

*B. Sucesión testamentaria*

CAPITULO XXXIII

**Condiciones de la delación testamentaria**

§ 141.—*Capacidad de testar y de recibir por testamento*

Brugi, *Ist.*, págs. 761-778; Pacifici, *Ist.*, VI, págs. 157-169; Chironi, *Ist.*, II, § 468 Filomusi, *Dir. cred.* II, págs. 8 y 19; Zachariae, *Man.*, IV, §§ 658-660; Aubry y Rau *Cours*, VII, §§ 648-650; Planiol, *Traité*, III, números 2.887 y siguientes; Windscheid, *Pand.*, III, §§ 539, 549, 550.

Las condiciones o supuestos para que la sucesión se verifique de modo total o parcial testamentariamente, son: que haya una válida declaración de voluntad del de *cuius*, emitida en la forma ordenada por la ley (testamento), que el de *cuius* sea capaz de disponer y el heredero instituido capaz de adquirir, que la disposición, cuando haya un derecho de sucesión necesaria (cuotas de reserva o legítima) respete éste. En el capítulo siguiente nos ocuparemos del testamento y sus formas, en el presente de las demás condiciones del mismo y de las capacidades de disponer y recibir.

I. *Capacidad de testar.*—Declara el Código (art. 762) que pueden disponer por testamento todos los que, según la ley, no sean incapaces. Y en el artículo siguiente (763) determina quiénes son incapaces. Este precepto del art. 763 debe ser completado con el del art. 33 del Código penal. Son, por tanto, causas de incapacidad:

a) La edad, cuando no llegue a tener los dieciocho años (artículo 763, núm. I).

b) La interdicción por enfermedad mental, no la simple inhabilitación (art. 763, núm. 2).

c) La misma enfermedad mental, aunque no resulte comprobada en juicio de interdicción, y las afecciones mentales aunque sean pasajeras, con tal de que la enfermedad o afección subsistan al tiempo de hacerse el testamento.

d) La *condena* a la pena de presidio, que no sólo impide hacer testamento, sino que determina la nulidad del que se hubiere hecho anteriormente (art. 33 del Código penal).

El testamento hecho por estas personas es nulo y no podría convalidarlo la desaparición posterior de la incapacidad, porque el acto originariamente nulo no se convalida, y lo mismo el testamento, aunque pudiera pensarse—ya que la voluntad se debe estimar continuamente renovada y conformada desde el momento de la confección del testamento hasta el de la muerte—, que el menor que llega a la mayor edad o el enajenado que cura, al no hacer nuevo testamento, parece como que quieren que tenga validez el primitivo. Precisa, pues, para que el testamento tenga validez, que se otorgue de nuevo.

Es, pues, principio de nuestro Derecho—y en ello difiere del Derecho romano—, que la capacidad debe tenerse en el momento de otorgarse el testamento, no en el de la muerte; así, por el que está sano, demente más tarde, enferma o es interdictado; la sobrevenida causa de incapacidad no perjudica al testamento hecho cuando esta incapacidad no existía. Una excepción a este principio, basada en la idea de la pena, representa la norma del artículo 33 del Código penal.

Nada tienen que ver con la capacidad de testar todas aquellas causas que vician la voluntad de testar (error, dolo, violencia), que pueden aquí, como en cualquier otro negocio jurídico, extraviar la determinación voluntaria del testador. Se aplican aquí las normas generales expuestas en otro lugar (vol. I, párrafo 27), a las que deben adicionarse las siguientes observaciones relativas al error.

El error puede recaer en la persona a cuyo favor se hace la disposición, es decir, sobre su identidad personal; en tal caso, la

disposición será ineficaz, ya que no se ha manifestado la verdadera voluntad interna. Si solamente hubiere indicación errónea de la persona del heredero o del legatario, pero del contexto del testamento o de otros documentos o hechos resulte claramente determinada la persona del heredero o del legatario, dicha disposición será plenamente eficaz (art. 836). Análogamente, cuando el error verse sobre el objeto, es decir, cuando la cosa legada resulta erróneamente indicada o descrita, pero se conozca sin género de duda el objeto de que el testador quiso disponer, será también eficaz la disposición (art. 836). Además el error puede versar sobre el motivo determinante de la disposición. A este respecto declara el art. 828: «Las disposiciones a título universal o particular, fundadas en causa expresa que resulte errónea, cuando esta causa sea la única que hubiere determinado al testador, no tienen efecto alguno». No se trata aquí de uno de los motivos internos que no influyen en los negocios jurídicos ni en el testamento, sino del motivo único (I) que ha determinado la voluntad del testador, y que se ha exteriorizado mencionándolo expresamente en el acto (por ejemplo, instituyo heredero a Ticio porque no vive ya mi yerno).

II. *Capacidad de recibir*. — Nos remitimos aquí a las nociones fijadas en el párr. 134 sobre la capacidad de suceder en la delación legítima, pues las incapacidades allí indicadas (nacido no viable, ausente, premuerto, indigno), rigen también para la testamentaria, por declararlo así de un modo expreso el art. 764 de la ley — salvo el caso ya recordado del no concebido hijo inmediato de determinada persona que viva al tiempo de morir el testador (art. 746) —, y consignaremos además otras normas peculiares de la sucesión testamentaria. La incapacidad puede ser absoluta o relativa; absoluta, cuando se es incapaz respecto a todos, y tal es el caso del nacido no viable o del no concebido (excepto el caso previsto en el art. 764); relativa, es la que impide recibir sólo de determinadas personas, como, por ejemplo,

(I) El artículo habla de *causa*, pero se refiere al motivo, pues la causa en el testamento y en sentido técnico es el mismo de hacer una liberalidad.

la del tutor o del hijo adulterino o incestuoso, que no pueden aprovecharse de las disposiciones testamentarias del pupilo o del padre natural, o la que impide recibir más de cierta cuota.

*Entidades colectivas.*—Es importante la cuestión de si pueden o no recibir por testamento las entidades colectivas que no hayan obtenido el reconocimiento o que hubieren perdido éste, es decir, las entidades existentes de hecho, las que hubieren sido suprimidas y las que estuvieren por crearse.

