, los bienes hereditarios). Le correspondía, por tanto, identificando el objeto de su acción, precisar las cosas que reclamaba. ¿Qué efecto produciría la omisión de alguna? Si lo juzgado y la ejecución tienen estrictos límites objetivos, es evidente que sólo habrán de entregarse los bienes identificados. En consecuencia, no hay más en la herencia ni en los autos que los reseñados y documentados por él: ¡No hay más en la herencia ni en los autos que los reseñados y documentados por él: ¡No hay más cera que la que arde! De ahí, una de dos: O los bienes están identificados y son los que dice el actor; y entonces sus cálculos son irrecusables; o no se han identificado los bienes y, en este caso, tampoco podría prosperar la acción petitoria de herencia.

La mejor demostración de la tesis que acaba de formularse se obtiene sólo con idear una hipótesis: Supongamos que mi padre, en lugar de ejercitar todas las pretensiones de su demanda, se hubiera limitado a deducir la petición de herencia por su condición de heredero y albacea legítimo. ¿Necesitaría haber aportado más documentos o más pruebas que los que presentó? ¡No se ve razón para exigirselos! Prueba, con el testamento, su condición de heredero; prueba, con los documentos particionales, cuáles son los bienes que ha ido heredando su hermano; si éstos se encuentran aún en su patrimonio, no hay que investigar ninguna subrogación real y debe valer el principio de que otras eventuales adquisiciones son gananciales.

¿Qué suerte hubiera corrido la acción petitoria? En ella -parece incuestionable- la demandada no hubiera tenido interés en esquivar respuestas y en crear dudas artificiales sobre la extensión del haber hereditario. Insistiría en la identificación de cada cosa reclamada; pero nada más. Ahora bien, con los cuadernos particionales a la vista y la declaración del caudal relicto hecha suya por la viuda, ¿podría ésta desconocer más tarde que sabe de sobra cual es cada uno de los bienes reivindicados? ¿Cómo, entonces, cabría la posibilidad de que no prosperase la demanda?

Observemos algo más aún. En la acción petitoria no hay motivo para plantear ni discutir el contenido del testamento. El actor trata sólo de posesionarse de los bienes y se reserva para más tarde, desde que los tenga ya en su poder, la ejecución de la voluntad testamentaria. Situémonos en ese momento. El heredero cumple el testamento haciendo entrega de sus sendos legados a los legatarios. La viuda, si disconforme, ¿no debería probar de dónde arranca su adicional, presunto

derecho a la legítima?

Podría instar su complementación si el legado fuese inferior a ella, ¿mas con qué título la pide si viene desbordada por el legado? ¿Por el testamento? ¿Y dónde dice el testamento que haya que dársela? ¿Le sería lícito entonces a un hipotético Tribunal aducir, frente al argumento matemático que reduce al absurdo la yuxtaposición de la cuota con la manda, que los bienes ya reintegrados por la viuda al heredero, no esté probado que fueran los únicos que pertenecieran al testador? ¡Ni la viuda podría insinuarlo, ni el Tribunal osaría sostenerlo! Pues bien, no se olvide ahora que la acción petitoria, ejercitada aquí asimismo con la declarativa pertinente, debe ser tratada según naturaleza y, al prosperar, como ha prosperado, no puede perder ninguna de sus consecuencias. ¡Ni las que afectan a la reglamentación probatoria! ¡En principio, no hay más herencia que la identificada por el actor (¡ella sola es el objeto de la demanda!) y si más hubiera, tanto mejor para la viuda que no se vería obligada a entregarla! ¿Quién se beneficia del intencionado silencio? ¡Está claro que la demandada; y por partida doble! ¿Y la carga de la prueba no la constriñe? ¡Ahorrémonos cualquier ulterior comentario!

10. LA INTERPRETACIÓN LÓGICO-MATEMÁTICA DE LA CLÁUSULA TESTAMENTARIA

Historiadas todas las vicisitudes del pleito, llegó el momento de dar expresión lógica concreta a los argumentos matemáticos que intuitivamente presenté desde que leí el testamento y las diversas tentativas para captar su significado. Por supuesto, la forma que puedo brindar hoy al raciocinio dista lo indecible de la que ofrecí entonces a mi padre, bien que no haya ninguna diferencia sustancial. Permítaseme sólo una breve introducción para que cuanto voy a exponer tenga verdadero valor ejemplificativo.

Bajo el prisma lógico-matemático, el testamento se presenta como un ordenamiento jurídico en miniatura, un universo de discurso que comprender y analizar; pero no aislado, sino brotando de una axiomática legal fundante. El “sentido” del testamento no está cabal en sí: se integra al Derecho vigente cuando fue otorgado, como éste, a la tradición científica coetánea.

¿Cómo interpretar con severo rigor e imparcialidad el testamento?

Asentémonos, primero, en el mismo y hagamos su transcripción lógica, con respeto absoluto a sus previsiones.

Nuestros datos son: un patrimonio, el del causante, que comprende la universalidad de sus derechos transmisibles; varias personas, perfectamente identificadas, entre quienes deberá efectuarse la distribución de aquél; y una serie “determinable” de reglas distributivas interrelacionadas y lógicamente conexas. Dichas reglas son, primero, las que contiene el propio testamento; después y supletoriamente, las normas jurídicas dictadas con este propósito (CC, art. 658).

Nuestras incógnitas por despejar consisten en la obtención, por vía deductiva, del *quantum* que corresponde a cada beneficiario. Lo que significa no extrapolar criterios distributivos, sino atenerse, en tanto sean bastantes, a los que resultan del texto literal del testamento. Y sólo en su defecto, a la intención previsible del testador, inferida de las mismas cláusulas testamentarias (art. 675); o, todavía, a lo que el Ordenamiento positivo presume para hacer sus veces.

Tenemos, así, facilitados por el mismísimo legislador, los axiomas operativos de obligada observancia para la resolución de los casos particulares. Y como la Lógica no se preocupa de otra cosa que de la fidelidad a las asunciones preestablecidas y su regla de discurso lícito se cifra en la transformación no-contradictoria de sus contenidos semánticos, queda patentizado que nuestro empeño de aclaración lógico-jurídica, no sólo se justifica por motivos de coherencia interna y por su propio nivel científico sino que resulta el único compatible con las prescripciones concretas de nuestro Derecho vigente y se hace, por tanto, el único legítimo.

Sin necesidad de repetir aquí, una vez más, las cláusulas del testamento (que el lector puede hallar en anteriores páginas), vamos a intentar darles cumplimiento en forma progresiva. Comenzando por las más fáciles, las que no han suscitado controversia, hacemos asignación de los pequeños legados: los dos relojes y el despacho. Segregados éstos, queda por dividir el grueso de la herencia entre el heredero y la legataria. Veamos cómo, por las disposiciones del propio testamento.

Legó a su esposa: una casa en propiedad y otra en usufructo; una valiosa finca rústica; la mitad de sus valores y efectos públicos y todos sus bienes muebles (salvo los otros legados, ya excluidos). Toda esta manda queda sujeta a una condición potestativo-resolutoria, cuyo

incumplimiento dejaría a la viuda «sin derecho a llevar más que la cuota usufructuaria».

«Y de lo que resta de la herencia instituye por su único y universal heredero a su padre... y si éste fallece antes que él, a su hermano (o a quien sea heredero de éste) en igual forma.»

Aplicado, pues, el testamento, mientras la condición no se incumpla, impone sobre la masa hereditaria una dicotomía, formada a partir de los legados; es decir, la porción definida del conjunto; a la cual hay que contraponer su complemento (o negación: lo no-legado -lo que no entra en el legado-): el resto de la herencia. Llamando M a los legados y a su complemento (como es usual) $-M$, tendremos:

$$M + -M = I; \quad \text{o bien,} \quad I - M = -M.$$

Que la viuda, conservándose tal, obtenga su legado, no se discute. Que de contraer matrimonio, no reciba más que su legítima estricta, tampoco.

El problema está en averiguar si la legítima y el legado son compatibles.

Para resolverlo, hagamos hincapié en una cosa: La cuota legitimaria tuvo que entrar, sin duda, en los cálculos del causante, tanto al proyectar como al redactar el testamento, puesto que tomó la precaución de mencionarla expresamente, cuando, en rigor, no era necesario para la hipótesis, *ad cautelam* prevista, de que su cónyuge pasase a nuevas nupcias. Lo que se cuestionó en el pleito fue dónde había querido el testador situar la legítima de su esposa en el supuesto normal de que no se casara; o sea, si subsumida entre su legado, por sobrar éste para satisfacerla; o subsistente como un gravamen sobreentendido, a detracer del resto de la herencia. ¿Se concilia esta última posibilidad con lo que estipulan taxativamente las cláusulas testamentarias? Se demuestra sin esfuerzo que no. Pues aparte de la razón psicológica (lo desatinado que resulta que quien, donde no hace falta, se ocupe de la cuota, pueda omitir toda alusión a ella donde la reticencia debe interpretarse como denegación (art. 815); lógicamente no cabe, sin contradicción manifiesta, pretender ubicar otro legado justo en donde, por principio, al imponerse la negación de cualquier legado posible, no puede en absoluto existir ninguno.

$$M \cdot -M = 0; \quad \text{o bien,} \quad I \cdot 0 = 0$$

lo que significa que «la conjunción lógica de los contradictorios es imposible» (o igual a 0 o falsa).

De otra manera: Tal y como están concebidas las cláusulas testamentarias, la herencia está inicialmente presente como un minuendo; los legados como un substraendo y la porción del heredero como el resto. En el testamento no se habla de otra cosa que de los legados y de lo que resta de la herencia, tras deducir aquéllos: ¿Cómo y dónde puede estar entonces la cuota viudal? Si hubiese aún un substraendo por aplicar, ¿cómo hablar ya de resto? El resto o lo que resta es lo que queda al final de las operaciones substractivas, precisamente porque es el resultado de aquéllas. Pero la legítima precedería, no subsiguiría a la substracción; ni está en el resto ni es sobre el resto, versando sobre todo el haber sucesorio, ¿cómo subsumirla, porque si, en ese resto al que la voluntad del testador fija otro destino?

Hay, además, en el testamento otras ecuaciones de condición que hacen matemáticamente imposible -si se quiere respetar lo dispuesto- acumular la legítima al legado. El hermano del testador aparece como sustituto de su padre y explícitamente declara el *de-cuius* su voluntad de que le *herede en igual forma*. Por tanto, llamando p a la porción paterna y f a la fraterna, una de las ecuaciones de condición es $p = f$. Pero siendo el patrimonio hereditario h una constante, la igualdad anterior sólo puede ser mantenida si lo adjudicado a la viuda es también constante. Luego no cabe, sin contradecir la orden expresa del testador de que su padre y su hermano le hereden en la misma cuantía, que la viuda acumule la cuota legal a las mandas. Pues siendo la cuota variable cuando el cónyuge concurre con ascendientes o con el hermano, el cambio en el sustraendo tiene que traducirse por fuerza en restos diferentes. ¡Y es el mismo resto el que se quiere para el padre y el hermano! Algebraicamente:

$$h - h/3 = p.$$

$$h - h/2 = f.$$

Luego, siendo en ese supuesto, $p \neq f$, la hipótesis queda reducida al absurdo y, por ende, lo adjudicado a la viuda no puede significar variabilidad: ¡Lo asignado a la viuda tiene que ser constante!

Es aún posible presentar de otra forma la demostración. Sigamos designando por h la totalidad del haber hereditario; llamemos l a lo legado a la viuda; x , y a sus hipotéticas cuotas legitimarias (que valdrían realmente sumas bien distintas en cada caso y, en consecuencia, $x \neq y$); y representemos por q la porción destinada al heredero, invariable, por decisión del testador, aunque el título cambie.

Traduciendo a símbolos las prescripciones del testamento, tendríamos entonces:

$$h - (l + x) - q = 0.$$

$$h - (l + y) - q = 0.$$

Y despejando las incógnitas:

$$x = h - l - q$$

$$y = h - l - q.$$

x e y tienen, pues, que ser iguales; pero no pueden serlo y satisfacer la ecuación sino en un caso: *cuando ambas valgan cero*. Luego la cuota de la viuda para respetar el testamento tiene que valer 0; es decir, no puede existir si la voluntad del testador se acata estrictamente.

A la misma conclusión de incompatibilidad entre el legado y la cuota viudal, dados los términos del testamento, se llega examinando lo dispuesto para la institución de heredero. El padre del testador o, en defecto de aquél, su hermano, es instituido «único y universal» heredero de lo que

resta de la herencia, detraídos los legados. ¡Sólo con que los tribunales se hubieran preguntado qué significaban aquí estas dos palabras clave -“único” y “universal”- su interpretación del testamento hubiera sido otra! Porque, ¿qué significa único? Único significa que no hay otro de su clase ni se permite que lo haya (en esto último se diferencia “único” de “solo”). Por tanto, el heredero es único cuando nadie más que él sucederá al causante en ese resto globalizado de la herencia. No hay, pues, sitio para que otra persona cualquiera comparta la herencia residual con un heredero que, debe ser único. Pero, por si alguien quisiera -como en el pleito la demandada- formalizar la condición de heredero y convertirla en ese mito de un supuesto “continuador de la personalidad del causante”, se añade todavía el adjetivo complementario “universal”, que excluye ya toda posible duda. Pues “universal” quiere decir que comprende a todos los bienes de la herencia restantes, sin excepción de ninguno. En consecuencia, que el padre (o el hermano) del testador sea, separados los legados, «único y universal heredero», implica que exclusivamente él reciba todos los bienes no especificados, con todas sus accesiones y frutos. Pues compartido con otro ese resto, no sería heredero único; sustraído algo, por poco que fuera, de ese total, ya no heredaría “universalmente”: que no hay todo, si se suprime, en la forma que sea, cualquiera parte.

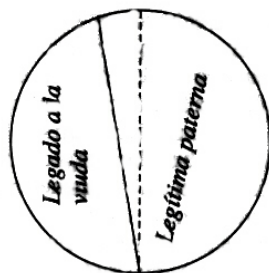
Esto excluido, el testamento ha de ponerse en obligada conexión con el Ordenamiento positivo vigente al tiempo de su otorgamiento y apertura de la sucesión, máxime cuando es abierto, notarial y abogado ejerciente quien lo decretaba.

Cuando fue otorgado, la Ley imponía al testador dos limitaciones *a priori* en la libre disposición de su herencia: Tenía que respetar dos legítimas, la del padre y la de su cónyuge. Consistía la del padre en la mitad del haber hereditario; la del cónyuge, en concurrencia con él, en el usufructo de un tercio, a sacar de la mitad libre.

Para que pudiera surtir el testamento plenos efectos en el caso de premorir el testador a su padre (hipótesis que evidentemente comprende), la legítima de este último debería haberse respetado. ¿O es acaso concebible que un abogado en ejercicio pretendiera ignorarla? ¿Con qué posible objeto? ¿Tiene sentido intentar algo que se sabe condenado al fracaso absoluto?

Más allá de todas estas razones se encuentra otra aún más importante y decisiva: Cuando la Ley prohíbe un resultado, no sólo trata de impedir que se obtenga sino que también prohíbe que los actos jurídicos se apliquen o interpreten de modo que conduzcan a dicho resultado. No cabe, pues, lícitamente hacer decir a una cláusula testamentaria, por vía exegética, lo que no pudo haber dicho en Derecho. De varias posibilidades de intelección, las que presumen lo prohibido deben ser rechazadas.

Representemos la herencia por un círculo, bisecado en cualquiera de sus diámetros. Una de las mitades (por ejemplo, la de la derecha en la figura) hagamos que simbolice la legítima paterna. Sobre ella no cabrá imponer ningún gravamen, ni, por tanto, suponerla parasitada por el usufructo vidual. Si el legado, pues, está muy próximo en valor a la mitad de la herencia, no será posible, sin *fraus legi*, adicionarle una confabulada cuota legitimaria en usufructo, ya que no habría bienes de donde tomarla. La situación es la que revela el diagrama siguiente:



A juicio del demandante, no da el testamento ningún pie para imaginar que el testador hubiese querido acumular legado y legítima vidual. Al revés, el testador ha hecho cabal reparto de sus bienes entre el heredero y los legatarios; ha dejado a su cónyuge casi la mitad del haber y el resto -muy poco más de la mitad- a su padre o hermano. Si esta afirmación del actor fuese verdadera, **resultaría forzoso admitir que la cuota vidual se imputó y quedó subsumida en el legado por la mismísima voluntad del causante**. Luego la trascendencia de tal afirmación tampoco podría ser, sino por razones tácticas y de conveniencia procesal, cuestionada por nadie. Una y otra vez, tanto en su demanda como en la réplica, se insistió por el demandante en este hecho y en su apodíctica fuerza de convicción. Con números inequívocos y elocuentes, se fijó el valor del caudal, tanto en el momento de la testamentifacción como a la muerte del causante. Pero - observemos el llamativo indicio- **todos los bienes de la herencia estaban bajo posesión de la demandada**. Si alguno faltaba en el recuento, **¿por qué se lo calló, contra sus propios intereses?** ¿Por qué no contradijo el argumento ni citó bienes (si así fuese) silenciados por el actor, limitándose, en cambio, a simular que no le daba importancia al racionio? ¿Mas no dependía el monto de la propia cuota vidual de una relación completa de los bienes hereditarios? ¿Podría entonces prescindirse de semejante relación para saber realmente si la cuota era susceptible de coexistir con el legado?

Para evitar innecesarias repeticiones, expresemos las diferentes partidas de la herencia como porcentajes de su valor total.

Al tiempo de otorgar testamento, dando a los bienes los valores aceptados por el propio causante, el legado de la viuda asciende a un 49,36 por 100 y la cuota usufructuaria sobre el tercio (33,33 por 100), valorada en función de la edad, en aquella fecha, se reduciría al 16,66 por 100. Por tanto, ambas porciones hereditarias sumadas excederían el 66 por 100, con lo que casi toda la cuota usufructuaria habría que suponerla constituida a expensas de la legítima paterna. Y esto, que no lo podía hacer legítimamente ni el mismo testador, ¿vamos a poder hacerlo nosotros, a pretexto de exégesis?

