

El Derecho sucesorio en Castán

La vida de CASTÁN TOBEÑAS es verdaderamente extraordinaria. Fue, como consta en sus propios libros, Catedrático de Derecho Civil en el año 1918, nombrado en 1933 Magistrado del Tribunal Supremo, y en 1945 Presidente del mismo Tribunal. Desde 1964 hasta su muerte, en 1969, presidió la Real Academia de Jurisprudencia. Fue Académico de la Real de Ciencias Morales y Políticas y de la Academia Internacional de Derecho Comparado de La Haya, Doctor *honoris causa* de la Universidad de Puerto Rico, Presidente de la Comisión General de Codificación, Decano honorario del Colegio Notarial de Madrid, Colegiado de honor de los Colegios de Abogados de Madrid y Valencia e hijo predilecto de Zaragoza.

La obra científica es igualmente impresionante. Está integrada por más de un centenar de títulos que abarcan las más diversas materias, desde la Filosofía del Derecho hasta el Derecho social y laboral. En este amplio abanico de ramas jurídicas, destaca sobre todas, su *Derecho civil español, común y foral*. Concretamente en derecho de sucesiones se pueden citar, entre otros trabajos, los siguientes:

La concepción estructural de la herencia.

La dogmática de la herencia y su crisis actual.

El problema axiológico en la sucesión testamentaria.

El derecho de representación y mecanismos jurídicos afines.

El derecho de representación en la sucesión lineal del artículo 811 del Código Civil.

Sucesión intestada.

La sucesión abintestato del hijo adoptivo.

La sucesión del cónyuge viudo y el problema de las legislaciones forales.

Además de estos títulos es indispensable mencionar, en materia sucesoria, su tomo VI de la obra citada sobre Derecho civil español, dividido en tres volúmenes, que recogen todo el Derecho de sucesiones.

Ante una obra tan extensa cualquier curioso del Derecho se encuentra

con la sensación de que no es posible resumir, destacar o simplemente intentar confeccionar unas líneas sobre este autor sin que asalte la idea de que lo que se diga será siempre insignificante ante la magnitud de la doctrina vertida por CASTÁN. Por ello no vamos a pretender hacer un enfoque general de lo que escribió sobre Derecho sucesorio (sería un intento vano), sino que creemos más apropiado a la finalidad de estas líneas referirnos a los puntos básicos de esta rama del Derecho y apreciar en cada una de ellas cómo las ideas de CASTÁN han influido claramente en la doctrina moderna. No vamos a hacer cita de autores, pues las opiniones que se vierten a continuación creemos que han pasado ya a formar parte de la común doctrina española actual.

Las materias escogidas y sobre las que versan los siguientes párrafos son: los conceptos generales de la sucesión *mortis causa* relativos a las nociones de heredero y legatario y las consecuencias que frente a acreedores se derivan de una u otra situación; el llamamiento a la herencia del no concebido; concepto de la legítima como freno o limitación de la libertad de testar y como *pars bonorum*; partición practicada por los herederos.

A) CONCEPTOS GENERALES DE LA SUCESION «MORTIS CAUSA»
(HEREDERO Y LEGATARIO)

En la doctrina española más moderna, recogiendo las ideas vertidas por CASTÁN, se mantiene que en la sucesión por causa de muerte se ha de partir del concepto genérico de sucesión, que no es otra cosa que colocarse una persona en lugar de otra en una relación jurídica que permanece inmutada en los demás elementos. Por tanto, suceder significa ocupar el lugar anteriormente ocupado por otra persona, y especialmente el entrar un heredero *in locum* o *in ius defuncti*. El sucesor subentra en bloque en los derecho y deberes del *de cuius*, en tanto éstos (derechos y deberes) sobreviven, no se extinguen, a la muerte del *de cuius*.

La sucesión supone subentrar una persona en el puesto de otra, en una relación jurídica que, no obstante tal transmisión, sigue siendo la misma. No basta, pues, para que exista sucesión en sentido técnico jurídico, que una o más personas ocupen el puesto que antes ha tenido otra como titular de una relación jurídica activa o pasiva, o de un complejo de relaciones; es asimismo necesario que al cambio de sujeto no acompañe la extinción de la relación antigua y la creación de otra nueva; es decir, que no haya novación. Se entiende, lógicamente, que no haya novación propia o extintiva, ya que, por lo menos, en un sentido amplio puede hablarse de una novación subjetiva (impropia) o simplemente modificativa por la entrada del heredero en la relación o relaciones jurídicas del causante. Por

lo tanto, en la sucesión *mortis causa* no se produce, o no debe producirse, la novación propia o extintiva.

La sucesión en el sentido de universal supone, pues, el paso *uno ictu* (de un golpe), en bloque y sin necesidad de las formalidades precisas para la transmisión de cada uno de los bienes singulares, de una masa de cosas, derechos y deudas desde el patrimonio de una persona (causante) al de otra (heredero), cuya posición jurídica con respecto a cada una de las relaciones singulares ingresadas de esa forma en su patrimonio sigue siendo igual a la del *tradens*; y todo ello es así, pues, con la *successio ius*, se produce la subrogación del heredero en la situación jurídica del *de cuius*, es un tránsito de la situación jurídica del causante al heredero. La herencia como universalidad no es sino fruto de la consideración unitaria del fenómeno hereditario para determinadas relaciones y para fines jurídicos precisos; unidad que no existe con relación al difunto ni con relación al heredero, es decir, ni antes ni después de operado el fenómeno sucesorio, sino sólo al operarse.

