

## CAPÍTULO XIV

### De la sucesión intestada

#### Su concepto, historia y fundamento

La sucesión intestada, llamada también voluntaria presunta y legítima, tiene lugar cuando uno muere sin testamento ó con testamento nulo ó que haya perdido después su validez; cuando no contiene institución de heredero en todo ó en parte de los bienes, ó no dispone el testador de todos los que le corresponden (en este caso solo procede respecto de los bienes de que no hubiese dispuesto); cuando falta la condición puesta á la institución de heredero ó éste muere antes que el testador ó repudia la herencia, sin tener sustituto y sin que haya lugar al derecho de acrecer, y cuando el heredero instituido es incapaz de heredar (art. 912 del Código).

Las palabras «sucesión presunta» tienen mayor alcance que la de «intestada»; compréndense en ella todos los llamamientos que hace la ley á los bienes de la persona, tanto natural, como social, cuando esta última no hubiese dispuesto en sus estatutos el destino que se les debe dar al extinguirse. Nos ocuparemos tan solo de la sucesión intestada ó legítima de la persona natural ó individual, respecto de su patrimonio, constituido por bienes, derechos y acciones, con las cargas y obligaciones del causante que no se extinguen con su muerte; la ley suple su voluntad, y al efecto establece llamamientos de los sucedáneos.

Enseña la Sociología que en las épocas primitivas, la verdadera

propiedad residía en ciertos seres ó entidades superiores, como la Divinidad, Rey, Emperador, castas privilegiadas, la ciudad, etc. El hombre, así como la familia, la gens y la tribu, núcleos sociales, no eran sino usufructuarios ó poseedores, sin derecho de disponer, y operándose la ley de diferenciación, una de las que integran la general de la evolución, hubo de establecerse la propiedad familiar, á cuyo frente estaba el jefe ó padre; esto caracteriza el patriarcado, que subsiguió, en las lejanías de la prehistoria, al matriarcado. A la muerte de aquel jefe, el mayor—dice Manú en su Código—tomaba posesión del patrimonio entero y bajo su autoridad vivían sus hermanos, como si estuviesen bajo el abrigo paterno, surgiendo entonces el llamamiento por masculinidad y primogenitura, del cual han sido vestigios los mayorazgos.

Viviendo juntos los familiares, la propiedad era de todos, pero al abandonar la casa solariega y crearse nuevas necesidades impuestas por el matrimonio, surgió la distinción entre bienes de la familia y bienes propios adquiridos por cada uno; los primeros, sujetos al principio de troncalidad, cuya regla es *PATERNA PATERNIS, MATERNA MATERNIS*; los segundos, sustraídos á esa sucesión, atendiendo en los llamamientos, á las líneas, á la proximidad de grado y á la robustez del parentesco; pero la sucesión intestada era la que privaba; constituyó la regla general de que fué excepción el testamento en Roma, cuya legislación es el punto de arranque de nuestro estudio, no haciéndolo respecto del Oriente y de Grecia, para que no resulte demasiado extenso.

Las XII Tablas defirieron la herencia: primero, á los herederos suyos, esto es, á los constituídos bajo la patria potestad del ascendiente; después á los agnados, es decir, á los unidos con éste por un vínculo puramente civil, de tal naturaleza que, si hubiera vivido, estarían bajo aquél dominio quiritarario, y por último, á los gentiles ó sea á aquéllos que llevaban un mismo nombre, de condición ingénua, y que habían comulgado en la misma religión de la familia, con sus dioses Lares y Penates. El parentesco de la agnación, que tuvo gran importancia, no solo en la materia sucesoria, sí que en la tutelar y en otras, era el procedente por línea de varón, sin que hubiese en la serie mujer alguna; en cuanto ésta se casaba, entraba con sus hijos bajo la potestad del que la tenía sobre su marido, es decir, del abuelo ó bisabuelo paterno; de donde resultaba que la sucesión en los herederos suyos y necesarios dependía del poder familiar, y tan es así que el adoptado tenía derecho á la herencia.

Aquél derecho rígido pedía suavidad; no solo al poder del padre, sí que al vínculo de la sangre, superior al lazo civil, debía dársele entrada, misión confiada á los pretores que introdujeron la *BONORUM POSSESSIO*, que producía los mismos efectos que la adquisición de bienes por herencia, derecho que fué concedido á los emancipados y á sus descendientes y á algunos adoptivos, por la posesión llamada *UNDE LIBERI*; á las personas equiparadas á los agnados, á la madre con relación á sus hijos y á éstos con respecto á aquélla, por la *UNDE LEGITIMI*; á los cognados ó parientes naturales unidos al causante por los vínculos de la sangre, atendiendo á la proximidad de grado y siempre á falta de agnados, por la *UNDE COGNATI*, y la del cónyuge sobreviviente no divorciado, en el caso de no haber existido *CONVENTIO IN MANU MARITI*, POR LA *UNDE VIR ET UXOR*; posesiones éstas, que, unidas á la *UNDE DECEM PERSONÆ TUM QUEM EX FAMILIA*, *UNDE PATRONUS ET PATRONA*, *LIBERIQUE EORUM ET PARENTES*, Y *UNDE COGNATI MANUMISSORIS*, decoraron el Derecho pretorio, informado en la equidad, y sirvieron de precedentes para ciertas constituciones imperiales que otorgaron derechos sucesorios á los descendientes por hijas, aunque con menor participación que á los descendientes por hijos, así como se concedieron á los hermanos y hermanas salidos de la familia por emancipación.

Justiniano borró toda diferencia entre la agnación y la cognación, entre la herencia y la *BONORUM POSSESSIO*; al hacerlo, el Derecho se sintió humano y satisfecho, pues el parentesco natural obtuvo reivindicación. Ese emperador, en sus Novelas *CXVIII* y *CXXVII* estableció este orden de suceder: 1.º Los descendientes *SUI JURIS* ó *ALIENI JURIS*, de varón ó de hembra, estuviesen ó no emancipados ó adoptados, atendiendo á la proximidad de grado y con derecho de representación hasta el infinito. 2.º Los ascendientes con los hermanos ó hermanas de doble vínculo (no los de sencillo) y sus hijos ó descendientes de primer grado; á falta de hermanos y hermanas germanos y de sus descendientes, recibían toda la herencia los ascendientes, excluyendo los más próximos á los más remotos y haciéndose del caudal dos partes, una para cada línea, cuando, en igualdad de grado, concurrían ascendientes paternos y maternos. Concurriendo hermanos con ascendientes se verificaba la división por cabezas, y entrando sobrinos, éstos representaban á su padre ó madre, adquiriendo lo que á éstos les correspondería. 3.º Los hermanos y hermanas de doble vínculo y sus hijos; cada grupo de sobrinos representaba á su padre ó madre respectivo,

si éstos concurrían solos, heredaban por estirpes. 4.º Los hermanos y hermanas consanguíneos ó uterinos y sus hijos, y 5.º Los demás colaterales, atendiendo á la proximidad de grado, sin diferencia de parentesco doble ó sencillo y dividiendo *IN CAPITA* la herencia. A la viuda indotada se le concedió la cuarta parte de los bienes de la herencia de su marido, siempre que aquélla no excediese de cien libras de oro.

Los pueblos germanos distinguieron entre bienes propios ó alodiales y adquiridos. Respecto de los primeros se estableció el principio de masculinidad, no solo en el orden de los descendientes, sino hasta en el de los colaterales, pues, como dice la ley de los *thuringos*, la herencia pasa de la lanza al uso; llamaba á suceder á la hija á falta de agnados ó parientes por línea de varón hasta el quinto grado. Salvo raras excepciones, los ascendientes no eran herederos legítimos; en la línea colateral se seguía el sistema de la parentela, buscando la mayor ó menor proximidad al tronco más cercano; de modo que, muerto un hijo sin descendientes, no heredaba el padre, sino el hermano, y en defecto de éste, su hijo ó su nieto, sobrinos primero y segundo de aquél, hasta agotar la rama, defiriéndose después la herencia á la rama proviniente del abuelo, en cuyo lugar estaba el tío; los más próximos excluían á los más remotos, atendándose á la línea de procedencia de los bienes y, según la clase de éstos, se admitía ó no el principio de troncalidad.

Enroscado con ese principio de primogenitura, surgió el de masculinidad en la sucesión de los feudos. Los ascendientes no heredaban ante la regla de que *los propios no suben*; también se desarrolló el sistema troncal para la sucesión de los colaterales, sujeta á la regla *PATERNA PATERNIS, MATERNA MATERNIS*, y el viudo tenía derecho á una porción mayor ó menor en la herencia de su consorte, sin distinción de sexo, habiendo adquirido los ascendientes el derecho de reversión respecto de los bienes donados á sus hijos ó descendientes, muertos sin posterioridad, de que trata el art. 812 del Código. El sistema de la parentela fué desterrándose, merced á la influencia del Derecho romano, que llamaba á la sucesión á los parientes y abuelos, como se ha dicho.

El Fuero Juzgo reguló la sucesión intestada unicamente en la familia legítima, concediéndola, en primer término, á los descendientes en todos sus grados, distinguiendo entre los de parte de padre y los de parte de madre, quienes, respectivamente, adquirirían las herencias paterna y materna; después estaban los ascendientes hasta

el infinito, excluyendo los más próximos á los más remotos, y, por último, los colaterales hasta el séptimo grado inclusive; los hermanos, sin distinción de sexo, fuesen de padre ó de madre, heredaban á su hermano; también le heredaban los tíos, y á falta de éstos los sobrinos, cualquiera que fuese su número, distribuyéndose la herencia por cabezas. Los medio hermanos sucedían á los hermanos de padre y madre común, á falta de hermanos de doble vínculo y de sus hijos. Después del séptimo grado heredaba el cónyuge, mientras permaneciese viudo; la Iglesia á los clérigos, monjes y monjas que fallecían sin testar, en defecto de parientes de dentro del séptimo grado, y, por último, dicho Código admitió la sucesión lineal con ciertas reservas, á favor de los padres ó abuelos respecto de los bienes que había del descendiente, procedentes de ellos por mérito al principio de troncalidad.

