

SAÉNZ DE JUBERA, B.: «Hipoteca de máximo e hipoteca flotante: su regulación en la Ley 41/2007, de reforma de mercado hipotecario», en *RCDI*, núm. 707, págs. 1245-1274.

RESUMEN

*HIPOTECA FLOTANTE
REGISTRO PROPIEDAD*

La hipoteca flotante surge como una nueva modalidad de hipoteca a raíz de la Ley 41/2007 de Reforma del Mercado Hipotecario. Se analiza, en este trabajo, su origen y evolución jurisprudencial hasta su reconocimiento por la ley, para después analizar los requisitos legales de la misma, en cuanto a su constitución e inscripción registral. A la vez se trata de analizar los cambios y novedades que ha experimentado en estos cuatro años desde su aprobación legal, para tratar de concluir cuál es su papel en la actualidad y si responde a las expectativas de su creación.

ABSTRACT

*GLOBAL MORTGAGE
PROPERTY REGISTRY*

The global mortgage came into being as a new variety of mortgage under Act 41/2007 on Mortgage Market Reform. This paper looks at the origin of global mortgages and their evolution in case law up to the time of their recognition by law. This is followed by an analysis of the legal requisites for the creation and registration of global mortgages and a scrutiny of the changes and new turns global mortgages have experienced in the four years since their legal approval. There is some concluding discussion of what the current role of global mortgages is and whether they are living up to the expectations under which they were created.

1.4. Sucesiones

*REVISIÓN CRÍTICA Y PROPUESTA LEGE FERENDA DEL CONCEPTO
DE LEGADO DE PARTE ALÍCUOTA: CUESTIONES CONTROVERTIDAS
SOBRE SU POSICIÓN EN EL REPARTO HEREDITARIO,
LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO Y LA DOCTRINA
DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO*

por

MARÍA DEL CARMEN NÚÑEZ MUÑIZ
*Profesora Contratada Doctora
del Departamento de Derecho Civil de la UNED*

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO: LA CONTROVERSIA LEGAL Y DOCTRINAL SOBRE EL LEGADO DE PARTE ALÍCUOTA Y LA MENCIÓN TESTAMENTARIA DE «LEGAR PARTE DE LA HERENCIA».—II. LA ADMISIBILIDAD DEL LEGADO DE PARTE ALÍCUOTA EN NUESTRO DERECHO, A LA LUZ DE LA JURISPRUDENCIA DEL TS Y DE LA DOCTRINA.—III. CONCEPTO CONCLUSIVO DE LEGADO DE PARTE ALÍCUOTA: SU DIFERENCIA-

CIÓN DE LA INSTITUCIÓN DE HEREDERO Y DEL LEGADO ORDINARIO.—IV. POSICIÓN JURÍDICA QUE OCUPA EL LEGATARIO DE PARTE ALÍCUOTA EN RELACIÓN A LA PARTICIÓN DE LA HERENCIA. 1. ¿PUEDE SOLICITAR LA PARTICIÓN JUDICIAL DE LA HERENCIA?: 1.1. *¿Pueden los colegatarios de parte alícuota pedir la partición de la herencia cuando alguno de ellos está sometido a condición suspensiva?* 2. BREVES CONSIDERACIONES RESPECTO DE SI EL LEGATARIO DE CUOTA DEBE CONTRIBUIR A LOS GASTOS DE PARTICIÓN. 3. ¿PUEDE PEDIR LA RESCISIÓN EN CASO DE SER PRETERIDO POR LOS HEREDEROS AL EFECTUAR LA PARTICIÓN?: 3.1. *La sentencia del Tribunal Supremo, de 12 de junio de 2006. Rescisión: Partición realizada por los herederos con preterición de los legatarios de parte alícuota.* 4. ¿EL LEGATARIO DE CUOTA PUEDE SER CONTADOR-PARTIDOR?—V. LA RENOVACIÓN DEL DERECHO FORAL Y EL TRATAMIENTO DEL LEGADO DE PARTE ALÍCUOTA.—VI. REFLEXIONES CONCLUSIVAS. LA DETERMINACIÓN DE SI ES LEGADO DE PARTE ALÍCUOTA O INSTITUCIÓN DE HEREDERO DEPENDERÁ DE LA VOLUNTAD DEL TESTADOR: LA PRÁCTICA DE LA PARTICIÓN PARA CONCRETAR SU CUOTA.—VII. BIBLIOGRAFÍA.—VIII. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.

I. PLANTEAMIENTO: LA CONTROVERSIA LEGAL Y DOCTRINAL SOBRE EL LEGADO DE PARTE ALÍCUOTA Y LA MENCIÓN TESTAMENTARIA DE «LEGAR PARTE DE LA HERENCIA»

El tema objeto de este trabajo ha planteado y sigue planteando serios problemas en nuestro Derecho Sucesorio, especialmente en aquellos territorios de aplicación del Código Civil. Problemas que no siempre tienen clara solución, dada la ausencia total de regulación de la figura en estudio. Es más, la primera cuestión que ha surgido con relación a ella ha sido la posibilidad del legado de parte alícuota como tal legado, o si por el contrario debe tratarse de una institución de heredero. Duda motivada, por un lado, por la mención desafortunada al decir de la mayoría de la doctrina, que el artículo 655 del Código Civil hace a «los legatarios que no lo sean de parte alícuota». También se refieren a ellos la LEC, LH y RH. Y por otro, por la ausencia, no solo de regulación, sino incluso de alusión a este tipo de legado en la sección correspondiente del Código Civil.

A los anteriores elementos se une el hecho de que en muchos testamentos los testadores dicen «legar parte de su herencia», expresión a todas luces contradictoria, dado que ambos institutos (herencia y legado) son incompatibles, en cuyo caso se impone una interpretación para ver qué es lo que el causante ha querido. La voluntad del testador es otra cuestión a dilucidar; incluso admitiendo la posibilidad de un legado parciario es preciso averiguar si realmente el testador ha querido nombrar un legatario o un heredero, tema este de gran importancia, dada la distinta posición jurídica que a ambos les corresponde, siendo por otra parte, de gran complejidad, pues los testadores, generalmente legos en Derecho, no siempre se expresan con la claridad que sería deseable, entre otras razones, porque desconocen el verdadero significado jurídico de las palabras utilizadas y no siempre en la redacción del testamento interviene un técnico.

Mientras parte de la doctrina defendía la posibilidad de que en estos casos se tratase de un legado de parte alícuota, otro sector sin embargo, se decantaba por la institución de heredero, dado que el llamamiento lo era a una cuota ideal, y por tanto, sucesión universal, a diferencia del legado que es sucesión particular, según el artículo 660 del Código Civil.

No obstante, si bien es cierto que este precepto identifica herencia con sucesión universal y legado con sucesión particular, no se sabe con exactitud en qué consiste la universalidad o particularidad de la sucesión, puesto que el Código no lo dice; y mientras unos autores opinan que lo decisivo para que exista la sucesión universal es la indeterminación del llamamiento; por ejemplo, un tercio; otros, por el contrario, consideran que la universalidad debe predicarse del título atribuido al llamado.

La precisión de este punto es decisiva para la suerte de la figura en estudio, pues dependiendo de en qué consista la sucesión universal y particular, el llamado como legatario a una porción alícuota de bienes (a veces se utiliza la palabra herencia como sinónimo de bienes, lo que convierte la cuestión terminológica en un problema más, que se suma a los muchos que ya de por sí plantea la figura) será heredero o legatario.

Es de destacar que en la actualidad la doctrina mayoritaria y la jurisprudencia admiten en nuestro Derecho la figura del legado de parte alícuota. Ahora bien, que en cada caso concreto exista una institución de heredero o un legado de cuota dependerá de la voluntad del testador, pues tanto el artículo 675, como el 668.2, ambos del Código Civil, imponen que esta sea respetada; incluso se considera que es la ley de la sucesión.

Sin embargo, no faltan quienes, adhiriéndose al llamado criterio objetivo para determinar la herencia y el legado, sostiene que estaremos en presencia de una u otra figura según el contenido de la disposición testamentaria, con independencia de lo que el testador haya querido, lo cual no parece casar muy bien con lo dispuesto en los citados preceptos.

Admitiendo que el legado parciario pueda ser tal, se plantea el problema de determinar la posición jurídica que corresponde al legatario, pues como ya se ha destacado, está huérfano de regulación en el Código Civil. Y si bien es cierto que se trata de un legado, y por tanto, su estatus jurídico será el propio de esta institución (por ejemplo, no es un «sucesor» en sentido estricto, por lo que no va a subrogarse en la misma posición del causante, como el heredero, sino que es un simple adquirente de bienes y derechos), presenta caracteres propios que le alejan del mismo para aproximarle a la institución de heredero, presentando ciertos puntos de analogía con este (pues ambos tienen derecho a una porción abstracta del caudal relicto), por lo que también le serán de aplicación sus normas reguladoras, como así lo ha puesto de relieve el TS (1).

Para ello será necesario analizar las diversas situaciones en que pueda encontrarse el legatario, para concretar qué derechos y obligaciones le corresponderían en cada caso, determinando la aplicación de preceptos reguladores de la situación correspondiente, bien a los herederos, o a los legatarios, y dilucidar cuáles de ellos le resultan procedentes para el legado de cuota, dotándole así de un régimen jurídico.

En este trabajo, por razones obvias, no podremos ventilar todo su régimen jurídico (2), si bien sí ofreceremos un concepto de legado de parte alícuota y nos

(1) En este sentido, véase por todas, la STS de 16 de octubre de 1940, en la que se declara que «no existe identificación absoluta de los conceptos de heredero y legatario de cuota, siquiera el trato jurídico de ambos ofrezca múltiples aspectos de coincidencia por la nota común que los preside, como sucesores a título de atribución de bienes indeterminadamente».

(2) Para un completo análisis de la figura, véase NÚÑEZ MUÑOZ, *El legado de parte alícuota. Su régimen jurídico*, ed. Edijus, Madrid, 2001.

centraremos, en especial, en el estudio de su posición en relación con la partición de la herencia. También haremos una breve referencia a su admisibilidad como legado en nuestro Ordenamiento, ya que aun existiendo abundante doctrina, la cuestión resulta relevante para esclarecer los aspectos planteados en estas líneas.

II. LA ADMISIBILIDAD DEL LEGADO DE PARTE ALÍCUOTA EN NUESTRO ORDENAMIENTO, A LA LUZ DE LA JURISPRUDENCIA DEL TS Y DE LA DOCTRINA

El legado de parte alícuota es hoy una realidad indiscutible, si bien ha sido puesto en tela de juicio, sobre todo por la doctrina, toda vez que la jurisprudencia, principalmente la del TS, siempre ha partido de su admisibilidad. Con todo, no se pronunció claramente hasta la importante sentencia de 16 de octubre de 1940, en la que se aborda de forma directa la posibilidad de esta figura en nuestro Ordenamiento, dando así definitiva carta de naturaleza a este especial tipo de legado. Antes de esa fecha, en los supuestos ventilados por el TS, no se ofrecía un reconocimiento abierto, pero tampoco se rechazaba, ya que se circunscribía a dictar si en el caso debatido tras interpretar la voluntad del testador, existía legado parciario o institución de heredero (3). También la DGRN tuvo ocasión de pronunciarse sobre el tema, pero, a diferencia del TS, en un primer momento lo hizo refutando la admisibilidad de la figura (4), postura que cambió tras la STS de 1940 anteriormente citada (5).

Pese a no ser este el principal objeto del trabajo, consideramos necesario reproducir algunos fragmentos de esta importante sentencia, concretamente aquellos que hacen referencia a la admisibilidad de la figura en estudio, pues a ella se le debe buena parte de la existencia del legado de cuota en nuestro Derecho (6).