De todo lo dicho se desprende que sucesión hereditaria es una sucesión universal de una o varias personas como herederos de un conjunto de derechos transmisibles por herencia y pertenecientes a un difunto, ocupando los herederos la misma situación jurídica del causante.

Por lo tanto, la muerte del causante es un hecho que no afecta a la relación entre crédito y deuda, de manera que ésta subsiste como era antes, pero subentrando el heredero en la misma posición jurídica que tenía en ella el causante. Es decir, si era acreedor, seguirá el heredero siendo acreedor; si era deudor, continuará el mismo siendo deudor. En este último caso la relación crédito-deuda subsiste, pues, con un nuevo deudor, el heredero, colocado en el mismo lugar que el anterior deudor (el causante).

Nuestro Derecho, fiel a la tradición romanista, consagra el principio de sucesión en el crédito y en las deudas del causante. No otra cosa significan los artículos 659 y 661 del Código Civil; artículo 659: «La herencia comprende todos los bienes, derechos y obligaciones de una persona que no se extingan con su muerte»; artículo 661: «Los herederos suceden al difunto por el hecho solo de su muerte en todos sus derechos y obligaciones».

Del tenor de estos preceptos y de la opinión generalizada, podemos concluir que efectivamente en nuestro Derecho, el heredero sucede en las deudas del causante, de modo que deviene él mismo deudor (no se trata de responsabilidad por débito ajeno) y responderá, por lo tanto, como respondería en vida el causante, ilimitadamente (*ultra vires hereditatis*), como se desprende de lo dispuesto en los artículos 1.911 y 1.023 del Código Civil.

Lo expuesto hasta ahora nos lleva al punto de origen del Derecho sucesorio que, como nos enseña CASTÁN, está en la distinción de la sucesión *mortis causa* en universal y particular. La primera supone la sustitución en la universalidad de los bienes, derechos y obligaciones; la segunda, sustitución en determinados bienes o derechos. El sucesor, a título universal, recibe en nuestro Derecho el nombre de heredero; el sucesor, a título particular, el de legatario (art. 660).

Heredero es, pues, alguien que sustituye de una manera general al difunto en la titularidad de sus bienes y deudas. Es la persona que viene a hacerse cargo de todas las relaciones del *de cuius*, activas y pasivas, transmisibles *mortis causa*, salvo los bienes especialmente destinados (legados); que subentran de un golpe en el conjunto de esas relaciones, y cuya posición, dentro de ellas, es igual a la del difunto.

En su consecuencia, el heredero será aquel o aquellos sujetos de derecho que al fallecimiento de una persona se convierten en sujetos activos y pasivos de las relaciones jurídicas de que era titular el causante como consecuencia de pasar a ocupar su misma posición. Viene, pues, a identificarse la sucesión a título universal y la que se realiza a favor del heredero o herederos. La expresión sucesión hereditaria significa en Derecho español el fenómeno de subrogarse los herederos en todos los derechos y obligaciones del causante que no se extinguen por su muerte (art. 661), por más que el Código Civil califica asimismo de sucesión, si bien a título particular, la adquisición que verifica el legatario (art. 660). En consecuencia, el heredero es el continuador de las relaciones jurídicas transmisibles (activas y pasivas) del causante, que está llamado a la totalidad de la herencia, recibiendo ésta como un conjunto indistinto, y quedando sujeto, al colocarse (subrogarse) en el lugar del fallecido, a una responsabilidad personal e ilimitada (*ultra vires*) por razón de las deudas del causante.

Por el contrario, será legatario el sucesor a título singular que adquiere sólo objetos particulares, concretos y determinados y que no responde del pasivo de la herencia, sino únicamente de las cargas u obligaciones que el testador le había especialmente impuesto, dentro de los límites de su legado. El legatario es, pues, sucesor en bienes, derechos o valores patrimoniales determinados.

En nuestro Derecho civil, de base romana, existe una profunda contraposición entre la sucesión a título universal y la sucesión a título particular. Frente a quien se subroga o coloca en el lugar del causante se sitúa quien tiene derecho a perder cosas concretas de la herencia o a realizar una adquisición a costa de la misma.

A diferencia del heredero, el sucesor particular *mortis causa* (legatario) es un puro perceptor de bienes; un sucesor en relaciones jurídicas concretas; y en relaciones cuya presencia (en el patrimonio o fuera del patrimonio

del causante) es *un prius*, al menos conceptualmente, pues para dar algo de presente, es preciso que ese algo exista. Mientras la herencia se produce forzosamente siempre que alguien muere, haya o no bienes o deudas, la sucesión particular no se produce por necesidad: es preciso el acto de voluntad del causante de ordenar el legado.

El legatario tiene un derecho que le sitúa en contraposición al conjunto de bienes y derechos del causante. El legatario es un adversario frente al patrimonio hereditario. Su adquisición se realiza a costa de la herencia, sea separando de ella un objeto determinado, sea a base de aumentar su pasivo.