Al fallecimiento del causante, la situación ha cambiado muy poco. El valor del legado supone un 44,97 por 100 de la herencia, mientras que la cuota suma ya sólo un 13,35 por 100. De todas suertes, aun así, la legítima paterna se vería seriamente mermada contra Derecho. Con una agravante que no dejó de resaltar mi padre:

Aunque formalmente el usufructo de la viuda se valore en las cantidades reseñadas, en la práctica la nuda propiedad que hubiera de asignarse al padre del testador (¡con treinta años más que la viuda!) tendría, como esperanza matemática, un valor poco menos que nulo. ¡La cuota vidual adicionada sobre el legado convertiría la legítima paterna en tosca engañifa!

La tesis sustentada por los tribunales respecto a la acumulabilidad queda expuesta en la picota

del absurdo con sólo proponerse la primera hipótesis de que parte el testamento.

Supongamos, en efecto, que mi abuelo hubiera sobrevivido a su hijo: ¿Pretendería la viuda mantener entonces su criterio actual? ¿Reclamaría su cuota, además del legado? Está claro que no, al resultar su intento por completo inviable.

Imaginemos, sin embargo, que, obcecada en su interpretación, hubiera igualmente dado lugar al pleito. Más aún; lleguemos a postular también que la demanda de mi padre hubiera sido promovida por mi abuelo, sin que se variase en ella nada sustancial y que fueran asimismo coincidentes los escritos de oposición ya estudiados. ¿Podríamos concebir que los tribunales hubiesen reiterado sus sentencias? ¿Serían capaces de volatilizarle su legítima al heredero desde una teoría puramente lucubrada -y sin pruebas- ? ¡No me parece verosímil! ¡Pues he ahí la paradoja! El testamento es uno; tiene que decir lo mismo en cualquier fecha en que se lea; quiere, por otra parte, que los posibles herederos de la serie que sucesivamente instituye «hereden en la misma forma», ¿cómo, entonces, extraer de él resultados tan drásticamente diferentes?

No; no nos es lícito acoger supuestos absurdos y contra-ley, sin ninguna base testamentaria, cuando lógica, semántica y pragmáticamente texto y contexto, amén de estar muy claros, se evidencian como perfectamente razonables. Cuando el *de-cuius* otorgó su última voluntad tenía dos limitaciones legales: La legítima de su padre, que le obligaba a separar para él la mitad de la herencia; y la de su consorte, que podría variar, según la persona del heredero, entre un tercio y un medio, siempre en usufructo. El testador -como era natural en un letrado- quiso respetar ambas legítimas y hacer aún alguna liberalidad a cada uno de sus beneficiarios. Pero quiso también dejar de una vez por todas resuelto el problema de su sucesión para no verse sorprendido por futuros acaecimientos. Buscó para eso una fórmula que le permitiera separar a su esposa con un legado superior al valor máximo de su cuota usufructuaria (así nunca resultaría perjudicada, aunque le heredara su hermano y no su padre) y le dio casi lo más que podía darle: un 49,36 por 100 de sus bienes -al valor de entonces-. Que el testador calculó y sopesó todos estos números se advierte en la parte en usufructo del propio legado. ¿Por qué, por excepción, la casa llamada “del Horno” no le fue adjudicada en propiedad? ¿Por qué el límite de la legítima paterna se vería transpuesto! No se quiso, porque no se podía, dar esa casa en propiedad, ¿y se habría de querer (¡sin acertar a decirlo!) dar el usufructo de un tercio o de la mitad, en su caso? ¿Qué lógica pueden tener semejantes incongruencias?

Tal como estaba concebido, el testamento tenía que prever -y previo- tres situaciones diferentes, según concurriera la viuda con el padre, el hermano del testador o los herederos del último; pero paladinamente se dejó en él constancia de que tales incidencias no deberían mermar la participación del incógnito heredero: La sustitución había de hacerse heredando cualquiera de los llamados «en igual forma». ¡Luego el hermano del testador no podía heredar menos que su padre! Y como la legítima paterna, de acatamiento necesario y presunto, alcanzaba a la mitad de la herencia, está claro que no cabe aquí pretender que se adicione a un legado, que ya está rozando en su cuantía a la otra mitad, una cuota, como la vidual, de $1/3$ o de $1/2$, aunque sea en usufructo.

Llamemos v al legado de la viuda, u a su hipotética cuota, x al resto atribuido al heredero y cifremos el haber hereditario en un valor 100. Tendremos entonces:

$$v + u + x = 100$$

Pero el valor de v (en función de 100) nos es conocido, tanto el tiempo de otorgarse el testamento como al de abrirse la sucesión. Es 49, 36 en el primer caso y 44, 97 en el segundo. U resulta igualmente conocido, ya que consta en el *CC*, y es la evaluación en usufructo de $1/3$ ó $1/2$ del haber. Luego la única incógnita es x .

Ahora bien, respecto a esta incógnita existe una regla legal precisa que establece:

$$x \geq \frac{1}{2} (100).$$

Luego si $v > u$, $u = 0$. (art. 815 CC.)

SEGUNDA PARTE: GENERALIZACIÓN DE LOS PRINCIPIOS

11. INTERMEDIO EXEGÉTICO

Aunque no sea este el momento más adecuado para referirse a una teoría interpretativa y aun cuando actualmente el poco afortunado artículo 3 del nuevo Título Preliminar del CC parece que quiera suplantar a la Ciencia jurídica y, empeño imposible, hacer sus veces; resultaría imprudente, no muy honesto y contrario a las exigencias lógicas pasar por alto los principios hermenéuticos que uno habrá de aplicar.

A mi juicio, interpretar una ley no podrá consistir jamás en desentrañar el sentido propio de las expresiones utilizadas por ella, ya en función del contexto o de la historia, ya en función de una realidad social, más difusa y evasiva aún, porque lo realmente oscuro en los preceptos jurídicos no es otra cosa que la correlación entre dos mundos mal definidos: *el de los símbolos del Derecho y el de los comportamientos posibles prefigurados, que aquéllos son incapaces de acotar*. Como las nociones de que el Ordenamiento positivo se vale no han sido jamás predeslindadas en sus contenidos empíricos, su esclarecimiento nunca podría consistir en un análisis intrínseco ni en una correlación interconceptual, sino en un reajuste entre el sistema lógico, ya en trance crítico, y las *regularidades típicas de conducta* evocadas preterintencionalmente desde aquél.

Trataremos de explicar la teoría ante un caso concreto y característico.

Sea, pues, el propio artículo 3, primero, de ese Título Preliminar al Código Civil:

«Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas.»

¿Cómo interpretar esta “norma”? ¿Con las directrices que sienta ella misma? ¿Y qué haremos en todo aquello que no resulte explícito? Si el procedimiento interpretativo ofrendado no se nos muestra como *una serie de trámites inequívocos y completos, como un algoritmo*, ¿existe de verdad método hermenéutico *disponible*? ¿Cómo interpretaremos las normas de interpretación, en lo que tienen de dudoso, sin caer en la más burda petición de principio? El artículo 3 nos dice, por ejemplo, que hay que interpretar las normas según el sentido propio de sus palabras. Pero -y he aquí el *quid-*, ¿cuál es el sentido «propio de sus palabras»? Si lo supiésemos, ¿dónde estaría el problema? Si no lo sabemos, ¿el remitirse *al sentido propio, qué nos dice*? ¿Qué significa eso de “sentido propio” de unas palabras? ¿El que les atribuye el Diccionario de la Real Academia de la Lengua? Si eso se quisiera decir, ¿por qué el legislador no lo dijo? ¿Y quién, cómo y bajo qué condiciones puede, si no, definir el sentido *propio* de uno o varios vocablos concatenados? ¿Qué quiere decir aquí mismo el término “propio”?

El Diccionario de la R. A. de la Lengua dice todo esto en *Propio, pia*. (De *propio*), adj. Perteneciente a uno que tiene la facultad de disponer de ello. // 2. Característico, peculiar de cada persona o cosa. // 3. Conveniente, adecuado. // 4. Natural, en contraposición a postizo o accidental. Pelo propio. // 5. Referente a la misma persona que habla o de que se habla. *En defensa propia, en beneficio propio*. // 6. V. amor, cura, feudo, movimiento, nombre, quebranto propio. // 7. V. bienes propios. // 8. V. estimación, fracción propia. // 9. Fil. Dícese del accidente que se sigue necesariamente o es inseparable de la esencia y naturaleza de las cosas. U.t.c.s. //

10. m. Persona que expresamente se envía de un punto a otro con carta o recado. // 11. Heredad, ciudad, villa o lugar para satisfacer los gastos públicos. U.m. en plural. // 12. V. bienes, mayordomo de propios. // **al propio**, m. adv. Con propiedad, justa e idénticamente.

Entre todas estas acepciones, ¿a cuál alude aquí el cuestionado término?

Resulta obvio, es cierto, que alguno de los sentidos inventariados no cabe ahora en el ámbito de coherencia permitido por las interrelaciones contextuales. Así, por ejemplo, la primera acepción, la quinta, las tres siguientes, la décima, la undécima y las dos últimas. Pero tanto la segunda como la tercera, la cuarta y la novena **parecen en consonancia con la intención significativa presumible**. ¿Por cuál debemos decidimos? ¿Cuál es aquí el sentido propio de “**propio**”? ¿En lugar de decirnoslo taxativamente, lo que obligaría al legislador a un esfuerzo que ningún político quiere echar sobre sí, lo único que se hace es suponer que con la cooperación del lector basta con lo dicho.

No obstante, de esta suerte se está convirtiendo el criterio subjetivo del exégeta en método hermenéutico, en lugar de proporcionarnos el Código el método impersonal justificativo de la posición que quiere adoptar.

No; el **sentido propio** del término, según vamos a ver, no puede inferirse por mera indagación de su interioridad, en una especie de introspección verbalista, sino que se colige solamente trascendiendo los aspectos gramaticales y filológicos hasta llegar a la **fente informativa originaria** de donde fue arrancado el dato positivo.

Para comprobar esta tesis, volvamos a las cuatro acepciones de «propio» no descartadas todavía. Supongamos que tenemos preferencia por la tercera. Insinuaremos, así, que el sentido llamado «propio» es el más **conveniente o adecuado**, bien que entonces, tras cualquiera de los sinónimos, siga siendo urgente preguntar: **¿Cómo se sabe cuando es más o menos conveniente optar por una u otra significación?** He ahí, en fin de cuentas, lo único importante... Y he ahí, por desgracia, lo que la Ley no dice.

¿Que no nos gusta la tercera acepción? Pues decidámonos por la segunda y veamos lo que pasa. ¿Nos consta ahora mejor lo que «característico» o «peculiar» quieren decir? Salta a la vista que nada ha adelantado aún. ¡Ningún símbolo porta consigo el espejo revelador de la realidad que designa! ¿Cómo tratar entonces el problema sin abdicar de la objetividad, en indebida entrega al “sentimiento jurídico” de cada exégeta posible?

A falta de cualquier teoría elemental válida de la interpretación, ésta tendrá que concebirse como un supuesto más para la concreta aplicación del **método científico**. Será, por consiguiente, una **sistematización de la conjetura, contrastada por exclusión y simplificada, para explicar consecuentemente, a error controlado y mínimo, un hecho problemático cualquiera, con total respeto a sus fuentes originarias de información** ⁽³⁾. (La práctica de la receta aclarará la fórmula mucho mejor que largas exposiciones doctrinales.)

³ Sintetizo y redefino mi propia teoría del método, expuesta en **La Investigación científica y su propedéutica en el Derecho**, Caracas, I, 1970, 73 ss. y II, 1972. Un resumen en «La Unidad del Método Científico», en **Justicia** 88, III, 519 ss. Tengo entre manos actualmente una amplia «Metodología General y del Derecho», en publicación por el Consejo General del Notariado que explica el punto de vista propugnado. La investigación se inicia conjeturando hipótesis, cuantas más mejor, y procediendo a excluir cuantas generen contradicción, choquen con la experiencia o contengan elementos superfluos.

12. LAS INCÓGNITAS DE AMBOS ARTÍCULOS

Según nos consta por lo expuesto, los artículos 815 y 1.037 del CC, sobre ser antinómicos en apariencia, suscitan numerosos interrogantes y acaban inspirando contradicciones. ¿Cómo saber la extensión casuística que deba darse a cada uno? ¿Cuál sienta la regla primaria y cuál la secundaria, en el supuesto de que efectivamente colidan?

Resulta innecesario argüir que las respuestas a las dos preguntas no pueden obtenerse por el solo examen de cada enunciado preposicional: No hay soluciones válidas *donde las incógnitas no estén de algún modo implícitas en los datos o éstos no sean bastantes para permitir inferirlas*.

Fijemos, entonces, las incógnitas; investiguemos qué datos se hacen indispensables para solventarlas; acudamos a ellos y despejemos, por último, aquéllas a partir de los mismos.

Sin necesidad de repetirlo una vez más, volvamos ahora de nuevo al artículo 815 para presentarlo al lector en su auténtica *forma normativa*:

«Si un testador cualquiera *X* hubiese dejado a un heredero forzoso suyo *Z*, bienes en cuantía inferior a los que le corresponden por legítima, *Z* podrá exigir el complemento de la misma».

Sin embargo, el testador (*X*) podrá libremente deferir su porción legítima al heredero forzoso (*Z*) tanto instituyéndolo heredero, haciéndole un legado o, incluso, anticipándosela como donación inter vivos. En cualquiera de estos supuestos, la acción petitoria pro complementación de legítima será inadmisibile.

Tal vez suscite objeciones en algunos juristas esta transformación explanatoria del texto legal; pero es fácilmente demostrable que, en pura lógica, no se ha innovado nada en el fondo, sino que sólo se han efectuado transformaciones accidentales, con escrupulosa invariancia de lo que es jurídicamente sustantivo en la proposición. El artículo 815 dice concisamente, ahorrando casi al máximo las palabras, lo mismo que, dando transparencia a los sobreentendidos, se ha dicho en la paráfrasis. Pues realmente son tres los efectos normativos buscados por el precepto: 1º. garantizar la legítima con una acción ad hoc para que siempre pueda obtenerse íntegra. 2º. Asegurar paralelamente la libertad del testador, si respeta ese límite, ya que se le faculta para satisfacer la legítima por cualquier título. Y 3º. como corolario de esa libertad y de la virtual denegación operada por el condicionamiento especificativo, no se admite acción expletoria *fuera de su hipótesis* y, por tanto, el artículo 815 es eficaz también *a contrario sensu*.

Mucho más problemático es en su redacción el artículo 1.037. Tan desafortunado resulta que su cabal intelección requiere complejas indagaciones en sus principales directrices. En él hay que hablar de “lo dejado en testamento”; cómo y cuándo constará que por el testador se ha “dispuesto lo contrario”. Por último, hasta sería puesto en razón demandarse por qué o en función de qué designios se encabeza la norma con la locución “no se entiende sujeto” y se concluye con la redundante salvedad relativa a la intangibilidad de las legítimas.

Veamos el *campo de posibilidades* de cada “loci”.

13. REFLEXIONES SUCINTAS SOBRE LA COLACIÓN

¿Qué podría significar aquí el término «*colación*»?

En principio, precisamente por los cambios semánticos que le ha acarreado su misma fluctuación jurídica, «colación» tiene diversas denotaciones. Significa, primero, reintegración al *relictum* de bienes o valores predetraídos sin contrapartida, y, por tanto, legalmente *a cuenta*, para procurar, entre los herederos forzosos, “un más justo reparto de los cupos”. Significa también “recuento nominal en el dividendo sucesorio de aquellos valores para calcular por cociente el importe de las legítimas y hacer posible su efectividad más estricta”.

La primera acepción (colación propiamente dicha), *que se da realmente en la práctica*, no aparece definida como tal en nuestro Código Civil ni tampoco regulada separadamente. El artículo 1.035, que quiere ser, a lo que se ve, la síntesis del concepto legal, trata de identificar el instituto con estas palabras: «El heredero forzoso que concurra, con otros que también lo sean, a una sucesión, deberá traer a la masa hereditaria los bienes o valores que hubiese recibido del causante de la herencia, en vida de éste, por dote, donación u otro título lucrativo, para computarlo en la regulación de las legítimas y en la cuenta de partición». Parece, pues abrigar el designio de operar una *disyunción lógica* entre ambos aspectos o su tratamiento por “suma”. Porque, en efecto, como he escrito en otra sede:

«La *disyunción* (o suma lógica u operación “o” inclusiva) es, *en la lógica de clases*, la agregación de dos clases en una tercera omnicompreensiva, tengan o no las primeras algún elemento en común. Cualquier miembro de las clases primitivas lo será también de las derivadas. Y los elementos comunes de aquéllas, con razón. En la lógica proposicional se tiene presente la consecuencia de una alternativa no excluyente o de una condición o admisión compatibles. O sea: *a* “o” *b* para la verdad de *c*; más las dos juntas» (4).

Lo malo es que ni con toda la laxitud veritativa de la disyunción no excluyeme cabría apuntalar una construcción a la que despedazan sus rotundos antagonismos. La colación del primer género, con efectos tangibles sobre la partición, se concibe como norma que suple la voluntad de *de-cuius*, quien está facultado para excluirla, y sólo se aplica si concurren varios herederos forzosos. La del segundo, en cambio, consecuencia final de la supervisión que viene impuesta por las legítimas, se agota en evaluaciones numéricas y podría decirse que no es más que un medio de fiscalización creado únicamente para alertar los mecanismos defensivos de las cuotas legales a respetar por el testador. Tampoco carece de problemas. Si preguntamos, por ejemplo, si la limitación subjetiva precedente subsiste aquí, comienzan los nublados. Si ensayamos una respuesta positiva (la más conforme, según el CC, como bien lo comprendió MANRESA (5), el artículo 818 vuelve a sacudirnos con una duda: ¿Qué entiende por donaciones “colacionables”? ¿Acepta implícitamente la definición posterior del artículo 1.035 o -como sugería MORELL (6)- usa la palabra con significación distinta? A la verdad, siguiendo la secuencia del articulado desde el 816 al 822 inclusive, la tesis es bastante plausible. Pues por anómalo que resulte que pueda

⁴ La cita procede de la obra anteriormente aludida.

⁵ MANRESA, *Comentarios al Código Civil Español*, 4ª. ed. VI, 1911, 380 ss. *Vid. también del mismo: Comentarios*, VII, 3.a, 1907, 508 ss.