Comoquiera que la persona jurídica sólo existe concurriendo los elementos constitutivos que a su tiempo estudiamos (fin, personas o bienes, reconocimiento por el Estado), faltando tan sólo uno de dichos elementos no puede haber disposición testamentaria en favor de la entidad a que tal requisito falte, pues la disposición testamentaria exige existencia actual y certera del heredero o legatario.

Pero el rigor de los principios debe suavizarse frente a las exigencias sociales. Un caso que merece protección es el de que alguien testamentariamente disponga la creación de una entidad, destinando a ella todo su patrimonio, parte de él o cosas singulares, es decir, instituyendo heredero o legatario a una entidad a crear. La ley prevé este caso y lo permite, conteniendo normas especiales para la creación de establecimientos de beneficencia, cuya fundación persiga la disposición testamentaria (ley de 17 de Julio de 1890 sobre obras pías, art. 84, y Reglamento de 5 de Febrero de 1891, art. 93) (1).

Esta norma no debe limitarse en su aplicación a las instituciones benéficas tan sólo, pues enuncia un principio general aplicable a toda otra especie de personas jurídicas. La disposición es, pues, válida entre sí; pero la adquisición de bienes no podrá haberse hecho de modo definitivo si a la creación no sigue el reconocimiento por el Estado y si no precede a la adquisición la

(1) Vide lo dicho en el primer volumen y además la nota de Filomusi, *Sulla istituzione di un pubblico istituto da fondare* (*Foro it.*, 1904, páginas 981 y siguientes), en la que se hallarán amplias referencias al Derecho histórico y comparado y abundante bibliografía, y además Gabba, *Intorno alla validità della istituzione in erede di un ente morale da fondarsi* (*Quest. dir. civ.*, II, páginas 3.<sup>a</sup> y siguientes).

autorización del Gobierno, de la que precisan todas las personas jurídicas para aceptar liberalidades testamentarias (art. 932 del Código civil).

Esto por lo que respecta a las entidades a fundar; pero con mayor razón deberá tal norma aplicarse en favor de una entidad existente de hecho (por ejemplo, una asociación, un círculo, una casa). Se comprende que esta entidad, como tal, no pueda adquirir el legado o ser heredero si no ha obtenido la autorización del Gobierno; y como ésta presupone el reconocimiento del Estado, deberá esperarse éste, el cual puede darse implícitamente en la autorización para aceptar.

Por el contrario, carecen de capacidad las personas jurídicas suprimidas o que no puedan obtener reconocimiento del Estado por ser su fin ilícito o contrario al derecho; la disposición testamentaria sería en tal caso nula sin más. La cuestión tiene para Italia excepcional importancia si se piensa en multitud de entidades eclesiásticas que las leyes del reino suprimieron confiscando sus bienes y prohibiendo rigurosamente su reaparición; tales, por ejemplo, las órdenes monásticas, abadías, prioratos, capellanías, beneficios simples y legados píos. A este respecto deben recordarse las normas siguientes contenidas en el Código civil y en leyes especiales.

El art. 83 declara nulas las disposiciones ordenadas a la institución o dotación de beneficios simples (es decir, que no tengan cura de almas), capellanías laicales y otras fundaciones semejantes, es decir, de todas aquellas entidades que tengan los caracteres de perpetuidad, autonomía, fin de culto, que no se consideren indispensables para las necesidades de los fieles. Son las que suprimió la ley de 15 de Agosto de 1867.

El art. 829, después de declarar inadmisibile la prueba de que las disposiciones en favor de persona designada en el testamento sean aparentes y recaigan realmente en otra persona, añade que la prohibición de esta prueba no rige cuando la institución o legado sean impugnados, por hacerse mediante persona interpuesta en favor de incapaces. Y el art. 773: que toda disposición testamentaria en favor de incapaces es nula, aun cuando sea disi-

mulada bajo la forma de un contrato oneroso o se haga mediante persona interpuesta. Finalmente, la ley de 19 de Junio de 1873, que extendió a la provincia de Roma las leyes sobre corporaciones religiosas y sobre conversión de los bienes inmuebles pertenecientes a las entidades eclesiásticas, estableció en su art. 28 la nulidad de las disposiciones y actos que tendieren a burlar las incapacidades de las entidades eclesiásticas, aun cuando aquéllos fuesen simulados o hechos a nombre de personas interpuestas. De todo ello se deduce que ninguna entidad prohibida, aunque existente de hecho, puede recibir liberalidades, y de modo especial serían nulas las hechas a favor de las asociaciones religiosas, disueltas legalmente, aun cuando la liberalidad se hiciese en favor de uno de sus miembros para favorecer a la asociación, pudiendo, en tal caso, probarse que el heredero o legatario fueron instituidos como persona interpuesta para favorecer a un incapaz (1).

b) *Indignos*.—Pasando a estudiar los casos de incapacidad relativa, o sea, de incapacidad para recibir de determinadas personas, son incapaces en la sucesión testamentaria, como en la legítima, los indignos, los cuales pueden ser perdonados (*remisión*) por el testador (artículos 766 y 726). Tal incapacidad no perjudica a los hijos o descendientes del indigno, ya sucedan éstos por derecho propio, ya por representación (art. 728); tales descendientes tienen siempre derecho a la legítima que hubiera correspondido al excluido (art. 765). La incapacidad del indigno es total y no pueden recibir nada de la herencia del que fué ofendido por ellos.