(3) Véase la STS de 14 de junio de 1898, en la que el Alto Tribunal ya que si bien no se pronuncia claramente sobre el tema, parece partir de su admisión. Dice así: «considerando que el legado del tercio, como toda disposición testamentaria relativa a la universalidad de la herencia, ha de formarse después de cumplidas las cargas de la herencia misma (la cursiva es nuestra) incluso las especialmente establecidas por el testador al disponer de una parte de sus bienes, regla-liquidación que debe suponerse aceptada por el propio testador, salvo disposición en contrario». Igualmente la sentencia de 18 de octubre de 1917, en la que se planteó el tema de una manera incidental, pero tras interpretar la voluntad del testador se consideró que lo que había querido, era instituir heredero, pese a haber utilizado la palabra «mando». En esta misma línea se puede citar la sentencia de 2 de enero de 1920. Se manifiesta más claramente en sentido afirmativo, incluso admitiendo que el Código Civil no prohíbe la figura, en las sentencias de 11 de febrero de 1903 y 15 de enero de 1918. En la primera de las citadas establece lo siguiente: «tanto por el sentido literal y jurídico de las palabras empleadas en la cláusula 5.ª del testamento, cuanto por la institución de heredero hecha en la cláusula siguiente, es manifiesto que fue su voluntad, con toda claridad expresada, nombrar a su cónyuge legatario del tercio de sus bienes y de las acciones y derechos correspondientes a esta parte alícuota del caudal que, por serlo, no constituye el título universal, en virtud del cual es llamado a suceder el heredero, sin que el Código Civil, ley vigente al fallecimiento de la testadora y reguladora, por tanto, de los derechos hereditarios, haya prohibido los legados de parte alícuota de herencia, sin perjuicio de las legítimas».

(4) En este sentido, véase la Resolución de 4 de noviembre de 1935.

(5) En este sentido, entre otras, las Resoluciones de 20 de junio de 1956, 30 de junio de 1956, 12 de junio de 1963, y 29 de enero de 1988.

(6) El supuesto era el siguiente: A, súbdito extranjero residente en España, otorgó testamento instituyendo herederas por partes iguales a sus hijas, nombrando albacea y tutor

El TS se pronunció así: «La nota distintiva de los conceptos de heredero y legatario, examinada a la luz de la más nutrida doctrina científica, inspirada en el criterio objetivo de la herencia, no la da (...) la voluntad del testador manifestada en las palabras con que hace el llamamiento a su herencia, sino que surge del propio contenido de la disposición testamentaria, según atribuye a los sucesores el patrimonio en su totalidad o parte proporcional (herencia), o en algunos de sus elementos individualizados o grupo de ellos concretamente determinado (legado); y, así, el legatario de parte alícuota tendrá la condición de heredero, porque sucede en bienes indeterminados, esto es, en una parte abstracta del *universum ius*».

«Examinado, sin embargo, el tema en nuestra legislación y en la doctrina jurisprudencial, ya no se podrá afirmar que impere netamente el criterio objetivo, pues si bien es verdad que la norma básica de distinción la da el artículo 660 corroborado por el 768 del Código Civil, de marcado sentido objetivista, no se puede prescindir de la tendencia espiritualista o de acatamiento de la voluntad del testador, que fluye, no solo del arraigo que en nuestro país tiene el legado de parte alícuota, como institución distinta de la del heredero, y del entronque subjetivista del vigente Derecho español con el Derecho romano, Las Partidas y el Ordenamiento de Alcalá, sino también, y principalmente, de los artículos 675 y 768 del Código Civil, que imprimen a la intención del causante el rango de ley de la sucesión, máxime en aquellos casos en que por existir disposiciones testamentarias de tipo ético afectivo o jurídico familiar, resulte más acusada la distinción, o en aquellos otros en que no aparezca diáfana la voluntad del testador, en el sentido de que uno de los instituidos sea continuador de su personalidad y otro sea legatario de parte alícuota, incluso con exención de cargas; por lo que procede concluir que, en el estado actual de nuestro Derecho positivo no existe identificación absoluta de los conceptos de heredero y legatario de cuota, siquiera el trato jurídico de ambos ofrezca múltiples aspectos de coincidencia por la nota común que los preside, como sucesores a título de atribución de bienes indeterminadamente».

Esta sentencia, respecto del problema que estamos analizando, contiene un claro pronunciamiento: el legatario de cuota no es heredero, aunque en ciertos aspectos se le parezca. Si bien en fallos anteriores, tampoco puede decirse que al Alto Tribunal le cupiese mucha duda al respecto, pues, con independencia de que en cada caso apreciase la existencia de este legatario o de heredero, en todos parecía partirse de la posibilidad del mismo, y por supuesto, como figura distinta y contrapuesta a la del heredero.

La sentencia del Tribunal Supremo, de 16 de octubre de 1940, ha sido una resolución muy comentada, e incluso criticada (7). Sin embargo, también se le

de las mismas a B. Este falleció sin rendir cuentas, habiendo instituido heredera a su hija natural, y legando el tercio de sus bienes en usufructo a un extraño y en nuda propiedad a las hijas de A. Apartaba del disfrute de sus bienes a cuantos promovieran intervención judicial de la herencia. Una de las hijas de A demandó a la hija de B, exigiendo la rendición de cuentas. La Audiencia condenó a la demandada. Esta interpuso recurso de casación, alegando en uno de los motivos que existiendo legatarios de parte alícuota no se le podía exigir el cumplimiento íntegro de las obligaciones de B. También sostenía que, siendo la demandante una de las personas favorecidas en el testamento de B, le afectaba la penalidad de perder la participación dispuesta a su favor.

(7) Cfr. OSSORIO MORALES, «Comentario de la STS de 16 de octubre de 1940», en *RGLJ*, 1941, pág. 150; BONET RAMÓN, «Comentario de la sentencia de 16 de octubre de 1940», en *RDP*, 1941, pág. 42.

ha reconocido el mérito de haber sabido fijar una orientación en un tema que, hasta el momento, solo se había tratado en la jurisprudencia de manera confusa y vacilante (8). Ha sido criticada, y con razón, por haber equiparado el legatario de parte alícuota al heredero a beneficio de inventario, cuando la posición de ambos, si bien es similar en cuanto al importe de las deudas que a uno le afectan (al legatario), y de las que el otro debe responder (el heredero), sin embargo es muy distinta (9). Aunque también debe reconocerse que la sentencia dice que la posición de ambos es asimilable, no que sea idéntica.

La sentencia se pronuncia así: «Entre los aspectos de coincidencia (del legatario de cuota con el heredero) cabe señalar el de responsabilidad por deudas hereditarias, tratándose de legado de parte alícuota en pleno dominio o en nuda propiedad que no ha sido excluido de ellas por el testador; ya que el legatario así instituido adquiere por la propia naturaleza de la institución, una condición asimilable a la del heredero a beneficio de inventario».

III. CONCEPTO CONCLUSIVO DEL LEGADO DE PARTE ALÍCUOTA: SU DIFERENCIACIÓN DE LA INSTITUCIÓN DE HEREDERO Y DEL LEGADO ORDINARIO

Partiendo de la posibilidad legal de este tipo de legado trataremos, en primer lugar, de delimitar el concepto de legado parciario.

La doctrina, a diferencia de la jurisprudencia, ha ofrecido varias definiciones todas las cuales se caracterizan por considerar que se trata de un legado cuyo objeto es una fracción de patrimonio o herencia (10). Así, unos autores lo han conceptualizado como «el legado por el cual el testador dispone a título particular de una porción de su herencia (11), un tercio, una octava parte, etc.» (12). Para otros, se trata de «un legado cuyo contenido se determina por el testador como fracción aritmética de su patrimonio total, como fracción ideal matemáticamente expresada en el patrimonio hereditario» (13).

Como puede observarse, la doctrina tiende a considerar que tal legado consistiría en una fracción del patrimonio total o hereditario. No obstante, conviene poner de manifiesto que tanto el patrimonio como la herencia, que en definitiva

(8) CASTÁN TOBEÑAS, «La dogmática de la herencia y su crisis actual», en *RGLJ*, 1959, pág. 473.

(9) Cfr. PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho Civil*, t. V, vol. I, ed. Bosch, Barcelona, 1990, pág. 78; CERDÁ GIMENO, *Estudios sobre jurisprudencia civil, el legado de parte alícuota*, vol. I, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1992, pág. 172.

(10) En el Derecho argentino, según RÉBORA, *Derecho de las sucesiones*, t. I, Librería y Editorial «La Facultad», Buenos Aires, 1932, pág. 303, el legado de cuota es una liberalidad testamentaria que recae sobre una parte del patrimonio, determinada o a determinarse. «Hay parte determinada cuando la respectiva disposición indica una fracción aritmética concreta (la mitad, un cuarto), y hay parte a determinar cuando indica una especie de bienes o una porción de ellos (todos los muebles; el tercio de los inmuebles)».

(11) La cursiva es nuestra.

(12) MORELL Y TERRY, *Comentarios a la legislación hipotecaria*, t. III, Ed. Reus, Madrid, 1928, pág. 135.

(13) HERNÁNDEZ GIL, *Lecciones de Derecho Sucesorio*, Madrid, 1973, pág. 35; *Obras completas*, t. IV, Ed. Espasa Calpe, Madrid, 1989, pág. 478.

no es sino aquel tras el fallecimiento de su titular (14), están formados por activo y pasivo (15), mientras que el legado suele ser de activo (16), sin perjuicio de que el legatario pueda resultar especialmente gravado con una carga o deuda.

De modo que, tal vez, sería más adecuado especificar en la definición que la porción será solo de activo para evitar confusiones, pues en la materia la precisión terminológica adquiere una gran relevancia. Por tanto y teniendo en cuenta estas consideraciones, el concepto debería delimitar y precisar la figura, separándola, en la medida de lo posible, de otras afines como la institución de heredero. En su virtud, podemos definirlo, y paralelamente a lo que pudiera ser un legado «normal» u ordinario, como «atribución efectuada por causa de muerte y a título singular de una cuota de activo hereditario que faculta al beneficiario a una exigencia autónoma contra el gravado».

Con esta definición se pretende eliminar dudas respecto de lo que es en realidad el legado parciario, o, más concretamente, lo que nosotros entendemos que debe ser.

Lo que nos parece fundamental, y más en el tipo que estamos analizando, es poner de relieve que la atribución debe ser hecha «a título singular», porque es precisamente este dato lo que distingue la figura de la institución de heredero, dado que hay claras diferencias entre ambas instituciones, pese a la semejanza existente en ciertos aspectos en este tipo de legado, además de la distinta función que las mismas desempeñan, por lo que parece conveniente que queden perfectamente deslindadas.

Tal vez pudiera pensarse que resulta innecesario destacarlo, pues si se define un legado se trata, por imperativo del artículo 660 del Código Civil, necesariamente debemos encontrarnos ante una sucesión particular. Sin embargo, ya hemos visto las dudas que su admisibilidad planteó este instituto, precisamente porque, dadas sus características, es fácil confundirlo con la sucesión universal.

Además, de lo que se dispone es de una porción alicuota, lo que en la práctica dificulta la interpretación y, por tanto, la determinación del título atribuido al beneficiario (17); es decir, si se le quiere como heredero o como simple sucesor particular. Por otro lado, lo característico del legado es el título, que al ser singular carece de fuerza expansiva (18), por lo que el legatario va a percibir únicamente aquello que le ha sido atribuido a diferencia de lo que ocurre con

(14) Cfr. CASTÁN TOBEÑAS, *Concepción estructural de la herencia*, Ed. Reus, Madrid, 1959, pág. 76; Díez-PICAZO y GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil*, vol. I, Ed. Tecnos, Madrid, 2006, pág. 379, y HERNÁNDEZ GIL, *Obras completas*, t. IV, ed. Espasa Calpe, Madrid, 1989, pág. 465.

(15) En este sentido, ROCA SASTRE, «El Patrimonio», en *RCDI*, 1926, pág. 170, lo define como el total conjunto de derechos y obligaciones, en su apreciación económica, atribuidas a un solo titular. De la misma opinión son ALBALADEJO GARCÍA, *Derecho Civil*, t. I, Ed. Edisofer, Madrid, 2009, puesto al día por DÍAZ ALABART, pág. 79, y Díez-PICAZO y GULLÓN, «Sistema de Derecho Civil», *ob. cit.*, pág. 381. Respecto de la herencia, el artículo 659 del Código Civil dispone que la herencia comprende los bienes derechos y obligaciones de una persona que no se extingan por su muerte, manifestándose en el mismo sentido el artículo 661 al disponer que «los herederos suceden al difunto por el solo hecho de su muerte en todos sus derechos y obligaciones».