⁶ MORELL, «Colación especial exigida en el artículo 1.035 del CC», *RGU*, 1906, 114 ss.

colacionar quien no actúe como **conferente**, una vez que la voz principal se emplea en sentido metafórico y que la aportación es ficticia, ¿qué inconveniente hay en esta prolongación del lenguaje figurativo? Por lo demás, ¿por qué segregarle a la colación impropia, por sólo motivos ritualistas, algo que viene a parar a lo mismo -la hipótesis del art. 819?

Por si esto fuera poco, regresemos al artículo 1.037. ¿De qué especie de colación se habla en él? No de la mencionada en primer lugar, porque **le falta el requisito indispensable de la predetracción**; tampoco de la citada en segundo lugar, pues lo dejado en testamento **tiene que entrar en el recuento para la determinación de las legítimas**. Luego de ninguna manera cabrá el supuesto aun en la híbrida componenda del artículo 1.035, porque, según la tabla de valores de verdad para la disyunción, la negación de cada alternativa implica denegación del todo formado por ellas.

p	q	p + q
V	V	V
V	F	V
F	V	V
F	F	F

Cabe aún otra posibilidad. Imaginemos que el artículo 1.035 no aspire a definir el género “colación”, sino que sólo se refiera a ciertas especies de la misma. Postulemos que **intencionadamente** se haya mantenido indefinida la colación para que su representación idónea se vaya formando implícitamente por integración de las propiedades distintivas dispersas entre las diferentes prescripciones. Entonces el artículo 1.037 pierde, en gran parte, sus agresivas aristas. Porque si sólo fuesen **colacionables** los bienes y valores recibidos del causante por acto lucrativo **intervivos**, ¿a qué vendría que el mencionado artículo, saliéndose por los cerros de Úbeda, nos arrullara con la cantinela de que “no se tiende sujeto a colación lo dejado en testamento...”? ¿Es que podría entenderse alguna vez **sujeto a colación**, aun cuando el testador se encaprichara en ordenarlo así, algo que, por la mismísima definición legal, está reñido con la esencia del instituto? Ya en 1907 escribía Calderón, poniendo esta incoherencia a la vista: «... Si por la colación se aportan a la masa hereditaria bienes, es imposible que los legados se colacionen, **mándelo o no lo mande el testador**, porque no es posible aportar a la masa lo que en la masa ya está y de la masa nunca ha salido...» (7). ¡Esto ni el vencedor de Roldan puede moverlo!

Sin embargo, con ese amplísimo sentido de la colación a que nos referíamos, ya no subsisten tamaños absurdos. Si el testador no lo dispone, las mandas y legados a los legitimarios habrá que suponer que se han hecho **por buscada diferenciación**, porque no se quiere -en virtud de razones que el testador no necesita dar- imponer una gris igualdad en situaciones que en su ánimo de juez

⁷ CALDERÓN, MANUEL, «La colación en el Código Civil», en RGLJ, 1907, 135 (citado por FUENMAYOR, en *Acumulación en favor del cónyuge viudo de un legado y de su cuota legitimaria*, cit. 19-20).

no pesan como iguales.

De esta manera, tampoco la **colación** se confunde con la imputación (como han querido, respecto al art. 1.037, algunos autores, como, por ejemplo, el propio CALDERÓN -en su obra citada- y algún otro comentarista ⁽⁸⁾). Sin embargo, nuestro tratamiento ortopédico dista mucho de ser satisfactorio: si preserva la norma del desatino, se resarce a un precio nada desdeñable, cual es difuminar aún más los perfiles de la colación.

En efecto; podría no ser grave -una vez comprendido el asunto- que el Código conociera tres o cuatro especies de colación: Una, *latu sensu*; otra, la propia; otra la **ficta** o impropia; y por último, si aun nos place secundar a MORELL, la de las liberalidades a extraños. La clasificación sería complicada; pero no incoherente. Pese a ello, el artículo 1.037 no habría recibido así el bienaventurado remedio: Muchos de sus problemas persistirían. Sobre todo, dos: Uno, la conciliación de su proveído con lo dispuesto en el artículo 815; y otro, el que tan certeramente ha planteado FUENMAYOR: si la colacionabilidad debe constar de un modo expreso o si basta inferir de otras cláusulas testamentarias que la ejecución del testamento la presupone.

⁸ **Vid.** ARENAS, «La colación en el CC», en *RDPriv.*, III, 1915, 77.

14. A PRESUNTA ANTINOMIA Y SU ABOLICIÓN

Veamos cómo enfrentarnos al primer interrogante.

Tomando para su confrontación los artículos 815 y 1.037, las posibilidades iniciales se agotan en una dicotomía: *¿existe o no existe contradicción entre ellos?*

Aunque -por la misma esencia de la interpretación- ninguna antinomia pueda presumirse, enjuiciemos aquí, por motivos de exhaustividad, ambas alternativas.

Supongamos, pues, primero, que tengamos que vérnoslas con una contradicción «insalvable». ¿Qué debería hacerse en tal embrollo?

Aclaremos, de entrada, qué se quiere dar a entender aquí por contradicción «insalvable».

Por supuesto que no estamos haciendo referencia a la conculcación descarada del principio lógico supremo -el de no contradicción-, como si el legislador dijera en el artículo *n*: «Si ocurre *H*, sea entonces *A*» y en el artículo *n + m*: «Si ocurre *H*, sea entonces no-*A*». En caso semejante -difícilmente concebible, aun en la apresurada legislación “política” *ab irato*, de nuestros días- tendríamos, sin más, ante nosotros un perfecto ejemplo del error jurídico más craso o de la más escandalosa arbitrariedad. Se pretendería lo imposible: el ser y no-ser a simultáneo... Y norma y contranorma, respectivamente negándose, vendrían a parar en no-norma, como $1 + 1 = 0$; o $1 \cdot 0 = 0$. No podríamos aplicar la consecuencia *A*, porque quebrantaríamos la provisión *n + m*, que quiere para esa hipótesis no-*A*; y viceversa, no podríamos conformarnos a no-*A*, porque el artículo *n* nos lo prohíbe. Luego, ni *A* ni no-*A* ⁽⁹⁾.

Cuando aludimos, por consiguiente, a una contradicción “insalvable”, tratamos de evocar una situación distinta: Presuponemos que nos hemos tropezado con algo más que una *apariencia* de normación antagónica que se desvanezca al representarse ambas reglas en sus respectivos ámbitos de comprensión o *dominios pragmáticos*. La antinomia es *real*, porque *resultan regulados algunos casos concretos en formas incompatibles*. Vale decir: La norma *N* comprende los supuestos *a, b, c... r, s, t*; la norma *M* los *u, v, w... r, s, t*. Y por tanto, es de *dudoso régimen jurídico*, por reglamentación discordante, *cierta parte de la casuística*.

Además, como la significación de una norma es igual al conjunto de casos que le detrae al total de los jurídicos, bien que aludiéndolos en evocación intuitiva y, en consecuencia, sin nitidez; las interferencias internormativas que deben preocupar únicamente son las que, por resistirse a un deslinde exegético no arbitrario, hay que imputar a deficiencia objetiva de la legislación; preterintencional; pero patente.

¿Cómo proceder en ocasiones tales?

Si la antinomia consistiera pura y simplemente en una norma contra Derecho, la solución a la misma sería harto fácil: su amputación. Consistiendo, por el contrario, en una *incertidumbre* sobre el Derecho por la incompatibilidad normativa, el problema se concreta en *cómo restablecer la unidad de criterio sin incurrir en incongruencia una vez más*. Pero excluye, pongamos por caso, el proceder *ad libitum*, por sorteo *q* porque a uno le parezca más justa

⁹ Son aún de interés las reglas interpretativas sentadas por MORATO en *El Derecho Civil Español con las correspondencias del Romano*, I, 2.a ed., 1877, 40 ss. y especialmente, en caso similar al presente en su regla 9^a, p. 43.

íntimamente una fórmula que la otra (pues el confiado abandono al propio sentimiento jurídico -aunque sea el hábito de muchos “jueces”- es una de las formas más peligrosas de arbitrariedad).

La polémica doctrinal tampoco ha contribuido a mejorar mucho las cosas. Las soluciones *de Cátedra* o *de gabinete*, puramente apriorísticas, no han supuesto ninguna verdadera minoración de la dificultad. En algunas eventualidades, porque la antinomia se desvanece en cuanto la más mínima reflexión ilumina el asunto. Veámoslo en la práctica examinando las posibilidades de mayor relieve.

a) Normas políticamente prejerarquizadas

Como unas son fundantes de las otras -se hallan a distintos niveles en la pirámide jurídica-, las primeras están destinadas a prevalecer y cada desviación en sus directrices implica invalidante antijuridicidad. Así sucede con las leyes que contradicen preceptos constitucionales o sus Leyes de Bases respectivas o con los reglamentos administrativos cuando incurren en infracción de ley, etc. Aquí no hay, hablando con propiedad, antinomia, sino sólo insubordinación, más o menos franca, a las resoluciones originarias.

b) Normas cronológicamente jerarquizadas

Puesto que el *principio de perfectibilidad* es nada menos que el alma misma del Derecho público, uno de sus corolarios tiene que ser la necesaria *actualización del Derecho* y el que la *norma posterior derogue a la anterior*. Por tanto, no cabe contradicción entre normas de distintas épocas, pues la nueva inconciliable con la antigua debe reputarse abrogante.

En otras ocasiones, el postulado doctrinal en el que se funda la regla dirimente dista de ser sólido. Cuando se supone, por ejemplo, que dos leyes *puedan ser de la misma importancia*, se está ignorando la característica tal vez más esencial del Derecho: el ser *un orden de prelación para situaciones subjetivas incompatibles*. Si tal presuposición se tiene, por el contrario, en cuenta, dos corolarios se desprenden con facilidad: Por un lado, el principio de *unidad de norma*. Y, por otro, la *ordenación jerárquica de los criterios distributivos*.

El “principio de unidad de norma” fue ya magistralmente justificado y expresado por SAVIGNY, quien veía en el conjunto de las fuentes de un ordenamiento una totalidad destinada a resolver cualquier problema o caso jurídico posible. Para lo cual precisaba cumplir dos condiciones: *unidad y cabalidad* (o plenitud). Ya que, *faltando la unidad*, habría que eliminar alguna *contradicción*; y en defecto de cabalidad, colmar alguna *laguna*. En el fondo -proseguía SAVIGNY- ambas cosas podrían reducirse a la misma: a la *unidad*: Unidad *negativa* por superación de antinomias y unidad *positiva* por implección de lagunas ⁽¹⁰⁾.

Que los criterios distributivos hayan de estar jerárquicamente ordenados se deduce tanto del postulado de unidad cuanto de la propia conformación lógico-axiológica del Derecho. Pues si cada norma particular se concibe como una tentativa de identificar y tratar cierto tipo de casos

¹⁰ SAVIGNY, «Fragmentos de su System des heutigen Romischen Rechts», en el vol. *La Ciencia del Derecho*, Buenos Aires, 1949, pp. 123-124. (Trad. de W. Goldschmidt.)

no regulados todavía o regulados en una forma que no se hace cargo de su singularidad, queda, por eso mismo, de manifiesto cómo en la propia índole de la función legislativa hay inherente una regla preferencial que excluye todo dualismo y que podríamos enunciar así: «La prelación respecto a un caso de varias normas jurídicas en conflicto está predecidida en el sistema por motivaciones jerárquicas intrínsecas, de naturaleza axiológica o, en su defecto, lógica o informática.»

En efecto: Cuando una antinomia se localiza en un mismo cuerpo legal (p. e., en la Constitución, en el Código Civil, etc.) o entre normas sin prejerarquización conocida, no existe la subordinación política predecretada ni diferencias de nivel en la posición de ambos preceptos en la pirámide jurídica. Claro que no por ello desaparece la dependencia estructural, consecuente al mayor o menor alejamiento de los principios o a la importancia relativa que puedan tener éstos. Siempre, necesariamente, una norma tendrá que ser más o menos fundamental que otra o enderezarse a la defensa de un valor de mayor trascendencia o actualidad o entrañar para la libertad un sacrificio más o menos grande o llevar ventaja por superior riqueza informativa o por su máxima probabilidad de acatamiento. No siendo posible en el Derecho la indiferencia axiológica, nunca podrá faltar algún criterio diferencial decisivo. El único problema es cómo dar con él y en qué orden de sucesión efectuar las investigaciones.

Para no prejuzgar caprichosamente la respuesta, conviene plantear la cuestión sin ningún equívoco. Según se desprende de lo expuesto, la antinomia supone dos (o más) normas que, interfiriéndose, regulan, desde posiciones divergentes, algunos casos idénticos. Es decir, sendas hipótesis legales preconizan, para cierta parte de su casuística, consecuencias jurídicas incompatibles. ¿Cómo proceder para eliminar tales incongruencias?

La decisión no es fácil. El crudo pragmatismo de la legislación actual, al omitir toda referencia al sistema axiológico que inspira el Ordenamiento positivo, deja ofuscados a los intérpretes y en la más franca indefensión ante el trance crítico. Ignoran, así, qué elenco de valores deba presuponerse; si hay, y cuál es el valor dominante; si están previstos criterios subsidiarios para las ocasiones de emergencia y en qué orden se apliquen, etc. ⁽¹⁾. En fin, que a fuerza de reticencias se ha echado sobre los juristas conscientes, rehacios a resignarse a la arbitrariedad, la carga de fundamentar paso a paso el modelo teórico que en sus dictámenes preconicen. Se les hace necesario entonces investigar la *prioridad jerárquica* de las normas a un mismo nivel de la pirámide jurídica o dentro de idéntico cuerpo legal, incluso. Vale decir: ¿Cuál es la importancia relativa de las proposiciones jurídicas cuando no consta explícitamente una relación de subordinación entre ellas?

Para obtener una solución objetiva en el problema propuesto quizá sea lo mejor proceder del modo siguiente: Imaginemos que no existen en el texto legal las normas antagónicas: Borrémoslas mentalmente del mundo jurídico. Por el principio de *cabalidad o plenitud hermética del Derecho* y por las implicaciones que traería consigo la denegación de Justicia (CC, art. 1,7; CP, 357) la supresión de ambos preceptos no podría entrañar carencia de solución jurídica en la hipótesis considerada” ⁽²⁾. Tratemos, pues, de indagar cuál podría ser ésta, si simulásemos que no se encuentran en nuestro Código Civil ni el artículo 815 ni el 1.037.

Evoquemos, primero, los efectos de la supresión de este último; ¿Podría entender alguien de lo

¹¹ *Vid mi opúsculo El Derecho como Ciencia exacta, Vigo, 1965.*

¹² *Vid. LOIS, Nueva versión sobre el Derecho, Santiago, 1977, 96 ss.*

dejado en testamento estuviese alguna vez sujeto a colación no diciendo nada el testador al respecto?

Parece obvio que no. A la vista del artículo 1.035, la colación presupone una especie de *reconsideración postsucesoria de los actos lucrativos que en favor de herederos forzosos haya efectuado el causante durante su vida*. Luego las liberalidades testamentarias, al surtir efectos tras la muerte del testador, no podrían nunca ser tratadas como colacionables.

Imaginemos ahora un testamento disponiendo que alguno de los legados que contiene o todos ellos se colacionen. ¿Cómo se interpretaría semejante cláusula? Como la calificación jurídica de los actos o relaciones no depende de la voluntad de las partes sino de su íntima naturaleza, no cabría ver la expresión del testador sino *un modo vulgar e impropio de referirse metafóricamente a una situación económica equiparable*. Otorgar un legado y mandar que se «colacione» significaría en la práctica tanto *como adjudicar la cosa en su individualidad*; pero *sin que su valor venga a incrementar un cupo a expensas de los otros*. Que esto lo pueda hacer el causante con tal de respetar las legítimas, está más que claro.

Pero no lo está menos que ahí no habría colación auténtica sino sólo *determinación estricta de lo que se quiere legar*: Esa cosa, en su concreción, al legatario; a los restantes herederos una compensación en metálico (o en natura).

¿Se agota en estos dos supuestos el artículo 1.037? ¿Resulta entonces mera redundancia? Si nos atenemos al sentido literal, así ocurre en efecto. Mas los usos hermenéuticos conspiran para rechazar en principio la acepción banal, el valor informativo nulo, y buscar en cada proposición normativa alguna peculiaridad que la justifique. ¡Ni más ni menos que por eso tantos esfuerzos doctrinales que pugnaban por dilatar sin inconsistencia el radio semántico del desafortunado artículo no han reportado como secuela otra cosa que la distorsión!

Sea la verdad la que fuere, tales disquisiciones no afectan en absoluto a la fuerza de convicción del argumento propugnado aquí: Si el artículo 1.037 no existiera, ¿qué necesidad habría de interpretarlo? Lo que pone en evidencia la técnica simulatoria es que tal precepto, así como está, sin trasplantes que produzcan rechazo, puede soportar la extirpación completa sin que nuestro régimen sucesorio se resienta en nada.

15. LA ESPECIFICIDAD DEL ARTÍCULO 815

Veamos, en cambio, ahora lo que sucede al prescindir del 815.

Por lo que atañe a la acción pro complemento de legítima tampoco habríamos de sufrir ningún serio apuro. Sin mínima violencia la podríamos subsumir en la hipótesis del artículo 817; pues la reducción impuesta a unas cuotas tienen justo que ser para que alcancen la cuantía legal aquellas que hayan resultado perjudicadas. ¡No hay otra manera de hacer efectivo en la práctica el principio de incolumidad de las legítimas!

¿Qué ocurriría, empero, faltando el artículo 815, si algún heredero forzoso hubiera recibido únicamente un legado? ¿Estaríamos ante un supuesto de preterición?