El legatario, en definitiva, en cuanto a las deudas de la herencia, se distingue fundamentalmente del heredero en que no sucede en las obligaciones del causante (deudas y cargas de la herencia), pues sólo cabe que el testador le imponga alguna obligación que no exceda del valor que le atribuya.

Sentadas estas ideas, es conveniente precisar, además, que en todo proceso de liquidación patrimonial de una herencia, el orden de prelación de los que tienen derecho a ella es el siguiente:

- 1.º Acreedores del causante y de la herencia.
- 2.º Legitimarios (por legítima y su suplemento).
- 3.º Legatarios.
- 4.º Herederos voluntarios.
- 5.º Acreedores particulares de los herederos.

Por lo tanto, hay dos grupos de personas cuyo interés prevalece por encima del de los legatarios, como son los acreedores del causante y de la herencia y los legitimarios, es decir, los legados tienen como base de su eficacia la existencia de un saldo activo (una vez pagados los citados grupos) y subordinado a los derechos que la Ley concede preferentemente a los legitimarios sobre ese saldo líquido.

Los legatarios son, pues, titulares de un derecho subordinado a la liquidación de la masa hereditaria, ya que pueden ver desaparecer o ver reducidos sus legados cuando el caudal relicto sea insuficiente para satisfacer las deudas del causante, cargas de la herencia o derechos de los legitimarios.

Ahora bien, fuera de este supuesto de insuficiencia del caudal relicto (en el que no responde, sino que se ve afectado), el legatario será destinatario de su legado y su responsabilidad por deudas o cargas de la herencia nunca excederá del valor del legado (párrafo segundo del art. 858), diferenciándose así radicalmente de la figura del heredero.

B) EL LLAMAMIENTO AL NO CONCEBIDO (CONCEPTURUS)

Para que una persona llamada a suceder *mortis causa* a otra, por testamento o abintestato, pueda llegar a serlo efectivamente se han de cumplir una serie de requisitos que son, además del primordial (el fallecimiento del causante), los siguientes:

- 1.º Ser persona, física o jurídica, esto es, ser sujeto de derecho.
- 2.º Sobrevivir al causante.
- 3.º Tener capacidad para suceder.

De entre los citados, merece especial mención el segundo: «Sobrevivir al causante». Esta necesidad responde a una razón evidente. No basta que una o varias personas aparezcan instituidas en testamento o estén designadas por la ley como herederas del causante. Es necesario, además, que la sobrevivan.

La supervivencia del causahabiente supone en realidad la existencia simultánea de causante y heredero para que éste suceda a aquél en el momento de su muerte. Esta exigencia tiene dos aspectos: uno, que no se discute, la necesidad de que el heredero exista todavía cuando muere el causante; otro, más controvertido, la precisión de que exista ya.

Si esto no ocurre, es evidente que causante y sucesor no llegan a coexistir, aunque sea brevemente, por lo que no parece que se cumpla esta circunstancia. Estas palabras nos llevan plantearnos la siguiente pregunta: ¿Pueden suceder al causante personas no existentes al tiempo de su muerte, si llegan después a adquirir personalidad?

Si este requisito se exigiera literal y estrictamente, la contestación ha de ser negativa, lo que nos llevaría a no aceptar supuestos que nos aparecen en la vida práctica diaria y admitidos normalmente en la doctrina moderna española, como son el del concebido aún no nacido al morir el causante, el de la persona física ni siquiera concebida y el de las personas normales que aún no han alcanzado personalidad jurídica.

De entre los citados merece especial consideración el supuesto de llamamiento a los no concebidos (*concepturus*). ¿Es posible que pueda suceder quien no está ni siquiera concebido al abrirse la sucesión? ¿Es válida la institución directa a favor de los *concepturus*?

Hay que partir en esta cuestión de lo siguiente: la ley en la sucesión abintestato no llama nunca a personas que no estén concebidas en el momento del fallecimiento del causante (apertura de la sucesión), por lo que se plantea la duda de si el testador puede llamar directamente a su herencia a un no concebido, o necesariamente ha de acudir, para que sea eficaz el llamamiento, a instituciones puente entre él y el no concebido, como, por ejemplo, entre otras, la sustitución fideicomisaria, el legado o la institución sujeta a condición suspensiva.

Este problema del llamamiento testamentario a favor de los no concebidos al abrirse la sucesión ha sido extensamente discutido por la doctrina española, la cual ha evolucionado de posiciones restrictivas a posturas de clara y franca admisibilidad.

Para la doctrina tradicional no puede heredar directamente al causante quien no estuviere por lo menos concebido a su muerte, y ello porque uno de los requisitos que ha de cumplirse para suceder *mortis causa* es el de la sobrevivencia del heredero al causante, o sea, la coexistencia entre el causante y su causahabiente.

La tesis tradicional parte del clásico principio del Derecho sucesorio romano, según el cual no puede ser heredero quien no se halle al menos concebido al tiempo de morir el causante, o sea, para que sea eficaz una institución de heredero es preciso que recaiga en una persona que ya exista en el momento del fallecimiento del *de cuius*. Por lo tanto, son ineficaces las disposiciones hereditarias a favor de personas que no han sido concebidas al tiempo del fallecimiento del causante. Para poder adquirir a título sucesorio es requisito indispensable que la persona llamada a suceder exista al morir el *de cuius*, o al menos que entonces se halle concebida o engendrada; de lo contrario, el llamamiento es ineficaz o inoperante, debiéndose considerar como no hecho.