Los Fueros municipales y nobiliarios, á fin de conservar el patrimonio de la familia, establecieron también la troncalidad, enunciada con las palabras *PATERNA PATERNIS, MATERNA MATERNIS*; el Fuero Real reprodujo lo establecido por el Fuero Juzgo, y además, dispuso que en la sucesión del abuelo, los nietos heredaban *IN STIRPES* y no limitó grado en la línea descendente, con lo cual consagró el derecho de representación; llamó á los hijos adoptivos á la sucesión del adoptante en la cuarta parte, sin reciprocidad; no pudo desentenderse del principio de troncalidad, á la sazón arraigado en las costumbres, verdadero plasmódio de la propiedad familiar, y dispuso, al efecto, que el abuelo paterno heredase lo que fuere de éste y el materno lo que fuera suyo en la herencia del nieto, heredando ambos ascendientes de consuno en las ganancias de este último; los colaterales no concurrían con los ascendientes á la herencia del causante, los cuales no podían pasar del séptimo grado; los hermanos germanos heredaban todos los bienes; los consanguíneos y uterinos sucedían en la parte proviniente de su padre ó madre, dividiéndose entre sí lo que el hermano hubiese ganado ó adquirido de otra procedencia; á falta de hermanos sucedían los sobrinos por cabezas, pues no admitió el derecho de representación, como tampoco llamó al cónyuge á la herencia intestada de su consorte; los hijos de barragana, esto es, los de mujer que llevaba cinturón dorado, heredaban el quinto de la herencia del padre, aún habiendo hijos de bendición.

Las Partidas establecieron las sucesiones *IN CAPITA, IN STIRPES* y por línea. En la familia legítima ocupaban el primer grado los des-

endientes y con éstos el póstumo, si nacía con las condiciones legales; los nietos sucedían *IN STIRPES*, concurrían ó no con sus tíos á la herencia del abuelo, y á falta de descendientes y de hermanos, heredaban al hijo sus padres por mitad cada uno, ó en la totalidad si existía uno solo; sucediendo los padres con los hermanos del difunto, heredaban *IN CAPITA* y sin atender á la línea; pero si concurrían los abuelos á falta de padres y hermanos, la sucesión era *IN LINEA*, dentro de la cual se hacía la distribución por cabezas. Sucediendo los abuelos con hermanos del difunto, se distribuía la herencia por cabezas; los hermanos germanos excluían á los consanguíneos y á los uterinos. Concurriendo los primeros con sobrinos, hijos también de hermanos de doble vínculo, los primeros heredaban por cabezas y los segundos *IN STIRPES*; concurriendo solamente los sobrinos carnales, heredaban por partes iguales; á falta de hermanos de doble vínculo y de hijos de éstos, sucedían los hermanos consanguíneos ó uterinos *IN CAPITA*, respecto de los bienes de procedencia paterna ó materna, y todos por igual en los de otras procedencias, y, por último, después de esas personas seguían los colaterales, sin distinguir entre agnados y cognados; la sucesión en éstos era *IN CAPITA* y se atendía á la proximidad de grado. A falta de parientes del décimo grado inclusive era llamado el cónyuge, sin perjuicio del derecho de la viuda pobre á la cuarta marital cuando concurría con descendientes, ascendientes ó colaterales. El hijo natural heredaba á su padre en la sexta parte, que había de dividir con su madre, si concurría con ascendientes y colaterales; el hijo espúreo no heredaba á su padre y sí á su madre; ésta heredaba al hijo ilegítimo que no fuera incestuoso.

Dispusieron las leyes de Toro que los ascendientes heredasen por su línea derecha á sus descendientes que careciesen de sucesión y adquiriesen la herencia por líneas, excluyendo el grado más próximo al más remoto, cualquiera que fuese su procedencia (con esto se proscribió el derecho de troncalidad) «salvo en las ciudades, villas y lugares do, según el Fuero de la tierra, se acostumbra á tornar los bienes al tronco, ó la raíz á la raíz». En el llamamiento á los ascendientes no entraban los hermanos del causante; en esto, la ley de Toro, con su carácter correctorio, modificó lo dispuesto en las Partidas y en la Novela de Justiniano. La sucesión de los colaterales llegaba hasta el cuarto grado civil y por falta de éstos heredaba la Real Hacienda.

Ordenó la Nueva Recopilación que los colaterales debían aplicar

el quinto de la herencia en beneficio del alma del testador, de cuya obligación relevó á los parientes dentro del cuarto grado.

La Novísima Recopilación reprodujo lo dispuesto en las leyes de Toro y dispuso que la herencia pasase íntegra á los herederos, sin hacer deducción alguna por exequias, funerales y otros sufragios, antes de transcurrir un año del fallecimiento del causante, dentro de cuyo tiempo no podían ser apremiados por los Jueces, y prohibió á los religiosos y religiosas suceder *abintestato* á sus parientes, en evitación de que los bienes recayesen en los conventos.

La ley de Mostrencos de 16 de Mayo de 1835 llamó á los hijos naturales, legalmente reconocidos, á toda la herencia, á falta de colaterales hasta el cuarto grado; llamó también al cónyuge viudo, no separado por demanda de divorcio al tiempo del fallecimiento del causante, pero con derecho los colaterales á los bienes raíces de abuelo, y restableció el llamamiento de los colaterales hasta el décimo grado civil inclusive, á falta de los cuales heredaba el Estado.

Hecha la historia de la sucesión legítima, y no decimos intestada porque cabe aún habiendo testamento, en los casos prescritos en los núms. 2.º, 3.º y 4.º del art. 912, veamos cual es su fundamento.

Justiniano dice que, con justicia, debe ser el inmediato á la sucesión aquel á quien parezca haber amado más el difunto y que todos los filósofos, como el mismo Aristóteles, han observado que el amor descende, que si no tiene á donde descender, asciende y que si tampoco puede ascender, entonces se extiende por las ramas. De manera que ese fundamento de la voluntad presunta que interpreta la ley, en forma de ficción, descansa en la afección del causante, y así también lo entienden Hugo Grocio, Puffendorf, Gabba, Giner de los Ríos y Calderón. Philipis inclínase á ese principio y lo propio hacen Alonso Martínez y Manresa, aunque asignan, como fundamento de la sucesión legítima, el principio de familia, con el cual está, por lo general, en armonía, el sentimiento ó la voluntad presunta del difunto. Todos estos filósofos y tratadistas cimentan dicha sucesión en el Derecho Natural, no con la extensión que dan algunos, en este respecto, porque no solo la fundan en el amor, sino en el cumplimiento del deber que ciertas personas tienen en la familia, como los padres respecto de sus hijos, principio que no puede admitirse en absoluto, porque, examinado, claudica, pues si bien puede aplicarse tratándose de herencias entre padres é hijos y aún entre quienes tienen derecho á la deuda alimenticia, no permite su rigidez hacerlo extensivo á otros casos.

Para Leibnitz, Krausse, Zacariae, Lasferie y otros, la sucesión legítima tiene, en su origen, cierta relación con el concepto filosófico y religioso de la inmortalidad del alma, ideal vivo que fulgura en la conciencia y que impone, por parte de la ley y de la sociedad, el respeto á la presunta voluntad del difunto.

Frente á esta escuela espiritualista preséntase la positivista: no cierne el pensamiento en las regiones de lo ideal, sí que lo rastrea, cuyos mantenedores, entre los cuales está D' Agnano, fundan la sucesión legítima en la herencia biológica, con sus elementos fisiológico y psicológico, considerando á los hijos como continuadores de la personalidad del causante, dentro de la biología familiar, por virtud del vínculo de la generación entre procreantes y procreados, interviniendo, además, el trabajo en todas las adquisiciones de la propiedad, merced al cual se desarrolla el espíritu de asociación entre unos y otros.

Cimbali le asigna como fundamento los tres llamados coeficientes personales del derecho de propiedad, á saber: individuo, familia y Estado, y al efecto dice que, disuelta esa integración de elementos por muerte del propietario en el disfrute de sus derechos, cuando no ha testado, se sobrepone el derecho de la familia, bajo la forma de alimentos (teoría de Montesquieu) al del Estado, salvo lo que á éste le corresponde percibir por razón del impuesto sobre herencias, que es mayor, á medida que el vínculo del parentesco es más remoto entre los llamados á suceder y el causante.

Para Ahrens, Guizot y otros, la sucesión intestada se funda en la copropiedad familiar, y según Kant, Fichste, Gros, Aus, Rotec, Bianchstone, esa sucesión es producto de la ley positiva; así también lo entiende Montesquieu cuando afirma que el orden de las sucesiones, aunque su fundamento es el cumplimiento de deberes familiares, depende de los principios del derecho político y civil y no de los del Derecho natural.

Tenemos por indudable que en la sucesión legítima la ley interpreta la voluntad del causante; su fundamento de origen está en el *JUS DISPONENDI*. Cuando aquél no deja heredero por su expresa voluntad ó cuando éste es incapaz ó no ade la herencia ó no cumple la condición impuesta, ó el testamento es nulo ó la institución no tiene valor, etc., la ley, á los favores de una ficción, necesaria por exigirlo el orden social y la consagración de sentimientos y deberes familiares, le coloca un sucedáneo; de manera que la ley testa por el causante, no inventa nada; lo que hace es interpretar su

voluntad haciendo lo que él con sus afecciones naturales hubiera hecho.

### Código civil

La proximidad de parentesco, que es lazo, vínculo ó relación que une entre sí á varias personas, se determina por el número de generaciones; cada generación forma un grado ó peldaño. La serie de grados forma la línea, que puede ser directa ó colateral. Se llama directa la constituida por la serie de grados entre personas que descienden unas de otras, y colateral, la constituida por serie de grados entre personas que no descienden unas de otras: son como las ramas del árbol, que proceden de un tronco común.

Se divide la línea recta en descendente y ascendente; la primera une al cabeza de familia con los que descienden de él, y la segunda liga á una persona con aquellos de quienes desciende. En las líneas se cuentan tantos grados como generaciones ó como personas, descontando la del progenitor; así, entre el padre y el hijo hay una generación; entre el abuelo y el nieto dos, etc. En la línea recta se sube unicamente hacia el tronco, en tanto que en la colateral se asciende hasta el tronco común, y después se baja hasta la persona con quien se hace la computación; así p. e. para saber el grado civil entre hermanos, tenemos que entre uno de ellos y el padre, hay un grado, y del padre al otro hijo, otro; luego tenemos que serán dos; tres entre el tío y el hermano; cuatro entre primos-hermanos y así sucesivamente, porque esta computación se hace contando los grados de las dos ramas; no así ocurre con los impedimentos en el matrimonio canónico, cuyo derecho solo cuenta los grados de la rama larga con el tronco común y no los de la corta, y por esto los primos hermanos son parientes en segundo grado y no en cuarto, como lo son por derecho civil, y cuando una rama es más larga que la otra, p. e. el sobrino, con relación á su tío se dice que el parentesco es segundo con primero, esto es, segundo porque entre el nieto (sobrino) y el abuelo (tronco), hay dos grados ó sean tres personas menos una, que es el progenitor, y del abuelo á su hijo (tío), con el cual se hace la computación, un grado.

Llámase doble vínculo al parentesco por parte del padre y de la madre conjuntamente, y vínculo sencillo al que lo es por parte de uno de éstos solamente; el primero tiene importancia en la sucesión de los hermanos.