(1) Contra esta conclusión, Simoncelli, *Sui legati di culto* (*Rend. Ist. Lomb.*, XXXI, 1893); en *Foro it.*, 1901, páginas 307 y siguientes e *ib.*, 1908, página 554, y Coviello en *Giur. it.*, 1901, pág. 327 y en *Man. dir. civ.*, I, página 727, n. 1; Venzi en Pacifici, *Ist.*, VI, páginas 366 y siguientes, y Ferrara, *Tratt. dir. civ.*, I, pág. 721. Véase también Brugi, *Proprieta*, I, páginas 33 y siguientes; Ruffini en *Riv. dir. pubbl.*, 1909, I, páginas 174 y siguientes; Ascoli en *Riv. dir. civ.*, 1909, páginas 251, 409 y siguientes; Mortara en *Giur. it.*, 1908, II, pág. 277; Losana en *Rolandino*, 1918, página 153. Pero admitir la validez de tales disposiciones equivaldría a permitir el fraude de las leyes supresivas y a perpetuar las manos muertas con los inconvenientes todos que las leyes italianas quisieron suprimir.

c) *Tutores*.—Total es también la incapacidad del tutor, quien no puede aprovecharse de las disposiciones testamentarias de su administrado hechas antes de la aprobación de las cuentas definitivas, aunque el testador hubiere muerto después de ser aprobadas (art. 769). Pero se trata de una incapacidad temporal, ya que dura hasta que son aprobadas las cuentas; la razón de esta prohibición radica en el peligro de que mientras prosigan las relaciones de negocios sea el administrado menos libre en la determinación de su voluntad. No afecta la prohibición a los tutores que sean ascendientes, descendientes, hermano, hermana o cónyuge del testador (art. 769) como no afecta tampoco al protutor ni a los curadores de los menores emancipados o de los inhabilitados.

d) *Notarios y testigos*.—También son incapaces y totalmente los Notarios y todo otro funcionario civil, militar, marítimo, consular que hubieren autorizado un testamento público en el que se hagan instituciones o legados en su favor, y los testigos que hubieren intervenido en la confección de un tal testamento para recibir por el mismo (art. 771); también son incapaces las personas que hubiesen escrito el testamento secreto a no ser que el testador haya aprobado la disposición de modo auténtico en el mismo documento o en el acto de su entrega (art. 772). Con ello se mira a impedir todo abuso de confianza por parte de quienes participaron en la confección del testamento, y a evitar cualquiera sospecha sobre la sinceridad de las declaraciones hechas por el testador.

e) *Hijos naturales*.—Hay que distinguir tres categorías de éstos, además de la de los legitimados equiparados completamente a los legítimos: 1) Hijos adultérinos o incestuosos; como su reconocimiento está rigurosamente prohibido, hay que suponer que su ilegitimidad resulta de uno de los modos previstos en el art. 193. La ley les priva del derecho a recibir de sus padres cualquier liberalidad; sólo pueden reclamar alimentos (art. 767). De esto se desprende que cuando su incestuosidad o adulterinidad no conste, su capacidad es plena y nadie puede probar su origen ilegítimo, porque de la prohibición del reconocimiento se

deduce la prohibición de esta prueba (1). 2) Hijos naturales simples que pueden ser reconocidos, pero que no lo han sido, debiendo reputarse afectos de incapacidad, ya que para el testador son extraños (2). 3) Hijos naturales reconocidos. Su capacidad es limitada si concurren con descendientes o ascendientes legítimos del testador, ya que en este caso no pueden recibir más de cuanto les es atribuido en la sucesión intestada (art. 758).

f) *Cónyuge del binubo*.—Finalmente, se hallan afectos de una incapacidad parcial las personas que hubieren contraído matrimonio con un viudo o con una viuda: si del primer matrimonio hubiéren hijos, el viudo o viuda que contraiga segundas nupcias no puede dejar al nuevo cónyuge una porción mayor de la que hubiere dejado al menos favorecido de los hijos del primer matrimonio (art. 770). Con ello se tiende a impedir que el segundo cónyuge ejerza sobre el otro un influjo dañoso a los hijos del primer matrimonio; esta norma es una reminiscencia de la prevención con que la legislación anterior miraba las segundas nupcias (3).

Para todas las citadas incapacidades (4) rige el principio de

(1) Sin embargo, la opinión no es unánime; otros sostienen que la prohibición del reconocimiento no impide la prueba de la adulterinidad o incestuosidad pues la finalidad del art. 787 difiere de la del art. 193 y con prohibir tal prueba se infringe la norma del art. 767, el cual declara incapaz al hijo cuya adulterinidad o incestuosidad conste. Venzi en Pacifici, *Ist.*, VI, pág. 223, n. p.

(2) Otros, en cambio, creen que debe aplicarse la norma del artículo 767; o sea, que constando su ilegitimidad por uno de los modos previstos en el art. 193, nada más pueden pedir que los alimentos. Pero esta opinión no es admisible aunque parezca equitativa, pues admitiéndose para ellos una capacidad ilimitada, se atribuiría a los hijos naturales no reconocidos una condición mejor que la de los reconocidos. Vide, Venz en Pacifici, *Ist.*, VI, pág. 222, n. o.

(3) Sobre la incapacidad derivada de las segundas nupcias. Del Vecchio, *Le sec. nozze del coniuge superstite*. Florencia, 1885; Vesani, *Seconde nozze* (en *Dig. it.*); Manaresi, en *Arch. Giur.*, XXIV, páginas 458 y siguientes; Tiscornia, en *Legge*, 1908 páginas 2.263 y siguientes, 2.445 y siguientes. Para la historia, véase Salvioli, *St. dir. it.*, 8.<sup>a</sup> ed., §§ 443, 444

(4) No hay otras, aunque algunas de las admitidas por los Códigos anteriores debiera haberse conservado en el actual. Así, por ejemplo, el

que es ineficaz cualquier medio tendente a eludir el rigor de la prohibición. La ley declara nulas no sólo las disposiciones prohibidas que se encubran bajo la forma de un contrato oneroso (por ejemplo, si se trata de una liberalidad disimulada en un contrato de venta), sino también aquellas que aun ofreciendo el carácter de una disposición testamentaria, se hagan mediante interposición de persona (instituyo heredero al cónyuge de mi tutor o del Notario autorizante, para beneficiar en realidad al tutor o Notario).

Así lo establece el art. 773, agregando que son personas interpuestas el padre, la madre, los descendientes y el cónyuge del incapaz. Con esto se establece una presunción de interposición respecto a las normas citadas; pero ello no excluye el que en otros casos pueda probarse que la persona designada (por ejemplo, un amigo del testador) es un interpuesto que ha de entregar los bienes al incapaz para recibir (art. 825).