La forma en que aparece redactado el artículo 763, en su párrafo 2º., lejos de sugerir por su letra el principio de libertad que encierra en espíritu, más bien fomenta la impresión de que se inspira en una concepción opuesta («... sólo podrá disponer...») como si el poder conferido al testador no fuera el reconocimiento de un hecho preestablecido socialmente sino la concesión graciosa de una facultad intersticial. Por tanto, si con este antecedente equívoco como único elemento de juicio (por la puesta entre paréntesis del art. 815), uno lee los artículos 806 y ss., el 813, el 814, no necesitará más para arriesgar la tesis de que el Código Civil, rechazando la osada innovación del Proyecto de 1851, que exoneraba al causante de la obligación de instituir herederos a sus legitimarios, se ha mantenido fiel a esta tradición jurídica multiseccular. Con independencia, pues, de la cuantía de los bienes legados, dejar sólo una manda a cualquier heredero forzoso, tendría que tratarse como preterición. ¡El artículo 817 sólo será aplicable, así, para efectuar meras correcciones cuantitativas en cupos deficitarios; pero no proporcionaría la cómoda solución deseable cuando alguno de los herederos “forzoso” no hubiera sido instituido a título universal!

Salta a la vista, entonces, con este argumento, que el artículo 815, al revés que el 1.037, tiene un valor informativo propio de gran trascendencia. He ahí por qué no puede suplirse por deducción lógica, ni subsumirse por completo en otras disposiciones.

El exégeta no precisa ya más para salir de dudas. Como el deber de fidelidad al Ordenamiento le impone, como corolario, la necesidad de *preservar la mayor cantidad posible de información*, quedará patentizado para él que, de los dos artículos, el 815 es el que debe recibir la *prioridad jerárquica*.

Hay aún otros alegatos que corroboran la anterior teoría. Sucintamente expuestos, son:

a) El rango axiológico de los valores que inspiran en su ratio ambos preceptos atribuye también el primado jurisdiccional al artículo 815.

Pues, en efecto, el 1.037 no hace otra cosa que consignar una regla supletoria para interpretar cierta *intencionalidad silenciada*, una omisión o reticencia del testador que parece imprescindible integrar desde su voluntad «presunta» -y que no funciona, por eso mismo, cuando alguna cláusula testamentaria obligue a presumir lo contrario⁽¹³⁾. Como atinó a declararlo

¹³ FUENMAYOR, en *Acumulación en favor del cónyuge viudo de un legado y de su cuota usufructuaria*, cit. se pregunta si el silencio sobre la legítima cuando se ha hecho un legado que la supera en valor ha de subsanarse presumiendo la subsistencia de aquélla (por reconducción a la hipótesis del art. 1.037) o si, por el contrario, atribuyendo la primacía a lo dispuesto en el artículo 815, condicionar la acumulabilidad a una manifestación explícita del causante; y

MANRESA: «La colación se funda en la presunta voluntad del causante de que sus herederos forzosos sean igualados en su sucesión. Mas si el testador deja especialmente un legado a uno de sus herederos, es evidente que no quiere que ese legado se agregue o colacione al fondo partible por igual, sino que distingue al legatario, dándole una cosa determinada o una porción sobre su haber...»¹³.

Dicho de otro modo: Presumimos en el testador el ánimo propicio a tratar con relativa igualdad a los que están respecto a él en situación pareja; pero, siendo las mandas y mejoras, en general, un intento de acomodación a los casos particulares y, por tanto, diferenciación en acepción de personas, han de verse en principio, como excepciones al supuesto común, a no ser que del propio testamento se desprenda otra cosa.

En consecuencia, el artículo 1.037 responde a un designio meramente exegético y se funda en una presunción *natural*, a la que se otorga rango normativo.

El 815, en cambio, es un reforzamiento muy importante e indicioso del valor «libertad» en el ámbito testamentario para hacer realmente mínimo el sacrificio y la restricción que las legítimas ocasionan.

b) Si el propio instituto de la colación, aun en su forma más austera, resulta de muy dudosa justificación político-legislativa (¹⁴) ¿cómo avalar, desde análoga orientación, el redundante pronunciamiento, de signo contrario, contenido en el artículo 1.037?

Que nada sustantivo perdería la sucesión testamentaria suprimiendo la colación, parece innegable. Si a la relativa igualdad entre los sucesores equiparados legalmente ya se ha dado por el legislador el tratamiento que consideró más justo mediante el sistema de legítimas, ¿no es de estricta coherencia lógica prescindir de cualquier otra traba? ¡Que corran a cargo del testador los arreglos y compensaciones que juzgue pertinentes; pero que prevalezca la libertad desde que se respeten las legítimas!

A decir verdad, la colación sólo resulta consecuente con su naturaleza en la sucesión *ab intestato*. Faltando el testamento, los parientes de igual grado, siendo acreedores a un trato realmente igual, deben recibir porciones iguales. La colación se sigue, pues, porque sin ella la auténtica equiparación no sería posible. Cuando hay, empero, una distribución “completa” del patrimonio relicto efectuada por el testador, tanto la colación como la no colación pierden su *ratio essendi*.

Esta puntualización alecciona sobre la función equitativa que puede desempeñar, en algunos casos, la colación. Imaginemos que en su testamento no haya dispuesto el causante de todos sus bienes. Entra en escena entonces el artículo 912 y, con la sucesión legítima, la colación no se ve ya desprovista de todo fundamento.

Así las cosas, si el artículo 815 es el límite de aplicabilidad del 1.037, no cabe negar que la correcta exégesis de este último es la que ha propugnado el tratadista portugués F. A. P. L., si bien, bajo tal perspectiva, la antinomia, como una duda metódica, se desvanece.

sostiene que la interpretación del 1.037 ha de efectuarse dando por supuesto que contiene una referencia implícita a un concurso de herederos forzosos. Por motivos sistemáticos, históricos, de coherencia lógica y de economía normativa (pp. 15 y ss. de la separata).

¹⁴ Ya lo decía MORELL en su citado artículo (p. 29).

Demos ahora al 1.037 su más lato alcance. Atrevámonos a suponer que su sentido sea -como quieren algunos autores y, en varias sentencias, también el TS- que, si el testador no dispone otra cosa, los legados hechos a legitimarios arrastren aún, como sobreentendida la legítima. ¿Saldríamos, con este expediente, del callejón interceptado?

Tampoco. La colisión con el artículo 815 sería entonces inocultable y una norma subsidiaria, hermenéutica, ¿cómo podría prevalecer sobre otra norma de mayor rango y plena autonomía?

Para captar de un modo cabal todo cuanto entraña el artículo 815, vamos a idear una hipótesis mucho más radical que la del artículo 1.037, que llegue a variar por completo la actual concepción positiva de las legítimas, para comprobar figurativamente qué efectos acarrearía sobre la comprensión de aquella norma.

Imaginemos, pues, que nuestro Ordenamiento contuviera una disposición del tenor siguiente: «Habiendo herederos forzosos, el testador sólo podrá ordenar la distribución de la porción libre de su herencia. Sus previsiones tendrán estricto cumplimiento tras haberse hecho efectivas las legítimas.

Tal reglamentación presupondría tres modos de deferir la herencia: Uno, íntegramente legal, que tendría lugar, como hoy, en la sucesión *ab intestato*. Otro, exclusivamente testamentario, cuando no existiesen los llamados “herederos forzosos”, pero sí testamento. Y un tercero, mixto de los dos anteriores y con prevalencia del primero, que implicaría delación previa de las legítimas y cumplimiento ulterior de las cláusulas testamentarias.

¿Que sería, en estas condiciones, del artículo 815?

El supuesto facticio inicial que hace necesaria la acción de suplemento, habría devenido imposible. Pero no así las otras dos suposiciones implícitas a que se refiere también el tan traído y llevado artículo, a saber: Bajo qué título (particular o universal) recibirán, en definitiva, los mismísimos “herederos forzosos” los bienes de la herencia; y qué consecuencias provocaría sobre el heredamiento legal la entrega de bienes en monto aproximado a la legítima por acto lucrativo intervivos.

Una vez más demuestran los argumentos anteriores que el artículo 815 contiene otra información, e incluso más importante, que la que dan a entender las apariencias: La acción por complemento de legítima, por más que dé la impresión de predominar, es menos relevante que la facultad, reconocida al testador de satisfacer la legítima por cualquier título y aún que la indirecta prevención *a contrario sensu*.

El experimento mental que estamos realizando nos permitiría también hacernos cargo de otra cosa: De que el artículo 1.037 desaparece absorbido en el imaginario que acabamos de proponer, donde el 815, en lo sustancial, sigue haciéndose necesario. Porque si las legítimas son de previo pago, lo dejado en testamento nunca podría admitir la colacionabilidad. En cambio -y esto es enormemente significativo- ***siempre le cabría al testador ordenar aún que una manda cualquiera en favor de uno de sus sucesores se compense en metálico a los restantes para mantener cierta predecidida paridad entre sus respectivos cupos.***

La conclusión, entonces, es ya fácilmente deducible. El artículo 1.037 no puede, sin inadmisibles perturbación de otras normas de superior categoría, configurarse como una regla de presunta acumulabilidad o no imputación de las mandas a las legítimas -como querían CALDERÓN, DE BUEN y, en algunos casos, FUENMAYOR mismo-, sino como el reconocimiento banal de que no es menester cercenar o compensar las liberalidades testamentarias cuando no hay extralimitación en ellas; es decir: ***No hay razón para quitar nada a quien no ha recibido de***

más.

La naturaleza del Derecho sucesorio, la articulación de la sucesión testamentaria y la intestada y la configuración de la herencia «forzosa» en nuestro Código desautorizan cualquier conato de *legítimas sobreentendidas*, como si, ante el silencio del testador, las supliera la ley, a modo de cláusulas tácitas de todo testamento.

En efecto; el Derecho sucesorio es Derecho Privado, sujeto al principio de autonomía de la voluntad, y con normas públicas sólo *de reserva*, para suplir las omisiones en que pueda haber incurrido el testador cuando es importante que se subsanen o para impedir posibles abusos de poder en caso de liberalidad testamentaria ilimitada.

Por consiguiente, los herederos calificados de “forzosos” no lo son en la acepción rigurosamente técnica de aquella palabra, que se usa aquí en su sentido vulgar. Lo son sólo como beneficiarios en una determinada porción del patrimonio del causante, sin que cuente el título o concepto en que se le haya dejado. Pues, por una parte, la legítima, en nuestro Derecho positivo, pese a los términos engañosos del artículo 806, no puede concebirse como una vocación hereditaria que provenga directamente de la Ley y que atribuya al privilegiado con ella cierta fracción bien definida del patrimonio que se transmite. Y, por otra parte, constituyendo una verdadera dicotomía la sucesión *testada* y la *intestada*, no es posible término medio entre ellas, como hace ya tiempo que acertó a expresarlo DE DIEGO y a confirmarlo PUIG BRUTAU y ROCA SASTRE ⁽¹⁵⁾, bien que, a veces, previo ejercicio de *acciones públicas*, se introduzcan retoques

¹⁵ DE DIEGO, *Instituciones de Derecho Civil Español*, III, Madrid, 1932, 22-23. PUIG BRUTAU, J., *Fundamentos de Derecho Civil*, V, 1.º, 156 ss. Arguye sagazmente aquí que la prevalencia de la sucesión testada sobre la abintestato resulta, entre otras razones, de lo dispuesto en el artículo 1.009 CC, al establecer que el repudio de la primera implica el de la segunda: pero no viceversa. En rigor, el principio romano de incompatibilidad entre los dos géneros de régimen sucesorio, tiene, en la voluntad del testador, un seguro fundamento lógico. El testamento se hace -y a veces con manifestación expresa- para evitar la intervención judicial en la delación de la herencia y tiene poco sentido que una sucesión testamentaria desemboque en distribución *abintestato* de alguna parte del caudal relicto. Por eso, el sistema «mixto» tiene que ser tan excepcional como último y ya único remedio. Su carácter extraordinario resulta por numerosas razones. Primero, porque si hay institución de herederos que sea válida, como apunta PUIG BRUTAU (op. cit., 159), ya no podrán existir bienes remanentes. En segundo lugar, aunque el testador quiera, en apariencia, distribuir toda su herencia entre diversos legatarios; pero olvida o desconoce algunos bienes, el llamamiento a los «herederos legítimos» no siempre será lógico. En testamentos ológrafos es corriente que el testador no sepa distinguir entre herederos y legatarios y confunda las titulaciones. Ha repartido la herencia en legados; ha respetado las legítimas y ha dejado bienes sobrantes. ¿Deben entrar como partícipes de la herencia, recurriendo al *abintestato*, sin que haya existido preterición, quienes no aparecen nombrados en el testamento, incluso si el causante ha prohibido a sus beneficiarios recurrir a la vía judicial? ¡Parece poco congruente! Además, hay aún otra limitación implícita: Los bienes «remanentes» tienen, por su cuantía, que justificar el llamado *mérito para litigar* o la «necesidad de tutela jurídica». Vid. también MARTÍ MIRALLES, *Principios de Derecho sucesorio*, Madrid, 1964, 27 ss.; ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L., *Derecho de sucesiones*, Barcelona, I, 1988, 21 ss. y esp. 24 ss. (Sobre compatibilidad entre las dos formas de sucesión, en pp. 27 ss.). Cfr., asimismo, VALLET, J., *Apuntes de Derecho sucesorio*, Madrid, 1955, 44 ss. Nada quiero decir sobre la «sucesión contractual», que, al fin y a la postre, es institución

correctores que no alteren el testamento en lo sustancial. Lo que sucede entonces es que, invalidada parcialmente cierta previsión del testador por la extralimitación que comporta, la laguna producida se colma mediante las disposiciones legales supletorias, según la fórmula del artículo 658, 3º. (Otra interpretación, también posible, como la propuesta por LACRUZ ⁽¹⁶⁾, resulta sistemáticamente inasimilable en nuestro Derecho, dados sus postulados. Podría ser preterintencional en él o un mero error lógico, pero por eso mismo, debe, en principio, descartarse.)

anómala, producto de la rendición legal, harto discutible, ante fórmulas de precipitado vulgarismo jurídico.

¹⁶ LACRUZ, J. L., SANCHO REBULLIDA, F. A., *Derecho de Sucesiones, II*, Barcelona, 1973, 33 ss.

16. LA LIBRE ASIGNACIÓN DE LAS LEGÍTIMAS

Así las cosas, planteemos ahora otro problema, que, aunque no transparezca en conexión con el problema capital aquí debatido, en alguna manera lo condiciona; a saber: *¿Puede disponer el testador que se paguen legítimas con metálico extraherencial ?*

Esta pregunta básica, que incide decisivamente sobre la vidriosa cuestión de qué sean en realidad las legítimas, había recibido en la doctrina española una respuesta negativa de abrumador consenso. ¡Cosa bien rara en nuestra especialidad! Sin embargo, en 1964, tras una investigación magistral, ponderadísima, con argumentos de máxima fuerza persuasiva, MANUEL DE LA CÁMARA, desfondando las bases de la opinión común, ha puesto claramente de manifiesto «que es posible y lícito que el testador disponga el pago en numerario de la legítima individual de sus herederos forzosos, siempre que toda la herencia, o una parte de la misma igual a la legítima colectiva, pase a alguno de los legitimarios llamados a ella» ⁽¹⁷⁾17.

No importa ya que después, vacilando quizá ante la audacia de la propia tesis, retroceda dubitativo y no deduzca las consecuencias últimas de su intuición certera. Si a la pregunta: «¿Se puede sostener que, en nuestro Derecho, el testador goza de una potestad general e ilimitada para disponer el pago de la legítima en metálico?» conteste ya con excesivo miramiento; la brecha queda, sin embargo, abierta y la lógica hará lo demás. Sobre todo, cuando sus cautelas, obviamente tímidas, parecen un reto para que nadie se detenga ahí ⁽¹⁸⁾.

Pues, en efecto, a la tentativa de generalización CÁMARA opone simplemente: «De la misma forma que el Código no contiene regla general que prohíba al testador disponer que la legítima se pague con metálico extrahereditario, tampoco existe una regla general permisiva, ni es lícito inducirla, salvo dentro de los límites expuestos. Tampoco hay ninguna norma que permita al testador privar a todos sus herederos forzosos de participar en los bienes hereditarios, mediante una compensación pecuniaria, en beneficio de un extraño o de legitimarios de orden y rango diferente. Y ante el silencio de la Ley, estimo más prudente la solución negativa» ⁽¹⁹⁾.

Que argumentos como los consignados provoquen antes la réplica generalizadora que el retraimiento timorato, me parece difícil de negar. Si la Ley no prohíbe, ¿no subsiste intacto ese hecho primario de la libertad? Si la voluntad del testador rige la sucesión como regla, ¿no ha de ser la excepción restrictiva la que debe probarse? ¡La permisión siempre se presume, por confundirse con la libertad misma; son las trabas las que han de constar en la legislación para que sea lícito exigir las! Y si el estudio de Cámara prueba eficazmente que no se detecta en nuestro Código Civil ninguna prohibición auténtica respecto al pago de la legítima en dinero, ¿por qué no integrar esta gratificante libertad en la definición del instituto?

Los argumentos que aduce CÁMARA en defensa de su posición doctrinal se pueden resumir como sigue:

¹⁷ DE LA CÁMARA, «*Estudio sobre el pago con metálico de la legítima en el Código Civil*», en *Centenario de la Ley del Notariado*, Madrid, 1964, 713 ss. (la cita literal en p. 997).

¹⁸ Entre las consecuencias a que ha dado lugar el estudio de CÁMARA está, principalmente, la reforma de los artículos 841-847, que comentaremos más adelante.

¹⁹ CÁMARA, *op. cit.*, 998.

a) La legítima en el Derecho español no es *pars hereditatis* (en el sentido que se da a esta expresión en el sistema francés o italiano). El legitimario no adquiere la porción reservada del artículo 806 como heredero intestado, sino cuando sucede precisamente con este carácter. No hay un tipo de delación hereditaria especial para este caso. El Código Civil no conoce ninguna intermedia entre la testamentaria y la legal. «Cuando existe testamento, el legitimario sólo puede invocar la delación legal (para adquirir entonces la condición de heredero “ab intestato”) si previamente lo impugna con éxito». El legitimario no tiene derecho a ser instituido heredero. El artículo 815 es apodíctico contra esto: por consiguiente, ni la legítima debe considerarse *pars hereditatis*, ni los herederos *forzosos* son herederos en sentido estricto, por obra de la Ley. «En nuestro sistema el testador puede dejar toda la legítima por medio de un legado... a favor del legitimario». Con ciertas condiciones *cuantitativas* (defendidas por la acción de complemento) y *cualitativas* (exención de gravámenes). «Supuesta la aptitud cualitativa del legado, y aunque su valor no alcance al mínimo cuantitativo exigible, el legitimario que renuncie al legado pierde todo derecho a la herencia»... «Tampoco cabe aplicar el artículo 890.2, ya que, según hemos visto, no hay llamamiento autónomo a favor del legitimario» (20).

b) ¿Será, en cambio, *pars bonorum* la legítima? Fundándose en el artículo 806 CC -aun haciendo observar cuan relativas son sus expresiones- Cámara opina que «en la duda», hay que atenerse a la definición legal. Infiere, así, que la legítima es *pars bonorum*, efectivamente.