(16) Cfr. ROYO MARTÍNEZ, *Derecho sucesorio mortis causa*, Ed. Edelce, Sevilla, 1951, pág. 138.

(17) Cfr. entre otros, TRAVIESAS, «Legados», en *RDP*, 1931, pág. 101.

(18) RAMS ALBESA, *Elementos de Derecho Civil*, V, de LACRUZ y otros, *ob. cit.*, pág. 23.

el título universal que, por su propia naturaleza, va más allá de las disposiciones efectuadas por el testador.

Cierto que en este legado no se ha hecho ninguna atribución concreta al legatario, por lo que deberá entenderse que la falta de expansión del título no se referirá a otros bienes distintos de los especificados por el testador; porque no se ha hecho tal concreción, sino a otros componentes de la herencia, como pudieran ser las deudas, acciones, etc. Por esta razón consideramos que el título de atribución será decisivo, pues sin esta nota se estaría invadiendo el terreno de la institución de heredero, dejando la figura sin una clara delimitación.

Al especificar que se trata de una «cuota de activo hereditario» queda diferenciado, por un lado, del legado típico consistente en cosas o relaciones jurídicas ciertas y concretas, evidenciando la falta de precisión de aquello que en definitiva va a percibir el legatario, pues hasta que la partición de la herencia no se efectúe, se desconocen los bienes que, finalmente, integrarán la porción que le corresponde, cuota que vendrá determinada asignando un valor concreto en relación con la totalidad; por ejemplo, un tercio (19).

Por otro lado, al señalar que la porción debe ser de «activo», queremos poner de relieve, primero, que el objeto del mismo serán relaciones jurídicas que tengan un valor económico, patrimonial, excluyendo aquellas otras que carecen de ese valor y en las que sucede el heredero; por ejemplo, el ejercicio de acciones de filiación, sin perjuicio de que el testador pueda atribuir también al legatario alguna de estas relaciones; pero para ello será necesaria una manifestación expresa en tal sentido, porque la simple atribución del título particular no es suficiente; por su propia naturaleza no las comprende. Segundo, que no va a asumir el pasivo de la herencia, aunque le afecte, a diferencia de lo que ocurre con el heredero que queda personalmente obligado; con ello pretendemos eliminar dudas, que de hecho se han suscitado (20), respecto de lo que es verdaderamente el legado de cuota; este supondrá, como ya se ha señalado, únicamente una participación en el activo hereditario, no en la totalidad de la herencia; al menos tomando el término herencia en sentido técnico, de acuerdo con lo que el artículo 659 del Código Civil nos dice que la misma contiene, esto es, bienes, derechos y obligaciones.

Al decir que faculta a una exigencia autónoma contra el gravado (21) se trata de reconocer el derecho del legatario a exigir su cumplimiento y a distinguirlo del modo, si bien las diferencias entre ambas figuras son relativas. Sin embargo, buena parte de la doctrina niega al beneficiario de este (si es que existe un beneficiario concreto) esa posibilidad, aunque por supuesto, no hay unanimidad al respecto (22), mientras que sí se le reconoce al legatario.

(19) Por muy llamativo que pueda parecer un legado de cuota de todos los bienes hereditarios, el TS, en la sentencia de 15 de enero de 1918, admitió que era legataria de parte alícuota la viuda del testador a quien había legado «todo cuanto poseo y tengo que tomar».

(20) Cfr. DE BUEN, *Notas a Colin y Capitant*, T. VIII, ed. Reus, Madrid, 1981, pág. 345.

(21) Para VALLET DE GOYTISOLO, *Panorama Derecho de Sucesiones*, I. *Fundamentos*, ed. Civitas, Madrid, 1982, pág. 176, es indudable que al legatario se le confiere una pretensión autónoma que normalmente implica alguna ventaja, aunque sea moral, para el legatario; también BINDER, *Derecho de Sucesiones*, traducido y anotado por LACRUZ BERDEJO, ed. Labor, Barcelona, 1953, pág. 316, consideraba indispensable, para la existencia del legado, que el favorecido tuviese una pretensión autónoma e independiente para reclamar lo atribuido.

(22) PUIG PEÑA, *Tratado de Derecho Civil español*, t. V, vol. I, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1958, pág. 441, nota 25, señala que aún cuando el Código guarda silen-

Hemos preferido no destacar que se trata de una liberalidad porque, si bien es habitual en el legado, no se da siempre, pues el testador puede imponer al legatario una carga que absorba la totalidad de lo atribuido (23). De hecho, a veces lo que hace es ordenar una manda para a continuación pedir al legatario que haga algo con cargo a lo recibido, y en esto se le va toda la atribución; en tales casos parece que más que legado lo que hay es un encargo al beneficiario del mismo para el cumplimiento del cual le proporciona los medios necesarios (24).

cio sobre las personas que tienen acción para reclamar el cumplimiento del modo, debe entenderse que están legitimadas las personas directamente beneficiarias; en el mismo sentido se pronuncia LÓPEZ VILAS, «sobre la distinción entre legados e instituciones modales», en *ADC*, 1966, pág. 608, quien reconoce que la nota más destacada por la doctrina para diferenciar el legado del modo es la falta de acción de los beneficiarios para exigir el cumplimiento del modo, a diferencia de lo que ocurre con el legado. En su opinión, la acción para pedir y obtener el cumplimiento del modo testamentario corresponderá a los beneficiarios del mismo. Se manifiesta en contra de esta postura, DE LOS MOZOS, «El modo como elemento accesorio de la voluntad negocial», en *RDP*, 1978, pág. 227, pues considera que los legitimados, para instar el cumplimiento del gravamen, serán los albaceas o los herederos que carecen de interés propio en su cumplimiento, ya que obran como curadores de los intereses y de la voluntad del causante. Al no producir el modo la atribución de un derecho al favorecido, no es preciso que este sea capaz, incluso ni siquiera que sea persona (ya que puede resultar favorecido un animal o incluso un sentimiento). Para ROCA SASTRE, *Notas a Kipp*, t. I, ed. Bosch, Barcelona, 1976, pág. 593, los interesados en el cumplimiento del modo están legitimados con eficacia formal, es decir, pueden reclamar tal cumplimiento, más no para sí, pues carecen de un verdadero derecho subjetivo.

Conviene destacar aquí la sentencia de 28 de mayo de 1994, en la que, a propósito de la distinción entre institución modal y legado, el TS señala que «la institución modal es aquella en la que el testador impone al heredero instituido o al legatario designado la obligación de hacer u omitir algo para una finalidad determinada, pudiendo consistir en una carga real o meramente personal, pero sin atribuir a un tercero el derecho a exigir para sí la prestación, pues en este supuesto se estaría ante un legado». También tuvo ocasión de pronunciarse sobre este tema la DGRN. En su Resolución de 19 de mayo de 2005, y a propósito de la interpretación de una cláusula oscura del testamento en la que se dudaba si había un legado o una disposición de carácter modal, señala lo siguiente en cuanto a las diferencias entre ambos institutos: las disposiciones modales obligan, pero no suspenden la adquisición, ni la inscripción a favor de los herederos y cuya verdadera esencia se resume en la idea de constituir atribuciones patrimoniales indirectas, las cuales no suponen delaciones —ni vocaciones— sucesorias.

(23) En este sentido, LACRUZ BERDEJO, *Notas al Derecho de Sucesiones de Binder*, ed. Labor, Barcelona, 1953, pág. 317; TRAVIESAS, «Legados», *ob. cit.*, pág. 100; DÍAZ CRUZ, «Los legados», *ob. cit.*, pág. 9.

(24) GARCÍA FERNÁNDEZ, *Herencia y patrimonio familiar en la Castilla del antiguo régimen*, Secretariado de Publicaciones, Universidad DL., Valladolid, 1994, pág. 145, señala como una de las causas motrices de la realización de legados testamentarios, además de la generosidad o la obligación, el interés del propio testador. Para BARBERO, *Sistema del Derecho Privado*, V, traducido por SENTÍS MELENDO, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1967, pág. 3, mientras la herencia responde a exigencias objetivas y de interés de la propia comunidad, el legado sirve para satisfacer exigencias subjetivas del *de cuius*.

IV. POSICIÓN JURÍDICA QUE OCUPA EL LEGATARIO DE PARTE ALÍCUOTA EN RELACIÓN A LA PARTICIÓN DE LA HERENCIA

1. ¿PUEDE SOLICITAR LA PARTICIÓN JUDICIAL DE LA HERENCIA?

Según la LEC de 1881, el legatario de parte alícuota podrá pedir la división de la herencia promoviendo el juicio de testamentaría (art. 1038 LEC), salvo si el testador lo hubiese prohibido expresamente, o por haber encomendado la práctica de las operaciones particionales a un albacea, contador o cualquier otro: artículos 1039, 1045 LEC y 1057, 1058 del Código Civil. Ahora bien, la prohibición del testador habrá que entenderla referida únicamente al legatario que no sea legitimario, pues en tal caso no opera (25). El artículo 1039 de la antigua LEC se refería únicamente a los herederos voluntarios, además de a los legatarios de cuota, lo que ha sido interpretado en el sentido de que tal prohibición no podrá afectar a los legitimarios; al menos por lo que se refiere a su porción de legítima. Cosa distinta será el tercio de mejora y libre disposición, que parece que sí va a estar afectado por la prohibición del testador (26).

La LEC de 2000, actualmente en vigor, regula esta materia en el Libro IV, Título II, Capítulo I, intitulado «de la división de la herencia». A semejanza de la regulación anterior, el legatario de cuota puede solicitar tal división a tenor del artículo 782, siempre que acredite su condición de tal, así como el fallecimiento del testador (27). Sin embargo, se separa de la normativa anterior en cuanto que no contempla la prohibición del testador de dividir la herencia, aunque esta posibilidad debe entenderse subsistente a tenor del artículo 1051 del Código Civil (28). Sin embargo, no se permite tal solicitud cuando el mismo hubiera nombrado un contador-partidor; o este lo fuese por acuerdo de los coherederos o por resolución judicial. El artículo 786 impone al contador la obligación de atenerse a las reglas establecidas por el testador para el inventario, avalúo, liquidación y división, siempre que con ello no se perjudiquen las legítimas.

En este sentido podemos citar el Auto de la AP de Santa Cruz de Tenerife (Sección 3.ª), de 13 de marzo de 2007, poniendo de relieve en el segundo de sus Razonamientos Jurídicos, lo siguiente: «Procede la revocación de la resolución recurrida (29). El hecho de que en su testamento la causante haya dispuesto de sus inmuebles legándolos a sus herederos legítimos y en las proporciones que se establecen, y haya nombrado herederos en el resto de sus bienes también a sus herederos legítimos por partes iguales, no resta la necesidad de la división de la

(25) Cfr. PRADA ÁLVAREZ BUILLA, «El artículo 1056, párrafo 2.º del Código Civil y las menciones legitimarias», en *RCDI*, 1970, pág. 920; GÓMEZ DE LIAÑO, *Ley de Enjuiciamiento Civil (Ley 1/2000)*, ed. Forum, Oviedo, 2000, págs. 929 y 930.

(26) En este sentido, cfr. DE CASTRO GARCÍA, *Ley de Enjuiciamiento Civil, Doctrina y Jurisprudencia*, t. II, dirigido por ALBACAR LÓPEZ, Ed. Trivium, Madrid, 1994, pág. 960; también, entre otras muchas, SSTs de 21 de mayo de 1963 y 8 de junio de 1999.

(27) Considera legitimado al legatario de parte alícuota para instar la división judicial de la herencia, entre otras muchas, la STS de 14 de julio de 2008.

(28) El párrafo 1.º del citado precepto dispone: «ningún coheredero podrá ser obligado a permanecer en la indivisión de la herencia, a menos que el testador prohíba expresamente la división». GÓMEZ DE LIAÑO, *ob. cit.*, pág. 929, pone de manifiesto que si tal prohibición resultare de la solicitud o de los documentos presentados por el promovente, no deberá ser admitida a trámite.

(29) El juzgado no había admitido a trámite la demanda.

herencia, que deberá hacerse voluntaria o judicialmente, pudiendo pedir la misma, cualquier coheredero o legatario de parte alícuota, por no existir comisario o contador partidador designado en el testamento (arts. 782 LEC y 1058 CC), ni existir prohibición expresa de la división, ni condición (arts. 1051 y 1054 CC)...