En el caso de incapacidad parcial (como en el del cónyuge binubo o en el del hijo natural no reconocible) se pregunta a quién aprovechará el excedente de la porción permitida. La so-

Código francés (art. 909), reproducida en el parmense (art. 632) y en el estense (art. 731) y ampliada en el borbónico (art. 825); según este último, los médicos, cirujanos, funcionarios de Sanidad y los especialistas que hubiesen atendido a una persona de una enfermedad, en el curso de la cual hubieren muerto, los abogados que hubiesen aconsejado y dirigido el testamento, los eclesiásticos que hubieran asistido al difunto en su última enfermedad, no podían aprovecharse de las disposiciones testamentarias hechas en favor suyo durante dicha enfermedad. La prohibición tendía a librar la voluntad del testador del influjo captatorio de tales personas y a nuestro parecer era muy oportuna. Pero Pisannelli (*Relazione en Giansana*, I, pág. 69) la suprimió declarando que la ley no debía ir tan lejos en materia de incapacidades y que más grave peligro de abuso y seducción ofrece el pariente, que el amigo o doméstico que convive con el enfermo o le asiste continuamente. Explicación ilógica, porque lo que hace más temible la presión de estas personas es su posición preeminente, el influjo que pueden actuar en el ánimo de su cliente o penitente; tanto más ilógica cuanto que Pisanelli propuso un artículo conminando la incapacidad para recibir a los custodios y guardianes de las cárceles, respecto a las disposiciones testamentarias de las personas por ellos custodiadas; artículo que no pasó al texto definitivo.

lución variará según los casos: aprovechará a los llamados conjuntamente con el incapaz cuando se dé entre ellos el derecho de acrecer, a los sustitutos, si hubiere sustitución testamentaria, o a los sucesores legítimos.

§ 142.—*Límites a la libertad de disponer*

Brugi, *Ist.*, § 98, 121; Pacifici, *Ist.*, VI, pág. 394; Chironi, *Ist.*, II §§ 484, 485, 488; Zachariae, *Man.*, VI, §§ 687-700; Aubry y Rau, *Cours*, VII, §§ 677-690; Planiol, *Traité*, III, número 3.047; Windscheid, *Pand.*, III, §§ 576-586. (1)

*Concepto y naturaleza de la reserva.*—Así como la capacidad de recibir aparece limitada en algunas personas a determinada medida, así también respecto a la de disponer hay casos en que el testador, aun siendo plenamente capaz, no puede, habiendo ciertas personas, exceder, en cuanto a su libre disposición, de una cierta medida. Estas personas que restringen la libertad de testar tienen por ley derecho a una cuota de reserva o legítima, y como respetando dicha cuota o medida, el testador puede disponer de lo demás libremente, se llama *disponible* a la parte sustraída a toda vinculación e *indisponible* a la otra integrada por las porciones legítimas correspondientes a los reservatarios o legitimarios (2). Hay, pues, aquí una sucesión necesaria en el sentido (ya explicado) de que el llamamiento tiene lugar aun contra la voluntad del difunto, por disposición de la ley, la cual no suple la voluntad del difunto, sino que prohíbe una distinta atribución de los bienes. Esto no significa una incapacidad par-

(1) Véase también Brocher, *Etude sur la légitime et les reserves*, 1868; Boissonade, *Histoire de la reserve hereditaire*, París, 1873; De Pirro, *Contributo alla dottrina della legittima* (*Riv. it., p. Sc. Giur.*, XVIII, 1854).

(2) Conviene advertir que no hay limitación tan sólo a la libertad de disponer por causa de muerte; es decir, por testamento, si que también a la libertad de disponer por donación. La sustitución de la reserva aun siendo propia de las sucesiones, tiene gran transcendencia también en orden a los actos *inter vivos*, funcionando como límite a la libertad de disponer por actos *inter vivos*.

cial del *cuius*; es simplemente una limitación a su facultad de disponer, limitación que se opera atribuyendo a determinados parientes una cuota intangible del haz hereditario y que se basa en la idea de comunidad doméstica. En efecto, no a todos los llamados por la ley es atribuída una cuota legitimaria; ésta, por lo general, se atribuye a los parientes más próximos del difunto, ligados a éste por vínculos de sangre o matrimonio y que constituyen el consorcio familiar en sentido estricto: los descendientes, los ascendientes, el cónyuge; con estos parientes se forma la comunidad doméstica.

Resultado de la combinación de la institución conocida con el nombre de *portio legitima* del Derecho romano (el cual parte de la libertad de testar restringiendo ésta con la obligación impuesta al testador de dejar algo al legitimario) y con la de la reserva propia de los derechos germánico y consuetudinario francés (los cuales parten de la idea de la comunidad doméstica que excluye la libertad de testar y admiten por excepción una cierta libertad de disponer en favor de extraños, debiendo reservarse el resto del patrimonio en favor de los hijos) la legítima o reserva de nuestro derecho se inspira, por lo que afecta a su regulación, en las dos instituciones en que se origina, representando una conciliación del principio de libertad del propietario para disponer de sus cosas, con las legítimas espectativas de los miembros de la familia.

Al prohibir al testador que tiene descendientes, ascendientes o cónyuge disponer a título universal o particular de todos sus bienes, la ley pretende asegurar a estas personas un mínimo, variable según la clase de legitimarios, que es una cuota fija, cualquiera que sea su número.

Si se pregunta ahora cuál sea el carácter de la sucesión necesaria y cuál la índole jurídica de la reserva, diremos que se trata de una sucesión legítima y que la reserva es una cuota de herencia.

Legítima es la sucesión de los reservatarios, puesto que su vocación es hecha por la ley, no por el testamento; poco importa que el testador, respetando el límite marcado, haya instituído

heredero al legitimario por el importe de la reserva. Pero es evidente que en los demás casos si el legitimario es instituido heredero en todo el haz o en una cuota que exceda de su porción legítima, o sea en una parte de la cuota disponible, la sucesión tendrá carácter testamentario, pues no puede hablarse de reserva cuando el legitimario consigue algo más que el importe de aquélla: la porción legítima queda absorbida en toda la porción atribuida. En el primer caso se aplicarán las normas propias de la sucesión *abintestato*, en el segundo las de la testamentaria.