CASTÁN, aun siendo seguidor de esta doctrina restrictiva, sin embargo, tuvo la intuición de admitir y atisbar que la regla general impositiva tenía excepciones entre las que admite nominalmente la sustitución fideicomisaria, puesto que por medio de ella estando aceptada en nuestro Derecho hasta el segundo grado, puede el testador dar la condición de herederos a personas futuras, llamando como segundos herederos a los hijos o descendientes que los primeramente instituidos tuvieran al tiempo de su fallecimiento o pudieran engendrar con posterioridad.

Esta excepción de la sustitución fideicomisaria unida a la excepción de los legados y de la institución de heredero sujeta a condición suspensiva, esta última en el sentido de aceptar la sucesión del no concebido si el nacimiento futuro se pone como condición (*si nascuntur*), abre una brecha importante en esta tesis tradicional y facilita el camino y comprensión de la tesis moderna. Esta tesis que llamamos moderna viene a aceptar hoy el llamamiento a favor de los no concebidos, incluso recta vía, en el momento del fallecimiento del causante, si resultan plenamente identificados o identificables para cuando lleguen a existir.

Esta posibilidad del llamamiento incluso directo a favor de los no concebidos es admitida hoy, también, por la doctrina del Tribunal Supremo y de la Dirección General de los Registros y del Notariado. Como muestras pueden citarse, por su modernidad, las siguientes:

- Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de noviembre de 1986, que en *obiter dictum* indicó: «La doctrina científica no ve obstáculo alguno en que los *concepturi* sean declarados herederos, no ya sólo por la vía indirecta de la sustitución, sino, también, por la directa de la institución...».
- Resolución de 28 de enero de 1988, que en su tercer fundamento de derecho declaró: «... hay también llamamientos en favor de *nondum concepti*, los cuales, aunque por no revestir la forma prevista en el artículo 781, han de ser examinados con la máxima cautela, son posibles en nuestro ordenamiento conforme a los artículos 745-1.º, en relación con los artículos 29, 30, 758, 781 y 785 del Código Civil, siempre que los favorecidos sean, como ahora ocurre, identificables...».

Hoy en la actualidad puede citarse como Ley que viene a recoger nominalmente la posibilidad del llamamiento al no concebido, la de 22 de noviembre de 1988 (*BOE* de 24 de noviembre) sobre Técnicas de Reproducción Asistida.

El artículo 9.º de dicha Ley nos dice que: «1. No podrá determinarse legalmente la filiación ni reconocerse efecto o relación jurídica alguna entre el hijo nacido por la aplicación de las técnicas reguladas en esta Ley y el marido fallecido, cuando el material reproductor de éste no se halle en el útero de la mujer en la fecha de la muerte del varón.

2. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, el marido podrá consentir, en escritura pública o testamento, que su material reproductor pueda ser utilizado, en los seis meses siguientes a su fallecimiento, para fecundar a su mujer, produciendo tal generación los efectos legales que se derivan de la filiación matrimonial.

3. El varón no unido por vínculo matrimonial podrá hacer uso de la posibilidad contemplada en el apartado anterior, sirviendo tal consentimiento como título para iniciar el expediente del artículo 49 de la Ley del Registro Civil, sin perjuicio de la acción judicial de reclamación de paternidad.

4. El consentimiento para la aplicación de las técnicas podrá ser revocado en cualquier momento anterior a la realización de aquéllas».

Por lo tanto, de conformidad con lo dispuesto en el reseñado artículo 9.º de esta Ley, uno de los medios para que el material reproductor del marido pueda ser utilizado para fecundar a su mujer es el consentimiento del mismo en testamento, el cual podrá ser revocado en cualquier momento anterior a la realización de las técnicas de reproducción. En su consecuencia, parece lógico pensar que en dicho testamento el padre-testador realice a favor del posible hijo que se concebirá en el futuro las atribuciones

suficientes o necesarias para subvenir a sus necesidades y cubrir como mínimo sus derechos legitimarios.

Esta disposición testamentaria estará, por su propia naturaleza, sometida a la condición suspensiva del nacimiento del *concepturus*.

Además de esta forma se cumplirán las previsiones o especificaciones que suelen exigirse en los fallos jurisprudenciales de que los favorecidos, los *concepturus*, sean identificables, como por hipótesis está asegurado plenamente en los casos del artículo 9.º de la citada Ley de Técnicas de Reproducción Asistida.

C) LEGÍTIMAS

Es quizá en este apartado donde se aprecia de una forma más clara la gran influencia de CASTÁN sobre el resto de la doctrina moderna española.

Parte este autor de la consideración de que el Código Civil español adopta un sistema legitimario de tipo romanista caracterizado:

- a) Por ser de reglamentación predominantemente negativa o de freno.
- b) Por no requerir que el legitimario sea instituido heredero.
- c) Por ser la legítima, normalmente, una *pars bonorum* y en ciertas circunstancias una *pars valoris bonorum*, citando en este último caso la antigua norma, derogada por Ley de 13 de mayo de 1981, de concurrencia de hijos naturales con hijos legítimos, que recogía el párrafo segundo del anterior artículo 840 del Código Civil.