Sin embargo, en el riguroso sentido literal, el Código no dice eso. No habla de «la porción de “los” bienes», con cuya expresión aludiría, sin escapatoria posible, a los bienes hereditarios. Habla -y me parece que con consciente intencionalidad- de «la porción *de bienes*...», lo cual es tomar un *partitivo abstracto*, una fracción de valor, y no la concreta parte de un todo perfectamente conocido. ¡Sólo “presuponiendo” que la legítima haya de satisfacerse in natura -lo que reputo insostenible ante los argumentos de Cámara- cabría calificarla como «*pars bonorum hereditatis*».

Por eso, aceptando en todo su vigor uno de sus alegatos, no creo posible suscribir el otro. CÁMARA dice: «... Si el testador ha hecho la división de sus bienes al amparo del artículo 1.056, la lesión de la legítima se corrige a través de la rescisión de la partición (cfr. art. 1.075) y el heredero o herederos demandados podrán optar (art. 1.077) entre indemnizar en numerario o en consentir que se proceda a nueva partición. Nos encontramos, pues, ante una aplicación especial de la acción expletoria, frente a la que quiebra el derecho del legitimario a percibir su legítima (al menos íntegramente) en cuerpos hereditarios» (21)21. Con esto estoy enteramente conforme. Y de ahí que no pueda estarlo con la subsiguiente afirmación de que la legítima sea, «en principio» *pars bonorum*. Versando la definición sobre el ser esencial del objeto, para identificarlo cabalmente y permitir diferenciarlo de cualquier otro, no puede permitir condicionamientos ni en el *género próximo* ni en la *diferencia específica*. Si la legítima fuera por esencia *pars bonorum*, habría de serlo *siempre y en todos los casos*. *Si se da una sola excepción, ya estaría así mal definida la legítima*.

Entonces, pues, la conclusión que debe extraerse de los razonamientos de CÁMARA es, incluso, más general que la que el propio tratadista deduce. Los preceptos que en casos particulares prevén compensaciones a metálico (829) o que consienten que toda la legítima de varios hijos se abone en dinero (1.056.2) no han de ser tomados como excepciones a una regla presunta, que

²⁰ *Op. cit.*, 744.

²¹ CÁMARA, *op. Cit.*, 750.

establezca el principio contrario. CÁMARA está en lo cierto cuando de las premisas organizativas de nuestro Derecho sucesorio saca la consecuencia de que el testador quede facultado para sufragar en numerario las legítimas. Porque si el legitimario no ha de ser necesariamente instituido heredero, ni ha de recibir, en todo caso, una cuota de la herencia, es obvio que sólo se le garantiza «una fracción del activo líquido».

Aunque el Derecho Comparado y el mismo Derecho histórico español asuman otros criterios, el Código Civil, felizmente parco en la intromisión, reconoce a los testadores amplísimas facultades, incluso en el modo de deferir las legítimas. Esto se advierte en el tratamiento de las liberalidades *intervivos* (arts. 819 y ss.) y, sobre todo, en el valor que se atribuye a la partición efectuada por el testador: Hay que pasar por ella si no depara perjuicio de los derechos *intangibles* de los legitimarios (1.056). ¿Qué derechos son éstos? Comparto la opinión de CÁMARA: «El Código sólo contempla perjuicios cuantitativos al examinar lo que la partición testamentaria puede causar a los legitimarios (supuestos de evicción, art. 1.070.1, o de lesión, art. 1.075), y para nada alude a perjuicios de orden cualitativo. Los que pudieran derivarse de la infracción del artículo 813.2, se refieren al aspecto dispositivo del acto y no a su vertiente particional y, por tanto, nada de extraño tiene que el Código no los considere al ocuparse de la partición»⁽²²⁾.

Es correcta, entonces, la tesis decisiva del mencionado autor: «En nuestro Derecho, el causante puede dejar cualquier bien hereditario en pago de la legítima. Y está fuera de duda que puede asignar dinero. **Porque, precisamente, el legislador piensa que el pago en dinero es la mejor manera de atenuar las desigualdades cualitativas creadas por el disponente entre sus herederos forzosos.** No sólo cuando no queden en la herencia más bienes (hipótesis, por ejemplo, del art. 829), sino también aunque existan otros (art. 1.048.1)»⁽²³⁾23.

Sobre dos sedicentes justificaciones intenta la doctrina dominante excluir el pago en metálico de la legítima, salvo en los supuestos, reputados excepcionales, que tiene presentes y expresamente los prohíba el Código Civil. La primera se funda en una hipotética concepción jurídica de la legítima [más bien que en su naturaleza, como suele decirse], imaginando que la definición del artículo 806 implica una toma de posición consciente sobre el viejo problema de si la legítima habría de ser *cuota en el activo hereditario (pars bonorum)* o *cuota de toda la sucesión, de obligaciones y derechos (pars hereditatis)*.

Hay, a la verdad, indicios bastantes en el Código Civil para dar pie a esta suposición. Los artículos 806 y 809 se sirven del vocablo «haber», cuya asociación contable hace pensar en una contraposición al «debe». Además, el artículo 818, en forma mucho más explícita, pretendiendo precisamente regular la extensión de las asignaciones legales, atiende «al valor de los bienes que quedaren a la muerte del testador con deducción de las deudas y cargas, sin comprender entre ellas las impuestas en el testamento». «Al valor *líquido* que los bienes hereditarios tuvieran se agregará el que tenían todas las donaciones colacionables del mismo testador en el tiempo en que las hubiera hecho».

Ahora bien, aunque haya sido ese el proyecto legal o el propósito del legislador, habría que ver aún si tal ha sido el resultado institucional del plexo normativo en su articulación pragmática: ¿Reina la necesaria coherencia entre las pretensiones iniciales, los procedimientos instrumentales

²² *Op. cit.*, 783.

²³ CÁMARA, *op. cit.*, 783.

y los efectos de su conjunción estructural? ¡Esto es ya otra cosa!

Combinemos, en primer lugar, las locuciones «porción de bienes» (no «de “los” bienes») con «haber hereditario *líquido*»: el resultado es un número puro, ***una medida del valor pecuniario del caudal partible***. La magnitud de la legítima se fija, por consiguiente, en dinero: ¿Por qué, entonces, y en virtud de qué norma, se haya de pagar *in natura*?

Si, saldadas las deudas, subsiste metálico herencial suficiente para sufragar alguna legítima, ¿quién discutirá la facultad del testador de imputarla a este objeto? Y si la adjudicación de numerario metálico por el total importe de la legítima no se considera inadmisibles, ¿por qué habrá de serlo el abonarla en metálico extraherencial? ¿Es que tiene el dinero del causante alguna propiedad o atributo que permita distinguirlo del de los demás? Pues entonces, ¿por qué el pago en una moneda, sí; y en la misma, por provenir de otras manos, no? Si la legítima se hiciera consistir en una alícuota del acervo sucesorio por alguna razón de fondo, sustancial, nunca podríamos consentir sin injusticia que se la redujera a dinero. Por tanto, una de dos: O nos negamos rotundamente a tolerar que una legítima pueda pagarse íntegramente a metálico, aun si éste abunda en la herencia -y sería pecar de desmedido formalismo sin razón suficiente-; o, reconociendo la eficacia substitutiva del dinero respecto a toda clase de bienes económicos, habremos de aceptar la convertibilidad crematística de los derechos sucesorios cuando no conste en la legislación alguna limitación expresa.

Otro criterio conduciría a contradicciones.

Supongamos, por ejemplo, que un hijo haya recibido, en vida de su padre, una donación en metálico igual o superior al futuro importe de su legítima. ¿Podrá el padre excluirlo en su testamento de cualquier otra posible participación en la herencia? ⁽²⁴⁾24. Está claro que sí, exactamente por lo dispuesto en el artículo 815: El complemento legitimario podrá pedirse por haber recibido *menos* del mínimo legal; pero, ***fijándose lo que corresponde por legítima según*** el procedimiento de cómputo señalado en el artículo 818, queda ya evidenciado que, una vez cubierto el monto exigible, ***falta la base para cualquier reclamación***. El artículo 1.047 contribuye también a confirmar este punto de vista: ***Tomar de menos*** el total asignable equivale a tener que resignarse a no percibir ya nada.

Podría, empero, plantearse la cuestión de si, en las circunstancias anteriores, cabría al hijo reintegrar a la masa hereditaria la suma recibida y optar por la legítima *in substantia*. Aunque me inclino a creer que el artículo 1.045 no es concluyente contra la alternativa inversa, si no se ha deteriorado la cosa; no veo cómo justificar el desacato a la voluntad del testador donde no exista perjuicio cuantitativo de la legítima ni menoscabo cualitativo redundante en aquél (art. 813).

Representémonos ahora el caso de un legitimario que reciba solamente un legado en metálico, menor que la legítima, y al que un testamento-partición, que ha dispuesto de todos los restantes bienes, sólo deja como caudal partible, deducidas las deudas, cierto dinero remanente, superior al complemento de aquélla: ¿Tiene derecho el legitimario a recibir *in natura* la porción aún debida?

²⁴ *Alguna forma de «apartaciones», consagradas hoy en el Derecho Sucesorio Gallego, pueden ser un caso paradigmático del supuesto evocado aquí. Sobre ellas puede verse: LOIS PUENTE, J. M., De las apartaciones, en Derecho de Sucesiones de Galicia, Madrid, 1996, 81 ss., esp. 84 ss. (art. 87 del texto legal). Vid. también, PILLADO MENTERO, A., «Los pactos sucesorios en la Ley de Derecho Civil de Galicia», en Rev. Xur. Galega, n. ° 13, 1996 (cito la separata).*

Pasamos, así, a la segunda tentativa de justificar la concepción de la legítima como *pars bonorum hereditatis*. Pues el problema precedente encuentra su regla resolutive en el artículo 1.056: Se contempla ahí la hipótesis de un testamento-partición; y se preceptúa que hay que pasar por lo que ordene el testador *en cuanto no perjudique la legítima de los herederos forzosos*. El *quid* estriba en saber si el perjuicio al que se refiere el legislador es únicamente el de carácter *cuantitativo o si existe* también un *perjuicio cualitativo puro*, sin detrimento del valor total, consistente, por ejemplo, en la sobreestimación afectiva que los recuerdos más entrañables del pretérito pueden infundir sobre una cosa ⁽²⁵⁾.

La doctrina española propicia casi unánime esta última hipótesis, al interpretar el segundo párrafo del artículo 1.056 como la concesión de una prerrogativa privilegiada, que, precisamente por eso mismo, induce la suposición de que la norma general, sobreentendida en el Código, sea la opuesta ⁽²⁶⁾.

La argumentación, sin embargo, por su propio carácter conjetural, no puede considerarse decisiva. Caduca, en mi entender, ante la demoledora crítica de CÁMARA. Pues si la tesis tradicional no es hoy otra cosa que un resultado exegético, no demasiado satisfactorio, y la propuesta del perspicaz investigador mucho más fecunda y razonable, creo que se debe resolver afirmativamente la reservona insinuación de LACRUZ cuando se pregunta «si no sería preferible prescindir de la intención del legislador en favor de una regulación más funcional». ¿O es que habrá base para vacilaciones cuando ya esa intención se nos aparece como enormemente problemática?

Para probar la no excepcionabilidad del artículo 1.056.2, Cámara invoca y estudia minuciosamente el 829, cuya *ratio iuris* hace consistir en la actitud legal de respeto escrupuloso a la voluntad del testador. Por tanto, si sin ninguna razón especial justificativa es aquí acabada la voluntad del causante, «parece lógico entender que el mismo trato respetuoso debe merecer la voluntad testamentaria cuando se esté ante supuestos diferentes, siempre que no concurran razones que justifiquen una solución diversa» ⁽²⁷⁾. A la verdad, el artículo 829 no tiende tanto a reconocer al testador la facultad de establecer en este caso, por su índole singularísima, el pago en metálico de la legítima, cuando presumir este propósito latente para el supuesto de que se sobrepasen eventualmente con la mejora los límites admisibles, con perjuicio cuantitativo a otras legítimas. La fórmula que aplica aquí el legislador es la de siempre: la fidelidad al testamento es lo primero; pero siendo también esencial dejar incólumes las legítimas, éstas han de complementarse a toda costa: Si no hay metálico en la herencia, que lo aporte el mejorado de su bolsillo. Pero, claro, como remacha Cámara: «Si, efectivamente, los hijos legítimos tuvieran un derecho intangible a recibir su legítima individual “in natura”, este derecho no podría quedar enervado por un error valorativo del testador o a consecuencia de las alteraciones que puedan

²⁵ *Si incluso la legislación administrativa reconoce a los expropiados un plus por el «valor de afección» que se concede a los bienes, ¿no lo habrá también sobre los hereditarios? Pudiera presumirse; pero eso no podría privar al testador de su poder dispositivo, salvadas las legítimas. Todo gira, pues, en torno al modo de concebirlas.*

²⁶ *Hoy ya no, desde la reforma de los artículos 841 ss., a que habremos de referirnos luego.*

²⁷ CÁMARA, *op. cit.*, 922.

experimentar su patrimonio»⁽²⁸⁾.

«Sin salir, pues, de la aplicación literal del artículo 829, es posible que el testador instituya a uno o más hijos en el único bien de su herencia, o en una pluralidad de objetos que agoten prácticamente su patrimonio, y disponga que a los demás se les satisfaga con dinero la legítima estricta. Tendremos, en este caso, una mejora expresa, aunque el testador no haya utilizado la voz mejora, pues el testador ha consignado expresamente su voluntad de repartir desigualmente los dos teóricos de legítima y dejar a algunos hijos solamente la legítima corta. Legítima que, por aplicación del artículo 829, será pagadera en metálico incluso aunque el testador no lo haya dicho...»⁽²⁹⁾.

Esta exégesis magistral del artículo 829 le permite a Cámara centrar la interpretación del artículo 1.056.2, pues -arguye-: «O se reconoce que el artículo 1.056.2, no tiene la función y el significado que se le asigna, o, de lo contrario, no hay más remedio que concluir que del primero resulta una potestad general de pago de la legítima individual en metálico, y del segundo vendría a deducirse la regla general contraria»⁽³⁰⁾. Aunque la incompatibilidad, según Cámara, no resulta necesariamente del articulado, sino que es efecto de una confabulación hermenéutica; como, en cualquier caso, la antinomia debería dirimirse en favor del artículo 829, no ha lugar a sentar la tesis de que en nuestro Derecho exista implícita una prohibición general contra el pago de las legítimas en metálico no relicto.

A los argumentos de CÁMARA -en mi opinión, archisobrados- cabría añadir aún algunos otros confirmatorios. Veamos uno que me parece asaz elocuente.

Situémonos en la hipótesis del artículo 1.062; es decir, en el caso frecuentísimo de bienes hereditarios prácticamente indivisibles o que desmerezcan mucho con su división. La regla prevenida para el caso por nuestro Código Civil es adjudicar la cosa a uno de los herederos y compensación en metálico a los demás. ¿Quién será el adjudicatario? ¡No se determina! Pero, en último término, la decisión dependerá del acuerdo unánime de los coherederos, pues cabe a cualquier disidente exigir con éxito que la cosa se venda en pública subasta, con admisión de licitadores extraños.

¿Quién decidirá -procede preguntar ahora- cuándo los bienes hereditarios deban recibir la calificación de “indivisibles” o de que sufren de veras desmerecimiento por su división? ¿Todos los herederos de consumo? Parece necesario responder así, para que no resulte desnaturalizado el apartado 2º. del artículo 1.062; pero entonces uno cualquiera de los herederos puede frustrar a su albedrío el pago de la *legítima in natura* (si el testador no se cuidó de impedirlo) con sólo mostrarse intransigente en estos dos puntos: *indivisibilidad* y *pública subasta*. ¿Es lógico imaginar que el legislador peque tan mortalmente de incongruencia como para pulverizar con esta norma su pretendido designio de garantizar la identidad cualitativa de las legítimas?

¿Cuál será la *ratio* del artículo 1.062? ¡No resulta difícil adivinarla! Si el Código hubiera hecho hincapié en que las mismas cosas relictas hubiera de permanecer en la familia, tendría que haber circunscrito la subasta a los coherederos. No lo hizo, porque su preocupación fundamental era muy otra: *lograr la más objetiva valoración posible*, si después algún heredero sintiese especial

²⁸ *Op. cit.*, 928.

²⁹ *Op. cit.*, 929.

³⁰ CÁMARA, *op. cit.*, 947.

afección por el objeto subastado, el artículo 1.522 del Código Civil, brindándole la posibilidad de ejercitar el retracto legal, ¿no acaba permitiéndolo saldar las legítimas de los restantes con su propio dinero? ¿En qué para entonces la supuesta excepcionalidad del artículo 1.056 y similares?

La recta comprensión del artículo 1.056.2 requiere -como hace ya buena parte de la doctrina- que se le ubique en ese contexto. Si la partición hecha por el padre no se exceptuara, ¿no surgiría la duda sobre la aplicabilidad del artículo 1.062? Por otra parte, ¿no se podría considerar divisible sin menoscabo una explotación agrícola, industrial o fabril en el momento de la partición y resultar probablemente, según la superior experiencia y previsión paternas, peligroso o nocivo el reparto?

Con todo, la principal función que parece cumplir el artículo 1.056.2 es, quizá, otra: A mi entender, ***aclarar que no se perjudica la legítima de los herederos forzosos cuando el causante, en testamento-partición, la asigna en metálico, aunque haya de aportarlo el beneficiario***. Lo que, en rigor, resulta del Código es que, si el causante no lo dispone, la Ley no arbitrará esta solución por él.

O sea: Respecto al causante, no es la legítima, según el Código Civil, una afectación global de una porción determinada de los mismos bienes relictos, sino ***un cuanto***, evaluable con precisión, del haber hereditario, que hay que entender efectivamente transmitido; pero que puede satisfacerse por cualquier título e incluso en su puro valor dinerario.