La porción legítima es cuota de herencia (art. 808), al menos cuando se atribuye en plena propiedad, como ocurre con la de los ascendientes y descendientes. Esto quiere decir que quien sucede en la legítima es heredero, es decir, sucesor a título universal, no particular. De aquí derivan las consecuencias que la cualidad de heredero produce: el legitimario tiene la posesión de derecho de los bienes hereditarios, es comunero de los mismos, tiene la acción de petición de herencia; pero como contrapartida, el legitimario está obligado a pagar las cargas y deudas hereditarias o a contribuir a su pago en proporción de su cuota y también *ultra vires*, pues como reservatario no puede rehusar la responsabilidad por las deudas del difunto, y hasta de los legados responde si éstos son hechos no a coherederos, sino a los terceros extraños, siempre que no hubiere aceptado con beneficio de inventario (art. 972). Donde más claramente se manifiesta que la reserva es cuota de herencia y no legado es en la renuncia, pues mientras el heredero a quien el testador deja un legado puede renunciar a la herencia sin perder su derecho como legatario (art. 945), el legitimario instituido heredero no puede, si renuncia a la herencia, retener o conseguir nada a título de legítima (art. 1.003) (1).

No tiene este carácter cuando la reserva no se atribuye en

(1) Otros efectos que derivan del carácter de derecho sucesorio que la reserva tiene: el derecho surge en el reservatario en el momento de la apertura de la sucesión o sea con la muerte del de *cuius* y no es ejercitable ni puede ser asegurado viviendo éste, antes de la apertura no es posible renunciar a la legítima ni pactar sobre ella, pues esto sería un pacto sucesorio; también para el legitimario es la indignidad causa de exclusión.

plena propiedad. El Código afirma que la porción legítima es cuota de herencia en relación tan sólo a los descendientes y ascendientes (art. 808); no ofrece tal carácter la cuota del cónyuge que la tiene solamente en usufructo, por lo que debe considerarse como un sucesor a título particular, como un legatario *ex lege*.

De lo dicho hasta aquí se deduce que la reserva es por naturaleza intangible, de modo que el testador no puede gravarla ni disminuirla (art. 808). Abstracción hecha del cónyuge y de los hijos naturales, cuya porción puede pagarse en especie o en dinero (artículos 819, 815, 744), la legítima de los descendientes y ascendientes es debida en plena propiedad y en especie, es decir, en bienes hereditarios, sin que el testador o el heredero puedan convertirla en otros valores aunque éstos sean económicamente superiores. Por consiguiente, toda cláusula que implique subrogación de los bienes hereditarios por otras ventajas patrimoniales; o limitación a la libre disponibilidad de la cuota, sería ineficaz.

El testador que deja al legitimario algo más que la cuota de reserva, puede muy bien sobre el exceso constituir cargas o gravámenes. En tal caso—es decir, cuando el testador atribuya al reservatario una porción superior a su reserva—, puede ser gravada incluso ésta. Esto se opone a la norma de la absoluta intangibilidad de la reserva, pero como se justifica por la mayor ventaja que puede obtener el legitimario aceptando con la liberalidad la reserva gravada, el citado principio se salva con la llamada caución sociniana (1), o sea con la facultad otorgada al heredero legitimario de aceptar la liberalidad con la carga impuesta a la reserva o de rechazar la carga contentándose con la legítima solamente. Una aplicación de este expediente, que es al propio tiempo medio de evitar complejos cálculos, nos la ofrece el caso por el art. 810, o sea cuando el testador constituye un usufructo o una renta vitalicia cuyos rendimientos excedan de la porción disponible o disponga de la nuda propiedad de una cuota que supere a la porción dicha. Los herederos le-

(1) Llamada así por el Jurisconsulto Socino que la introdujo.

gítimarios a quienes se atribuye además de la reserva la nuda propiedad o el usufructo de la disponible, recibiendo dicha reserva gravada con el usufructo o menguada en la nuda propiedad, pueden optar por ejecutar la disposición o por abandonar el goce o la propiedad de la porción disponible recibiendo solamente la legítima libre de toda carga.

*Especies de reservatarios.*—Las normas contenidas en el Código relativas a esta materia, se refieren a la legítima debida a los descendientes y ascendientes y a los derechos correspondientes al cónyuge supérstite e hijos naturales (artículos 805 811 y 812-820, respectivamente), siendo muy diversa la condición jurídica de esta segunda categoría, sobre todo en lo que se refiere al cónyuge.

a) *Descendientes.*—Sentado el principio de que el testador que no deja descendientes, ascendientes o cónyuge puede disponer de todos sus bienes a título universal o particular (artículo 809), la ley fija en la mitad del haz hereditario la cuota reservada a los hijos; es esta su porción legítima, que es fija en su medida, cualquiera que sea su número (art. 805). Así, si hay un hijo único, él sólo obtendrá la mitad, y si hubiere varios, dicha mitad se dividirá entre ellos por cabezas, esto es, atribuyéndoles porciones iguales. Bajo el nombre de hijos, se comprenden los descendientes inmediatos, o sean los hijos legítimos y los legitimados o los equiparados a éstos, como los adoptivos y ulteriores descendientes en grado más remoto, es decir, nietos, biznietos, etc. (art. 806). Respecto a estos últimos en sus relaciones entre sí, la división se efectúa haciendo relación a los hijos; como dice el Código (art. 806), los descendientes sólo se cuentan por el hijo a quien representan, cualquiera que sea la causa de que tal hijo no suceda (1).

b) *Ascendientes.*—Como los hijos y sus descendientes ex-

(1) Así por ejemplo: si el difunto tuvo dos hijos de los cuales uno hubiere premuerto y el otro renunciado; el primero deja tres hijos suyos y el segundo dos; los cinco nietos reciben la mitad del haz y la dividen en dos partes iguales y luego cada parte ( $\frac{1}{4}$ ) se divide entre los tres hijos del premuerto (correspondiendo  $\frac{1}{12}$  a cada uno, y la otra entre los dos del renunciante ( $\frac{1}{8}$  para cada uno).

cluyen a todo otro pariente, sólo en defecto de éstos se pasa a los ascendientes. La porción legítima de éstos es también una cuota fija de la herencia: el tercio. Este corresponde en primer lugar a los padres, o al padre o madre supérstite, y cuando falten ambos padres a los ascendientes ulteriores en línea paterna o materna, de modo que el grado más próximo excluye al más remoto (cualquiera que sea la línea a que el ascendiente pertenezca), y si hay ascendientes de igual grado en ambas líneas, el tercio se subdividirá atribuyendo la mitad del mismo a los ascendientes de la línea paterna y la otra mitad a los de la materna (art. 807) (1).