La doctrina ha sostenido que el legatario podrá intervenir en la partición, por lo menos a efectos de fiscalización de las operaciones particionales, para evitar que puedan defraudarse sus derechos. Así lo entiende VALLET DE GOYTISOLO (30) al defender la participación del legatario parciario, al menos en la formación de inventario, avalúo y comprobación del valor de los lotes formados (31). Tal solución aparece avalada por los artículos 1083 del Código Civil, que permite a los acreedores de los partícipes intervenir a su costa en la partición para evitar que puedan defraudarse sus derechos (32); precepto que reproduce íntegramente el artículo 782.5 de la actual LEC. El artículo 403 del Código Civil, que recoge el derecho de los acreedores de los comuneros a intervenir en la división, pudiendo incluso oponerse a que se verifique sin su concurso (33); evidentemente este precepto no se refiere a la división de la herencia, sino de la cosa común, pero, en definitiva, la ratio de la norma es la misma.

La jurisprudencia parece ir más allá, pues incluso viene exigiendo, para la validez de la partición, el consentimiento del legatario de cuota. En este sentido la STS de 22 de febrero de 1997 declara la nulidad de la partición de herencia, entre otras razones por no haber prestado su consentimiento a la misma la esposa del testador, a quien este había legado el tercio de libre disposición. El pronunciamiento es el siguiente: «designada así la esposa legataria de parte alícuota de la herencia del cónyuge de bienes de libre disposición, su intervención en la partición deviene necesaria dada la semejanza a estos efectos entre el legatario de parte alícuota y los herederos».

En el mismo sentido parece pronunciarse la RDGRN de 3 de febrero de 1997, donde se rechaza la inscripción de un inmueble a favor del cónyuge del testador, legatario, instada por los herederos porque aquella no había intervenido en la partición, lo que «determina la falta de validez y eficacia de todos los negocios contenidos en el documento calificado» (34).

(30) «Estudios de Derecho Sucesorio», t. 1, *ob. cit.*, pág. 445.

(31) También LASARTE ÁLVAREZ considera que no cabe duda de la legitimación del legatario de parte alícuota para instar la partición de la herencia, *Principios de Derecho Civil*, VII, ed. Marcial Pons, Madrid, 2011, pág. 371.

(32) En este sentido, la STS de 12 de junio de 2006, declara rescindida la partición practicada por los herederos con preterición de los legatarios de parte alícuota y causarles lesión por no haber sido llamados a dicha partición, «pues no puede desconocerse la asimilación a ciertos efectos de la figura del legatario de parte alícuota a la del heredero en cuanto *acreedor* (la cursiva es nuestra) de una parte de la herencia».

(33) En caso de oposición, el procedimiento continuará, pero no se hará entrega de los bienes a los herederos y legatarios hasta que las deudas no queden pagadas o garantizadas a su satisfacción (art. 788.3 LEC.). Cfr. GÓMEZ DE LIAÑO, *ob. cit.*, pág. 932.

(34) Debe señalarse que en este caso habían concurrido circunstancias especiales. El supuesto era el siguiente: el causante otorga testamento ológrafo en el que instituye herederos a sus hermanos y sobrinos; asimismo, lega a su cónyuge el usufructo vitalicio de los dos tercios de la herencia, señalando un determinado bien inmueble que debería incluirse en el legado. Los herederos, sin contar con la legataria, proceden a otorgar escritura pública de liquidación de la sociedad conyugal, así como a partir la herencia, y en pago de su legado le atribuyen una serie de bienes entre los que se encuentra el inmueble antes referido, que el causante había ordenado que se incluyese en su haber, dando así por satisfecho totalmente

Y la STS de 8 de marzo de 1999 declaró la nulidad de una partición hereditaria por no haberse citado a acreedores y legatarios de cuota.

Entre las resoluciones más recientes, que siguen la misma línea que las sentencias anteriormente citadas, podemos destacar la RDGRN, de 3 de noviembre de 2003, en la que se exige que para llevar a cabo la partición de la herencia deben intervenir los legatarios de cuota. También la RDGRN de 22 de marzo de 2007, al declarar en su fundamento de Derecho 1.º, entre otras cosas, y por lo que respecta al punto que tratamos lo siguiente: «...Parece lógica la necesidad de exigir la intervención del mismo (legatario de cuota), no solo para realizar actos de disposición sobre los bienes comunes (35), sino también para proceder a la extinción de dicha comunidad mediante la partición».

La intervención de los legatarios de cuota, en la actualidad, tiene un directo apoyo legal en la Ley de Enjuiciamiento Civil, de 2000 (36), en la que además se le concede gran protagonismo, llegando a ser asimilado a los herederos, pues el artículo 783.2 dispone que a la vista de la solicitud de división judicial de la herencia (que el legatario puede hacer, art. 782) se mandará convocar a junta a los herederos, a los legatarios de parte alícuota y al cónyuge sobreviviente. El artículo 784.1 dice, a su vez, que la junta, de la que por disposición del artículo anterior forma parte el legatario de cuota, se celebrará con los que concurran en el día y hora señalados, siendo presidida por el secretario judicial. En el apartado 2.º dispone que los interesados deberán ponerse de acuerdo sobre el

el legado; en la escritura se dice que «los herederos entienden que el consorte del causante la ha aceptado si en el plazo de diez días desde la remisión de la misma por correo certificado con acuse de recibo y por conducto notarial, dicho cónyuge no razona su oposición». En base a este título se pretende la inscripción a favor del cónyuge del inmueble que se le había adjudicado. Inscripción que se denegó, además de por las razones arriba apuntadas, no intervención en la partición de la herencia y liquidación de su sociedad conyugal, porque «sin que conste la aceptación del favorecido por una disposición testamentaria, no podrá entenderse producida la adquisición patrimonial correspondiente ni, por tanto, procederá la inscripción registral». Evidentemente no se está exigiendo, al menos no se parte de que sea necesario con carácter general, para la adquisición del legado aceptación expresa por parte del favorecido, que ya se vio que no es necesaria. Lo que ocurre es que, como se señala en la misma resolución, tras reconocer que no es necesario el concurso del favorecido para la inscripción del inmueble —pues su aceptación no es imprescindible—, el bien cuya inscripción se pretende, que además era privativo del testador, «se adjudica junto con otros y en pago global de su legado de cuota en usufructo de modo que su adquisición implicaría la adquisición de la total adjudicación en pago del legado, lo que, a su vez implicaría, tanto la conformidad con la satisfacción íntegra del legado, como por virtud del carácter del legado de una cuota en usufructo, la conformidad con la previa liquidación de la sociedad conyugal (pues la cuota ganancial del difunto integra su herencia y repercute en el contenido económico del legado)».

(35) Sobre este punto, véase NÚÑEZ MUÑOZ, *ob. cit.*, pág. 101 y sigs.

(36) Aquí debemos citar también el artículo 468 del denominado «Código del Derecho Foral de Aragón» (Texto Refundido de las Leyes Civiles aragonesas), aprobado por el Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón que, por cierto, se mantiene exactamente igual a como lo regulaba el artículo 153 de la Ley 1/1999, de 24 de febrero, de Sucesiones por causa de muerte, de las Cortes de Aragón. Dispone lo siguiente: «Si es voluntad del disponente que el llamado a parte alícuota de la herencia sea legatario, no será deudor de las obligaciones y cargas de la herencia y concurrirá a la partición con el heredero, pero cuando no sea legitimario solo tendrá derecho a percibir el valor de lo legado en bienes del activo hereditario líquido si el heredero no opta por pagarlo en dinero, aunque no lo haya en la herencia».

nombramiento de un contador que practique las operaciones divisorias del caudal, así como el nombramiento de peritos que deban intervenir en el avalúo de los bienes. Evidentemente, entre esos interesados estará el legatario parciario, pues el contador y los peritos serán nombrados por la junta de la que forma parte. A su vez deberá aprobar las operaciones particionales o, en caso contrario, podrá formular oposición, lo que de alguna manera, ratifica la postura que tanto la doctrina como la jurisprudencia habían mantenido al respecto.

Si se formulare oposición (cosa que también puede hacer el legatario), según el apartado 3.º del artículo 787 a las operaciones divisorias, el tribunal mandará convocar al contador y a las partes (incluido el legatario de cuota) a una comparecencia que se celebrará dentro de los diez días siguientes. Si en la comparecencia se alcanzase conformidad de todos los interesados, se ejecutará lo acordado, debiendo el contador introducir en las operaciones divisorias, las reformas convenidas que deberán ser aprobadas por el tribunal. De no existir conformidad, el tribunal oír a las partes, y admitirá las pruebas que propongan, siempre que no sean impertinentes o inútiles, y se seguirá sustanciando el procedimiento por los trámites del juicio verbal. La sentencia recaída en este juicio se llevará a efecto haciendo entrega a los interesados de los bienes adjudicados y los títulos de propiedad, pero no tendrá efecto de cosa juzgada, pudiendo los interesados hacer valer sus derechos en el juicio que corresponda.

Caso de que el testador le hubiese prohibido al legatario promover el juicio de testamentaría, haciendo uso de la facultad que le reconocía el artículo 1039 LEC de 1881, parte de la doctrina considera que podrá pedir la anotación de su legado. Así lo entienden, DE LA RICA Y ARENAL (37), y ROCA SASTRE (38), quien opina que esta será la solución en las regiones de Derecho romano, pero a continuación declara que la misma tiene perfecta aplicación al legado parciario del Código Civil; también DE LOS MOZOS (39) y DE LOS MOZOS TOUYA (40), pues así no quedaría desamparado.

En contra se manifiesta, no obstante, MORELL Y TERRY (41) al considerar que aunque el testador prohíba expresamente que se promueva el juicio con arreglo al artículo 1039 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (de 1881), no pueden pedir nunca la anotación preventiva de su legado. En este mismo sentido ROCA-SASTRE MUNCUNILL (42), según quien, aunque el artículo 1039 de la Ley procesal civil prevé que los legatarios de parte alícuota no puedan promover el juicio de testamentaría cuando el testador se lo haya prohibido expresamente.

No obstante, ha resuelto negativamente el problema el artículo 152 del vigente Reglamento Hipotecario al disponer que «a los efectos de las anotaciones preventivas (de legados) ... los legatarios de parte alícuota se considerarán asimilados en todo caso a los herederos» A pesar de esta asimilación —continúa el autor—, hay que entender que, por diferir el derecho de los legatarios de parte alícuota del derecho de los herederos o derecho hereditario, no pueden aquellos pedir anotación preventiva de su derecho en una parte alícuota de la

(37) *Ob. cit.*, pág. 140.

(38) «Estudios de Derecho Privado», t. II, *ob. cit.*, págs. 196 y 200.

(39) «La adquisición de la posesión en los legados», en *ADC*, 1962, pág. 896.

(40) «Anotación preventiva del Derecho Hereditario», en *RCDI*, 1982, pág. 1488.

(41) *Comentarios a la legislación hipotecaria*, t. III, ed. Reus, Madrid, 1928, pág. 137.

(42) «Derecho de Sucesiones», t. I, *ob. cit.*, pág. 60.

herencia, al amparo de la anotación preventiva del derecho hereditario prevista en el artículo 42.6.º de la Ley Hipotecaria (43).

Nuestra opinión es que, dada la redacción del precepto —los legatarios que no tengan derecho, según las leyes, a promover el juicio de testamentaría— si el testador lo prohíbe, los legatarios de parte alícuota ya no tienen derecho a ello según la ley (siempre, como hemos visto, que además no sean legitimarios), pues esta es la que faculta al testador para prohibirlo. Por lo tanto, podrán pedir que se anote su derecho al amparo del número 7 del artículo 42 LH.

En la actual LEC, no se contempla la posibilidad de que el testador prohíba, sin más, la partición, pero tampoco impide que pueda censurarla. Sencillamente guarda silencio al respecto. El artículo 782.1 dice así: «Cualquier coheredero o legatario de parte alícuota podrá reclamar judicialmente la división de la herencia, siempre que esta no deba efectuarla un comisario o contador-partidor designado por el testador, por acuerdo entre los coherederos o por resolución judicial». De todas formas, la facultad del testador de prohibir la partición debe entenderse vigente al amparo del artículo 1051 del Código Civil (44).