Veamos por separado las letras a) y c) que acabamos de citar:

1. *Restricciones a la libertad de testar. Las legítimas*

Parte CASTÁN, y así aparece como rúbrica de la sección octava de su tomo VI, volumen II, de su *Derecho civil español común y foral*, al configurar la legítima como una «restricción a la libertad testamentaria». En efecto, la institución de heredero en testamento exige el cumplimiento de una serie de requisitos, que por lo que se refiere a la figura del instituyente, ha de tener capacidad para instituir heredero (arts. 662 y sigs. del Código Civil) y cumplir con las limitaciones impuestas por el sistema de legítimas.

Según el artículo 763 del Código Civil: «El que no tuviere herederos forzosos puede disponer por testamento de todos sus bienes o de parte de ellos en favor de cualquiera persona que tenga capacidad para adquirirlos.

El que tuviere herederos forzosos sólo podrá disponer de sus bienes en la forma y con las limitaciones que se establecen en la sección quinta de este capítulo».

En efecto, de este artículo resulta que no habiendo herederos forzosos (que serán los enumerados en el artículo 807 del Código Civil), tiene el disponente absoluta libertad de testar; existiendo herederos forzosos, esa libertad de testar quedará limitada por el sistema de legítimas.

Aunque este artículo pudiera parecer superfluo e innecesario, por las reglas que recogen los artículos 806 y siguientes del Código Civil, tiene, no obstante, la virtud de dar unas normas claras y precisas sobre el problema de la libertad de testar.

En efecto, de este artículo 763 resulta que no habiendo herederos forzosos (que serán los enumerados en el art. 807 del Código Civil), tiene el disponente absoluta libertad de testar; existiendo herederos forzosos, esa libertad de testar quedará limitada por el sistema de legítimas (los citados arts. 806 y sigs.). Nuestro Código Civil, aun siguiendo, como veremos, un sistema legitimario de reglamentación negativa o freno, haciendo gala del estilo mesurado que le caracteriza, otorga al testador la posibilidad de disponer, aun habiendo herederos forzosos, de dos tercios de la herencia:

- Uno, el llamado de «libre disposición», que puede atribuirlo en todo o en parte, sin limitación subjetiva alguna, a favor de la persona que tuviere por conveniente.
- Y otro, el de «mejora», que aunque es también de libre atribución, está limitado en el ámbito subjetivo o personal a favor, necesariamente, de «hijos o descendientes».

De lo dicho resulta que nuestro Derecho común deja libertad absoluta al testador para poder nombrar heredero a la persona o personas que tenga por conveniente, sin más limitación, en cuanto a la cuantía de la disposición patrimonial, que el respeto a la legítima.

La voluntad del testador (derecho voluntario) debe ceder ante las normas que regulan las legítimas, ya que éstas son normas de carácter imperativo y necesario, que el causante no puede alterar. La protección a los legitimarios es el límite que el derecho pone al contenido patrimonial de la institución de heredero.

La Ley deja, pues, hacer y disponer al causante en cuanto éste cumpla voluntariamente el deber que le impone y no se salga de los límites que le señala para disponer con uno u otro destino, y sólo confiere al legitimario, en forma subsidiaria, derecho de impugnación, o bien el complemento, cuando en perjuicio suyo el testador o donante se hubiese excedido de las limitaciones señaladas en la Ley.

Es, en definitiva, el sistema legitimario español un sistema de reglamentación negativa o de freno a la voluntad del testador.

2. Configuración de la legítima como «*pars bonorum*»

Esta concepción de la legítima es la que considera la doctrina mayoritaria moderna recogida en la regulación del Código Civil, citando, entre otras, muchas disposiciones, el artículo 806 del Código Civil, que parece admitirla literalmente al decir que la legítima: «Es la porción de bienes de que el testador no puede disponer por haberla reservado la Ley a determinados herederos, llamados por esto herederos forzosos». Se cita también el artículo 808, al hablar que constituye la legítima de los hijos y descendientes «las dos terceras partes del haber hereditario».

En el tipo de legítima *pars bonorum*, el legitimario es considerado como cotitular de los bienes del activo hereditario, una vez deducidas las cargas. Es cotitular de la comunidad hereditaria durante el período de liquidación y partición de la herencia, en cuanto su legítima no haya quedado satisfecha.

Con otras palabras, se podría indicar que el legitimario no es un sucesor universal, o sea, un heredero, sino un destinatario legal o forzoso de bienes. Las legítimas *pars bonorum* atribuyen al legitimario una cuota de bienes o una parte alícuota de la herencia, con lo que vienen a reputarse condóminos, copropietarios o cotitulares de la misma, juntamente con los herederos del causante.

La cuota que corresponde al legitimario en los bienes está previamente fijada en la Ley. Los bienes del condominio serán los que queden después de la liquidación del pasivo que dejó el causante; concretada así la masa hereditaria, los bienes en que se satisfará la legítima se determinarán en la partición, salvo que el testador haya concretado los bienes que corresponderán al legitimario en pago de su derecho (el causante puede satisfacer la legítima por cualquier título, art. 815 Código Civil, y con cualquier bien, incluso anticipadamente mediante donación.)