c) *Cónyuge supérstite*.—El principio acogido por la ley es el de que al cónyuge corresponde siempre una porción, quienquiera que sea el heredero concurrente, con tal que contra dicho cónyuge no se haya dictado sentencia firme de separación personal. La reserva atribuída al cónyuge es siempre en usufructo, y además, no siempre consiste, como en el caso de los anteriores legitimarios, en una cuota fija, pues puede ser, según la especie de herederos concurrentes, fija o variable. Por tanto, si el difunto deja hijos legítimos o descendientes de éstos, la cuota del cónyuge será una porción en usufructo igual a la que corresponde a cada hijo como legítima, comprendiendo a dicho cónyuge en el número de hijos (art. 812). La cuota en este caso es variable, y se fija como máximo la cuarta parte de la herencia (2). Si el testador no deja descendientes, pero sí ascendientes, la parte reservada al cónyuge es el usufructo de una cuarta parte del haz hereditario (art. 813). La cuota en tal caso

(1) Así si sobreviven el padre y la madre, cada uno obtendrá la mitad del tercio ( $1/6$ ); si sobreviven los dos abuelos paternos y uno materno, aquéllos obtendrán juntos  $1/6$  y éste el otro sexto; si sobreviven los cuatro abuelos, cada uno obtendrá  $1/12$ ; si todos los bisabuelos y la abuela paterna, ésta el tercio entero y aquéllos nada.

(2) En efecto, basta que haya un solo hijo, con tal de que el usufructo (que debe recaer sobre una cuota de la mitad del haz hereditario) sea en tal caso de la cuarta parte. Será más bajo éste a medida que aumente el número de hijos. Si por ejemplo, hay 5 hijos, el usufructo recaerá sobre  $1/6$  de la cuota de reserva o sea sobre  $1/12$  del haz hereditario.

es fija. Cuando el cónyuge, no habiendo descendientes ni ascendientes, concurre con otros parientes o con un extraño, su cuota es también fija de un tercio en usufructo (art. 814).

De ser la cuota usufructuaria, se deduce que el cónyuge reservatario es un legatario *ex lege*. Además, es facultativo en los herederos, cualesquiera que éstos sean, y aunque sean extraños, satisfacer los derechos del cónyuge mediante la constitución de una renta vitalicia o la asignación de los frutos de determinados inmuebles o de capitales hereditarios fijados de común acuerdo o por la autoridad judicial (art. 819). Es, sin embargo, tratado como un verdadero y propio legitimario en cuanto a sus derechos y a las garantías que le son debidas para asegurar la satisfacción de los mismos (art. 820); mientras tales derechos no le sean satisfechos, conserva un usufructo sobre todos los bienes hereditarios (art. 819).

Es digno de observar, de una parte, que la porción debida a un cónyuge no implica disminución de la legítima de los descendientes o ascendientes; constituye, pues, una detracción de la parte disponible (art. 818); de otra, que no respondiendo como no responde el cónyuge, de las cargas hereditarias, está obligado en compensación a imputar a la cuota todo lo que hubiere adquirido a virtud de disposición testamentaria o de las capitulaciones matrimoniales (art. 820).

d) *Hijos naturales*.—También a los hijos naturales reconocidos corresponde una cuota de reserva; pero a diferencia de la que corresponde al cónyuge, esta es una cuota en propiedad que confiere la cualidad de heredero, a pesar de la facultad concedida a los hijos legítimos de satisfacerla por cualquiera de los modos establecidos en el art. 744 (art. 815). Por tanto, si los hijos naturales concurren con hijos legítimos o ascendientes, su cuota será la mitad de la que les hubiere correspondido si hubiesen sido legítimos (art. 815). Varía, pues, dicha cuota en el caso de concurrencia con hijos legítimos, disminuyendo a medida que éstos aumentan (1); es fija si concurren con ascendien-

(1) En efecto, siendo preciso para fijar la porción que les es debida, incluir en el número de hijos naturales los legítimos (art. 815), ocurrirá

dientes, pues consiste siempre en la cuarta parte (2). Si no hay descendientes ni ascendientes legítimos, la cuota es mayor, pero fija: será de dos tercios de la cuota que les hubiese correspondido si fuesen legítimos (art. 816), o sea los dos tercios de la mitad del haz hereditario equivalentes a los dos sextos de éste.

Los indicados derechos del hijo natural pasan a sus descendientes legítimos si aquél hubiere premuerto, fuese indigno o estuviese ausente (art. 817). Del mismo modo que al cónyuge se aplica al hijo natural el principio de que su porción no implica disminución de la cuota de los demás legitimarios, ya que debe detraerse dicha porción de la parte disponible (art. 818); pero también el hijo natural deberá imputar a su cuota cuanto se le hubiere dejado en testamento o cuanto hubiese recibido del padre por actos intervivos y que estuviere sujeto a imputación (art. 820). Al igual que los demás legitimarios, tiene las acciones y garantías que le aseguren la efectividad de su derecho (artículo 820).

*Acción de reducción.*—El medio otorgado al reservatario cuya cuota hubiere sido perjudicada por el difunto con liberalidades entre vivos o a causa de muerte, para dejar salva la cuota que le corresponda, es la acción de reducción que reproduce la antigua *actio ad supplendam legitimam* y la *querela inofficiosi testamenti*. Mediante dicha acción, se impugnan las liberalidades realizadas por el difunto que excedan de la parte disponible, sea quien quiera el agraciado con ella, y se consigue la reducción de dichas liberalidades hasta el límite de la cuota disponible (ar-

que habiendo por ejemplo un hijo legítimo y otro natural, la cuota de éste sería si fuese legítimo, una mitad de la mitad del haz hereditario, esto es, de  $\frac{1}{4}$  y será por tanto de  $\frac{1}{8}$  de dicho haz. Si son tres los hijos legítimos y uno natural, dividiendo la cuota indisponible por 4, tendremos que la cuota de hijo natural, si fuese legítimo, sería de  $\frac{1}{8}$  y por tanto le correspondería  $\frac{1}{16}$  como cuota efectiva.