En la herencia, el pariente más próximo en grado excluye al más remoto, salvo el derecho de representación en los casos que deba tener lugar. Los parientes que se hallaren en el mismo grado heredan por partes iguales, salvo si concurren hermanos de padre y madre con medio-hermanos, en cuyo caso aquéllos tendrán doble porción que éstos en la herencia. Todos los parientes reunidos, que representan á un sucesor, se consideran como una sola persona; este derecho de representación existe en los descendientes hasta el infinito, y en la línea colateral hasta los sobrinos en la herencia de sus tíos, cuando concurren con los hermanos de éste, siendo de consignar que, según Resolución de 20 de Marzo de 1905, las reglas referentes á la sucesión intestada, y entre estas la del art. 921, son aplicables para determinar los parientes con derecho á reserva de que trata el art. 811.

Si hubiere varios parientes de un mismo grado y alguno ó algunos no quisieren ó no pudiesen suceder, su parte acrecerá á los otros del mismo grado, salvo el derecho de representación, cuando deba tener lugar; este derecho que solo cabe en la sucesión intestada, no procede en el caso de renuncia de herencia, pero sí, habiendo desheredación ó incapacidad del sucedáneo (art. 929).

La representación, dice Laurent, faculta al heredero de parentesco más remoto para subir al mismo grado que el pariente más cercano, tomando el lugar de su padre ó de otro ascendiente y fúndase también en la presunta voluntad del causante, en el cariño ó afección que éste tuvo al representante que cupo la desgracia de perder á su padre; si éste hubiera vivido, habría participado de la herencia por derecho propio. Pero mediando renuncia de herencia por parte del heredero llamado en primer lugar, existe, por fuero de la voluntad, solución de continuidad en la serie sucesoria, en cuyo caso el descendiente del renunciante no puede ocupar el lugar que éste deja porque le place; y si la ley admite la representación en los casos de desheredación ó incapacidad del heredero es porque ser humana, no permitiendo que las faltas del padre trasciendan á sus hijos, perjudicándoles en sus derechos sucesorios. El derecho de representación es, en fin, el que tienen los parientes de una persona para sucederle en todos los derechos que tendría si viviera ó hubiese podido heredar, derecho que debe computarse con relación al finado á quien se hereda (Sent. de 1.º de Marzo de 1902), y que tiene lugar en la línea recta descendente, en la colateral en favor de los hijos de hermanos, bien sean de doble vínculo, bien de un solo lado, no

en la línea ascendente y que, en ningún caso, admite el Fuero de Vizcaya.

Siempre que se herede por representación, la división de la herencia se hará por *STIRPES*; de modo que el representante ó representantes no heredan más de lo que heredaría su representado si viviera (art. 926); nosotros añadiríamos «ó que no hubiese sido desheredado ó fuera incapaz», porque dicho artículo hay que completarlo con el 929 que autoriza la representación de persona viva si fué privada de la herencia por desheredación ó incapacidad.

Estirpe es la serie de parientes que representan á una sola persona en la sucesión, todos los cuales se cuentan como una sola cabeza, para que no sufran perjuicio los coherederos.

Quedando hijos de uno ó más hermanos del difunto, heredarán á éste por representación si concurrieren con sus tíos: art. 927, con precedente en la ley 8.<sup>a</sup> de Toro, donde se dice: «Mandamos que sucedan los sobrinos con los tíos abintestato, á sus tíos *IN STIRPES* y no *IN CAPITA*.» Pero si concurren solos--añade aquél—heredarán por partes iguales porque se presume que, en ese caso, todos merecen igual predilección del causante.

No se pierde el derecho de representar á una persona por haber renunciado á su herencia: art. 928, que parece estar en contradicción con el 923, y no es así. Supone ese precepto que el heredero, por derecho propio, premurió al causante y que sus hijos ó descendientes han repudiado la herencia de aquél; pues bien, aún con esta repudiación de la herencia del representado, p. e. el padre, los hijos de éste tienen derecho á la herencia del abuelo ó del tío, porque el posesivo *SU*, empleado en el art. 928, no se refiere á la herencia del causante de la sucesión, sino á la de la persona que sería heredero si no hubiese renunciado.

El Código establece el siguiente orden de suceder:

1.º Línea recta descendente legítima, sin distinción de sexo, ni edad; de modo que los hijos legítimos y sus descendientes heredan á sus padres y demás ascendientes, aunque procedan de distintos matrimonios; los hijos del difunto le heredan siempre por derecho propio, dividiéndose la herencia en partes iguales; los nietos y demás descendientes heredan por derecho de representación, y si alguno hubiera fallecido dejando algunos herederos, la porción que le corresponda se dividirá entre éstos por partes iguales. Si quedaren hijos y descendientes de otros hijos que hubieren fallecido, los primeros heredarán por derecho propio y los segundos por derecho de representación.

2.º Línea recta ascendente legítima. A falta de hijos y descendientes legítimos del difunto le heredan sus ascendientes con exclusión de los colaterales, aunque sean hermanos de doble vínculo; esto último se separa de las Partidas y del Derecho romano. El padre y la madre si existieren heredarán por partes iguales, porque la ley supone que el hijo tiene para con ellos el mismo grado de afección; pero existiendo uno de esos padres, éste sucederá al hijo en toda la herencia, pues el grado más próximo excluye al más remoto. A falta de padre y madre sucederán los ascendientes más próximos en grado al descendiente difunto ó al causante, y si hubiera varios de igual grado pertenecientes á la misma línea, se dividirá la herencia por cabezas; si fueren de líneas diferentes, pero de igual grado, la mitad corresponderá á los ascendientes paternos y la otra mitad á los maternos; en cada línea la división se hará por cabezas. De manera que entre el grado y la línea, el Código da preferencia al primero sobre la segunda, porque la proximidad de parentesco con el causante es el supuesto de afección en que estriba la sucesión legítima.

3.º La línea colateral hasta el sexto grado. No quedando descendientes ni ascendientes legítimos, y á base de que no exista familia natural ilegítima, pues si existen hijos naturales legalmente reconocidos ó legitimados por concesión real, heredan á sus padres; á falta de ascendientes legítimos, entran los hermanos, é hijos de hermanos, del siguiente modo: Si solo quedan hermanos, y son de doble vínculo, heredan por partes iguales, esto es, por cabezas, lo mismo que si solo quedan medio-hermanos, uterinos ó consanguíneos. Si concurren á la herencia hermanos de doble vínculo y de vínculo sencillo con sobrinos, hijos de otro hermano fallecido ó incapaz los hermanos suceden por cabezas, según las reglas antes expuestas, y los sobrinos por estirpes; y cuando concurren solamente sobrinos, hijos de hermanos, heredan por partes iguales, pero tomando los hijos de hermanos germanos doble porción que la de los hijos de los medio-hermanos, caso de que éstos concurren con aquéllos.

4.º A falta de dichos hermanos y sobrinos, hereda el cónyuge supérstite, excluyendo á los otros colaterales. Aquí resulta una injusticia: muere un tío y su sobrino hereda con preferencia al cónyuge de aquél, y en cambio, fallece un sobrino y á ese tío le excluye el cónyuge del causante. Lo natural y justo en toda sucesión es la reciprocidad, principio consagrado en el Derecho tradicional y en el Código, que no vemos en este caso. Hubiera dicho el legislador que, á falta de parientes en tercer grado (en cuyo caso se encuentra el

tío en relación con el sobrino y recíprocamente) heredará el cónyuge del difunto, y semejante injusticia no resultaría.

El cónyuge, concurriendo con descendientes, ascendientes, hermanos y sobrinos del difunto tiene su legítima en usufructo.

Réstanos decir que los colaterales, no hermanos ni sobrinos, colocados dentro del sexto grado se sujetan á la regla de proximidad de parentesco; suceden por partes iguales los que estén en el mismo grado, sin preferencia entre ellos por razón de doble vínculo, sin distinción de línea y sin que proceda derecho de representación, pues ésta termina en los sobrinos carnales, cuando heredan con sus tíos á sus tíos.

La tendencia socialista es limitar aún más el grado en el derecho á suceder; podría quedar en el cuarto, de lo que hay precedente en nuestra legislación, como hemos visto.

5.º El Estado, no la Real Hacienda, debiendo destinar los bienes á los establecimientos de beneficencia é instrucción gratuita por este orden: 1.º Los establecimientos de beneficencia municipal y las escuelas gratuitas del domicilio del difunto. 2.º Los de una y otra clase de la provincia del mismo y 3.º Los de beneficencia é instrucción de carácter general, gradación esta de la periferia al centro que, además de representar una idea sugestiva, para que á los pueblos y á las provincias alcancen y toquen los beneficios sucesorios, traduce cuál hubiera sido la voluntad del causante: la de que el municipio y la provincia recogiesen sus bienes, por medio de sus establecimientos benéficos y docentes, en provecho y utilidad de sus coterráneos y comprovincianos. A falta de estos establecimientos locales es cuando los de beneficencia é instrucción de carácter general adquieren la herencia, los cuales corresponden al Estado para el cumplimiento de fines tutelares ó históricos de la Nación. Consideramos aplicable la regla contenida en el § 2.º del art. 921, respecto á la distribución de los bienes entre los establecimientos de beneficencia é instrucción; éstos tienen los mismos derechos y obligaciones que los impuestos á los que serían herederos del causante, dándose entre ellos el derecho de acrecer (art. 922), y repudiando la herencia todos los que formen un grado, heredan los del siguiente.

El Estado no puede apoderarse de los bienes hereditarios, porque esto implicaría una á modo de confiscación; habrá de proceder declaración judicial de herederos, debiendo acreditar, como todo ciudadano, el fallecimiento del causante, la inexistencia del testamento y la falta de toda persona con derecho á la herencia, ora por no haber

parientes, ora porque los que hayan la hubiesen repudiado, ora por haberse cumplido la condición resolutoria; en suma, que á él debe ir á parar, pudiendo ejercitar sus acciones, encaminadas á la apertura de la sucesión intestada por falta de herederos legítimos, por nulidad del testamento ó por otra razón especial que le deje libre el camino para deducir su derecho, como se ha reconocido en Sent. de 17 de Noviembre de 1892, bien entendido que el Estado, mientras existan parientes con derecho á la herencia ó no se pruebe su falta, no puede reclamarla, como se ha declarado por la de 10 de Enero de 1894.

Respecto de los llamamientos en la familia ilegítima, la ley solo se refiere á los hijos naturales reconocidos ó legitimados por concepción real y á sus hermanos también naturales, y al efecto, el orden de suceder en ella es el siguiente:

1.º Los hijos naturales reconocidos y sus descendientes; heredando aquéllos á sus padres por cabezas y éstos ó sean los nietos, biznietos, etc., por estirpes, porque tienen el derecho de representación.

2.º El padre ó madre que legitimó ó reconoció, distribuyéndose entre ambos la herencia por partes iguales; no heredan al hijo natural, ni los ascendientes legítimos, ni los colaterales legítimos, pero sí los ascendientes naturales.