En el supuesto de que el testador hubiese nombrado una persona encargada de hacer la partición, caso en que tampoco podrá promoverse la partición judicial, entendemos que no procederá la anotación preventiva a que se refiere el artículo 42.7 LH, porque la división del caudal está garantizada al haberse nombrado una persona para llevarla a cabo, y si además el testador le hubiese dado instrucciones al contador respecto de cómo efectuar la partición, deberá pasar por ella, siempre que no le perjudique la legítima si fuese heredero forzoso. Opinamos que tal solución encontraría apoyo en el artículo 786 de la LEC de 2000, que impone al contador nombrado por el juez acomodarse a las instrucciones del testador, si las hubiera, a salvo las legítimas. Con mayor razón si el comisario fuese designado por el testador. De no existir instrucciones en tal sentido, el legatario deberá prestar su conformidad a la misma. Si no lo hiciera porque le resulta lesiva, podrá rescindirla (45).

1.1. *¿Pueden los colegatarios de parte alícuota pedir la partición de la herencia cuando alguno de ellos está sometido a condición suspensiva?*

Si el legado parciario estuviese sometido a condición suspensiva, esta circunstancia no impedirá que los demás legatarios y herederos efectúen la partición, quedando la parte correspondiente al legatario condicional en administración hasta que la condición se realice o haya certeza de que no podrá cumplirse

(43) Sobre las garantías registrales de este legado, véase NÚÑEZ MUÑOZ, *ob. cit.*, pág. 154 y sigs.

(44) Cfr. GÓMEZ DE LIAÑO, *ob. cit.*, págs. 929 y 930.

(45) GÓMEZ DE LIAÑO, *ob. cit.*, pág. 943, señala, al comentar el artículo 787 de la nueva LEC, que en caso de que los interesados no formulen oposición a las operaciones particionales (la aprobación puede venir determinada incluso por el silencio de las partes), se dictará un auto aprobándolas, y se ordenará su protocolización, pero la aprobación presunta del proyecto de partición, al no manifestar los interesados oportunamente su oposición, no altera la naturaleza de la misma, siendo solo un medio para poner fin al procedimiento. Tal aprobación judicial no puede impedir que los coherederos (y también el legatario de Cuota), al amparo del artículo 1073 del Código Civil, puedan solicitar su rescisión por las mismas causas que las obligaciones.

(art. 801 CC). Esta administración corresponderá a los demás legatarios no condicionales si entre ellos y el condicional existiera derecho de acrecer, por aplicación del artículo 802 del Código Civil. Así lo ha puesto también de manifiesto la RDGRN de 29 de enero de 1988. En ella se debatía la posibilidad de los herederos y demás legatarios de parte alícuota de practicar la partición de la herencia, pues el Registrador entendía que no era posible, dado que el legado parciario estaba sujeto a condición, por lo que había que esperar al no cumplimiento de la misma, razón por la cual denegó la inscripción. Recurrida esta decisión, la Dirección General revoca el auto apelado. El supuesto de hecho era el siguiente: Los causantes, marido y mujer, instituyen herederos en su legítima estricta a sus tres hijos, y legan los dos tercios restantes por terceras e iguales partes a dos de sus hijos y a los hijos de su otro hijo (Antonio), los primeros por cabezas y los segundos por estirpes, aclarando que si su hijo Antonio (padre de los legatarios) tuviese con posterioridad más descendientes tomarían parte de este legado, distribuyéndose en este caso la parte correspondiente a los nietos entre los que resultasen al ocurrir su defunción (de Antonio, padre de los nietos legatarios). Fallecidos los testadores, los herederos y legatarios realizan la partición, aunque la adjudicación hecha a los nietos queda supeditada a la muerte del padre. El registrador deniega la inscripción. La Dirección General se pronuncia de la siguiente manera: «En la parte del legado de cuota correspondiente a los nietos, es necesario esperar al fallecimiento del padre para concretar el número de legatarios. Mientras tanto, se produce una especial concurrencia de llamamientos en relación, no con todo el legado parciario, sino solo en la parte de él a que son llamados los nietos, pues junto a los llamamientos puros que confirman en esa parte derechos desde el momento mismo del fallecimiento del causante, si bien el alcance objetivo quede provisionalmente indeterminado, hay también llamamientos en favor de *nondum concepti*... El hecho de que la cotitularidad interna sobre una parte de un legado parciario esté pendiente de un acontecimiento futuro e incierto no puede tener, para toda la herencia, unas consecuencias tan perturbadoras como las que pretende en su nota el Registrador... Deben, pues, interpretarse los preceptos de modo que la relativa indeterminación en que queda la cotitularidad interna de la parte de un legado parciario no contamine toda la herencia, ni menoscabe la facultad para exigir la partición que corresponde a los que, por exigencia de la ley o de la voluntad del testador, tienen incondicionadas sus plenas facultades de heredero o legatario. La provisionalidad a que se refiere el artículo 1054 debe restringirse, pues, a las adjudicaciones que se hagan por la parte del legado parciario a los que son llamados los nietos. Los coherederos y los otros colegatarios del legado parciario pueden pedir, por su parte, incondicionadamente la partición (46)... Para los supuestos en que el legado está sujeto a condición suspensiva, tienen aplicación los artículos 801 y siguientes. Y esta solución debe ser también aplicable al presente supuesto... por tanto son los mismos nietos colegatarios, ya existentes, los que conforme al artículo 802 tienen la administración del derecho de la parte legada a todos los nietos... Así pues, los nietos ya existentes tienen, respecto de la parte legada a todos los nietos y en cuanto a la parte correspondiente a los posibles futuros nietos las mismas facultades particionales que tendría el administrador del ausente en cuanto a la cuota a que estuviese llamado el ausente, entre las que están, con la debida intervención judicial (arts. 185 y 186 CC y 2046 LEC),

(46) El subrayado es nuestro.

la de consentir la partición, con plena y definitiva eficacia por cuanto hace a los demás herederos y legatarios. Por cuanto hace a la cuota legada a los nietos, los legatarios ya existentes, pueden ya realizar la partición asegurando competentemente —a juicio del juez— el derecho de los posibles nietos futuros; y hasta saberse que ya no habrá más nietos, se entenderá que las adjudicaciones entre esos nietos son provisionales (art. 1054)».

¿Qué ocurre en caso de no existir colegatarios o, si habiéndolos, no existe entre ellos derecho de acrecer? ¿Quién tendría la administración de la cuota correspondiente al legatario sujeto a condición suspensiva mientras esta está pendiente? ROMÁN GARCÍA (47) sostiene que la administración del legado condicional, habitualmente quedará confiada al propio heredero gravado, o excepcionalmente a personas distintas del heredero. Y en efecto, esto parece ser lo que se desprende de la regulación del Código, pues si bien el artículo 803 permite en ese caso al heredero condicional ser el administrador si presta fianza, no dice que se aplique la misma solución al legatario, a diferencia del artículo anterior que sí hace extensiva la regulación que contiene para los herederos, a los legatarios. Por otro lado, parece lógico que sean los herederos quienes se encarguen de la administración hasta que la condición se cumpla, pues el legatario parciario, en principio, es una persona extraña a la comunidad hereditaria.

Ahora bien, lo que sí podrán hacer los legatarios de cuota es exigir al heredero administrador que rinda cuentas de su gestión. Así lo ha puesto de manifiesto el TS en la sentencia de 16 de octubre de 1940 (48), en la que se condena a la heredera a rendir cuentas a las legatarias de cuota. Y en la de 22 de enero de 1963, en la que declara que «corresponde a los legatarios de parte alícuota la acción para exigir la rendición de cuentas prescrita por el artículo 1720 del Código Civil».

2. BREVES CONSIDERACIONES RESPECTO DE SI EL LEGATARIO DE CUOTA DEBE CONTRIBUIR A LOS GASTOS DE PARTICIÓN

De lo que aquí se trata es de determinar si los gastos ocasionados por la partición de la herencia son de cuenta solo del heredero o si el legatario parciario debe contribuir a ellos.

Dado que el legatario tiene el mismo interés que el heredero en que la partición se realice para poder concretar su derecho, los gastos que la misma origine deben ser también soportados por él en proporción a la cuota (49). Así lo ha establecido la sentencia de 11 de enero de 1950, al declarar que, «el heredero y el legatario parciario tienen una nota común: ambos adquieren un derecho abstracto que es necesario concretar mediante la partición, quedando así equiparados en este aspecto por idéntico interés, el heredero y el legatario de parte alícuota, a los que afecta por igual la responsabilidad referente a gastos comunes de la partición, bien mediante la fórmula admitida de hijuela especial detraída de la herencia, si es aceptada por todos los interesados, bien por imputación a los mismos proporcionalmente al haber líquido que se les adjudique...».

(47) *Las obligaciones testamentarias en el Código Civil español*, Montecorvo, Madrid, 1995, pág. 201.

(48) CERDÁ GIMENO, *ob. cit.*, pág. 162 y sigs.; BONET RAMÓN, *ob. cit.*, pág. 37 y sigs.; PUIG BRUTAU, *ob. cit.*, pág. 76 y sigs.

(49) Cfr. LACRUZ BERDEJO, «Sucesión universal, sucesión a título de heredero y designación del heredero», en *RDN*, 1961, pág. 124.

También debe contribuir a sufragar los honorarios del contador-partidor dativo, pues así lo dispone la sentencia de la AP de Zaragoza, de 19 de junio de 2009, aunque se refiere únicamente a los herederos, entendemos que también afectará al legatario de cuota por el interés común que ambos tienen en la partición, por lo que entendemos que los gastos que la misma genere deben ser soportados por todos los interesados en la partición en proporción a sus cuotas.

La citada sentencia dice al respecto en su Fundamento de Derecho segundo lo siguiente: «...La retribución del contador partidor ha de considerarse como un gasto hecho en interés común de la herencia, al que resulta de aplicación la previsión específica contenida en el artículo 1064 del Código Civil, conforme al cual el gasto es deducible de la herencia, lo que conlleva que, en el caso de que no se hubiese computado al momento de liquidación de la misma, deba ser soportado por los coherederos conforme a su cuota de participación...».

Ahora bien, por disposición del artículo 1064 del Código Civil, si los gastos realizados fueran hechos en interés exclusivo del legatario, solo él deberá soportarlos.

3. ¿PUEDE PEDIR LA RESCISIÓN EN CASO DE SER PRETERIDO POR LOS HEREDEROS AL EFECTUAR LA PARTICIÓN?

A continuación nos ocuparemos de las posibilidades de actuación del legatario parciario si al efectuar la partición los herederos prescinden de él (50), o si el valor de los bienes adjudicados es inferior a la cuota asignada.

En este caso entendemos que le resultará aplicable el artículo 1080 del Código Civil, en el sentido de que si fuese omitido por los herederos al realizar la partición, aquel tendrá derecho a exigir la parte que proporcionalmente le corresponda, pero no podrá, sin embargo, pedir la rescisión de la partición efectuada salvo que demuestre mala fe o dolo por parte de los demás interesados. Este precepto responde al principio de conservación de la partición o *favor partitionis*, para evitar las perturbaciones que una rescisión de la misma puede ocasionar, siempre, naturalmente, que haya habido buena fe por parte de los herederos (51).

Si una vez realizada, el valor de los bienes entregadas en pago de su cuota fuese inferior en más de la cuarta parte respecto de la porción que se le hubiese asignado, podrá pedir la rescisión de la misma, a tenor de lo dispuesto en el artículo 1074 del Código Civil; y por aplicación del principio anteriormente señalado (conservación de la partición), la rescisión será parcial (52), pues solo tendrá lugar entre los perjudicados y los que percibieran más de lo justo, siempre que estos últimos no prefieran indemnizar el daño (art. 1077). A pesar de que este precepto habla de «heredero demandado», entendemos que puede ser también un legatario

(50) Respecto a la preterición del legatario de cuota por los herederos al efectuar la partición, véase MORETÓN SANZ, «Cuestiones litigiosas sobre la preterición intencional y errónea; efectos y consecuencias de la tutela de la legítima cuantitativa sobre la sucesión testamentaria», en *RCDI*, núm. 722, pág. 2904.