(2) En efecto, si el hijo natural hubiere sido legítimo, su cuota hubiera sido  $\frac{1}{2}$  del haz hereditario; será pues de  $\frac{1}{4}$ , cualquiera que sea el número de ascendientes. Se entiende que en este caso el  $\frac{1}{4}$  corresponde en su totalidad al hijo natural único; si hubiese varios se subdivide entre ellos sin aumentar la cuota del cuarto como no aumenta la cuota de la mitad, si en lugar de un solo hijo legítimo hubiese varios.

culos 821-826 para a reducción de las disposiciones testamentarias, artículos 1.091-1.096 para la reducción de las donaciones). Para efectuar la reducción precisan ciertos cálculos previos, al objeto de determinar si hay o no lesión de la reserva. Respecto a éstos, remitimos al lector a lo que dijimos sobre reunión ficticia, estimación e imputación (§ 133). Lo esencial es que para determinar la legítima se debe tomar en consideración no sólo cuanto el difunto dejó efectivamente, es decir, los bienes existentes en el haz hereditario el día de la muerte del causante deducido el pasivo, si que también todo cuanto hubiere salido del patrimonio de éste por liberalidades hechas a los legitimarios o a otros herederos o a extraños, haya o no dispensa de colación (artículo 822). Sobre esta masa ha de recaer la valoración, estimándose los bienes hereditarios según su valor al tiempo de la apertura de la sucesión, y los bienes donados según el que tuvieren al tiempo de la donación si fuesen muebles, y si inmuebles según su estado al tiempo de la donación y valor que tuvieren al tiempo de la muerte del donante (art. 822).

La acción de reducción procede cuando por el cálculo anterior resulta que el difunto dispuso en vida y para después de su muerte en cuantía superior a la que le era permitida (artículos 821 y 1.091). Las liberalidades que primeramente han de reducirse son las contenidas en disposiciones testamentarias; pues cuando el valor de las donaciones excede o iguala la cuota disponible, es evidente que el testador no tenía ya, al hacer el testamento, margen alguno para ulteriores disposiciones, así que deberán ser ineficaces las hechas testamentariamente a título universal o particular (art. 823).

En cambio, si hubiere margen, pero éste fué superado con las disposiciones testamentarias (ya sea que ellas solas, ya que unidas a las donaciones, excedan de la parte disponible), dichas disposiciones se reducirán cuanto precise para completar o integrar la reserva, todas ellas proporcionalmente, sin distinguir entre herederos o legatarios, ni entre testamento anterior y posterior (artículo 824). Sin embargo, se faculta al testador para quebrantar esta igualdad de trato, fijando el mismo cuáles son las dis-

posiciones que prefiere respetadas, debiendo en tal caso ser reducidas las demás (siempre proporcionalmente), y las liberalidades preferidas, sólo se reducirán en el caso de que el valor de las otras no baste a cubrir la porción legítima (art. 825) (1).

Cuando con la reducción de todas las disposiciones testamentarias, no se consiga cubrir íntegramente la reserva, se procede a la reducción de las donaciones; éstas se reducen no todas y proporcionalmente, si no sucesivamente de la más reciente a la más remota, de modo que no se reduzca la donación más antigua, si no cuando el valor de la más reciente no baste a reconstituir la reserva (artículos 1.091, 1.093). Mediante esta acción las donaciones afectadas por ella, son resueltas; los inmuebles donados reingresan a la masa libres de toda deuda e hipoteca contraída o constituida por el donatario (art. 1.095), quien deberá también restituir los frutos de lo que excede de la parte disponible desde el día de la muerte del donante, si la reducción se demandó dentro del año, y en otro caso, desde el día en que se dedujo la demanda (art. 1.094). Si los inmuebles hubieren sido enajenados por el donatario, es posible una acción reivindicatoria contra los terceros adquirentes, previa e ineficaz excusión en los bienes del donatario (art. 1.096): el tercero deberá restituir los bienes a la masa, ya los hubiere adquirido a título oneroso, ya a título gratuito. Pero como ya dijimos en otro lugar, antes de ejercitar la acción de reducción, el legitimario debe imputar a la propia cuota las liberalidades hechas en su favor y esto tanto si el difunto le dispensó de la obligación de colacionar las donaciones, como si éstas se hicieran imponiendo al donatario la obligación de imputarlas a su legítima o a título de anticipo de cuota de reserva, como si hubiere ordenado legados en su favor. En los demás casos las liberalidades se imputan a la cuota disponible, ya se hagan a extraños, ya a los legitimarios con dispensa expresa de la colación o se trate de enajenaciones hechas

(1) El art. 826 contiene normas especiales en cuanto al modo de efectuar la reducción si se trata de un legado de un inmueble y éste debe reducirse, según que pueda o no separarse el exceso.

a «capital perdido», o hechas a quien no es ya legitimario al tiempo de la apertura de la sucesión.

Ultima condición para el ejercicio de la acción de reducción es que el legitimario haya aceptado, y si la reducción se demanda contra terceros, que la aceptación se hubiere hecho con beneficio de inventario; en cambio este beneficio no es necesario cuando la reducción se pide contra coherederos (art. 972). Si renuncia el legitimario, puede retener la donación hecha a él o exigir el legado ordenado en su favor hasta concurrencia de la porción disponible, pero no puede retener ni conseguir nada a título de legítima (1).

(1) NOTA DEL TRADUCTOR.—En el Código civil español pueden testar todos aquellos a quienes la ley no lo prohíbe expresamente (art. 662) y para apreciar su capacidad hay que atender únicamente al estado en que se halle al tiempo de otorgar el testamento (art. 666). Es este el sistema de Derecho moderno a diferencia del seguido por el Derecho romano que exigía la capacidad al hacer el testamento, en el espacio que media entre la testamentifacción y la muerte y al tiempo mismo de la muerte, reducido luego por el Pretor al momento de testar y al de la muerte. Están incapacitados para testar los menores de catorce años de uno y otro sexo y el que habitual o accidentalmente no se hallare en su cabal juicio (art. 663). El testamento hecho antes de la enajenación mental es válido (art. 664).