3.º Los hermanos naturales, según las reglas establecidas para los hermanos legítimos.

4.º El Estado como se ha dicho.

Echase de ver en el Código otra injusticia: no permite que el hermano natural concorra á la herencia de su hermano legítimo; de donde resulta que un pariente en sexto grado del causante y, á falta de éste, el Estado, excluye á ese hermano que ha vivido tal vez en la misma casa del difunto, que lleva el mismo apellido, que estuvo sujeto á la patria potestad del mismo padre ó madre, y que les unía estrecho afecto, formando familia. Siendo el fundamento de la sucesión la presunta voluntad del causante, lo lógico es que el difunto quisiera más á su hermano que á un pariente lejano, quizás para él desconocido.

#### Legislación foral

Antes de presentarla valga esta idea previa: La ley de Mostrencos fué de carácter general (Sent. de 20 de Marzo de 1993) y refor-

mó, en los puntos objeto de la misma, la legislación civil española, tanto común como excepcional. Derogada esta ley por el Código, no puede resucitar el Derecho foral que, en sus respectos, había proscrito, pues dicho cuerpo legal no tiene la virtud de dar vida á lo que ya había muerto. Así, pues, la ley de Mostrencos dió derecho á la herencia á los hijos naturales y al cónyuge con preferencia á los parientes, desde el quinto grado en adelante; fijó, como límite en el parentesco, el décimo grado y concedió al Estado la sucesión vacante.

Ahora bien; esa ley ha sido modificada por el Código, y las disposiciones de éste, respecto de los extremos arriba señalados, son de aplicación general, porque, si subsistiese, como supone Corbella, esa ley de Mostrencos en las regiones aforadas, dejaría de ser general, para convertirse en ley foral, en contra de su peculiar naturaleza, dada después de haber perdido los territorios aforados su facultad legislativa.

En contra de esta opinión se cita la Sent. de 13 de Mayo de 1902, y se dice por Planas y Casals que el Código no tiene aplicación en Cataluña respecto á que el hijo natural herede al padre á falta de ascendientes legítimos. Leída esa sentencia vemos que no se refiere á la sucesión intestada á favor del hijo natural, pues el pleito entablado por su madre fué para que se concediera á éste el derecho de legítima, conforme al núm. 3.º del art. 807 del Código, en razón á que su supuesto padre, que testó tres veces, había instituído heredero universal á su hermano y carecía de ascendientes y descendientes legítimos. Son cosas distintas el derecho de legítima y el derecho á heredar por sucesión intestada.

Los que no participen de esta opinión pueden entender que la sucesión regular en Cataluña se rige por la ley de Mostrencos y como supletorio de ésta, el Derecho romano, constituído por las Novelas CXVIII y CXVII de Justiniano, como parece dar á entender, por incidencia, la Sent. de 1.º de Marzo de 1902 que limita el derecho de representación al segundo grado del causante.

## CATALUÑA

*Primer llamamiento.*—Los descendientes (incluso el hijo adoptivo, respecto á su padre) heredan á sus descendientes, verificándose el reparto *IN STIRPES*, entre los grados diferentes, é *IN CAPITA*,

entre los del mismo grado (Novela CXVIII). Los legitimados por concesión real heredan juntamente con los legítimos y legitimados por subsiguiente matrimonio (Novela LXXIV). En la herencia del padre, cuando éste no deja hijos ni esposa legítimos, el hijo natural sucedía en la sexta parte de dicha herencia intestada, debiéndola partir con su madre *IN CAPITA*. Pero esto se halla modificado por el Código civil, el cual dispone en su art. 939 que, á falta de descendientes y ascendientes legítimos, sucederán al difunto en el todo de la herencia el hijo natural reconocido y el legitimado por concesión real; de modo que si el difunto deja ascendientes, éstos excluyen al hijo natural, quien solo tiene derecho á la sexta parte, como se ha dicho; pero si no tiene ascendientes, el hijo natural excluye á los colaterales.

*Segundo.*—Los más próximos ascendientes, los hermanos y hermanas germanos heredan juntamente, como también los hijos de los hermanos germanos premuertos, pero no sus nietos y otros descendientes (Novela CXVIII). Habiendo diversos grados de ascendientes, el más próximo excluye al más remoto, tanto de su línea como de la otra; siendo de diversa línea en el mismo grado, los de cada una suceden en una mitad; dentro de cada línea, la división se hace *IN CAPITA* entre los concurrentes. No habiendo ascendientes y sí hermanos y hermanas germanos é hijos de éstos premuertos, todos suceden *IN STIRPES*, y los hijos de hermanos y hermanas germanos premuertos, *IN CAPITA*, dentro de cada grupo; no habiendo mas que hermanos ó hermanas germanos, todos suceden *IN CAPITA*; si no hay mas que sobrinos, hijos de hermanos y hermanas premuertos, todos suceden *IN STIRPES* y dentro de cada línea *IN CAPITA*. Concurriendo ascendientes, dichos hermanos y sobrinos heredan *IN STIRPES*, y dentro de cada grupo de hijos de hermanos se sucede *IN CAPITA*. Concurriendo solo ascendientes ó hermanos todos heredan *IN CAPITA* y concurriendo ascendientes y sobrinos, hijos de hermanos germanos suceden todos *IN STIRPES*.

*Tercer llamamiento.*—El de los hermanos y hermanas unilaterales (consanguíneos ó uterinos) y los hijos de éstos premuertos (Novela CXVIII). Cuando concurren ambas categorías todos suceden *IN STIRPES*, y dentro de cada grupo de hijos de hermanos, *IN CAPITA*. Si no hay mas que hermanos mas de un solo vínculo, todos suceden *IN CAPITA*; si no hay mas que sobrinos, heredan *IN STIRPES* y, dentro de cada grupo, *IN CAPITA*.

*Cuarto llamamiento.*—A falta de hermanos y de hijos de herma-

nos hereda el cónyuge viudo, pues el art. 954 es aplicable, en nuestro sentir, á Cataluña, puesto que, en este punto, ha modificado la ley general de Mostrencos.

*Quinto llamamiento.*—El de los colaterales más próximos, cuyo límite no había por Derecho romano; hoy termina en el sexto grado, no en el décimo, como señaló aquélla, y como determina la rúb. 10, lib. 6.º, Cost. 2.ª del Código de Tortosa.

*Sexto llamamiento.*—El Estado, no la Señoría de Tortosa, como se dice en el Código de esta población.

Según las Costumbres de Tortosa, en el segundo orden ó llamamiento con los ascendientes no entran los hijos de hermanos germanos premuertos, sino que éstos forman después que aquéllos, lo mismo que dispone el Código civil; limita la sucesión hasta el décimo grado, pero hoy queda reducido al sexto; después de ese sexto grado entra el cónyuge; ahora hereda á falta de ascendientes.

Muerta intestada la hija, no teniendo hijos ni otros descendientes, todo el dote y el *exceig*, y todos los otros bienes que deje pertenecen y vuelven á sus padres si le previven, y si uno le hubiese premuerto los adquiere el que sobreviva (rúb. 5.ª lib. V, Cost. de Tort.)

Si el padre con el hijo mayor de 14 años mueren en naufragio, ruina ó por otro caso fortuito, sin que el primero testara, se presume que el padre murió antes que el hijo, pasando la herencia de ambos á los sucesores de este último; pero si el hijo menor de 14 años perece en esos casos con su padre, se supone que murió antes que éste y las herencias de ambos vuelven á los sucesores del padre (rúb. 11, lib. 6.º)

El derecho más humano en materia sucesoria se halla en el Privilegio de Pedro III que rige en el Valle de Arán, en él se dice que los hijos naturales de soltero y soltera, faltando hijos ó descendientes de legítimo matrimonio, sucedan ABINTESTATO á sus progenitores, de la misma manera que heredan á éstos los hijos legítimos, y que esos hijos suceden también á los otros parientes, según la prerrogativa de grado, hasta el último (que hoy debe ser el sexto) como si fuesen legítimos y naturales.

#### Sucesión intestada de los impúberes

Arranca su regulación de la constitución dada por Jaime I en 23 de Octubre de 1260 (ley 1.ª, tít. 2.º, lib. 6.º, vol. 1.º Const. de Cataluña; después Pedro III condicionó dicha sucesión, por otra del

año 1363 (ley 2.<sup>a</sup>, tít. 2.º, lib. 6.º vol. 1.º íd.) y dispuso que los bienes que el impúber hubiese adquirido por cualquier causa ó título, del padre ó de otros de la línea paterna, ó de la madre ó de otros de la misma línea, muriendo intestado, no pasarán á la madre ó á los parientes por parte de ésta, sino á dichos padres y otros de aquella parte más próximos, hasta el cuarto grado, por el orden del Derecho romano, reservando la legítima á la madre ó á los otros ascendientes de la línea materna, guardándose las condiciones, vínculos y otras cargas que legítimamente y según derecho se hubieren impuesto á los impúberes, y que esto mismo se observe en los bienes que á éstos hubiesen provenido de la madre ó de la línea materna. No distingue esta constitución entre clases de bienes, ni por su naturaleza, ni por el título de procedencia, y no limita, sino por el importe de la legítima, los que deben volver á la línea de donde proceden, pero, en opinión general de los intérpretes, esa reversión alcanza á todos los bienes recibidos inmediatamente de los parientes de la línea á que deben volver, pero han de estar dentro del cuarto grado inclusive, y es también sentir corriente que los hermanos consanguíneos y uterinos tienen derecho á concurrir con los germanos.

Opina Ferrer que dicha constitución no es aplicable á los bienes radicantes fuera de Cataluña, con lo cual no está conforme Durán y Bas por pugnar con las ideas dominantes en materia sucesoria, cuando hay bienes en territorios sujetos á legislaciones distintas; el Código ha venido á dar la razón á este último juriconsulto en el art. 14, en relación con el párrafo 2.º del 10 y, de consiguiente, se ha de atender á ley del causante, cualquiera que sea el país en que se encuentren los bienes, que á tanto obliga el principio de unidad de herencia.

Existe en el Valle de Arán la sucesión intestada troncal regulada por el Privilegio de Pedro III, donde se dice que si falleciese algún hombre sin testamento, careciendo de liberos («hijos ó descendientes de su cuerpo procreados»), sobreviviendo el padre ó la madre ó los abuelos, los inmuebles pertenecientes por cualquier título al difunto, ya sean profecticios, castrenses ó adventicios, vuelvan á aquellos que tuviesen de aquel linaje ó de aquella línea de parentela hasta el cuarto grado; los muebles ó semovientes y compras hechas por el difunto pasen á los hermanos ó hermanas y después á los más propincuos en grado de parentela, luego de pagadas las deudas, legados y disposiciones del finado. También dispone este privilegio que, muriendo una mujer sin testamento, careciendo de hijos ó des-

cientes de su cuerpo procreados, vuelvan el dote y el esponsalicio (*donació feta per nocces*) á aquellos de quienes procedieron ó á sus herederos.