(51) VALLET DE GOYTISOLO, *El principio del favor partitionis*, Academia Sevillana del Notariado, 1991, t. IV, pág. 206.

(52) Así lo ha puesto de manifiesto el TS, en las sentencias de 31 de mayo de 1980 y de 30 de marzo de 1993, al decir que «en materia de agravios patrimoniales en la partición, se deberá volver a hacer si los errores y lesión son tan sustanciales y tan enormes que de otro modo no se puedan enmendar».

parciario, pues, si hubiese varios de estos, bien pudiera ocurrir que a uno de ellos se le adjudicasen bienes por un valor superior a su cuota, resultando otro, heredero o legatario de cuota, perjudicado en más de la cuarta parte del valor de los bienes; es decir, que el legatario de parte alícuota puede ser el perjudicado, en cuyo caso podrá ejercitar la acción rescisoria, o puede ser el que ha recibido más de lo que le correspondía, pudiendo ser, en consecuencia, demandado por el perjudicado. Ahora bien, si fue el propio testador quien hizo la partición, esta no podrá rescindirse, salvo que perjudique la legítima o de que se desprenda que la voluntad del testador ha sido otra (art. 1075 CC) revelando su intención de que la partición se acomode exactamente a la disposición realizada, en cuyo caso habrá que respetar tal voluntad y, consecuentemente, el acto será rescindible (53).

Entendemos que también le será aplicable al legatario de cuota, el artículo 1069 del Código Civil, que establece la obligación recíproca de los coherederos a la evicción y saneamiento de los bienes adjudicados.

3.1. *La sentencia del Tribunal Supremo, de 12 de junio de 2006. Rescisión: Partición realizada por los herederos con preterición de los legatarios de parte alícuota*

La cuestión principal sobre la que versa esta sentencia del Tribunal Supremo es, precisamente, instar la rescisión de la partición de la herencia realizada por los hijos del testador, herederos y a la vez legatarios, por parte de los sobrinos legatarios del tercio de libre disposición, por tanto de parte alícuota, por no habérseles citado para la práctica de las operaciones particionales, por haberles causado lesión por dicho motivo.

Los hechos son los siguientes:

Los actores don Santiago, doña Bárbara, don César, doña Celestina, doña Begoña y don Jesús Miguel, todos ellos sobrinos del causante don Juan Miguel, interpusieron demanda de juicio declarativo de menor cuantía que dirigieron contra los hijos de este don Juan Enrique, don Lázaro, doña Amelia y don Pedro Miguel, interesando que se dictara sentencia por la que se declarara: *a)* Que queda rescindida la partición de la herencia causada por don Juan Miguel y practicada ante el Notario de Córdoba, don Juan José Pedraza Ramírez, el día 6 de mayo de 1998, por causarles lesión como legatarios no llamados a dicha partición; *b)* Que deben realizarse nuevamente las operaciones particionales entregando a los actores en pago de su legado y en pleno dominio el tercio de libre disposición de la herencia del causante; *c)* Que el legado ordenado por el testador para los herederos, sus hijos demandados, les será satisfecho con cargo a los tercios de legítima estricta y mejora, y solo en lo que exceda será con cargo al tercio de libre disposición; *d)* Que procede incluir en el inventario de la herencia las joyas, bienes de uso personal, vehículo, mobiliario y ajuar doméstico propiedad del causante a que se refiere el hecho cuarto de la demanda; y *e)* Que se condene en costas a los demandados.

Los referidos demandados se opusieron a tales pretensiones y, seguido el proceso por sus trámites, el Juzgado de Primera Instancia, número 4 de Córdoba,

(53) Cfr. ALBALADEJO GARCÍA, «Dos aspectos de la partición hecha por el testador», en *ADC*, 1948, pág. 954.

dictó sentencia por la que estimó parcialmente la demanda declarando rescindidas por lesión a los demandantes las operaciones particionales realizadas por los herederos demandados y ordenó que se llevara a cabo de nuevo la partición con intervención de los demandantes como legatarios de parte alícuota de la herencia de don Juan Miguel, debiéndose imputar el legado establecido a favor de los demandados en la cláusula tercera del testamento, de fecha 18 de agosto de 1997, en primer lugar a los dos tercios de legítima y, en lo que no quede cubierto de esta forma, al tercio de libre disposición que corresponde íntegramente a los demandantes, formándose el oportuno inventario en cuya labor se tendrá en cuenta lo establecido por la propia sentencia en su fundamento jurídico séptimo, todo ello sin especial pronunciamiento sobre costas.

Los demandados don Juan Enrique, don Lázaro, doña Amelia y don Pedro Miguel, recurrieron en apelación dicha sentencia y la Audiencia Provincial de Córdoba desestimó el recurso con imposición de costas a los apelantes.

Frente a esta última resolución han interpuesto los mismos el presente recurso de casación.

El primer motivo del recurso, amparado en el ordinal 4.º del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, denuncia la infracción del artículo 1058 del Código Civil en cuanto la sentencia dictada por la Audiencia, aceptando lo resuelto por el Juzgado, declara rescindida la partición efectuada por los herederos al no haber dado intervención en la misma a los actores en su condición de legatarios de parte alícuota, siendo así que el precepto que se afirma infringido atribuye precisamente a los herederos, y no a otros interesados, la facultad de distribuir la herencia de la manera que tengan por conveniente siempre que fueren mayores de edad y tuvieren la libre administración de sus bienes, salvo que el propio testador hubiere hecho la partición o hubiera encomendado a otro esta facultad.

Nuestro Alto Tribunal desestima el motivo pronunciándose de la siguiente manera:

«No obstante, pese a la dicción literal del artículo 1058 del Código Civil, el motivo ha de ser desestimado, pues si bien el artículo 660 del mismo Código distingue entre heredero y legatario considerando que el primero sucede a título universal y el segundo a título particular, no puede desconocerse la asimilación a ciertos efectos de la figura del legatario parte alícuota a la del heredero en cuanto acreedor de una parte de la herencia. Así ha de entenderse que el régimen del legado de parte alícuota —que en este caso atribuyó el testador a sus sobrinos demandantes— es distinto del legado de cosa específica —cualquiera que sea la posición doctrinal que se adopte acerca de su naturaleza— por la afinidad entre aquel legado y la herencia, derivada en ambos de la común atribución indeterminada de bienes —aunque sea por diferente título— que obliga a que se concrete o materialice mediante la partición el contenido económico para fijar la parte que le corresponde a uno y otro». Al respecto, la sentencia de esta Sala, de 22 de enero de 1963, ya señaló que, “dada la naturaleza, alcance y efecto de esta especie de legado y la ausencia de su reglamentación en nuestro Código Civil, deben serle aplicables determinados preceptos legales relativos al heredero, y muy especialmente aquellos cuyo fin inmediato es el conocimiento por el sucesor del patrimonio en que haya de participar, su cuantía y composición, punto en el que la semejanza entre el heredero y el legatario de parte alícuota aparece más destacada”. Así el artículo 1038-3.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 consideraba a los legatarios de parte alícuota como legitimados para promover el juicio de testamentaria, como igualmente establece la nueva Ley de Enjuicia-

miento Civil, de 7 de enero de 2000, en su artículo 782.1 que están facultados para pedir la división judicial de la herencia.

En consecuencia, la preterición en la partición del legatario de tal clase ha de producir los efectos previstos en el artículo 1080 del Código Civil para el caso de preterición de un heredero, de forma que si se produce de mala fe o dolosamente —conociendo su existencia— ha de desembocar en la rescisión de la partición así realizada».

La posición del Tribunal Supremo ha quedado muy clara en esta sentencia de 12 de junio de 2006, al confirmar los pronunciamientos, tanto del Tribunal de 1.^a instancia, como de la Audiencia, respecto del punto que aquí estamos analizando: si resulta preterido por los herederos al hacer la partición, esta puede ser rescindida.

Y en efecto, el legatario de parte alícuota tiene un interés evidente en intervenir en las operaciones particionales, aunque sea solo a efectos de fiscalización de tales operaciones como acreedor que es de la herencia (54) para evitar que puedan defraudarse sus derechos.

4. ¿EL LEGATARIO DE CUOTA PUEDE SER CONTADOR-PARTIDOR?

El Código Civil, en el artículo 1057 dice que «el testador podrá encomendar por acto *inter vivos* o *mortis causa* para después de su muerte la simple facultad de hacer la partición a cualquier persona que no sea uno de sus coherederos».

Según este precepto, cualquier persona puede encargarse de hacer la partición de la herencia con la sola excepción de los herederos del testador (55). La razón de ello es evidente. Como dice PUIG BRUTAU (56), si la persona que puede contar y partir como el mismo testador, fuese uno de los principales interesados, ello sería tanto como poder ser juez y parte de la misma causa, y carecería de la imparcialidad y objetividad que el cargo requiere (57).

Tal restricción no debe ser considerada como una incapacidad, sino más bien como una prohibición legal por existir incompatibilidad de intereses (58). Conflicto de intereses que desaparecería si el heredero renuncia a su parte, con lo que ya no caería dentro de la prohibición del citado artículo.

Pero, lo que aquí tratamos de dilucidar es si esta prohibición del Código a los herederos es aplicable también a los legatarios de parte alícuota.

Como hemos visto hasta el momento, existen diferencias importantes entre ambas figuras, si bien también ciertas analogías, una de las cuales es, en particular, que ambos tienen un derecho abstracto, una cuota ideal sobre los bienes

(54) Respecto de si el legatario de cuota es cotitular o acreedor de la masa hereditaria (nosotros opinamos que es acreedor), véase NÚÑEZ MUÑIZ, *ob. cit.*, pág. 77 y sigs.; LASARTE ÁLVAREZ, *ob. cit.*, pág. 100, considera que este legatario es, a efectos particionales, un miembro más de la comunidad hereditaria. No obstante hay que decir que esta es una cuestión muy discutida, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia.

(55) Entiéndase que lo que queremos decir con esto es que uno solo de los herederos no puede efectuar la partición de la herencia por haber sido designado contador-partidor; ahora bien, si por no existir el contador, la realizan todos los herederos, esto sí es posible.

(56) *Fundamentos de Derecho Civil*, t. V, vol. III, *ob. cit.*, pág. 410.

(57) Díez-PICAZO y GULLÓN, «Sistema de Derecho Civil», t. IV, *ob. cit.*, pág. 589.

(58) *Ob. últ. cit.*, pág. 411.

hereditarios que solo puede concretarse mediante la partición. Por tanto, si el heredero es parte interesada, y da lugar por ello a que se produzca un conflicto de intereses, exactamente lo mismo ocurre con el legatario de parte alícuota, por lo que, aunque el Código se refiera únicamente a aquel, debe hacerse extensiva la prohibición a estos legatarios por concurrir en ambos la misma razón justificativa, y así lo entiende también la mayoría de la doctrina (59).

Sin embargo es de destacar la postura adoptada al respecto por la Dirección General de Registros en la Resolución de 30 de junio de 1956, donde sostiene precisamente la opinión contraria al declarar que: «si conforme a dicha voluntad (del testador) y a la sistemática del Código Civil, la institución es de legado, no es de razón aplicar a este ciertas incompatibilidades establecidas para el heredero, entre ellas, la del artículo 1057, que impide a este ser contador; ya que toda vez que, como comprensivo de una norma prohibitiva ha de ser interpretado restrictivamente».