Confirma esta tesis el artículo 832 del CC (a veces invocado como justificación de la teoría antitética), que viene a complementar el fragmentario supuesto del artículo 829. Aquél regulaba la mejora «en cosa determinada»; éste se ocupa de lo allí omitido: de la mejora que no se ha hecho «en cosa determinada». Como el artículo 829 introduce una dicotomía: ***la cosa objeto de mejora y el resto de la herencia***, lo que no versa sobre el primer elemento tiene que consistir en el segundo. Y, a la verdad, aun cuando se pagara en dinero (***a cambio de los bienes***), se estaría ***pagando a expensas*** de ese resto.

Para ver aún más claro en el asunto, podríamos preguntar: La mejora en cantidad especificada de dinero, ¿no sería también para el Código Civil mejora “en cosa determinada”? Juzgo insostenible una respuesta negativa. Entonces, el artículo 829 prevé dos supuestos inversos; pero lógicamente relacionados: Uno, el que resulta de su letra: el mejorado en cosa determinada ***ultra vires***, compensa el exceso a los demás, en una suerte de enajenación forzosa para éstos (¡buena prueba de que la legítima es a la inversa!), si la mejora es en dinero y no hay esa cantidad en la herencia, los demás se lo entregarán a prorrata al mejorado y obtendrán una compensación en bienes concretos. La diferencia entre las dos hipótesis estriba en que respecto a la mejora en dinero, el exceso absoluto no cabe, ya que se corregiría automáticamente.

Leído ahora el artículo 832, resulta no sólo perfectamente comprensible, sino también en cabal congruencia con las prevenciones del Código Civil para situaciones homogéneas. En efecto; el artículo 832 dispone: «Cuando la mejora no hubiere sido señalada en cosa determinada» (implícitamente: ni, por tanto, en dinero) «será pagada con los mismos bienes hereditarios» (¿de qué otro modo podría serlo?), «observándose, en cuanto puedan tener lugar, las reglas establecidas en los artículos 1.061 y 1.062 para procurar la igualdad de los herederos en la partición de los bienes».

Entra, pues, en juego el artículo 832 cuando el testador no ha realizado la mejora mediante atribución de bienes ***concretos***. Cifrándola sólo en una alícuota, subsiste el estado de indivisión y con él el régimen de cotitularidades que nuestro Código disciplina bajo la denominación de «comunidad de bienes». Es lógico, así, seguir las pautas trazadas por los artículos 400, 404 y

406, según los cuales cada coheredero tendrá derecho a su correspondiente cuota sobre los mismos bienes relictos; pero, excluida la posibilidad de acometer la división, el único modo de salir del atasco es, al fin, proceder a las oportunas compensaciones crematísticas.

La regla general es, entonces, simple: Si el testador parte (y le cabe hacerlo como quiera, si las legítimas se respetan en su *cuantía*), la indivisión habrá cesado ya; la comunidad de bienes no existe; y, en consecuencia, las normas que son su corolario legal tienen que resultar inaplicables.

Tras estas últimas clarificaciones, volvamos ahora al artículo 815 del CC: ¿Qué *complemento* es ese que puede pedir el legitimario? Creo inevitable entender que *siempre que tenga real y verdadera aplicación el artículo 815 dicho complemento habrá de consistir en una determinada suma de dinero*. ¿Que con qué razones lo sostengo? Por la simplicísima de que cualquier caso imaginable de complemento no-metálico, examinado a fondo, acaba en franca defección respecto a la casuística que debe considerarse comprendida en aquella norma.

Supongamos, para aportar nuestra pretendida demostración, que estamos ante un legitimario no preterido a quien el cumplimiento estricto del testamento resulta privar parte de su legítima. Si se trata de un testamento-partición, y todo el caudal relicto ha sido, por consiguiente, adjudicado; el heredero forzoso que experimente el perjuicio tendrá que pasar por la partija *en todo cuanto no menoscabe su legítima*. El Código en el artículo 1.056 no hace otra cosa que consagrar el principio *de máximo respeto al testamento (favor testamenti)*, cuya observancia precisamente sería ilusoria si la compensación pecuniaria de la cantidad en defecto no fuera posible. Además, el 1.075 y el 1.077, combinados, justo la presuponen.

Si no se trata de un testamento-partición y, por tanto, están pendiente la partija, ésta habrá de hacerse según las reglas del Código Civil: Antes de efectuada, no podrá existir perjuicio de legítima. Tras ella, en cambio, sí podría darse; pero, siendo de aplicación los artículos 1.068 y ss. y 1.073 y ss. habremos de incidir en las hipótesis del 1.071 o del 1.077, que tienen presente el pago en numerario como situación normal. Luego los herederos favorecidos en el testamento pueden, a su albedrío, indemnizar *in natura* o en metálico. Y, en consecuencia, para el heredero forzoso no cabe recusarse a admitir esta última forma de complementar su legítima.

17. LA NUEVA ORIENTACIÓN POLÍTICO-JURÍDICA

Con posterioridad a la publicación del CC, el Derecho sucesorio español ha recibido importantes modificaciones. Nos referiremos aquí a las que afectan a las cuestiones planteadas en este trabajo, escrito casi por entero con bastante anterioridad. Las principales proceden de la Ley 11/81, de 13 de mayo, a la que queremos referirnos.

Prescindamos de los vidriosos principios constitucionales que determinaron algunas reformas, poco coherentes, y que traerán consecuencias menos aún, como las del artículo 807, que se olvida de la protección especial que *jurídicamente* debe dispensarse a la familia *legítima*.

Obedeciendo a la misma orientación, el artículo 808 ha suprimido la palabra «legítimos» que, en la redacción originaria, seguía a hijos y descendientes. El resultado es que un padre o madre puede, incluso, mejorar a hijos extramatrimoniales en perjuicio de los habidos en su matrimonio. ¡La familia legítima no goza ya del favor del Derecho! Si esto no resulta disonante a los juristas actuales, ¡tanto peor para ellos! El argumento vulgar, *¿qué culpa tiene el hijo?*, sólo demuestra una cosa, que los otros hijos no pueden, por eso, perder su condición de legítimos. Y en Derecho, lo *legítimo* y lo *ilegítimo* tienen que ser en alguna medida diferenciados. ¿Que la Constitución excluye esa diferencia? ¡Tanto peor para ella, pues por eso mismo no debe ser durable!

Uno de los artículos que ha experimentado mayores cambios es el 814, cuyo texto actual dice lo siguiente:

«La preterición de un heredero forzoso no perjudica la legítima. Se reducirá la institución de heredero antes que los legados, mejoras y demás disposiciones testamentarias.

Sin embargo, la preterición no intencional de hijos o descendientes producirá los siguientes efectos:

1º. Si resultaren preteridos todos, se anularán las disposiciones testamentarias de contenido patrimonial.

2º. En otro caso, se anulará la institución de herederos, pero valdrán las mandas y mejoras ordenadas por cualquier título, en cuanto unas y otras no sean inoficiosas. No obstante, la institución de heredero a favor del cónyuge sólo se anulará en cuanto perjudique a las legítimas.

Los descendientes de otro descendiente que no hubiere sido preterido, representan a éste en la herencia del ascendiente y no se consideran preteridos.

Si los herederos forzosos preteridos mueren antes que el testador, el testamento surtirá todos sus efectos.

A salvo las legítimas, tendrá preferencia en todo caso lo ordenado por el testador.»

La redacción de este artículo deja mucho que desear, e incluso la doctrina que lo inspira, *ex iure condendo*, no me parece satisfactoria, ni veo muy justificados los cambios ⁽³¹⁾.

³¹ *La redacción primitiva era la siguiente: «La preterición de alguno o de todos los herederos forzosos en línea recta, sea que vivan al otorgarse el testamento, o sea, que nazcan después de muerto el testador, anulará la institución de heredero; pero valdrán las mandas y mejoras en cuanto no sean inoficiosas*

.La preterición del viudo o viuda no anula la institución; pero el preterido conservará los

La más profunda variación con respecto al tema tratado en este trabajo es la del artículo 809, que hoy dice:

«Constituye la legítima de los padres o ascendientes la mitad del haber hereditario de los hijos y descendientes, salvo el caso en que concurrieren con el cónyuge viudo del descendiente causante, en cuyo supuesto será de una tercera parte de la herencia» ⁽³²⁾.

También se ha modificado el párrafo segundo del artículo 818, que ahora dice:

«Al valor líquido de los bienes hereditarios se agregará el de las donaciones colacionables» ⁽³³⁾.

Más adelante, al regular la legítima del cónyuge viudo, las reformas son, asimismo, sustanciales y en su beneficio.

Artículo 834. El cónyuge que al morir su consorte no se hallase separado o lo estuviere por culpa del difunto, si concurre a la herencia con hijos o descendientes, tendrá derecho al usufructo del tercio destinado a mejora.

Artículo 835. Cuando estuvieren los cónyuges separados en virtud de demanda, se esperará al resultado del pleito.

Si entre los cónyuges separados hubiere mediado perdón o reconciliación el sobreviviente conservará sus derechos.

Artículo 837. No existiendo descendientes, pero sí ascendientes, el cónyuge sobreviviente tendrá derecho al usufructo de la mitad de la herencia.

Igual extensión tendrá el usufructo cuando los únicos herederos forzosos que concurren con el viudo o viuda sean hijos sólo de su consorte, concebidos durante el matrimonio de ambos. La cuota usufructuaria recaerá en este caso sobre el tercio de mejora, gravando el resto el tercio de libre disposición.

Artículo 838. No existiendo descendientes ni ascendientes, el cónyuge sobreviviente tendrá derecho al usufructo de los dos tercios de la herencia.

Artículo 839. Los herederos podrán satisfacer al cónyuge su parte de usufructo, asignándole una renta vitalicia, los productos de determinados bienes, o un capital en efectivo, procediendo de mutuo acuerdo, y, en su defecto, por virtud de mandato judicial.

Mientras esto no se realice, estarán afectos todos los bienes de la herencia al pago de la parte de usufructo que corresponda al cónyuge.

Artículo 840. Cuando se esté en el caso previsto por el párrafo segundo del artículo 837, el

*derechos que le conceden los artículos 834, 835, 836 y 837 de este Código.
Si los herederos forzosos preteridos mueren antes que el testador, la institución surtirá efecto.»*

³² Antes decía: «Constituye la legítima de los padres o ascendientes la mitad del haber hereditario de los hijos o descendientes. De la otra mitad podrán éstos disponer libremente, salvo lo que se establece en el artículo 836.»

³³ Antes decía este párrafo: «Al valor líquido que los bienes hereditarios tuvieren se agregará el que tenían todas las donaciones colacionables del mismo testador en el tiempo en que las hubiera hecho.»

cónyuge podrá exigir que el usufructo que grava la parte que reciban los hijos le sea satisfecho, a elección de éstos, asignándole un capital en dinero o un lote de bienes hereditarios ⁽³⁴⁾.

Las variantes que resultan de mayor importancia en este estudio son las de los artículos 841 y ss., que merecen más detenido comentario. Helos aquí:

Artículo 841. El testador, o el contador-partidor expresamente autorizado por aquél, podrá adjudicar todos los bienes hereditarios, o parte de ellos, a alguno de los hijos o descendientes, ordenando que se pague en metálico la porción hereditaria de los demás legitimarios.

También corresponderá la facultad de pago en metálico en el mismo supuesto del párrafo anterior al contador-partidor dativo, a que se refiere el artículo 1.057 del CC.

Artículo 842. No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, cualquiera de los hijos o descendientes obligados a pagar en metálico la cuota hereditaria de sus hermanos podrá exigir que dicha cuota sea satisfecha en bienes de la herencia, debiendo observarse en tal caso, lo prescrito por los artículos 1.058 y 1.063 de este Código.

Artículo 843. Salvo confirmación expresa de todos los hijos o descendientes, la partición a que se refieren los dos artículos anteriores requerirá aprobación judicial.

Artículo 844. La decisión de pago en metálico no producirá efectos si no se comunica a los perceptores en el plazo de un año desde la apertura de la sucesión. El pago deberá hacerse en el plazo de otro año más, salvo pacto en contrario. Corresponderán el perceptor de la cantidad las garantías legales establecidas para el legatario de cantidad.

³⁴ *Lo dispuesto con anterioridad en el Código respecto a los derechos legitimarios del cónyuge viudo era lo siguiente: Artículo 834. El viudo o viuda que al morir su consorte no se hallare divorciado, o lo estuviere por culpa del cónyuge difunto, tendrá derecho a una cuota, en usufructo, igual a la que por legítima corresponda a cada uno de sus hijos o descendientes legítimos no mejorados. Si no quedare más que un solo hijo o descendiente, el viudo o viuda tendrá el usufructo del tercio destinado a mejora, conservando aquél la nuda propiedad, hasta que, por el fallecimiento del cónyuge superviviente se consolide en él el dominio. Si estuvieren los cónyuges separados por demanda de divorcio, se esperará al resultado del pleito. Si entre los cónyuges divorciados hubiere mediado perdón o reconciliación, el sobreviviente conservará sus derechos.*

Artículo 835. La porción hereditaria asignada en usufructo al cónyuge viudo deberá sacarse de la tercera parte de los bienes destinada a la mejora de los hijos.

Artículo 836. No dejando el testador descendientes, pero sí ascendientes, el cónyuge sobreviviente tendrá derecho a la tercera parte de la herencia en usufructo. Esta tercera parte se sacará de la mitad libre, pudiendo el testador disponer de la propiedad del mismo.

Artículo 837. Cuando el testador no dejare descendientes ni ascendientes legítimos, el cónyuge sobreviviente tendrá derecho a la mitad de la herencia, también en usufructo.

Artículo 838. Los herederos podrán satisfacer al cónyuge su parte de usufructo, asignándole una renta vitalicia o los productos de determinados bienes o un capital en efectivo, procediendo de mutuo acuerdo, y, en su defecto, por virtud de mandato judicial. Mientras esto no se realice estarán afectos todos los bienes de la herencia al pago de la parte de usufructo que corresponde al cónyuge viudo.

Artículo 839. En el caso de concurrir hijos de dos o más matrimonios, el usufructo correspondiente al cónyuge viudo de segundas nupcias se sacará de la tercera parte de libre disposición de los padres.

Transcurrido el plazo sin que el pago haya tenido lugar, caducará la facultad conferida a los hijos o descendientes por el testador o el contador-partidor y se procederá a repartir la herencia según las disposiciones generales sobre la partición.

Artículo 845. La opción de que tratan los artículos anteriores no afectará a los legales de cosa específica.

Artículo 846. Tampoco afectará a las disposiciones particionales del testador señaladas en cosas determinadas.

Artículo 847. Para fijar la suma que haya de abonarse a los hijos o descendientes se atenderá al valor que tuvieren los bienes al tiempo de liquidarse la porción correspondiente, teniendo en cuenta los frutos o rentas hasta entonces producidas. Desde la liquidación, el crédito metálico devengará el interés legal.

Todos estos artículos han sido ya meticulosamente glosados por algunos grandes juristas, entre los que sobresale VALLET, en cuyos *Comentarios a los artículos 806 a 857 del Código Civil*, dentro de la ambiciosa publicación dirigida por M. ALBALADEJO, se han estudiado con cierto detenimiento los siete últimamente transcritos. Además de remitirme a ellos, permítaseme algunas palabras en son crítico.

Nos cuenta VALLET, al inicio de su comentario, la «génesis del precepto». Parte de la redacción del artículo 840.2 en el CC, según la redacción primitiva. Este artículo 840 decía: «Cuando el testador deje hijos o descendientes legítimos e hijos naturales legalmente reconocidos, tendrá cada uno de éstos derecho a la mitad de la cuota que corresponda a cada uno de los legítimos no mejorados, siempre que quepa dentro del tercio de libre disposición, del cual habrá de sacarse, deduciendo antes los gastos de entierro y funeral».

Los hijos legítimos podrán satisfacer la cuota que corresponda a los naturales, en dinero o en otros bienes de la herencia ajusta regulación.»

La disciplina del CC en materia sucesoria era coherente con los dos grandes principios que la inspiraban: 1º.) La protección de la familia **legítima**; y 2º.) -consecuencia del primero- la prohibición de investigar la paternidad. Contra estos dos principios se había hecho una fuerte campaña propagandística, primero desde las ideologías opuestas al matrimonio religioso, después, desde sus mismos defensores, que daban fuerza a ciertos especiosos argumentos de los primeros.

Se creó, así, un estado de opinión que llevó a incluir en el Constitución el artículo 14, que dice: «Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social».

Y luego, como corolario, el artículo 39.2º., en contraposición franca con lo dispuesto en el volatilizado 39.1.º y con los pactos suscritos por España, establece: «Los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil. La ley posibilitará la investigación de la paternidad».

Los antecedentes de semejante precripción están en el artículo 2.1, y 7 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, que ciertamente no han sido aquí rectamente entendidos.

En efecto: el artículo 2.1, dice: «Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier

otra condición.»

Y el 7: «Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección contra **toda discriminación que infrinja esta Declaración** y contra toda provocación a tal discriminación.»

Está claro que nuestro artículo 14 CE ni es igual, ni siquiera homogéneo, con los dos artículos citados de la DUDH, ni puede tener el alcance que aparenta. Pues en la DUDH la discriminación prohibida se deduce a los derechos fundamentales proclamados en ella y en nuestra Constitución se predica con pretensiones de universalidad. Sin embargo, en ella ciertas «discriminaciones» - como en toda monarquía hereditaria- no se pueden negar, ya que los miembros de la *familia real* resultan privilegiados por el mero hecho de su nacimiento, y los hijos, dentro de la misma, tampoco disfrutaban de *igualdad*. Basta leer el artículo 57 para convencerse. Don Juan Carlos es «*legítimo* heredero de la dinastía histórica»; y «la sucesión en el trono seguirá el orden regular de primogenitura y representación, siendo preferida siempre la línea anterior a las posteriores; en la misma línea, el grado más próximo al más remoto; en el mismo grado, el varón a la mujer, y en el mismo sexo, la persona de más edad a la de menos». Aunque no sobresalga el artículo por su claridad, es evidente que está repleto de discriminaciones. Hay, sin embargo, una palabra que se echa de menos y que podría traer gravísimas secuelas: La omisión del vocablo «legítimo» respecto al sucesor de la Corona. Algún día -lo que no sería nada raro- un primogénito «natural» o «espurio» podría disputar el reino a un hijo legítimo menor en edad.