Para el supuesto de que el testador no haya concretado previamente los bienes con los que ha de satisfacerse la legítima, podrá el heredero instituido pagarla vía particional con las cosas, dinero o derechos del caudal hereditario, pero necesitando en este caso, por aplicación del artículo 1.058 del Código Civil, en relación con los artículos 1.061 y 1.062, el acuerdo del legitimario, al ser éste cotitular o condómino de todos los bienes hereditarios, durante todo el período de liquidación hasta la partición de la herencia. Por eso, mientras la legítima no esté totalmente satisfecha, todos los bienes hereditarios están afectos a su pago, como resulta del artículo 806, pues la Ley reserva a favor de los legitimarios una cuota

del patrimonio hereditario líquido. El derecho a reclamar no les asiste *ad libitum*, pues la cuota está sólo reservada y no deferida legalmente, pero sí en tanto no les sean satisfechos los bienes que el testador ordenó, o en cuanto estos bienes fueren insuficientes.

Determinado que la legítima del Código Civil es, normalmente, una *pars bonorum*, no obstante en ciertas circunstancias puede considerarse como una *pars valoris bonorum*, traducida en dinero en el momento de efectuarse el pago (arts. 821, 829, párrafo segundo del art. 1.056), así como el supuesto que antes de la reforma de 1981 recogía nuestro Código Civil en el párrafo segundo del artículo 840 (supuesto de concurrencia de hijos legítimos con hijos naturales).

La doctrina moderna, siguiendo a CASTÁN, considera, con relación a los citados artículos 821, 829 y párrafo segundo del artículo 1.056 del Código Civil, que son normas particulares que obedecen a una *ratio* singular que los desvía de la regla general del pago de la legítima *in natura*, pero que son tres excepciones que sumadas no excluyen la citada regla general, aunque reduzcan su aplicación.

Merece especial indicación, en este punto, aunque sea somera, ya que por razón de la época de la reforma, año 1981, no fueron tratados por CASTÁN, la nueva redacción de los artículos 841 y siguientes del Código Civil que parecen establecer una excepción amplísima a la regla general del pago de la legítima *in natura*.

La doctrina mayoritaria actual mantiene que las legítimas abonables en dinero en los supuestos previstos en estos artículos 841 y siguientes no parecen que no pierdan su calidad de *pars bonorum* en tanto no hayan sido totalmente satisfechas. Simplemente sufren el gravamen legal de la opción concedida para conmutarlas en dinero, sin perder su naturaleza mientras no se extinga la propia legítima con su pago. No hay, pues, derecho real de realización de valor, característico de las legítimas *pars valoris bonorum*. Es decir, el legitimario obligado a recibir su legítima en metálico no es un simple acreedor, su legítima no se ha transformado en *pars valoris* ni tampoco *pars valoris bonorum*, sino que, hasta el pago, tiene la consideración de cotitular del activo hereditario por razón de su porción reservada. Los principios generales que inspiran la regulación de la legítima en el Código Civil, y el propio artículo 844 permiten sostener que el legitimario, hasta que cobra, no pierde su derecho a la porción reservada.

Se ha indicado en relación a este interesante problema que es cierto que la reforma de 1981 establece una excepción amplia a la regla general del pago de la legítima *in natura*, pero no por amplia deja de ser excepcional. La citada regla general no ha sido suprimida tampoco (aunque haya

recortado su alcance), de tal manera que, junto a una intangibilidad global de la legítima que impide al testador apartar a todos los legitimarios de los bienes de la herencia y del pago *in natura*, cabe hablar de una especie de intangibilidad individual en cuanto que obliga al testador a atribuir tales bienes al menos a uno, al que paga su legítima también *in natura*, con la carga de cumplir en metálico la legítima de los demás; por eso, hay que entender que la excepción a la regla de satisfacción individual de los derechos legitimarios con bienes de la herencia ha llegado a ser, con el artículo 841, amplísima, pero sigue siendo una excepción.

D) PARTICIÓN PRACTICADA POR LOS HEREDEROS

Viene regulada este tipo de partición en los artículos 1.058, 1.059 y 1.060 del Código Civil, de los que podemos extraer como puntos más interesantes que nos brinda CASTÁN, el problema del principio de unanimidad y el supuesto de que en la partición existan o no menores de edad o incapacitados, y en este último caso la cuestión de la necesidad o no de la aprobación judicial de la partición.

1. *Principio de unanimidad*

El principio de unanimidad se deduce de lo dispuesto en los artículos 1.058 y 1.059 del Código Civil que han merecido en general una crítica negativa, pues se ha expuesto, con razón, que este régimen es, o puede ser, gravemente perjudicial (perjuicios que puede provocar un heredero caprichoso, rebelde, con mala fe, etc.), ya que ante la negativa de uno solo de los coherederos, los demás, sí están dispuestos a llevar a cabo la partición, se verán obligados a recurrir al juicio de testamentaria «con las dilaciones y gastos consiguientes a esos complicados e inacabables procedimientos judiciales». Por estas razones, la doctrina suele abogar por la sustitución del principio de unanimidad por el de mayoría o por alguna solución intermedia y práctica que permita dirimir el conflicto suscitado por la disidencia de alguno de los interesados.

A pesar de lo acertado y razonable de esta crítica, lo cierto es que el régimen de unanimidad se deduce claramente de las normas del Código Civil, aunque creemos que sería conveniente sustituirlo por el de mayoría, en una posible reforma futura del Código Civil.