## ARAGÓN

No existe el derecho de representación en la línea colateral (Ob. 5.<sup>a</sup> DE TESTAMENTIS y Sent. de 21 de Octubre de 1868). A los padres les suceden sus hijos legítimos, legitimados y adoptivos (Fueros 1.<sup>o</sup> y 2.<sup>o</sup> DE SUCESIONIBUS ABINTESTATO). Si alguno de los hijos hubiere premuerto á su padre, sucederán los nietos á su abuelo en representación de aquél. (Ob. 6.<sup>a</sup> DE TESTAMENTIS).

La distribución de bienes entre sus hijos se hace por partes iguales, por cuanto no son colacionables los bienes que los padres dieron en vida á sus hijos (Fuero 1.<sup>o</sup> DE DONATIONIBUS).

En defecto de descendientes legítimos suceden los ascendientes, tan solo en aquellos bienes que hubieren donado, enajenado ó transferido de cualquiera manera intervivos á su hijo ó hija. En los restantes bienes suceden los parientes colaterales, según la clase y procedencia de aquéllos; los bienes muebles y los adquiridos por cualquier título, que no sean por sucesión de los parientes del difunto, se dividen en dos partes iguales: una, para los parientes de la línea paterna, y otra para los de la línea materna (Ob. 7.<sup>a</sup> DE TESTAMENTIS). Dentro de cada línea sucederán los parientes más cercanos (Ob. 5.<sup>a</sup> íd.) Los bienes de la persona de cuya sucesión se trate recaerán en los más próximos parientes de la línea de donde procedan, ya sea paterna, ya materna (Fuero 2.<sup>o</sup> DE SUCCESORIBUS ABINTESTATO). El hermano que hubiese vendido ó enajenado bienes á su otro hermano, fallecido sin descendientes legítimos, le sucede en ellos con preferencia á cualquier otro pariente (Fuero 2.<sup>o</sup> DE SUCCESORIBUS ABINTESTATO). Por muerte de la mujer sin dejar hijos, vuelve al marido ó á sus herederos la firma de dote que éste le asignó en bienes sitios (Ob. 42 DE JURE DOTIUM).

El Hospital de Nuestra Sra. de Gracia de Zaragoza hereda ABINTESTATO á los enfermos y dementes que mueren en él sin descendientes ni parientes dentro del 4.<sup>o</sup> grado (Fuero de 1626).

## ALTO ARAGÓN

En esta comarca y en la provincia de Huesca existe la costumbre, sancionada por Sent. de 30 de Diciembre de 1882, de establecerse el pacto por el cual los contrayentes disponen que, para el caso de morir ambos ó uno sin testamento, dos parientes consanguíneos más cercanos y mayores de edad que aquéllos, nombren su respectivo heredero. Todo esto se ajustará á las capitulaciones.

## NAVARRA

Llámanse bienes de abolorio los que pertenecen al abuelo sobreviviente á su hijo, padre de los nietos; de patrimonio, los que, muerto el abuelo, posee el hijo, y troncales los provinientes de la familia (cap. 3.º, tít. 4.º, lib. 2.º del Fuero). Los bienes conquistados por los hijos ó adquiridos por donación de sus padres, no pasan á éstos, sino á los hermanos, y en su defecto, á los parientes más cercanos; pero habiendo hijos legítimos ó legitimados por subsiguiente matrimonio ó naturales, todos, sin distinción de edad ó sexo y sin preferencia entre ellos, por sus distintas clases, heredan á su padre, cualquiera que sea la procedencia de sus bienes, admitiéndose la proximidad de grado y el derecho de representación en la línea recta descendente hasta el infinito. Respecto de los hijos legitimados por rescripto, se atiende á los términos de la concesión de la gracia real. Quedan excluidas de la sucesión abintestato las criaturas abortivas, esto es, las que no viven veinticuatro horas, ni reciben el bautismo (ley 52 de las Cortes de 1765 y 1766, ni los religiosos profesos (ley 27, tít. 20, lib. 10, Novísima Recopilación); los hijos adulterinos no pueden heredar al adúltero, sea éste el padre ó la madre (caps. 9.º y 11, tít. 3.º, lib. 4.º del Fuero). Tampoco hereda el cura de almas (ley 12, íd.) A falta de descendientes, hay que distinguir entre bienes raíces troncales y los que no tienen este carácter; en los primeros de éstos (aunque sean dotales), suceden los parientes colaterales de la línea de donde los bienes proceden, atendiendo á la proximidad de grado «con tal que los bienes troncales en que han de suceder los parientes más cercanos, sean de algún ascendiente de los tales parientes y no transversales, y que, durante su vida, *los padres ca-*

sando y no casando puedan *usufructuar* los tales bienes (ley 6.<sup>a</sup>, título 13, lib. 3.<sup>o</sup>, Novísima Recopilación). Los padres y demás ascendientes suceden á sus hijos á falta de hermanos en los bienes adquiridos por ellos mismos conforme al derecho común (ley 3.<sup>a</sup>, tít. 13, lib. 3.<sup>o</sup>, íd.), así como suceden á falta de hermanos, en los bienes que ese hijo hubiese adquirido de dichos padres y demás ascendientes (Cortes de Tudela de 1583). A falta también de hermanos, los padres ó ascendientes suceden á los hijos, no solo en los bienes adquiridos por ellos con su industria, sino que también en los procedentes de sucesión, herencia, donación ó manda (ley 14, lib. 3.<sup>o</sup>, cap. 13 ídem), pero no en los troncales ni en los dotales, pues, á falta de hermanos suceden, como hemos dicho, con preferencia á los padres y ascendientes, los parientes más cercanos de donde procedan.

En la sucesión de los troncales, los hermanos, para excluir á los padres, han de ser germanos, pues si fuesen de un solo vínculo, habrán de serlo de la parte de donde los bienes procedan y no de otra manera, entendiéndose esto en los casos donde hubiera *LITIS PENDENTIA*, con la circunstancia de que, para que quepa la sucesión en los bienes troncales, éstos han de derivarse de algún ascendiente de dichos sucesores y no de la línea transversal, y á base de que aquéllos sean inmuebles; también es aplicable esto á los dotales (leyes 6.<sup>a</sup> y 7.<sup>a</sup> íd.)

Muerto el donatario sin hijos ó, si teniéndolos, no llegasen éstos á perfecta edad y fallecieren después sin hijos ó sin hacer testamento, vuelven los bienes donados por causa de matrimonio al padre ó madre donadores, quienes pueden renunciar á tal beneficio, y si hubieran muerto, heredan los más cercanos parientes según Fuero; el donador puede renunciar á tal beneficio, á base de cuya renuncia pueden heredar los hermanos los bienes en que consistan tales donaciones; no renunciándolos, revierten los bienes al que los donó (cap. 3.<sup>o</sup> del Amejoramiento).

Los bienes del hermano premuerto, no dejando hijos, pasan á sus hermanos por partes iguales; si no quedaren mas que uno ó mas hermanos por haber premuerto otros al causante, los hijos del fallecido no heredan con sus tíos á este último, puesto que no se da el derecho de representación; pero si hubiera hermanos germanos y medio-hermanos, los primeros excluyen á los segundos, tratándose de bienes de patrimonio, porque si se trata de bienes troncales y de abolorio, esos medio-hermanos suceden con los hermanos tan solo en la parte del difunto, respecto de los bienes de la línea de su proceden-

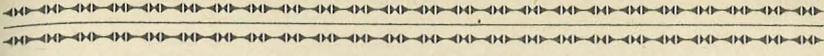
cia (leyes 3.<sup>a</sup>, 4.<sup>a</sup>, 6.<sup>a</sup> y 7.<sup>a</sup>, tít. 13, lib. 3.<sup>o</sup> del Fuero). El tío es preferido al primo hermano.

Después de los sobrinos entran á suceder los demás colaterales, y no se admite en esta línea el derecho de representación. La ley de 16 de Mayo de 1835 llamó al viudo á la herencia de su consorte después de los parientes de cuarto grado, pero, como hemos dicho, creemos que esto se halla modificado por el Código civil, cuyo cónyuge hereda á falta de sobrinos.

## VIZCAYA

Regula la sucesión intestada la ley 8.<sup>a</sup> del Fuero que distingue los bienes raíces troncales de los bienes muebles y de los inmuebles no troncales. En los raíces troncales suceden los hijos y descendientes legítimos y legitimados por subsiguiente matrimonio, pero sin derecho de representación; de manera que, concurriendo hijos del causante, no le heredan sus nietos, especialidad que no existe ni en Aragón ni en Navarra. A falta de descendientes suceden los ascendientes y después los colaterales; pero con la distinción natural por razón de los bienes, porque el principio familiar informa la sucesión troncal; de manera que esos bienes han de ir á parar á la línea de donde proceden. En los muebles y en los raíces no troncales se hereda sin distinción de líneas, porque esta sucesión se funda en la voluntad presunta, apoyada en las afecciones naturales del causante y por eso se hacen de esos bienes dos partes: una para cada línea, y dentro del respectivo orden de ascendientes ó colaterales y, en su caso, de cada línea; los parientes más próximos excluyen á los más remotos, sin que el llamamiento pueda pasar del segundo grado, según se declaró en Sent. 18 de Junio de 1896.

---



## CAPÍTULO XV

### Institutos comunes á las sucesiones testada y legítima

#### **Precauciones que deben adoptarse cuando la viuda quede en cinta**

Para armonizar, en lo posible, el interés del póstumo y el de los herederos testamentarios ó abintestato, procurando asegurar la verdad de embarazo y el nacimiento de aquél, lo cual lleva consigo consecuencias trascendentales, dentro de la situación provisional creada por hallarse en cinta la viuda, el Código, siguiendo y perfeccionando los precedentes del Fuero Real y de las Partidas, da acertadas reglas, contenidas en los artículos desde el 959 al 967, ambos inclusive.

Cuando la viuda crea haber quedado en cinta, deberá ponerlo en conocimiento de los que tengan á la herencia un derecho de tal naturaleza que deba desaparecer ó disminuir por el nacimiento del póstumo. Esa obligación debe cumplirse inmediatamente á la muerte del causante, á base de que ella se sienta embarazada, ya sea ese causante su marido, ya sea otra persona, pues al artículo debe dársele interpretación extensiva, porque tiende á asegurar, no solo los derechos del póstumo, sino los de otras personas, que pueden desaparecer ó disminuir por el nacimiento de aquél, entrañando esto una condición suspensiva que se cumple ó no, según que el concebido nazca y viva con las condiciones exigidas por el art. 30; éste es una nebulosa que necesita concrecionarse, como lo llamó Romero Girón.