Por tanto, dado un caso particular de excepción, la proposición universal afirmativa pierde su *ratio* y carecerá de fundamento predicativo.

Esto aparte, la Constitución (art. 39.1) también asume el compromiso de dispensar a la familia protección *social, económica y jurídica*. Pero, por supuesto, al no decir *cómo y en qué consistirá*, esa protección se ha quedado en agua de cerrajas. Si el artículo tuviera, por lo menos, el mismo rango que el 14 y gozase de amparo constitucional, juristas, legisladores y jueces se sentirían en la obligación de conciliarios: El uno podría servir de límite al otro. Mas no era ésta la mira del Congreso cuando se arrogó facultades constituyentes que no le fueron otorgadas. Con el resultado paradójico -e inaceptable- de que unas Cortes ordinarias pretendan vincular a la observancia de su obra a otras Cortes del mismo rango, por el sólo hecho de precederlas.

Pero dejando a un lado estas razones de fondo, que han llevado gradualmente al actual artículo 841, conviene no echar en olvido que la Comisión de Códigos enviaba a las Cortes como proyecto de reforma un texto similar al artículo 840.2 ⁽³⁵⁾. Ante todo lo cual, diputados y senadores, cifrando la igualdad en un apego literalista al artículo 39.2 y prescindiendo del párrafo anterior, que prometía la protección social, económica y jurídica de la familia, han puesto entre paréntesis las sabias palabras de nuestro MUCIUS SCAEVOLA, quien hablaba con razón del «*predominio que en lo moral y en lo económico tiene necesariamente que concederse a la filiación legítima sobre la natural*» ⁽³⁶⁾.

Para colmo, la turbiedad y ambivalencia de conceptos que se vive actualmente ⁽³⁷⁾ han convertido

³⁵ Vid. VALLET, *op. cit.*, 490.

³⁶ Debo la cita a VALLET, *op. et loc. cit.*

³⁷ Me he referido en otras ocasiones a las profundas reflexiones de Tucídides sobre los cambios semánticos eufemísticos en épocas de crisis, perfectamente aplicables a la España actual. Decía

palabras que fueron, en otros tiempos, inequívocas, como matrimonio y familia, en acordeones ideológicos, que ya no se sabe bien qué designan (³⁸).

Pero es el caso que al regular el pago en metálico de la legítima, que conforme a las disposiciones del CC en su redacción anterior, no presentaban al exégeta graves problemas; se los ofrecen hoy por la excesiva preocupación casuística de que adolecen los nuevos preceptos.

Pues si el artículo 841 parece abrigar la pretensión de generalizar los artículos del CC que permiten el pago de la legítima en dinero, sin embargo, sus mayores facilidades aparentes, no son realmente tales, ya que el precepto faculta al testador, al contador-partidor autorizado expresamente, o al dativo en el mismo caso, para adjudicar todos o parte de los bienes hereditarios a un hijo, descendiente o a varios, con tal de ordenar que se sufrague en metálico su **porción hereditaria** a los legitimarios restantes.

Hablar aquí de «porción hereditaria» peca de incorrecto, al resultar la legítima **pars valoris** y no **pars hereditatis**, y al no concillarse fórmula semejante con la posibilidad de substituir los bienes de la herencia por dinero.

A más objeciones se presta el artículo 842. Contra el principio de que la voluntad explícita del causante es la ley de la sucesión, el hijo o el descendiente a quien se han deferido todos o parte del caudal relicto, puede **exigir** que la cuota de sus hermanos (o sobrinos) se les defiera en bienes de la herencia. Ahora bien, en este caso, puede ocurrir que **no se esté pasando por la partija hecha por el testador**, contra la prevención del artículo 1.056, ya que, en el supuesto de preferirla, la entrega de bienes habrá de hacerse siguiendo las reglas establecidas desde el artículo 1.058 al 1.063.

*Tucídides: «Fueron en aquel tiempo turbados los Estados y Gobiernos de las ciudades de Grecia con sediciones y discordias civiles, pues sabido que en un lugar se había hecho alguna demasía o insolencia por unos, otros se disponían a otra mucho peor, o por haber alguna cosa de nuevo, o por mostrarse más diligentes e ingeniosos que los primeros, o más osados y atrevidos para vengarse, y todos estos males se excusaban nombrándoles con nuevos e impropios nombres, porque a la temeridad y osadía llamaban magnanimidad y esfuerzo, de manera que los temerarios y atrevidos eran tenidos por amigos y defensores de los amigos; a la tardanza y madurez llamaban temor honesto y a la templanza y modestia, cobardía y pusilanimidad encubierta; la ira e indignación arrebatada, nombrábanla osadía varonil; la consulta, prudencia y consejo, traza de flojedad. El que se mostraba más furioso y arrebatado para emprender la cosa, era tenido por más fiel y amigo; y el que la contradecía, por sospechoso. El que llevaba a ejecución sus tramas y asechanzas era reputado por sabio y astuto y mucho más aquel que prevenía las de sus enemigos o conseguía que ninguno se apartase de su bando...». Vid. «Constitución y eufemismo político en momentos cruciales de la Historia de España», en **Boletín de Faculdade de Direito de Universidade de Coimbra**, Separata do vol. LIX, 1983. También, **Tras eufemismo demo-a-cracia**, Santiago, 1994, 112 ss.*

³⁸ *Esto se advierte en la incoherencia que se comete al hablar de una ley que discipline la situación de las parejas de hecho. Extrañamente, las parejas, que se llaman -y lo son- de hecho, quieren dejar de serlo y disfrutar de análoga protección jurídica que el matrimonio y la familia legítimas. Para esto hay que borrar la diferencia sustancial entre las parejas capaces de vivificar la sociedad y las que son nulas a este respecto -y máxime cuando los índices de natalidad disminuyen de un modo alarmante.*

Tampoco me parece muy feliz el artículo 843. La aprobación judicial encuentra, en mi opinión, numerosas contraindicaciones político-jurídicas. En primer lugar, los juzgados y tribunales están actualmente tan sobrecargados de trabajo, que los pleitos y asuntos, retrasándose más allá de toda paciencia, hacen desaconsejable confiarles nuevos cometidos que no sean de absoluta necesidad ⁽³⁹⁾39. Y no lo son aquí, porque la incolumidad de las legítimas queda salvaguardada por el artículo 815. En segundo lugar, el trámite puede servir como dilatoria coactiva. Si un legitimario no presta su consentimiento ni comparece, la jurisdicción voluntaria ya no será posible. ¿Y qué le añade a la partija inaceptada el haber sido aprobada por el juez? En tercer lugar, la norma es parca en demasía. No hace alusión alguna al procedimiento. Pero, al no poder presumirse la experticia del juez para valorar por sí mismo los bienes de la herencia, el recurso a la prueba pericial parece imprescindible. Además, consta estadísticamente que a la mayoría de los testadores les repugna la intervención judicial en su herencia, por lo cual suelen prohibirla, reduciendo a la legítima corta a los legitimarios que la provoquen. Y siendo esto así, ¿tiene sentido que la favorezca el legislador?

El artículo 844 contiene una innovación que ofrece dos caras. Hay casos en que parece plausible: cuando es un solo heredero quien tiene la opción de pagar las legítimas en dinero o en bienes. Pues parece razonable que se le fije un plazo para decidir. Cuando, en cambio, los herederos son varios, la cuestión se hace más dudosa. Ellos generalmente no pueden fijar por sí mismos el valor total de la herencia ni el de las legítimas. Dependen de investigaciones por hacer (capacidad sucesoria, deudas del difunto, colaciones, etc.), a veces largas y complicadas; de juicios ajenos, de particiones y de acuerdos con los propios legitimarios. Según los bienes que sean asignados a cada cual, podrá interesarles, o no, conservarlos o cederlos, a cambio de dinero. A veces, incluso contra la voluntad del interesado, no será posible tomar esta decisión racionalmente dentro del año. ¿Se perderá por ello inapelablemente el derecho *contra la voluntad manifiesta del testador*? ¿Debe poner la ley un límite que él no impuso? ¿Por qué unos legitimarios han de ser de mejor condición que otros, si el testador no ha establecidos preferencias?

Finalmente, también por exigencia legal, aunque salvo pacto en contrario, el pago deberá hacerse *dentro de otro año más*, con caducidad de la opción después de su transcurso. Es decir, la voluntad del testador, que ha dejado sus bienes a un descendiente por motivos que no se ve obligado a explicitar; pero que debemos suponer razonables, *vale por dos años*. Esto produce una alteración mal justificada en nuestro régimen sucesorio.

Resta decir al respecto que, no ejercitado en tiempo el derecho anterior, «se procederá a repartir la herencia según las disposiciones generales sobre la partición». Con lo cual tendremos que cumplir la voluntad del testador, tras declararla insubsistente en este punto. ¡La falta de lógica es evidente!

El artículo 845 excluye de la opción a los legados de cosa específica. Lo preceptuado, aunque redundante, condensa la doctrina correcta.

No así lo dispuesto en el artículo 846, que, aunque parezca reiterativo, resulta parcialmente antinómico con el artículo 1.056 y con parte de los anteriores. Si el causante asigna todos los bienes a uno o a varios descendientes y a sus restantes legitimarios sus legítimas en dinero, haya o no legados, habrá hecho la partición de su herencia. ¿A qué viene entonces esa restricción de «señalada en cosas determinadas»?

³⁹ *El exceso de asuntos lleva consigo inevitablemente un estudio superficial y, en consecuencia, sentencias cada vez peor fundadas. Vid. Nueva Versión, cit., 11 ss.*

Por último, al artículo 847, aunque rompa con la disciplina tradicional, no seré yo quien le ponga reparos.

18. REFLEXIONES FINALES

La sentencia del TS de 3 de junio de 1947, dictada en el caso de mi padre, suscitó aún otras varias glosas doctrinales. En particular, VALLET DE GOYTISOLO se inspiró probablemente en ella y en el comentario de FUENMAYOR a la recurrida para escribir su muy importante trabajo sobre “*Imputación de legados otorgados a favor de legitimarios*”⁽⁴⁰⁾. Las tesis de VALLET merecen ser estudiadas bien de cerca, porque traducen otra interesante tentativa de interpretar desde otro punto de vista los artículos 1.037 y 815 del CC.

En este sugestivo estudio VALLET, aceptando como objeto de la colación... «hacer que la herencia se divida en la proporción que se presume que quería el testador» (según palabras de BORREL Y SOLER, *Dret Civil vigent a Catalunya*, 1, V, 549), infiere la no-colacionabilidad, en principio, de los legados. Y llega a decir (en lo que, como se ha visto, he concordado con él) que «cuando por voluntad del testador son colacionados, ni en realidad su atribución es rigurosamente un legado, ni su imputación propiamente colación. Se trata más bien de un acto particional dispuesto por el causante en el testamento»⁽⁴¹⁾.

Cuanto a los requisitos necesarios para que se dé esta pseudo-colación de legados: concurrencia de herederos forzosos y disposición del testador, VALLET se pregunta si el viudo tiene aquí el carácter de heredero forzoso y si cabe hablar de colación cuando el testador deja un legado al legitimario sin mencionar que sea en pago de legítima; resume la posición de FUENMAYOR (que ya conocemos) y adopta una postura que califica de más radical. Entiende que la colación no se interfiere. Y arguye: Si el legado pro legítima lo es de verdad, el beneficiario no tendrá ya la condición de heredero y no le serán aplicables las normas sobre colación. Si el legado pro legítima es un acto particional (como quiere ORTEGA PARDO), el legatario seguiría siendo heredero; pero tampoco le serían aplicables las normas de la colación, por impedirlo el testamento.

Más concretamente, por lo que atañe al cónyuge viudo, VALLET precisa: «... sólo entre los herederos forzosos, que además sean efectivamente herederos, puede hablarse de colación. El título de heredero del cónyuge viudo es puramente honorífico, y, en cambio, la colación es precisamente una operación de hecho, que, como tal, ha de basarse en realidades y no en simples menciones honoríficas»⁽⁴²⁾.

«Ahora bien: el que excluyamos de la normación colacional el caso de concurrencia del viudo legitimario con tal o cual descendiente o ascendiente del testador, no significa que demos por prejuzgada la cuestión de la imputación del legado que se haya otorgado a favor de aquél, sin hacerse mención de su legítima. Lo que sí afirmamos es que este problema es puramente de imputación de legados, sin intromisión alguna de cuestiones de colación»⁽⁴³⁾.

Tras esto, y ratificando los argumentos de FUENMAYOR sobre la suficiencia de la voluntad

⁴⁰ Publicado en *Rev. Der. Priv.*, XXXII, 1948, 315 ss.

⁴¹ VALLET, *op. cit.*, 333-334.

⁴² VALLET, *op. cit.*, 335.

⁴³ VALLET, *op. cit.*, 335.

implícita del testador para la colación impropia de legados, Vallet no propicia ninguna clase de interpretación extensiva del artículo 1.037, del cual juzga que ni puede decirse «que no sea norma de colación, ni nada autoriza para darle un sentido mayor o más intenso del que resulta de su letra y de su situación en la sistemática del Código» (44).

Los sustanciales puntos de acuerdo entre VALLET y FUENMAYOR respecto al artículo 1.037 se desvanecen al enfrentarse el primero con el artículo 815, pues no cree que pueda hallarse en él una regla para la imputación de legados en favor de legitimarios, que le es por completo ajena. «Y que... ni siquiera hace falta, porque... para resolver este problema basta con interpretar la voluntad del causante y aplicar los principios fundamentales del Derecho sucesorio»... «El artículo 815 ni dice que cuando el testador otorgue al legitimario un legado inferior a su legítima deba imputarse a ésta, ni se puede deducir de él que si su cuantía es superior a la de aquélla deba igualmente serle imputado». «Dicho artículo parte del supuesto del “legado en lugar de legítima”, pero no determinada que lo que se legue a un legitimario sin mencionar su legítima sea precisamente un legado de (esa) naturaleza»... «*Eso ciertamente que es así cuando el testador, además de ordenar el legado a favor del legitimario, instituye heredero a otra persona* (el subrayado no procede del original); pero su razón no se apoya en el artículo 815. Éste sólo muy remotamente contribuye a obtener dicho... resultado, en cuanto... demuestra que el testador puede modelar la legítima dentro de los límites marcados...» (El art. 815)... «no contiene regla alguna sobre imputación de legados. Es más: parte ya de que dicha imputación se ha verificado por el testador explícita o implícitamente»... (45).

Asentadas estas premisas, Vallet plantea los dos problemas capitales de que se preocupa su estudio (que, en el fondo, son uno solo): 1) cómo verificar la imputación de un legado a legitimario (que no sea el cónyuge viudo) no instituido heredero, cuando el testador no haya señalado el tercio sobre que recaiga ni se haya de gravar, o no, la legítima; y 2) cómo proceder en el mismo supuesto cuando se trate del cónyuge viudo.

La respuesta de Vallet en la primera hipótesis (correcta, por los argumentos ya esgrimidos) tiene ciertos ribetes de paradójica, porque se obtiene ni más ni menos que por aplicación del artículo 815, pese a la suposición inicial de que no contiene regla para la imputación de legados.

En efecto; VALLET llega a una conclusión muy semejante a la nuestra, merced a las siguientes alegaciones:

El legitimario instituido heredero universal no es llamado sólo al tercio libre, sino *a toda la herencia*. Si con él concurren otros herederos forzosos, no instituidos, caben las tres eventualidades siguientes: a) *Preterición* y consiguiente nulidad (art. 814); b) *desheredación injusta*, con anulación del perjuicio (art. 851), y c) *otorgamiento de legados* a los legitimarios no instituidos. Esto último, lícito por la facultad concedida al testador por el artículo 815 (; sin él, los herederos forzosos tendrían que ser herederos testamentarios!) de seleccionar el título bajo el cual deferir la legítima, excluye cualquiera de las hipótesis anteriores y significa que el heredero, por su llamamiento a la herencia, debe recibir cuanto no haya sido legado a otros. Luego, «*los legitimarios no instituidos no pueden estar llamados más que... a los bienes que expresamente se les ha legado, y, en su caso, al suplemento de su legítima*». Es obligado entonces que las

⁴⁴ *Op. cit.*, 337.

⁴⁵ VALLET, *op. cit.*, 338.

mandas se imputen en aquélla ⁽⁴⁶⁾.

VALLET está en lo cierto al sostener que este resultado es mera aplicación de los presupuestos básicos de nuestro Derecho sucesorio. El legatario no heredero, careciendo de llamamiento universal, tiene que recibir sólo lo que taxativamente se le asigne; darle su legítima de mogollón y a mayores, sería ***hacer de él un heredero contra la voluntad del testador***, lo que repugna en nuestro sistema positivo.

Ahora bien, si este razonamiento es posible dentro del Código Civil lo es únicamente gracias al artículo 815, ya que sin él, como hemos demostrado antes, el silencio del testador sobre la legítima habría de recibir una solución del todo diferente: La que se le dio en nuestro antiguo Derecho, que, mejor que nadie, conoce el ilustre notario, uno de los máximos expertos en el régimen sucesorio español.

Por lo que atañe a la legítima del cónyuge viudo, VALLET intenta fundar un trato de excepción. Pretende que aquélla proviene directa y exclusivamente de la ley, «sin necesidad de abrirse paso entre... las disposiciones del testador». Por tanto, teniendo la legítima viudal naturaleza de legado, por ser en usufructo, y pudiendo así coexistir con la designación a título universal, no es necesario invalidar ésta, ***ni total ni parcialmente*** (el subrayado es mío), para salvar aquélla. «Pues así como resulta imposible, física, metafísica y, lógicamente, la coexistencia solidaria sobre el mismo objeto de una institución legal y otra testamentaria, en cambio cabe perfectamente que una atribución legal a título singular grave la institución hecha a título universal por el causante» ⁽⁴⁷⁾.