No obstante, parece que el Tribunal Supremo, en nuestra opinión con mejor criterio, adopta una postura diferente, pues de la sentencia de 30 de marzo de 1993 se deduce claramente que al legatario de cuota le resultará aplicable el artículo 1057.1.º En este supuesto los demandantes solicitaban la nulidad de la escritura pública de 7-5-1972, por la que se protocolizaron las operaciones de liquidación de la sociedad conyugal y partición de la herencia de su madre, además de la cláusula del testamento en el que la testadora nombraba contador-partidor a su cónyuge, al que había «dejado» el tercio de libre disposición, además de la cuota legal usufructuaria infringiendo así el artículo 1057 del Código Civil. El TS desestimó el motivo, pero no porque considerase que podía serlo al nombrársele legatario, sino porque la nulidad de la partición no se puede acordar por esa causa; y, además, porque el recurrido, padre de los demandantes, no actuó —a juicio del Tribunal— en dicha partición como contador-partidor sino como integrante, junto con sus hijos (menores por aquel entonces) de la comunidad hereditaria; y, dada la incompatibilidad de intereses existente, estos estaban representados por defensor judicial. Se destaca en la sentencia el carácter de norma imperativa del apartado 1.º del artículo 1057, y se pronuncia de la siguiente manera: «En las situaciones de vulneración de normas imperativas esta Sala actuando de oficio, puede declarar la nulidad de lo actuado, concediendo previamente a la otra parte la posibilidad de alegar lo que a su interés convenga. En el caso litigioso así ha sucedido, pero la Sala, del examen de la escritura pública de 7-5-1972, en que se protocolizaron las operaciones particionales, llega a la conclusión, sin ninguna clase de dudas, de que el recurrido no actuó como contador-partidor, por lo que carecía de sentido declarar la nulidad de la cláusula (se refiere a la cláusula del testamento en que se le nombra contador-partidor) cuando a nadie interesa si se ha practicado una partición que no podría invalidarse porque no ha contravenido el artículo 1057, párrafo primero, del Código Civil».

Pese a que no lo dice de forma expresa, es claro deducir de este pronunciamiento que, en caso de haber actuado como contador-partidor, la partición se habría anulado, pues se habría violado una norma imperativa, y ello, a pesar de tratarse de un legatario de cuota, no de un heredero, como dice el precepto estudiado.

(59) Se manifiestan, en este sentido, entre otros, PUIG BRUTAU, «Fundamentos de Derecho Civil», t. V, vol. III, *ob. cit.*, pág. 413; Díez-PICAZO y GULLÓN, «Sistema de Derecho Civil», t. IV, *ob. cit.*, pág. 589; ALBALADEJO GARCÍA, «Curso de Derecho Civil», *ob. cit.*, pág. 147, y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, «Derecho de Sucesiones», t. I, *ob. cit.*, pág. 59.

V. LA RENOVACIÓN DEL DERECHO FORAL Y EL TRATAMIENTO DEL LEGADO DE PARTE ALÍCUOTA

El Código de Sucesiones de Cataluña de 1991, derogado por la Ley 10/2008, de 10 de julio, del libro IV del Código Civil de Cataluña, relativo a las sucesiones, que sí regulaba el legado parciario, expresamente prohibía que se le puedan encomendar las facultades de contar y partir a este legatario, aunque también contemplaba excepciones a esta regla general. El artículo 56.2 del citado Cuerpo legal decía que «las funciones específicas de contador partidor no podrán ser atribuidas a ningún heredero o ningún legatario de parte alícuota, salvo que este último sea un ascendiente de todos los herederos o sea aceptado en documento público por todos cuantos tienen interés en la herencia».

Sin embargo, el libro IV del Código Civil catalán, relativo a las sucesiones, actualmente en vigor, solo se refiere al legatario de parte alícuota en el artículo 427-36, que dispone lo siguiente:

1. «El legado de parte alícuota tiene el carácter de legado de eficacia obligacional y atribuye al legatario el derecho a que le sean adjudicados bienes del activo hereditario líquido por el valor correspondiente a la parte alícuota fijada por el causante, salvo que el heredero opte por pagarlo en dinero, aunque no haya en la herencia.
2. El legatario de parte alícuota no responde como deudor de las obligaciones y las cargas hereditarias.
3. No obstante lo establecido por el apartado 2, si después de percibir el legado apareciesen deudas ignoradas, el legatario debe reintegrar al heredero la diferencia entre el valor fijado originariamente en la parte alícuota y su valor real, dado el importe del activo hereditario. En cambio, si se descubren bienes o derechos nuevos o se llegan a cobrar créditos hereditarios considerados dudosos o eventuales, el heredero debe abonar al legatario la parte correspondiente al valor de estos bienes, derechos o créditos».

Con ello, prácticamente, se limita a reconocer su existencia al igual que el Código Civil español, y a establecer una escasa regulación, a nuestro juicio, en buena parte innecesaria, pues al tratarse de un legado no hace falta que diga en el apartado 2.º del artículo transcrito, que no responde como deudor de las obligaciones y cargas de la herencia, dado que estas corresponden al heredero, como así lo establece el artículo 411.1.

En cuanto a lo dispuesto en el apartado 3.º, también sería evidente aunque no se estableciese de forma expresa, pues si bien este legatario no se convierte en deudor, las deudas le afectan, pues al corresponderle una cuota de activo líquido es necesario liquidar antes la herencia, y cuantas más deudas haya, menor es su participación. En consecuencia, parece de rigor que si con posterioridad a la partición aparece alguna deuda ignorada, deba satisfacer a los herederos la parte que ha percibido de más al no deducirse esa deuda del activo neto. Lo mismo ocurre en el caso contrario, de que después aparezcan nuevos créditos.

Respecto del punto que estamos tratando, como en todo lo demás, a diferencia del anterior Código de Sucesiones, guarda silencio, con lo que nos encontramos con idéntico problema del Código Civil español, es decir, que para determinar su régimen jurídico hay que analizar todos los artículos reguladores, tanto de los legados como de la institución de heredero, dado que como se ha visto, y pese a que no lo es, la semejanza existente entre ambos institutos,

justifique que le resulten también aplicables a este legatario algunas normas reguladoras de aquel.

No obstante la Compilación navarra dispone en la Ley 341 que «no pueden ser contadores-partidores el heredero, el legatario de parte alícuota y el cónyuge viudo o el miembro sobreviviente de pareja estable por Ley».

También la Ley de Derecho Civil de Galicia de 1995 se podía encuadrar en esta línea al establecer en el artículo 159.1 que «el testador podrá encomendar en el propio testamento o en otro documento público, la facultad de hacer la partija de herencia a quien no sea partícipe en la misma». Ciertamente que en este precepto no existe la menor referencia directa al legado de parte alícuota, lo cual en nuestra opinión no significa que no se admita.

Esta Ley ha sido derogada por la Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho Civil de Galicia, que en el tema que nos ocupa sigue la misma línea que la anterior. En este sentido, el artículo 283 dispone: «En el propio testamento o en escritura pública, el testador podrá encomendar la facultad de hacer la partición de la herencia a quien no sea partícipe en la misma». El hecho de que el precepto transcrito se refiera a un no partícipe en la herencia parece dar a entender que además de los herederos existen otras personas que pueden serlo, y no se nos ocurre nadie más que el legatario de cuota.

Por otro lado, el artículo 250 de la Ley de 2006 establece: El heredero deberá pagar las legítimas o su complemento en el plazo de un año desde que el legitimario la reclame. Transcurrido este plazo, la legítima producirá el interés legal del dinero. Si el legitimario no estuviera conforme con la liquidación de la legítima y rechazara el pago, el heredero o persona facultada para entregarla podrá proceder a la consignación judicial.

En este precepto se está refiriendo al legitimario como persona distinta del heredero, sin perjuicio de que también la legítima pueda atribuirse por cualquier título, incluso el de heredero, pues así lo establece el artículo 240 de la Ley actual. También en sede de legítimas, el artículo 244 la considera como cuota de activo líquido al exigir que su cálculo se haga tras deducirse deudas y cargas, lo que más o menos, viene a coincidir con el legado al que nos referimos. Pese a que la Ley en ningún momento alude directamente a este tipo de legado, creemos que hay base para defender su existencia (60) en esta Comunidad Autónoma. De ser así, cuando el precepto se refiere a un partícipe en la herencia, por tal habrá que entender no solo al coheredero, sino toda aquella persona que tenga derecho a una porción de la herencia, para la concreción de la cual sea necesaria la partición siendo incompatible esta circunstancia con la condición de contador-partidor.

En cuanto a su actualización, en algunos extremos, el Texto Refundido de las Leyes Civiles aragonesas, aprobado por el Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, con el título «Código de Derecho Foral de Aragón», mantiene en el artículo 468 intitulado «legado de parte alícuota», exactamente la misma redacción que contenía el artículo 153 de la Ley 1/1999, de 24 de febrero, de Sucesiones

(60) Avalaba más claramente esta solución de que se podía referir a un legado de parte alícuota, la Ley de 1995, al disponer el artículo 144 que «el testador puede establecer por vía de legado... 2 la mejora del tercio y quinto, que comprende la totalidad del tercio de mejora y dos quintas partes del tercio de libre disposición, equivalente a siete quinceavas partes del capital líquido de la herencia». Ello era así porque esta ley, en cuanto a las legítimas, se remitía al Código Civil, mientras que la Ley vigente se aparta del mismo en aras de proporcionar al testador mayor libertad dispositiva, tanto en cuanto reduce la cuota de los descendientes (un cuarto) y los legitimarios, pues solo lo son los descendientes y el cónyuge.

por causa de muerte de las Cortes de Aragón, ya transcrito en páginas anteriores (61), pero que no está de más reproducir en esta sede. Dice lo siguiente: «Si es voluntad del disponente que el llamado a parte alícuota de la herencia, no será deudor de las obligaciones y cargas de la herencia y concurrirá a la partición con el heredero, pero cuando no sea legitimario solo tendrá derecho a percibir el valor de lo legado en bienes del activo hereditario líquido si el heredero no opta por pagarlo en dinero, aunque no lo haya en la herencia».

Este precepto, pese a su brevedad, contiene una regulación, no completa, pero sí aclaratoria de algún punto de interés en la medida que evita las dudas que sobre ellos puedan surgir cuando la situación se presente. Por ejemplo, merece destacarse al respecto el hecho de especificar que debe concurrir a la partición con el heredero, pues, dadas las características de esta figura, para concretar su cuota es necesario efectuar la división, pero al no ser heredero surgiría la duda de si debe quedar al margen de las operaciones particionales o, en todo caso, limitarse a una fiscalización de las mismas para evitar que puedan defraudarse sus derechos. Con tal dicción, esta norma parece dejar fuera de duda que el legatario debe tener una presencia activa en las operaciones particionales como si de un comunero más se tratase, sin que en nuestra opinión deba considerarse tal, pues si así fuese no debería estar a expensas de la opción del heredero para recibir su parte, al menos cuando no sea legitimario.

La intervención del legatario en la partición está en consonancia con lo dispuesto en el artículo 50 que, al referirse a quien puede pedir que se divida la herencia, reconoce tal derecho a «todo titular de una cuota». En el mismo sentido, el actual artículo 365 del Texto Refundido, ya citado, dispone en su apartado primero que «todo titular de una cuota en una herencia o porción de ella tiene derecho a promover en cualquier tiempo la división de la comunidad».

Se pone de relieve, asimismo, que no asumirá las deudas y cargas de la herencia, si bien esto es algo consustancial a la propia naturaleza de la figura, pues en caso contrario estaríamos ante una institución de heredero. Lógicamente tales cargas le afectan, dado que como dice a continuación el propio precepto, solo tiene derecho al activo líquido, lo cual supone una previa satisfacción de las mismas.

VI. REFLEXIONES CONCLUSIVAS. LA DETERMINACIÓN DE SI ES LEGADO DE PARTE ALÍCUOTA O INSTITUCIÓN DE HEREDERO DEPENDERÁ DE LA VOLUNTAD DEL TESTADOR: LA PRÁCTICA DE LA PARTICIÓN PARA CONCRETAR LA CUOTA

A la vista de lo anteriormente expuesto, resulta evidente que en nuestro Derecho existe la posibilidad del legado de parte alícuota. Ahora bien, que en un caso concreto estemos en presencia de este tipo de legado o de una institución de heredero, es cuestión de interpretar el testamento para averiguar la voluntad del testador, pues esta es la ley de la sucesión.

Dadas las características de la figura, para concretar la parte que le corresponderá al legatario de cuota es necesario efectuar la partición de la herencia. Partición que el propio legatario puede promover y, además, intervenir en la misma, aunque sea a los solos efectos de fiscalización de las operaciones particionales para evitar que puedan defraudarse sus derechos, pudiéndose llegar incluso a

(61) Véase nota 36.

la rescisión de la partición si los herederos proceden por sí solos prescindiendo de los legatarios de cuota. Si se diera la circunstancia de la existencia de varios legados parciarios, uno de los cuales está sometido a condición suspensiva, los demás legatarios incondicionales podrán pedir la partición asegurando el derecho del o de los legatarios condicionales hasta constatar si la condición se cumple. Hasta ese momento se entenderá provisional la partición.