No solo debe avisar la viuda á los parientes, si que á los extra-

ños y á todos los que puedan experimentar perjuicio por el nacimiento del póstumo, entre éstos á los legatarios, si toda la herencia estuviese dividida en legados, ó más de un tercio de ella, porque sufre disminución; no en otro caso, porque son sucesores singulares, y aunque la institución se anule, ellos mantienen su derecho, dentro de la parte libre; en cambio, creemos que deben ser avisados los albaceas universales, porque, con tal carácter, llevan la representación del causante.

Esos interesados pueden pedir al Juez municipal ó al de primera instancia donde lo hubiere que dicte las providencias convenientes para evitar la suposición de parto ó que la criatura pase por viable, no siéndolo en realidad, debiendo cuidar esa autoridad de que las medidas por ella adoptadas no ataquen al pudor ni á la libertad de la viuda.

La ley no permite reconocimientos inútiles ó vergonzosos, ofensivos al pudor de la mujer, ni autoriza á que se la recluya, ni que se le pongan guardias, ni se empleen, en suma, medios que coarten su libertad, lo cual no empece para que se ejerza sobre ella una discreta vigilancia. Es potestativo el derecho de esos interesados para acudir al Juez en demanda de providencias, sin que veamos que puedan recurrir contra ellas, pero sí la viuda en el caso de que las medidas ataquen á su pudor ó á su libertad, y como falta procedimiento en la ley de Enjuiciamiento civil, alguno opina que esto es propio de los incidentes; la solicitud de los interesados encaja, de cierto modo, en el art. 1.811, como acto de jurisdicción voluntaria.

Pasados los trescientos días siguientes á la disolución del matrimonio, los presuntos herederos del causante no pueden ya tener interés en asegurarse de la verdad del parto, porque pueden impugnar la legitimidad del hijo, y, de consiguiente, huelga que se tomen las medidas indicadas.

Háyase ó no dado el aviso, al aproximarse la época del parto, la viuda deberá ponerlo en conocimiento de los mismos interesados, quienes pueden nombrar persona de su confianza que se cerciore de la realidad del alumbramiento. Si la persona designada fuera rechazada por la paciente, hará el Juez el nombramiento que deberá recaer en facultativo ó en mujer.

La omisión de estas diligencias no perjudicará á la legitimidad del parto, porque el hijo no tiene culpa de que su madre haya faltado á su obligación; si fuese impugnada esa legitimidad, podrá acreditarse por la madre ó por el hijo, debidamente representado. La acción

para impugnarla por parte de los que tengan este derecho, prescribirá en los plazos señalados en el art. 113.

Bajo las palabras «legitimidad del parto», empleadas en el artículo 962, se comprenden: la realidad del alumbramiento, y que el nacido es el hijo de la viuda, esto es, su identidad. Solamente cabe probar ambos extremos si se hubiesen omitido los avisos en el caso de que esa legitimidad fuese impugnada, correspondiendo entonces probarlo á la viuda, y si hubiese fallecido, al hijo debidamente representado; pero, si ha transcurrido el plazo de impugnación, no cabe que, ni al hijo ni á su madre corresponda hacer semejante acreditación. Y aún cuando el parto se pruebe, puede atacarse la legitimidad del hijo, pues los arts. 113 y 962 descansan en supuestos completamente distintos: una cosa es la legitimidad del parto, á que se refiere el primero de estos preceptos, y otra la de legitimidad del hijo, de que trata el segundo de ellos.

Si la viuda cumplió con su deber dando los avisos, y si quienes faltaron fueron los interesados que dejaron de acudir al Juez, no es aplicable el art. 962.

Cuando el marido hubiera reconocido en documento público ó privado la certeza de la preñez de su esposa, estará ésta dispensada de dar el aviso, que llamaríamos de prevención, exigido por el artículo 959; pero deberá dar el que se refiere al caso de aproximarse la época del parto.

La viuda que quede en cinta, aún cuando sea rica, deberá ser alimentada de los bienes hereditarios, porque lleva en sus entrañas al que puede ser heredero, pero esos alimentos son en consideración á la parte que en ellos pueda tener el póstumo si naciere y fuere viable, porque alimentándose su madre, se nutre él, y como esto le es favorable, se le tiene por nacido, dentro de la situación provisional. El art. 964 no excluye la aplicación del § 2.º del 1.379, ni la del 1.470, y, de consiguiente, la viuda que quede en cinta tiene derecho á dos pensiones: una, por su derecho como viuda, y otra, en consideración al póstumo; si las reclama juntamente, debe fijarse la cantidad total que ha de satisfacerse por ambas, debiendo ser los alimentos en cuantía proporcionada á los frutos y rentas de la herencia, y si fueran excesivos, al liquidarse ésta se rebajará el exceso del haber que á ella y al póstumo les corresponda (art. 1.430). La viuda no tiene por qué restituir lo que hubiese recibido, aún cuando no naciera el póstumo en condiciones legales ó fuese falso el embarazo, no habiendo por su parte mala fe en este caso, siendo de citar

la Sent. de 26 de Octubre de 1897, según la que no tienen efecto retroactivo las sentencias firmes que reduzcan la cuantía ó nieguen el derecho á los alimentos provisionales, ni hay obligación de devolver en todo ni en parte los recibidos en los casos en que la ley los concede.

En el tiempo que medie hasta que se verifique el parto ó se adquiera la certidumbre de que éste no tendrá lugar, ya por haber ocurrido aborto, ya por haber pasado con exceso el plazo máximo para la gestación, se proveerá á la seguridad y administración de los bienes en la forma establecida para el juicio necesario de testamentaría.

Prescribe la ley 1.<sup>a</sup>, tít. IX, lib. XXXVIII del Digesto que cuando la viuda crea hallarse embarazada ó en cinta, deberá avisarlo formalmente á todas las personas á quienes inmediatamente correspondería la herencia, caso de no nacer el póstumo, cuyos interesados podrán cerciorarse de la realidad del embarazo por medio de reconocimiento de la viuda, practicado por matronas; añade que, probada sumariamente la certeza del embarazo, se pondrá en posesión de la herencia al póstumo, designándole un curador para que, en su nombre, la administre, debiendo conferirse este cargo al tutor eventualmente nombrado por el padre ó á los parientes y amigos suyos, prefiriendo siempre al más idóneo; posesión que se da aún cuando se litigue acerca de la realidad del embarazo, á menos que resulte falso.

Añaden las leyes 1.<sup>a</sup>, 4.<sup>a</sup> y 5.<sup>a</sup> Dig. íd., que el curador debe prestar á la viuda la habitación y alimentos correspondientes á su clase, aunque la misma tenga de qué mantenerse, la cual debe avisar su estado dos veces al mes, á los más próximos herederos, y treinta días antes de la época en que crea parir, y en el momento mismo en que principie el parto, para que puedan tomar las precauciones en evitación de fraudes en el mismo.

Ahora bien; surge la duda de si esas disposiciones del Derecho romano se hallan ó no vigentes después de publicado el Código; éste no permite que las medidas adoptadas por el Juez (art. 960), nunca por los interesados, ataquen al pudor ni á la libertad de la viuda, lo cual autoriza el Derecho romano, toda vez que pueden cerciorarse del embarazo por medio de reconocimiento practicado por matronas. En nuestro sentir, lo vigente es el Código, porque tales medidas no deben partir de los interesados, sino de la autoridad judicial; constituye esto un acto de procedimiento, que es igual en toda España, y

que la circunstancia de no atentarse, con el empleo de aquéllas, al pudor ó á la libertad de la viuda, es de un orden moral y de seguridad personal que está por encima del derecho privado común y foral, y, por ende, debe respetarse, sin distinción de territorios.

Respecto de que se nombrará un curador para la administración de la herencia del póstumo, cuyo cargo se conferirá al tutor, como se ha dicho, parécenos que esto último no cabe en Cataluña ni en Navarra donde rige el Derecho romano, porque esto cabía cuando la madre no tenía patria potestad, y puesto que el Código se refiere en orden al nombramiento de administrador (art. 965) al juicio necesario de testamentaria, como esta materia es de procedimiento, que es uniforme en toda España, impónese la consecuencia de que á dicho precepto hay que atenerse.

En lo demás apenas si existe discrepancia entre el Código y el Derecho romano; éste también concede á la viuda el derecho á alimentos *PRO FACULTATIBUS DEFUNCTI ET PRO DIGNITATE EJUS ADQUE MULLIERIS*. Y cuenta que las leyes primera y tercera Digesto *ídem*, y la única *SI MULLIER VENT. NOM. IN POSS. CAL.* suplen un vacío del Código que solo lo llena el buen criterio, al prescribir que la mujer que hubiese obrado de mala fe deberá reintegrar los alimentos y demás percibido por razón del supuesto embarazo, é indemnizar á los herederos de todos los perjuicios que les hubiese ocasionado, acciones estas que prescriben al año útil. La ley 6.<sup>a</sup> Digesto *DE VENT. IN POSS. MIT.* prescribe que si el heredero instituido es un póstumo extraño, solo se le pondrá en posesión de la herencia cuando su madre no tenga de qué alimentarse, al contrario de cuando ese póstumo es heredero legítimo, en cuyo caso, como dice la ley 1.<sup>a</sup> Dig. *íd.*, se le pone en posesión de la herencia y se le nombra curador.

Por las razones expuestas creemos que lo vigente hoy en todo el territorio español es el Código; éste prescribe en su art. 966, que la división de la herencia se suspenderá hasta que se verifique el pago ó el aborto, ó resulte, por el transcurso del tiempo, que la viuda no estaba en cinta. Si mientras dure esa condición suspensiva fallece ó se incapacita algún heredero, estos hechos no afectan á su derecho, puesto que lo adquirió el día de la muerte del causante y resulta consolidado por el cumplimiento de aquélla, con sus efectos retroactivos. Si, por el contrario, el nacimiento se verifica en condiciones legales, el póstumo es el heredero, excluye á los ascendientes y colaterales, y á los extraños instituidos? Si los instituidos son legitima-

rios, queda nula la institución, á menos de que no se hubiese preterido al póstumo, siendo válidas las mandas, mejoras y demás disposiciones testamentarias, en cuanto no sean excesivas ó inoficiosas (art. 814); á falta de testamento, se pide la declaración de herederos, entre éstos el póstumo, por sus derechos.

Verificado el parto ó el aborto, ó transcurrido el término de la gestación, el administrador (que es el curador de que habla el Derecho romano), cesará en su cargo, de cuyo desempeño dará cuenta á los herederos ó á sus legítimos representantes.