Siempre que el demente pretenda hacer testamento en un intervalo lúcido, designará el Notario dos facultativos que previamente le reconozcan y no lo otorgará sino cuando éstos respondan de su capacidad, debiendo dar fe de su dictamen en el testamento, que suscribirán los facultativos además de los testigos (art. 695)

Asimismo podrán suceder por testamento o abtestato los que no estén incapacitados por la ley (art. 744). Son incapaces de suceder:

1.º Las criaturas abortivas, entendiéndose tales las que no reúnan las circunstancias expresadas en el art. 30.

2.º Las Asociaciones o Corporaciones no permitidas por la ley (artículo 745).

«Toda disposición en favor de persona incierta será nula a menos que por algún evento pueda resultar cierta» (art. 750) Castán—obra citada. Tomo I, vol. II, pág. 159—hace notar como en realidad incertidumbre e incapacidad son cosas distintas, aunque una y otra produzcan en cierto modo el mismo resultado.

Incapacidades relativas:

El Sacerdote que hubiere confesado al testador durante su última enfermedad; los parientes de aquél dentro del cuarto grado, y su Iglesia, Cabildo, Comunidad o Instituto (art. 752). El tutor que no sea ascendiente descendiente hermano o cónyuge del pupilo testador, respecto del testamento otorgado antes de haberse aprobado la cuenta definitiva de la tutela, aunque el testador muera después de su aprobación (artículo 753).

Tampoco el testador podrá disponer del todo o parte de sus bienes

en favor del Notario que autorice su testamento, o de la esposa, parientes o afines del mismo dentro del cuarto grado, con la excepción establecida en el art. 682 (legado de algún objeto mueble o cantidad de poca importancia).

Son asimismo incapaces los testigos del testamento abierto otorgado con o sin Notario y los testigos y personas ante quienes se otorguen los testamentos especiales art. 754. Los cónyuges que contraen matrimonio con infracción de cualquiera de las prohibiciones del art. 45 (artículo 50 núm. 2. ). El tutor testamentario que se excuse de la tutela pierde por este hecho lo que voluntariamente le hubiere dejado el que le nombró (art. 251). El albacea que no acepte el cargo o lo renuncie sin justa causa, pierde lo que le hubiere dejado el testador, a salvo siempre la legítima (art. 900)

*Límites a la libertad de disponer. Legítimas.* — Nuestro Código civil a diferencia del italiano y otros que hablan de *reservas hereditarias*, conserva la denominación romana de *legítimas*: «porción de bienes de que el testa tor no puede disponer por haberla reservado la ley a determinados herederos llamados por esto herederos forzosos» (art. 806).

*Legítima de los descendientes legítimos.* — Ni el sistema francés de legítima o reserva variable en relación con el número de legitimarios ni el de legítima rígida de cuantía invariable acogido en el Código italiano, es el sistema seguido por nuestro Código que, genuinamente español y de gran flexibilidad, permite armonizar adecuadamente en cada caso los derechos de cada uno de los hijos con los del grupo familiar, según la apreciación de los padres.

Las dos terceras partes del haber hereditario constituyen en España la legítima de los hijos y descendientes legítimos; pero mientras uno de esos dos tercios se divide necesariamente por igual entre los hijos de tal manera que todos participen en él en igual cantidad, el otro tercio es atribuido desigualmente por los padres, según su arbitrio entre los hijos. «Constituyen la legítima de los hijos y descendientes legítimos las dos terceras partes del haber hereditario del padre y de la madre. Sin embargo, podrán éstos disponer de una parte de las dos que forman la legítima, para aplicarla como mejora a sus hijos y descendientes legítimos. La tercera parte restante será de libre disposición» (art. 808).

*Legítima de los ascendientes legítimos.* — A falta de hijos y descendientes legítimos los padres y ascendientes legítimos son herederos forzosos de sus hijos y descendientes legítimos (art. 807). Su cuota es la mitad del haber hereditario de los hijos y descendientes (art. 809). Si a la muerte del testador existen los dos padres, la legítima se divide entre ellos por partes iguales; y si uno de ellos hubiere muerto, recae toda en el sobreviviente (art. 810). Si no deja padre ni madre, pero sí ascendientes en igual grado de las líneas paterna y materna se dividirá la herencia por mitad entre ambas líneas sea cual fuere el número de los ascendientes que concurren; mas si los ascendientes son de grado diferente corresponde por entero a los más próximos en grado.

*Legítima del cónyuge.* Si concurre con un solo hijo o descendiente legítimo tiene el usufructo del tercio destinado a mejora (art. 834); si con varios hijos o descendientes legítimos, le corresponde una cuota en usufructo igual a la que por legítima corresponda a cada uno de aquéllos no mejorados, debiéndose sacar esta porción de la tercera parte de los bienes destinada a la mejora de los hijos (art. 835). Si concurre con padres o ascendientes legítimos tiene derecho a la tercera parte de la herencia en usufructo que se saca de la mitad libre (art. 836); si además concurren

hijos naturales reconocidos—cuya legítima, cuarta parte de la herencia, se saca de la porción libre en lo que les falta para completar su legítima se les adjudicará en nuda propiedad mientras viva el viudo (artículo 841). Si concurre con herederos que no sean descendientes ni ascendientes legítimos, tendrá derecho a la mitad de la herencia en usufructo (artículo 837).

*Legítima de los hijos naturales.* Tienen derecho a legítima los hijos naturales legalmente reconocidos y los legitimados por concesión real, derecho transmisible a sus descendientes legítimos, pero no a los naturales. Si concurren en una sucesión con hijos o descendientes legítimos del causante, tienen derecho a la mitad de la cuota que corresponda a cada uno de los legítimos no mejorados, siempre que quepa dentro del tercio de libre disposición deduciendo antes los gastos de entierro y funeral (artículo 840). Si concurren con ascendientes legítimos, tienen derecho a la mitad de la parte de herencia de libre disposición (art. 841), o sea a la cuarta parte del haber hereditario puesto que la legítima de los ascendientes es la mitad de la herencia (art. 809).

Ya hemos visto qué ocurre concurrendo con ascendientes y cónyuge. Si concurren con herederos que no sean descendientes legítimos tienen derecho a la tercera parte de la herencia.