A este legatario le afecta la prohibición establecida para los herederos en el artículo 1057, de no poder ser nombrados contadores-partidores, pues el conflicto de intereses que el citado precepto trata de evitar si se nombra a uno de los herederos, se produce igualmente con los legatarios de parte alícuota, pues dadas sus características de ser beneficiario de una porción abstracta de la masa hereditaria, para concretar su derecho es necesario antes partir la herencia, por lo que no puede ser nombrado contador-partidor pese a que el artículo 1057 únicamente se refiera a los herederos.

VII. BIBLIOGRAFÍA

- ALBALADEJO GARCÍA: *Derecho Civil*, t. I. Edisofer, Madrid, 2009, puesto al día por DÍAZ ALABART.
- «Dos aspectos de la partición hecha por el testador», en *ADC*, 1948.
- BARBERO: *Sistema del Derecho Privado*, V, traducido por SENTÍS MELENDO, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1967.
- BINDER: *Derecho de Sucesiones*, traducido y anotado por LACRUZ BERDEJO, Labor, Barcelona, 1953.
- BONET RAMÓN: «Comentario de la STS, de 16 de octubre de 1940», en *RDP*, 1941.
- CASTÁN TOBEÑAS: «La dogmática de la herencia y su crisis actual», en *RGLJ*, 1959.
- *Concepción estructural de la herencia*, Reus, Madrid, 1959.
- CERDÁ GIMENO: *Estudios sobre Jurisprudencia Civil, el legado de parte alícuota*, vol. I. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1992.
- DE BUEN: *Notas a Colin y Capitant*, t. VIII, Reus, Madrid, 1981.
- DE CASTRO GARCÍA: *Ley de Enjuiciamiento Civil, Doctrina y Jurisprudencia*, t. II, dirigido por ALBACAR LÓPEZ, Trivium, Madrid, 1994.
- DE LA RICA Y ARENAL: *Comentarios al nuevo Reglamento Hipotecario*, Madrid, 1948.
- DE LOS MOZOS: «El modo como elemento accesorio de la voluntad negocial», en *RDP*, 1978.
- «La adquisición de la posesión en los legados», en *ADC*, 1962.
- DE LOS MOZOS TOUYA: «Anotación preventiva del Derecho Hereditario», en *RCDI*, 1982.
- DÍAZ CRUZ: *Los legados*, Reus, Madrid, 1951.
- DÍEZ-PICAZO y GULLÓN: *Sistema de Derecho Civil*, vol. IV, Tecnos, Madrid, 2006.
- GARCÍA FERNÁNDEZ: *Herencia y patrimonio familiar en la Castilla del antiguo régimen*, Secretariado de Publicaciones, Universidad de Valladolid, 1994.
- GÓMEZ DE LIAÑO: *Ley de Enjuiciamiento Civil (Ley 1/2000)*, Forum, Oviedo, 2000.
- HERNÁNDEZ GIL: *Lecciones de Derecho Sucesorio*, Madrid, 1973. *Obras Completas*, t. IV, Espasa Calpe, Madrid, 1989.
- LACRUZ BERDEJO: *Notas al Derecho de Sucesiones de Binder*, Labor, Barcelona, 1953.
- «Sucesión universal, sucesión a título de heredero y designación del heredero», en *RDN*, 1961.

- LÓPEZ VILAS: «Sobre la distinción entre legados e instituciones modales», en *ADC*, 1966.
- LASARTE ÁLVAREZ: *Principios de Derecho Civil*, VII, Marcial Pons, Madrid, 2011.
- MORELL Y TERRY: *Comentarios a la legislación hipotecaria*, t. III, ed. Reus, Madrid, 1928.
- MORETÓN SANZ: «Cuestiones litigiosas sobre la preterición intencional y errónea; efectos y consecuencias de la tutela de la legítima cuantitativa sobre la sucesión testamentaria», en *RCDI*, núm. 722.
- NÚÑEZ MUÑOZ: *El legado de parte alícuota. Su régimen jurídico*, ed. Edijus, Madrid, 2001.
- OSSORIO MORALES: «Comentario de la STS de 16 de octubre de 1940», en *RGLJ*, 1941.
- PRADA ÁLVAREZ BUYLLA: «El artículo 1056, párrafo 2.º del Código Civil y las menciones legitimarias», en *RCDI*, 1970.
- PUIG BRUTAU: *Fundamentos de Derecho Civil*, t. V, vol. I, Bosch, Barcelona, 1990.
- PUIG PEÑA: *Tratado de Derecho Civil español*, t. V, vol. I, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1958.
- RAMS ALBESA: *Elementos de Derecho Civil*, V, de LACRUZ y otros.
- REBORA: *Derecho de las Sucesiones*, t. I. ed. La Facultad, Buenos Aires, 1932.
- ROCA SASTRE: «El Patrimonio», en *RCDI*, 1926.
- *Notas a Kipp*, t. I, Boch, Barcelona, 1976.
- *Estudios de Derecho Privado*, t. II. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1948.
- ROCA-SASTRE MUNCUNILL: *Derecho de Sucesiones*, t. I. Bosch, Barcelona, 1995.
- ROMÁN GARCÍA: *Las obligaciones testamentarias en el Código Civil español*, Montecorvo, Madrid, 1995.
- ROYO MARTÍNEZ: *Derecho Sucesorio mortis causa*, Edelce, Sevilla, 1951.
- TRAVIESAS: «Legados», en *RDP*, 1931.
- VALLET DE GOYTISOLO: *Panorama de Derecho de Sucesiones*, I. *Fundamentos*, Civitas, Madrid, 1982.
- *El principio del favor partitionis*, Academia Sevillana del Notariado, 1991.

VIII. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- STS de 14 de junio de 1898.
- STS de 11 de febrero de 1903.
- STS de 18 de octubre de 1917.
- STS de 15 de enero de 1918.
- STS de 2 de enero de 1920.
- STS de 16 de octubre de 1940.
- STS de 22 de enero de 1963.
- STS de 21 de mayo de 1963.
- STS de 31 de mayo de 1980.
- STS de 30 de marzo de 1993.
- STS de 28 de mayo de 1994.
- STS de 22 de febrero de 1997.
- STS de 8 de marzo de 1999.
- STS de 8 de junio de 1999.
- STS de 12 de junio de 2006.
- STS de 14 de julio de 2008.
- STS de 31 de mayo de 2010.

Auto de la AP de Santa Cruz de Tenerife, de 13 de marzo de 2007.
RDGRN de 4 de noviembre de 1935.
RDGRN de 20 de junio de 1956.
RDGRN de 30 de junio de 1956.
RDGRN de 12 de junio de 1963.
RDGRN de 29 de enero de 1988.
RDGRN de 3 de febrero de 1997.
RDGRN de 3 de noviembre de 2003.
RDGRN de 19 de mayo de 2005.
RDGRN de 22 de marzo de 2007.

RESUMEN

LEGADO DE PARTE ALÍCUOTA REPARTO DE LA HERENCIA

Con este trabajo pretendemos analizar la posición jurídica que ocupa el legatario de parte alícuota respecto de la partición de la herencia, habida cuenta de que al corresponderle una cuota abstracta de la masa hereditaria (más concretamente de bienes o activo líquido) para poder asignarle su parte resulta necesario efectuar, con carácter previo, la partición. En este sentido, los asuntos más controvertidos responden a su ausencia de regulación en nuestro Código Civil. En particular, ni siquiera se le menciona en la sección correspondiente a las mandas y legados, sino que el Código se limita a referirse a la figura, de forma poco afortunada y en sentido negativo, en el artículo 655 sobre la reducción de donaciones. En buena lógica, pese a que tanto la LEC como la LH y su RH contienen más amplias referencias, el panorama normativo ha motivado grandes dudas acerca de su admisibilidad, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia y, fundamentalmente, en la DGRN. Las similitudes que el legado de parte alícuota presenta con la institución de heredero, favorece la presencia de otras tantas controversias doctrinales y judiciales. En su virtud, hemos considerado necesario dedicar un epígrafe a los debates suscitados sobre dicha admisibilidad, y una

ABSTRACT

INHERITANCE OF A PROPORTIONAL SHARE DISTRIBUTION OF THE ESTATE

A legatee who is left a proportional share of an estate stands in a tricky legal position with respect to the distribution of the estate; because the legatee is entitled to an abstract share in the assets of the estate (more specifically, its liquid assets), the estate distribution process must be performed before the correct portion can be assigned to the legatee. The difficulty of the situation's thornier aspects may be chalked up to regulatory lacunae in our Civil Code, whose section on bequests and inheritances does not even mention such matters. The most the Civil Code does is make an unfortunate negative reference to the concept in article 655, as pertains to the reduction of gifts. While the Act on Civil Procedure, the Mortgage Act and the Mortgage Regulation all contain more-generous references, the legislative panorama quite logically leads legal thought, case law and, fundamentally, the Directorate-General of Registries and Notarial Affairs to entertain dark doubts about the admissibility of the inheritance of a proportional share. The similarities between the inheritance of a proportional share and the naming of heirs make for just as many scholarly and judicial controversies. The authors have thus considered it necessary to devote a few pages

vez, aceptada su inequívoca existencia, en línea con lo sostenido por una sentencia del Tribunal Supremo que le ha dado definitiva carta de naturaleza, proponemos lege ferenda un concepto de legado de parte alicuota.

to debate over the admissibility of the inheritance of a proportional share. The unequivocal existence of the concept is ultimately accepted, in line with a Supreme Court ruling giving its definitive seal of approval, whereupon the authors offer a lege ferenda proposal defining the inheritance of a proportional share.

1.5. Obligaciones y Contratos

ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DE LA CLÁUSULA PENAL: FUNCIONES Y SU MODERACIÓN JUDICIAL EX ARTÍCULO 1154 DEL CÓDIGO CIVIL

por

ROSANA PÉREZ GURREA

Abogada

Doctorando EEES en Derecho Civil. UNED

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO.—II. CONCEPTO Y CARACTERES.—III. INTERPRETACIÓN DE LA CLÁUSULA PENAL.—IV. FUNCIONES Y TIPOS.—V. EFECTOS: 1. EFECTOS ANTERIORES AL CUMPLIMIENTO. 2. EFECTOS POSTERIORES AL CUMPLIMIENTO.—VI. LA MODERACIÓN JUDICIAL DE LA CLÁUSULA PENAL: 1. REQUISITOS DE LA MODERACIÓN. 2. JURISPRUDENCIA DEL TS SOBRE EL CUMPLIMIENTO PARCIAL O IRREGULAR PARA MODERAR EX ARTÍCULO 1154 DEL CÓDIGO CIVIL. 3. EL CARÁCTER IMPERATIVO DEL ARTÍCULO 1154. 4. CRITERIOS DE LA MODERACIÓN.—VII. EFICACIA DE LA CLÁUSULA PENAL ADJUNTA A UN CONTRATO DE COMPRAVENTA CON CLÁUSULA RESOLUTORIA EXPRESA INSCRITA EN EL REGISTRO.—VIII. BIBLIOGRAFÍA.—IX. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.

I. PLANTEAMIENTO

La responsabilidad patrimonial universal del deudor constituye una garantía general para el acreedor con la finalidad de obtener lo debido o su equivalente económico de los bienes del deudor. Pero esta garantía genérica puede ser insuficiente para satisfacer el derecho del acreedor, por lo que nuestro ordenamiento jurídico admite una serie de garantías, destinadas a asegurar el exacto cumplimiento de la obligación, mediante la constitución de una garantía real o personal, entre estas últimas citamos la cláusula penal que vamos a analizar en este trabajo y que es una figura muy presente en todo el ámbito contractual (1).

Tiene razón de garantía del crédito, pero se diferencia de otras garantías en que no altera la base patrimonial sino que modifica convencionalmente la organización ordinaria de la responsabilidad por incumplimiento. Como señala

(1) La regulación de la cláusula penal se encuentra en el Libro III, Título III, Capítulo IV, bajo la rúbrica «De las distintas clases de obligaciones».