### Derechos del cónyuge viudo

Elevada la personalidad de la mujer romana con la influencia bienhechora del Cristianismo, y debido también al roce ó contacto de los romanos con los bárbaros del Norte que aportaron nuevos elementos de justicia al Derecho, surgió la necesidad de atender á la desgracia y á la aflicción de la viuda que carecía de derechos sucesorios; cúpole á Justiniano esta gloria, cuyo emperador dispuso en la Novela CXVII, que recibiese aquélla, si era pobre, la cuarta parte en propiedad de la herencia testada del causante, su consorte, si concurría con personas que no fuesen descendientes de éste, y que, concurriendo con hijos, solo tendría una cuota usufructuaria igual á la de cada uno de sus hijos, si de éstos quedaban más de tres, y de una cuarta parte, si quedaban tres ó menos de tres. Dicha Novela tenía por precedente otra disposición del mismo emperador por la cual se introdujo la cuarta uxoria, concedida á la mujer casada sin dote que, sin justa causa, fuese repudiada por su marido; este debía satisfacerla para que no cayese en la indigencia. Lo que era en caso de repudiación se hizo extensivo á cuando la mujer quedaba viuda é indotada, concediéndole en la herencia esa misma cuarta, siempre que no excediese de cien libras de oro. Así, por mejoramiento de las costumbres y por la influencia del Cristianismo, fué evolucionado ese derecho, humanizándose hasta que vino dicha Novela en el año 541.

El Fuero Juzgo estableció en favor del cónyuge el derecho de retener y usufructuar *la buena* (legítima ó herencia dejada á los hijos) y el usufructo vitalicio, mientras no casara. Las Partidas dieron á la viuda pobre é indotada derecho á la cuarta marital, que no debía exceder de cien libras de oro, y como ésto fuera poco, el pro-

yecto de 1851 le concedió legítima y, en el decreto de 12 de Febrero de 1880, indicose que se concedieran al cónyuge viudo mayores derechos, á cuyo efecto se presentó como institución modelo, para generalizarla en España, el usufructo foral aragonés, directiva que halló acogida en la base 17 de la ley de 11 de Mayo de 1888 para la publicación del

### Código Civil

Prescribe en su art. 834 que el viudo ó viuda no divorciado al morir su consorte, ó que lo estuviese por culpa del cónyuge difunto, tendrá derecho á una cuota en usufructo igual á la que por legítima corresponda á cada uno de sus descendientes legítimos no mejorados. Si no quedare mas que un solo hijo ó descendiente, tendrá el usufructo del tercio destinado á mejora, conservando aquél la nuda propiedad, hasta que, por fallecimiento del consorte supérstite, se consolida el dominio. Si los cónyuges estuviesen separados por demanda de divorcio (condición suspensiva) se esperará al resultado del pleito, y si entre los cónyuges hubiese mediado perdón ó reconciliación, el sobreviviente conservará sus derechos.

Alonso Martínez expone los motivos, más del orden ético que del jurídico, que se tuvieron en cuenta para introducir en el Código la legítima del viudo ¿Cuáles son? El de evitar su estado de indigencia, con el escándalo de que mientras él se halla en esta situación, sumido en el dolor, los herederos del difunto distribúyense y gozan de sus bienes, acaso en el auge y en la prosperidad. Contra esto protesta toda conciencia honrada. Ya los pueblos germanos, en sus costumbres primero, y luego en la ley de los bávaros ó *bojos*, dieron á la viuda participación en la herencia dejada por su marido, porque ella solía correr con él los peligros y las adversidades de la guerra de conquista y participaba del botín obtenido del enemigo. Pero el Código no se ha ajustado á aquella base 17; sus autores excedieron-se de la letra de ésta; mas hay que absolverles, porque reflejaron los dictados de la conciencia social, supliendo la omisión involuntaria cometida en ese ordenamiento.

Con efecto, según esa base, el viudo solo tenía derecho á la cuota concurriendo con hijos, en cuyo caso percibiría en usufructo lo que á cada uno de éstos correspondiese por su legítima, en evitación de que el hijo no mejorado fuese cuantitativamente de mejor

condición que su padre ó madre. Además, esa ley no habla del caso en que los concurrentes á la herencia sean ascendientes, colaterales ó extraños, lo cual ha hecho el Código, dando extensión á lo dispuesto en dicha escueta base; y ciertamente que los autores de aquél procedieron con tino y justicia, porque si el viudo tiene derecho á su cuota concurriendo con hijos ¿por qué no lo ha de tener si es llamado á la sucesión con ascendientes ó con otras personas?

Repárese en que, por la base 17, el usufructo viudal había de ser el concedido por alguna de las legislaciones especiales; no quiso el Legislador que, en este trabajo, se acudiera al Derecho tradicional, ni á la ley de otros países, sino á la legislación de ciertos territorios aforados, y es precisamente lo que se echa de menos en el Código, que aparece inspirado en el italiano.

Según la base 17, habían de determinarse los casos de cesación del usufructo viudal, punto este omitido en el Código, no obstante tratarlo la legislación aragonesa, prescriptiva (Obs. 6.<sup>a</sup>, 13, 14, 19, 33, 54, 55, 58 y 59 DE JURE DOTIUM) de que terminan los beneficios de la viudedad foral, lo mismo que la *fealdad* en Navarra (capítulos 3.<sup>o</sup> y 4.<sup>o</sup>, tít. 2.<sup>o</sup>, lib. 4.<sup>o</sup> del Fuero) como se extingue en Cataluña, caso de haberse estipulado el usufructo en los bienes del difunto en capitulaciones matrimoniales, por repetir nupcias la viuda; ésta también queda privada de ese goce en Aragón y Navarra por vivir deshonestamente.

Nada de esto ha tenido en cuenta el Código; lo mismo el búmbo que la viuda deshonestista continúan teniendo el usufructo, con agravio á la memoria del difunto y desprestigiando aquélla, en el concepto social, á los hijos y herederos de aquél, compartiendo quizás con su mancebo el provecho de los bienes, con escándalo público. Ante esta anomalía, lo único que cabe alegar para cohonestarla es que si el Código hubiese querido registrar, como causa extintiva del usufructo la repitición del matrimonio, habría favorecido de soslayo las uniones ilegítimas mantenidas en el secreto ó dado pábulo á los matrimonios de conciencia que, como no surten efectos civiles mientras no se inscriban en el Registro civil, constituyen al presente un medio socorrido para que la mujer no pierda la patria potestad de sus hijos, y con ella el usufructo de sus bienes que quedarían constituidos en tutela, y que las huérfanas no pierdan la pensión por clases pasivas. Puede que el legislador haya pesado todos estos inconvenientes, así como habrá entendido ser de pública honestidad no dar ocasión á que se lleven á los Tribunales demandas sobre cesa-

ción de usufructo por causa de haber vivido la viuda deshonestamente, ya que en estos asuntos nada gana la moral pública.

Rectificando nuestra opinión expuesta en la obra «Derecho Hipotecario y Notarial» y separándonos del sentir de autorizados escritores jurídicos, sostenemos que en el Código constituye legítima el derecho del cónyuge viudo y no cuota alimenticia, porque si esto último fuese, no habría necesidad de darla al que es rico, ni vendrían obligados á satisfacerla los herederos pobres. El viudo tiene el carácter de heredero forzoso legítimo, y así lo han declarado las Sents. de 8 de Febrero de 1892 y 18 de Marzo de 1897. Tan es así que, según Res. de 30 de Abril de 1906, en las operaciones particionales del cónyuge es necesaria la intervención del viudo, aún cuando el testador lo desherede expresamente, sin que sea admisible la alegación de hallarse separados los cónyuges al tiempo de fallecer el causante y de que estaba pendiente el pleito de sentencia de divorcio. El mismo Centro directivo resolvió en 16 de Diciembre de 1904, que, con solo el testamento del causante y la partida de defunción unicamente puede inscribirse el derecho hereditario á favor de un solo heredero ó de varios proindiviso, sin que sea posible inscribir, además, una mitad á favor del viudo en concepto de gananciales, por deber preceder para ello la liquidación de la sociedad conyugal en debida forma. Pues bien; al incluirse en las particiones al viudo por su cuota legítima, y puesto que es un heredero forzoso (núm. 3.º del art. 807), se ha de expresar lo que se le adjudique en usufructo, sin que el Registrador esté facultado—y esta es la doctrina corriente—para decir si está bien ó mal hecha la detracción de la cuota, careciendo de facultades para denegar, por este motivo, la inscripción del documento, pues si las partes han concertado la cuantía de la cuota, ellas y solo ellas pueden, en su caso, reclamar contra el agravio.

Mucius Scævola sostiene que en la sucesión intestada no se da la cuota vidual; opina así, ajustado á la estructura del Código, porque éste trata de ese usufructo en el art. 834 y siguientes, siendo lo lógico, para evitar dudas, hacerlo hecho en capítulo destinado á las disposiciones comunes á las sucesiones testada é intestada. Siguiendo ese sentir, citan algunos la Res de 14 de Junio de 1897 que, declarando no ser defecto insubsanable la partición de bienes donde se atribuye al cónyuge viudo una cuota equivocada á juicio del Registrador, sientan la afirmación de que ni la ley de Bases ni el Código llaman á la sucesión intestada al viudo cuando existen hijos ó nietos del causante.

No obstante todo esto, esa anomalía advertida en el Código queda vencida ante estas razones: una, lo dispuesto en el art. 6.º, de que, no habiendo ley rigurosamente aplicable al punto controvertido, se aplicarán, en defecto de costumbre del lugar, los principios generales del derecho. ¿Por qué ha de tener el viudo derecho á esa legítima, falleciendo su consorte bajo testamento y no si muere intestado? ¿Acaso tiene culpa de esto último? El vacío de la ley se llena con la equidad y el buen sentido, y si el fundamento ético del usufructo viudal es que el supérstite participe en algo de la herencia de su causante para que no quede sumido en la indigencia, lo mismo cabe esto en la sucesión testada que en la intestada, aunque otra cosa digan Valverde Maruti y Scævola. Entre la opinión de éstos y la autorizadísima de Alonso Martínez, preferimos la de éste, el cual dice que la comisión codificadora acordó que «en todo caso, con testamento ó sin él é independientemente del testador, por ministerio de la ley, el viudo ó viuda ha de tener en la herencia de su consorte difunto el usufructo de una porción igual á la legítima de sus hijos.»

El cónyuge viudo no participa, en la detracción de su cuota, del tercio de libre disposición, tanto si el testador hubiese ó no dispuesto de él, ó si falleciere intestado, pues lo que el legislador quiere es que haya igualdad cuantitativa entre el viudo y lo que perciba el hijo por razón de legítima, y no por derechos distintos á ésta.

Habiendo nulidad de matrimonio, creemos que no cabe el percibo de esa cuota, porque son cosas distintas los derechos adquiridos antes de declararse la nulidad del vínculo conyugal y los derechos sucesorios, que no caben en quien realmente no es viudo, porque, para tener este carácter había de estar unido en nupcias, de cuyo estado cesó por consecuencia de tal nulidad.