Hoy en día este principio de unanimidad es exigido con tal rigorismo que el no consentimiento de algún heredero hace inexistente la partición sin que su falta pueda suplirse con aprobación judicial. La posibilidad que

quedará a los demás coherederos es acudir al camino que les deja abierto el artículo 1.059: la vía judicial; o bien acudir a la partición arbitral, en cualquiera de sus modalidades. Esta última posibilidad parece facilitada con la reforma de 1981 que ha introducido (párrafo segundo del artículo 1.057) una nueva opción a favor de los herederos para poder poner remedio al posible abuso de uno rebelde o caprichoso otorgando a favor de herederos y legatarios, cuando componen la mayoría de intereses en la sucesión, una nueva vía como es la de obtener del Juez que nombre un contador-partidor dativo que hará la partición con aprobación judicial.

2. *Partición practicada por los herederos cuando todos son mayores de edad y plenamente capaces*

Según el artículo 1.058 del Código Civil: «Cuando el testador no hubiese hecho la partición, ni encomendado a otro esta facultad, si los herederos fuesen mayores y tuvieren la libre administración de sus bienes, podrán distribuir la herencia de la manera que tengan por conveniente».

Como indica CASTÁN, los herederos mayores de edad gozan de libertad absoluta para hacer por sí la partición en el modo y con las condiciones que tengan por conveniente, o para designar uno o varios contadores, que la practiquen en su nombre. Mas para ello es preciso, de una parte, que el testador no la haya hecho en vida ni haya nombrado comisario, y, de otra, que todos los herederos estén de acuerdo, pues faltando el consentimiento de uno de ellos habría que acudir a la partición judicial (art. 1.059) o a la arbitral del nuevo párrafo segundo del artículo 1.057, sin que pueda ser suplida dicha falta de uno de los herederos, como ya se ha dicho, por la simple aprobación judicial de la partición (véase Resolución de 24 de diciembre de 1900).

En este punto se ha planteado la pregunta de si ¿pueden los coherederos mayores de edad y plenamente capaces partir como gusten o existen límites a esa libertad de pacto?

En una primera interpretación de las palabras del artículo 1.058: «... podrán distribuir la herencia de la manera que tengan por conveniente» se mantuvo que la letra del Código no faculta a los interesados a título de partición convencional, para no ajustarse a lo dispuesto en el testamento o preceptuado por la ley; lo que sí podrán es, en base a las palabras de dicho artículo, modificar la disposición testamentaria, pero en tal caso no será a título de partición, como ejecución de aquélla, sino a título de novación o transacción por contrato especial y aparte de aquélla, aunque con su ocasión.

La doctrina moderna actual considera que cuando todos los coherede-

ros son mayores de edad y tienen la libre administración y disposición de sus bienes, la libertad de pacto es prácticamente ilimitada, como lo demuestra la expresión tajante del artículo 1.058, según la cual los coherederos podrán distribuir la herencia de la manera que gusten o tengan por conveniente.

La jurisprudencia ha seguido la misma evolución que en la doctrina, ya que partió de una interpretación restrictiva en una Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de abril de 1915 que marcó como límite a la autonomía de la voluntad de los coherederos, la voluntad del testador, pues de no seguirla serían actos contrarios a la Ley y nacerían con un vicio originario de nulidad, sin posible convalidación.

Sin embargo, la jurisprudencia más moderna, manifestada en numerosísimas sentencias del Tribunal Supremo y en resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sigue una orientación más liberal al indicar que los herederos pueden distribuir la herencia en la forma que estimen conveniente, ya que si bien deben sujetarse a lo ordenado en el testamento, fuente y origen de sus derechos, pueden, sin embargo, de común acuerdo, prescindir de sus disposiciones y crear una situación jurídica de plena y absoluta eficacia, en defecto de personas que puedan válidamente atacarla.

3. *Partición realizada cuando entre los coherederos hay menores de edad o incapacitados*

Vamos a estudiar en este apartado, por considerarlo de la mayor actualidad, el problema de si es o no necesario en estos casos la aprobación judicial.

El problema lo enunciaremos de la siguiente forma: Practicada la partición por los coherederos, existiendo entre estos menores emancipados o no, incapacitados sometidos a tutela, ¿será necesaria la aprobación judicial? La solución, lo adelantamos ya, es distinta según se trate de menores no emancipados representados por los padres o por defensor judicial y el supuesto de incapacitados o menores sometidos a tutela.

Esta cuestión viene expuesta en la nueva edición, que es la novena del volumen I del tomo VI del *Derecho civil español, común y foral* del año 1989, recogiendo la doctrina y resoluciones más modernas, de la siguiente forma, que aun no siendo de la pluma de CASTÁN no ha hecho perder a su obra la unidad general: «La modificación del artículo 1.060 planteó el problema (agudizado después con la reforma de la tutela por la Ley de 24 de octubre de 1983) de si es necesaria la aprobación judicial de las particiones en que los menores o incapacitados son representados por el defen-

sor judicial. En la doctrina se dieron respuestas contradictorias a la cuestión, que ha sido afrontada por la Circular de la Fiscalía General del Estado de 25 de abril de 1985 y por la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 4 de abril de 1986. A la vista de esta Resolución y de aquella Circular, se entiende que en la actualidad los artículos 1.060 y 271-4.º del Código Civil deben interpretarse en el sentido de que la partición en la que el menor esté representado por el padre o madre o por el defensor judicial (éste en el supuesto de existir incompatibilidad de intereses entre el menor y sus representantes legales ordinarios) no requiere aprobación judicial; mientras que si la requiere la partición en la que el incapacitado esté representado por el tutor o por el defensor judicial que sustituye al tutor en caso de incompatibilidad de intereses».