Arrancando de esta presunta compatibilidad entre la legítima del cónyuge y una institución a título universal, VALLET encuentra más difícil pronunciarse sobre la imputación de la manda en la cuota o su acumulación con ella cuando el testador nada dice al respecto; bien que, al final, acabe optando por la acumulación, al recusarse a extraer todas sus consecuencias al artículo 815. De ahí su ulterior comentario -extrañamente favorable- a la sentencia del TS de 3-VI-47, que me hace pensar -puesto que sólo le reprocha su referencia al art. 1.037- que únicamente ha conocido los «considerandos» de la misma; pero no los «antecedentes» que los previos «resultados» contienen ⁽⁴⁸⁾.

¿Qué oponer a los argumentos de VALLET?

Parece innecesario hacerlos hoy objeto de crítica cuando su mismo propugnador, con muy comprensiva ecuanimidad, aceptando como fundadas las objeciones que le suscitaron Cámara y

⁴⁶ *Op. cit.*, 340 s.

⁴⁷ *Op. cit.*, 343 y s.

⁴⁸ VALLET, *op. cit.*, 346 s. *Actualmente, se ha hecho imposible hacer una crítica de las sentencias con conocimiento de causa. La supresión de los «resultandos», que era, sí, de ordinario una copia de los escritos rectores de las partes, permitía la comprensión cabal de los argumentos expuestos por los litigantes. No de la prueba, pues ésta se había eliminado del pleito casi desde el principio. Hoy tenemos que formarnos del pleito la idea que quiere que tengamos el propio juez. Esto es muy grave, pues no cabe ya conocer a fondo la validez de las sentencias. Este resultado, coonestado por el propio legislador, es un daño gravísimo a la Justicia. ¡Y nuestros políticos y órganos de opinión, demostrando carecer de sentido jurídico, siguen hablando, impasibles, de «nuestro» Estado de Derecho! ¿Cuándo sabrá la gente lo que implica «Estado de Derecho»?*

García Bernardo y alguna otra que se autopropongo, ha modificado su primitiva posición para aceptar la tesis de que la legítima viudal es homologable a las otras y que no es deferida directamente por la ley (⁴⁹).

A la verdad, los razonamientos de CÁMARA sobre el tema resultan apodícticos. Merece la pena citarlos *ipsisima verba*.

«A mi modo de ver no existe un llamamiento legal autónomo a favor del cónyuge por razón de la cuota usufructuaria.»

«La opinión afirmativa descansa en un doble fundamento. De un lado, se invoca el último párrafo del artículo 814, que no atribuye a la preterición del viudo los mismos efectos que a la de otro heredero forzoso. La preterición del cónyuge no produce la nulidad de la institución de heredero, a pesar de lo cual el viudo, dice el Código, conserva sus derechos. Por otra parte, las expresiones un tanto drásticas con que se producen los artículos 834 y ss. dan la impresión de que, efectivamente, la Ley defiende directamente al viudo el usufructo de una cuota parte del patrimonio hereditario.»

«No me parecen decisivas estas consideraciones. El artículo 814 dispone simplemente que el viudo preterido tiene derecho a reclamar la cuota viudal usufructuaria. Pero la existencia de este derecho no presupone obligadamente la de un llamamiento forzoso, sólo está “reservada” (cfr. art. 806, que no hace distinciones al respecto). En términos generales, siempre que el testador incumple sus deberes legitimarios para con un heredero forzoso, éste tiene derecho a reclamar su cuota reservada. Lo que sucede es que en los supuestos de preterición y de desheredación injusta la actuación de ese derecho se complica, innecesariamente, con la nulidad de la institución de heredero y la apertura, total o parcial, de la sucesión “ab intestato”. Pero cuando la preterición (y por analogía la desheredación injusta) se refiere al viudo, la Ley prescinde de aquel innecesario rodeo (cuya existencia se explica por razones históricas) y concede simplemente al cónyuge el derecho a reclamar su porción reservada». «Ahora bien, el derecho a reclamar la cuota reservada puede existir sin necesidad de imaginar un llamamiento legal (directo, general y autónomo) a dicha cuota. Cuando la Ley contiene ese llamamiento, el testamento y la Ley ofrecen al legitimario dos vocaciones distintas y autónomas. La consecuencia práctica que de ello se sigue es la facultad del legitimario de rechazar libremente la disposición testamentaria para aceptar y exigir la cuota hereditaria objeto de la delación legal. Por tanto, cuando el testador ha dispuesto un legado en lugar de la legítima, el legitimario puede, “ad libitum”, renunciar al legado y reclamar la legítima. En cambio, si la Ley no formula un llamamiento directo y general a la cuota reservada, el legitimario legatario no podrá reclamar el legado y pretender la cuota reservada más que cuando aquél no sea cualitativamente apto para satisfacer la legítima. Si lo es, el legitimario sólo tiene derecho al bien legado y, en su caso, al suplemento» (⁵⁰).

Los convincentes alegatos de CÁMARA fincan precisamente sobre el artículo 815, cuya irradicación práctica va siendo mayor a medida que uno lo explora. Por virtud de sus prevenciones queda descartada la tesis del llamamiento autónomo a la legítima, pues, siendo posible tributarla por cualquier título, no hay ninguna necesidad de instituir heredero al

⁴⁹ VALLET DE GOYTISOLO, J. B., *Estudios de Derecho Sucesorio*, IV, Madrid, 1982, p. 101, nota 127. También nota 129 en páf. 108. Además, cfr. pp. 70 ss., 77 ss., y más esp. 97 ss. Ver también, en la misma obra, 53 ss., esp. nota 82.

⁵⁰ CAMARA, *op. cit.*, 986 y s.

legitimario, a quien sólo se concede la facultad de reclamar la parte insatisfecha en su cuanto de haber.

Respecto a la cuestión de si el artículo 815 sea, o no, aplicable al cónyuge viudo, CÁMARA no vacila en contestar afirmativamente. El precepto se refiere, sin distinción, a todos los herederos forzosos y por ende sería arbitrario excluirle. Pensar que no se haya consignado la excepción por deficiencia no querida, no cabe tampoco, «pues justamente en el artículo anterior la Ley lo ha tenido expresamente presente para dispensarle un trato especial»⁽⁵¹⁾.

Con tales puntualizaciones elocuentísimas, Cámara afronta el tema de la acumulabilidad de la legítima al legado, si no hay pronunciamiento explícito en el testamento, en cabal conformidad con la tesis que mantuvo mi padre. Escribe, en efecto: «Vallet dice, y con eso estoy conforme, que hay que partir de la interpretación de la voluntad del causante. Pero agrega, y aquí comienza mi disconformidad, que si el análisis de la voluntad del causante no permite resolver la cuestión, hay que inclinarse por la acumulación, habida cuenta de la especial naturaleza y forma de atribución de la legítima vidual. Para mí, si el causante muere bajo testamento en el cual se ordena alguna disposición a favor del viudo, no hay delación legal de la cuota, especialmente si el valor del legado cubre el que tendría la cuota usufructuaria. Doy en el texto las razones que fundan esa opinión. Por tanto, entiendo que cuando el testamento dispone de toda la herencia sin mencionar al cónyuge más que como destinatario del legado, el viudo sólo acredita derecho a éste, siempre, naturalmente, que su valor cubra el de la cuota. Pienso, además, que en tal hipótesis la solución negativa concuerda con la voluntad del testador bastante mejor que la afirmativa...»⁽⁵²⁾. (En la actualidad, como hemos visto, el propio VALLET ha dado su beneplácito a esta opinión.)

Involucrado en la comprensión del artículo 815, resta aún otro problema importante por tratar y no parece lógico silenciarlo, si uno quiere ser fiel a la auténtica semántica de la norma.

El problema es éste: ¿Puede hablarse de preterición cuando el testador no menciona en su testamento a un heredero forzoso a quien, por acto intervivos, ha hecho alguna donación, cubra, o no, el importe de la cuota legitimaria?

Pese a cierta jurisprudencia⁽⁵³⁾ y a reciente doctrina, exageradamente formalista⁽⁵⁴⁾, considero

⁵¹ CÁMARA, *op. cit.*, 987.

⁵² CÁMARA, *op. cit.*, 985, nota 385.

⁵³ *El modelo de jurisprudencia rigorista se hallaba en la sentencia de 17-VI-1908, que anulaba la institución de heredero, aun habiendo el testador, en acto ínter vivos, donado a un hijo natural bienes determinados. Razonaba la sentencia del TS... «La única y verdadera cuestión de este pleito y del recurso, es si puede estimarse que haya preterición cuando el testador por un acto anterior ha favorecido fuera del testamento, al heredero forzoso, preterido en él, con alguna cantidad, ya en concepto de anticipo de legítima, ya por cualquier otro título, como donación propter nupcias o dote, constitutivas de la obligación de colacionar». «Dados los términos del expresado precepto legal (se refiere al art. 814 CC) es obligado reconocer que la mención, el recurso o la preterición, donde tiene que resultar es en el expresado testamento, por ser éste expresión, la más solemne y única de la última voluntad de quien así dispuso para después de la muerte de sus bienes, para garantía y eficacia de lo que ha querido seguramente el legislador no dejarla envuelta en las sombras y oscuridad de la duda, como quedaría con la preterición del heredero forzoso, que puede ser debida a ignorancia de que existiera, u olvido*

o propósito de burlar los derechos que la ley les reconoce, supuestos todos que desvirtúan la fuerza y eficacia moral de aquella voluntad y que justifican la anulación de su expresión; por lo cual no es legal ni racional relacionar dicha circunstancia de preterición con acto alguno de los realizados con el carácter de entre vivos.» «Esto sentado, no son de estimar los motivos del recurso... porque Doña X no sólo aparece preterida en el testamento... por su padre natural, sino que resulta más acentuada su preterición, consignándose en él que no dejaba ascendientes ni descendientes, y los términos de la ley positiva, así como su racional fundamento, no permiten entender subsanado tal defecto por acto alguno extraño a la disposición testamentaria, porque el título a que se refiere el artículo 815 citado, tiene que ser, según su sentido y alcance, de los que caracterizan dentro del testamento la significación de lo que por el mismo se deja a una persona; y porque queda demostrado que el anticipo de legítima... no desvirtúa en nada los efectos de su preterición...». Esta sentencia fue confirmada por otra de 27 de febrero del año siguiente.

Resulta muy interesante en Derecho la sentencia del TS de 30-1-95 en un caso de preterición preterintencional de un hijo, nacido con posterioridad a un testamento paterno en el que constaba la cláusula siguiente: «Lega a su esposa, C. R. G., el usufructo universal y vitalicio de su herencia, con facultad de tomar por sí posesión del legado, con el que se entenderá pagada su legítima. El heredero que no respete esta voluntad tomará sólo su legítima estricta; y si ninguno lo hiciere, tomará la viuda el pleno dominio del tercio libre, además de su cuota legal usufructuaria.»

Y razonaba el recurrente: «El testador prevé que ningún heredero acepte su voluntad, cual es el caso presente y sean herederos preteridos o no, y para tal supuesto, en el que nos encontramos, decide que “tomará la viuda el pleno dominio del tercio libre, además de su cuota legal usufructuaria” y ello no es inoficioso.» En otro motivo del recurso se argumentaba que «dándose la preterición no intencional, debe anularse la institución de herederos hecha por el testador a favor de sus hijos matrimoniales, para que así reciban cada uno de los tres hijos una tercera e igual parte en los tercios de mejora y legítima, pero manteniéndose la validez del legado del tercio de libre disposición a favor de la viuda, así como la cuota legal usufructuaria, para que tenga preferencia, en todo caso, lo ordenado por el testador.»

La sentencia del TS no acepta los razonamientos del recurrente, de quien dice que «distorsiona» la voluntad del testador y «supone aplicar al testamento una interpretación amplia, incompatible con la literalidad de su primera disposición, respecto a la cual, cabe afirmar que no contuvo, ni siquiera indiciariamente, alusión alguna a una posible preterición, ya que de modo explícito mencionó tener dos hijos del único matrimonio contraído, a los que instituyó por sus únicos y universales herederos, y es a ellos, sin género de duda, a quienes se está refiriendo el testador...» Por lo cual, la cláusula testamentaria «no guardaba ninguna relación con el “factum” de autos: preterición no intencional de la heredera forzosa nacida con posterioridad a su otorgamiento, y dado que “la cuota legitimaria de dicha heredera quedaba perjudicada con el legado instituido en favor de la esposa”.

Esta es la cuestión litigiosa fundamental: la recurrente afirma que el legado no es inoficioso; las sentencias afirman que produce lesión a la legítima de la preterida. Sobre este punto controvertido no puedo juzgar, siendo insuficientes los datos que tengo a la vista. Pero en cualquier caso, encuentro la cuestión muy dudosa, aplicando el principio esencial de la incolumidad, mientras sea posible, del testamento. Y ante un problema jurídico de exégesis testamentaria, resuelto con un criterio de «potestad», más que de convicción lógica, me parece exorbitante «ex iure condendo», que la recurrente, con tan sólida argumentación como maneja, sea «castigada», amén de haberse desestimado su recurso, a las costas y a la pérdida del

imperativo compartir el atinado juicio de LACRUZ: «Imponer... al causante un deber de mencionar al legitimario en el testamento parece un *plus* inútil e irracional; un rito sin contenido, arrastrado por una tradición superada. Así se deduce de la posibilidad de satisfacer la legítima *por cualquier título* (art. 815). A quien se le satisfaga, aun en parte, compete la acción de suplemento y esto elimina, lógica y funcionalmente, la de preterición, destinada a defender una legítima no pagada en absoluto. Tal parece ser la intención del legislador, reflejada en el artículo 819.1.º, al ordenar la imputación en la legítima de las donaciones hechas a los hijos: por tanto, la consideración de tal donación como pago de la legítima. Interpretar el artículo 814 -sin necesidad alguna- como si tras el cumplimiento de la legítima mediante donación quedase aún un deber de mencionar al legitimario, deber cuya infracción se castiga con la destrucción de la institución testamentaria de heredero, carece de sentido en un sistema que no imponga al causante la obligación de satisfacer la pretensión de aquél por título de herencia»⁽⁵⁵⁾.

Para reducir al absurdo una interpretación rigorista del artículo 814 basta con evocar un supuesto

depósito. A mi juicio -discrepante con nuestra LEC- no es mínimamente justo que, dado el derecho al recurso y a la tutela judicial efectiva, se impongan las costas con sólo el criterio del vencimiento. ¡Era mucho más razonable el de la temeridad, aunque haya sido, muchas veces, mal interpretado!

⁵⁴ GONZÁLEZ PALOMINO, J., «El acrecentamiento en la mejora», en *Estudios de arte menor sobre Derecho Sucesorio*, en *Anales Acad. Mat. del Notariado*, 1950, 517 ss. Allí sostiene (cosa extraña, dada su habitual flexibilidad), «Que la base, exclusiva y suficiente, para la acción impugnativa del legitimario preterido, es su omisión en el testamento». Para una exposición suficientemente completa de las doctrinas sobre preterición e incluso sobre los principales pronunciamientos de la Jurisprudencia del TS, vid. RIVERA FERNÁNDEZ, M., *La preterición en el Derecho común español*, Valencia, 1994. Hago referencia en especial a las pp. 371 ss. Me interesa mencionar también a DOMÍNGUEZ RODRIGO, L. M., «El concepto de preterición en el artículo 814 del CC vigente», en *RGLJ*, 1983, 569 ss.

⁵⁵ LACRUZ BERDEJO, J. L., *op. cit.*, p. 179. Con este mismo criterio debe ser enfocado el problema, un tanto ficticio para las concepciones procesales modernas, de si la acción *ad supplementum* es personal, real o mixta. Puesto que cabe satisfacer la legítima por cualquier título -y, por tanto, en dinero-, su carácter real se desvanece. La reclamación ha de versar siempre sobre una cantidad: la diferencia entre lo recibido y la cuota legitimaria. ¿Que los bienes de la herencia responden, en último término, por el importe impagado de la legítima? Bien; pero igualmente todos los bienes presentes y futuros del deudor (art. 1.911 CC). Y estamos en la hipótesis del artículo 1.111: El o los herederos deudores tienen comprometido todo su patrimonio. ¿Que falla éste? Pues subsiste la impugnación por *fraus creditorum*; pero los bienes de la herencia no quedan directamente afectados: no hay verdadera acción reipersecutoria. De ahí que tenga que calificarse como personal. La posición de los autores que la califican de real no es consistente con la finalidad jurídica de aquélla. Además, como medio procesal elegible, la pretensión ejercitada cambia según su objeto. No es lo mismo impugnar una partición, practicada sin audiencia de legitimario, que intervenir en *litis* en curso, por no haber sido citado, etc. El carácter de legitimario lo da la ley; pero sus derechos, también legales, se fijan en una cuota de valor, no en una parte de la herencia. Sobre la (denominada) naturaleza de la acción, vid. (por todos) VALLET, *Comentarios al CC*, t. XI, artículos 806 a 857, Madrid, 1982, 220 ss. (Más bibliografía, allí.)

semejante al que sirve de base a la conmovedora *Parábola del Hijo Pródigo*: El menor de los *dos* hermanos recibe en vida de su padre la porción legítima (y aun acaso más: la mitad del total partible al tiempo de la entrega). Luego resulta que el testamento paterno, por haber imaginado que nada puede recibir ya el donatario, deja toda la herencia al hijo mayor. ¿Podría invocar la *preterición* el no instituido? ¿Y con qué efecto?

Si preconizamos una respuesta afirmativa, las consecuencias nos abruman. El hijo menor que, en el fondo, ya resultó mejorado en los frutos, podrá encontrar en el artículo 1.045 un excelente medio para actuar a su conveniencia y en el 814 un arma de extorsión. Si la colación hubiese de funcionar en su justa medida, el donatario, sin verdadero interés por la tutela judicial, sólo podría ejercitar una pretensión emulatória, con flagrante antijuridicidad. Y si en el testamento hubiera mandas que subsistieran, tanto peor... El artículo 815, consiguiendo evitar estos desaguisados, cumple, una vez más, una misión antiformalista del mayor alcance, paralela a la que desempeña en el derecho de obligaciones el artículo 1.258 del mismo Cuerpo legal, en relación con el 1.278: *Sólo cuando la forma se exige como garantía indispensable para conseguir un fin primordial, de trascendencia pública, tiene sentido apegarse a ella. Exagerarla más allá de la Ley, es sacrificar la libertad a los falsos dioses de una observancia rutinaria que reniega de la razón.*