Estas ideas pueden desarrollarse, para una mejor comprensión y explicación, de la siguiente manera:

a) Menores no emancipados representados por sus padres o por el padre con el que el menor no tuviese colisión de intereses.

No es necesaria la aprobación judicial de la partición por aplicación del artículo 1.060 del Código Civil, que dice: «Cuando los menores o incapacitados estén legalmente representados en la partición, no será necesaria la intervención ni la aprobación judicial».

b) Menores no emancipados representados por defensor judicial nombrado éste al existir colisión de intereses entre el menor y el titular o titulares de la patria potestad.

Tampoco es necesaria la aprobación judicial de la partición, según la doctrina sentada por la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 4 de abril de 1986.

En dicha Resolución se planteó la cuestión de si es necesaria la aprobación judicial de una partición hereditaria en la que los hijos menores se encuentran representados por el defensor judicial designado al existir contraposición de intereses con su padre. Los argumentos fueron, fundamentalmente, los siguientes:

- El artículo 1.060 del Código Civil establece que no será necesaria la aprobación judicial siempre que los menores estén legalmente representados, lo que supone una ampliación de su contenido respecto a la situación anterior a la Ley de Reforma de 13 de mayo de 1981, ya que hasta entonces el precepto se limitaba a enumerar exclusivamente a los padres del menor, mientras que ahora tiene lugar en todos los casos en que están debidamente representados.
- En consecuencia, al ostentar el defensor judicial el carácter de representante legal para la conclusión de un acto concreto (art. 163 del Código Civil), es claro que en la partición en que intervenga

representando al menor no debe seguir como presupuesto de eficacia la aprobación judicial, aparte de que no hubiese tenido razón de ser el modificar el artículo 1.060 por la citada Ley de 1981 si se hubiese querido mantener invariable su contenido. Considera la Resolución que la posterior reforma de la materia de tutela por la Ley de 24 de octubre de 1983 no incide en lo anteriormente indicado, ya que la indudable antinomia que ahora se produce entre el artículo 271, número 4 y el artículo 1.060 hay que referirla exclusivamente al caso en que la herencia se encuentre interesado un tutelado, pero no afecta al ámbito de representación del defensor judicial que actúa en nombre del menor.

c) Incapacitados representados por el tutor

Es indudable, conforme al citado artículo 271-4.º del Código Civil, y a la doctrina de la Resolución expuesta, la necesaria aprobación judicial de la partición.

d) Supuesto de nombramiento de defensor judicial en el caso de existir colisión de intereses entre el representado y el tutor.

En este caso sí es necesaria la aprobación judicial de la partición, como claramente se deduce de la Circular de la Fiscalía General del Estado de 25 de abril de 1985, citada expresamente en la Resolución estudiada de 4 de abril de 1986 (1).

e) Supuesto de menores emancipados.

En este caso, no es necesaria la aprobación judicial de la partición, ya sea en los casos en que puede intervenir por sí solo, ya sea en los que se

(1) La Circular de la Fiscalía General del Estado de 25 de abril de 1985 dice en este punto: «... el ámbito de la representación del defensor judicial no puede separarse del contenido y límites de la representación legal del tutor; de una parte, porque aun cuando el artículo 302 establece que el defensor judicial tendrá las atribuciones que le haya concedido el Juez, éstas no podrán exceder de las que la Ley confiere al tutor, por lo que la necesidad de aprobación judicial es un acto imperativo, no dispensable, y, de otra, porque en razón de su naturaleza, el defensor se configura como sustituto provisional del tutor en la representación para actos determinados (arts. 221-2.º, 299-1.º y 229-2.º) o en general (arts. 249 y 256) y lógicamente sus facultades no pueden exceder de las del transitoriamente sustituido».

Tal conclusión la juzgamos ajustada si atendemos, además, al fin inmediato de la norma y, sobre todo, al sistema tutelar adoptado por la Ley de 24 de octubre de 1983. Al haber pasado nuestro ordenamiento jurídico de un sistema de tutela familiar a otro de autoridad, la figura del Juez adquiere un especial relieve en el plano del control vigilancia y organización de la tutela, por lo que bien puede decirse que constituye el órgano fundamental de la institución, lo que explica que el tutor —o quien le sustituya en la presentación legal para asuntos concretos— precise autorización judicial para realizar los actos más importantes que puedan afectar a la persona o al patrimonio del tutelado (arts. 271 y 272 del Código Civil), y que sea imperativa la audiencia del Ministerio Fiscal antes de que el Juez proceda a autorizar o a aprobar los actos concluidos por el representante legal del incapacitado.

requiere el complemento de capacidad de los padres o curador (arts. 323 del Código Civil) o del defensor judicial nombrado al existir conflicto de intereses con los anteriores (arts. 163 y 299 del Código Civil).

JUAN JOSÉ RIVAS MARTÍNEZ
Notario y Registrador de la Propiedad