Acerca de la significación que debe darse á las palabras empleadas en el art. 834 «á lo que por legítima corresponda» ha surgido la duda de si esta legítima es la lata, constituida por los dos tercios de la herencia ó la estricta, que es solo de uno de éstos. Nos inclinamos á lo primero para que el cónyuge no resulte con menor porción que la de los hijos no mejorados y, habiendo nietos, puesto que heredan IN STIRPE, á lo que éstos adquieran en junto cuantitativamente, también por legítima, en representación de su ascendiente. Habiendo mejora, si ésta comprende la totalidad del tercio, la legítima del viudo no entra en esa porción; habrá de ser unicamente en lo que se refiere al tercio de legítima estricta ó coartada, teniendo una parte igual á la de sus hijos ó descendientes legítimos no mejo-

rados, detraída del tercio de mejora. La propiamente legítima de los hijos y descendientes legítimos se halla constituida por las dos terceras partes del haber hereditario (art. 808); la legítima estricta, diminuta ó coartada, es una excepción de aquélla, pues depende de que el testador disponga de uno de los dos tercios para aplicarlo, como mejora, á sus hijos y descendientes legítimos. El Legislador, al emplear las entrecomadas frases en el art. 834 tenía que referirse á la legítima general, á la de los dos tercios, no á la coartada, porque constituye una excepción, por mérito de haber hecho mejora el testador.

Acerca de cuál es el procedimiento para realizar mejor y más exactamente la fijación de esa cuota, concurriendo el viudo con hijos ó descendientes legítimos á la herencia de su cónyuge, se han presentado distintos sistemas; el que más partidarios tiene es el seguido por Manresa, al cual nos adherimos. No habiendo mejora y hecha excusión del tercio de libre disposición, el viudo es un hijo más, porque, de no ser así, resultaría, cuantitativamente de peor condición que éste, y precisamente es lo que la ley no quiere, puesto que lo pone al nivel del hijo ó descendiente no mejorado; de suerte que si el caudal de los dos tercios es de 24.000 pesetas y hay tres hijos se les suma el viudo, correspondiendo á cada uno de aquéllos 6.000 pesetas, cantidad que tendrá el viudo en usufructo; ó más claro, que á cada hijo corresponderán 6.000 pesetas en pleno dominio y 2.000 en nuda propiedad; con 2.000 de cada uno se forman las 6.000 que en usufructo corresponden al viudo. Si éste no fuese divisor en el reparto y las 24.000 pesetas se distribuyesen entre los tres hijos, resultaría que, correspondiendo al viudo una parte igual á la de aquéllos ó sean 8.000 pesetas, la porción de cada hijo quedaría afectada en 2.666'66 pesetas y milésimas, ó sea que tendría menor participación que la del cónyuge, lo cual está reñido con el espíritu igualitario que informa el art. 834.

Como dice Manresa, «no basta alegar que sobre la cuota que usufructua el viudo corresponde la nuda propiedad á los hijos, porque con las palabras *lo que por legítima corresponda*, se da á entender que el tipo de comparación para fijar la legítima del viudo es lo adjudicado á los hijos en pleno dominio,» y añadimos nosotros que no vale decir de contrario que los hijos no salen perjudicados no haciendo divisor al viudo, por cuanto adquieren en nuda propiedad lo adjudicado á éste en usufructo, pues repárese que el supérstite, teniendo parte mayor que la de sus hijos, habría de percibir mayores

rentas de los bienes adjudicados á él en pago de su cuota usufructuaria, inconveniente de bulto que trae consigo ese procedimiento, mientras que con el de Manresa existe la igualdad y no resultan perjudicados los hijos y descendientes del causante.

Habiendo hijo mejorado en el tercio, el viudo no es divisor con sus hijos en el de legítima estricta; tendrá como éstos una porción igual detraída del destinado á mejora. Así, p. e., el tercio de legítima estricta son 8.000 pesetas y siendo dos los hijos, cada uno de estos tendrá 4.000; igual cantidad corresponde al viudo, sacada de las 8.000 pesetas del tercio de mejora, en cuyo caso el mejorado obtendrá 4.000 pesetas en pleno dominio por legítima estricta, 4.000 del mismo modo por mejora, y otras 4.000 en nuda propiedad, cuyo usufructo vitalicio corresponderá al viudo. Pero supongamos que la mejora es menor del tercio; en este caso, lo que queda libre se suma al importe de la legítima estricta, y el viudo será ó no divisor con sus hijos, según que, con la operación aritmética, resulte con mayor ó menor porción que éstos, debiendo procurarse por la igualdad, que es el objetivo de la ley. Para que el viudo sea divisor en este caso requiérese que el residuo libre del tercio de mejora sea superior ó igual á la cuota de cada hijo en la legítima corta.

No dejando el testador descendientes, pero sí ascendientes, el cónyuge sobreviviente tendrá derecho á la tercera parte de la herencia en usufructo; este tercio se sacará de la mitad libre, pudiendo el testador disponer de la propiedad del mismo.

Al disponer el art. 835 que, concurriendo hijos y descendientes, la cuota vidual debe sacarse del tercio destinado á mejora, y al prescribir el 836 que, concurriendo ascendientes se ha de sacar aquélla de la mitad libre, se ve por modo claro que el legislador ha procurado que esa porción usufructuaria no perjudique la legítima de los herederos forzosos.

Cuando el testador no dejare descendientes ni ascendientes legítimos, el cónyuge sobreviviente tendrá derecho á la mitad de la herencia, también en usufructo; esto es en el caso de que concurran colaterales ó extraños. No obsta para esto la legítima de los hijos naturales legalmente reconocidos, pues el pago de ésta (art. 840) ha de entenderse sin perjuicio de la del viudo, adjudicando aquéllos en nuda propiedad, mientras este viviere, lo que les falte para completarla.

En el caso de concurrir hijos de dos ó más matrimonios, el usufructo correspondiente al cónyuge viudo de segundas nupcias se sa-

cará de la tercera parte de libre disposición de los cónyuges: artículo 829 que, en vez de *viudo de segundas nupcias* ha debido decir *viudo del de segundas nupcias*, ó suprimirse estas dos últimas palabras; así opina Manresa, siendo de citar la Sent. de 21 de Febrero de 1900 declaratoria de que la legítima del viudo debe sacarse del tercio destinado á mejora, cuando concurre á la herencia el viudo con su entonado y no del tercio libre, puesto que no heredan hijos de dos ó más matrimonios.

Los herederos (art 838) podrán satisfacer al cónyuge su parte de usufructo, asignándole una renta vitalicia ó los productos de determinados bienes ó un capital en efectivo, procediendo de mútuo acuerdo y, en su defecto, por virtud de mandato judicial. Este artículo da un derecho, no al cónyuge, si que á los herederos respecto á la forma de pago del usufructo, para conseguir evitar trabas ó limitaciones á los bienes hereditarios, impuestas por razón de esa cuota durante la vida del viudo, y como á partes contentas no hay juez querelloso, si unas y otras se ponen de acuerdo respecto á la asignación de una renta vitalicia ó á los productos de determinados bienes ó á la entrega de un capital en efectivo equivalente á la porción viudal, es válido el contrato que celebren y habrán de pasar por sus consecuencias; faltando el mútuo acuerdo, es cuando debe acudir al Juez en procedimiento que la ley procesal no registra y que debe ser el del juicio declarativo, para que recaiga el mandato judicial al cual deben ajustarse los interesados.

Mientras no llegue el mútuo acuerdo ó recaiga la resolución judicial, prescribe dicho artículo que estarán afectos todos los bienes de la herencia al pago de la parte de usufructo correspondiente al cónyuge viudo, y como esto así escrito tiene algo de hipoteca general y tácita, reñida con el Derecho hipotecario, para asegurar los intereses del viudo, se ha introducido en la nueva ley la anotación preventiva comprendida en el núm. 6.º, art. 42 de la novísima ley, de lo cual tratamos ampliamente en nuestra obra «Derecho Hipotecario y Notarial».

Puesto que el viudo es un usufructuario tiene los derechos y obligaciones que al usufructuario impone la ley; debe formar inventario, se halla exento de prestar fianza, á menos de que repita nupcias (art. 492); véanse, para ampliar este punto, los 471 al 512. Si el usufructo se sustituye por las prestaciones á que se refiere el 838, tendrá el cónyuge los derechos y obligaciones especiales de cada caso.

Y puesto que hablamos de las obligaciones del cónyuge viudo, es de citar la Sent. de 25 de Enero de 1911 de que el cónyuge viudo acreedor de cuota no tiene el concepto de heredero para que le sean exigibles las deudas del finado.

En punto á la extinción del usufructo viudal, este termina por muerte del usufructuario, por reunión del usufructo y de la nuda propiedad en una misma persona; por la renuncia del usufructuario, no faltando escritor que niegue esta causa por considerar ese derecho como pensión alimenticia, pero, en contra de esto está la razón de que constituye un derecho renunciante antes ó después de adquirido; pero, en este último caso, ha de ser sin perjuicio de tercero; por la pérdida total de la cosa objeto de ese disfrute; por la resolución del derecho del constituyente, y si bien en este caso es la ley quien lo establece, cabe que los herederos respondan de la evicción y saneamiento, ó de la posesión legal y pacífica de los bienes y de los vicios ó cargas ocultas, según dispone el art. 1.069, aplicable al caso, puesto que el viudo tiene, en orden al disfrute de su porción, no á la representación del difunto, carácter de heredero; y, ultimamente, termina por la prescripción, caso que, aunque raro, puede existir.

El viudo, acogiéndose á lo dispuesto en el art. 480 puede enajenar su usufructo.

### Legislación foral

Véase la pág. LXXIV del Proemio y caps. VII y VIII, tomo I de esta obra; pero, para concretar, diremos aquí algo de los derechos del viudo en las regiones aforadas.

### CATALUÑA

La Const. HAC NOSTRA fué menos favorable á las viudas que el Usatge VIDUA, y para que la mujer, aún habiendo aportado dote, no caiga en la indigencia y baje de rango social, ocurrida la muerte de su esposo, se ha desarrollado en el Principado la costumbre de que los cónyuges estipulen en los capítulos matrimoniales el usufructo condicional en favor de cualquiera de ellos y muy especialmente en el de la viuda. Asimismo, y á fin de evitar la desmembración del patrimonio y que, por muerte de los hijos abintestato, pase

sobreviviente y disponga éste en favor de sus deudos con agravio á la memoria del difunto, quedando burlados los parientes de éste, se establece en dichos capítulos el llamado pacto de sobrevivencia, por el cual renuncian los consortes á la herencia de sus hijos respecto de los bienes procedentes de cualquiera de ellos, y aún á la legítima, unas veces con promesa de alguna cantidad y otras sin ella, pacto no prohibido por el Derecho romano, como puede verse leyendo la ley 30 Cód. DE PACTIS, donde se expone su fundamento moral y jurídico y los casos ó condiciones en que es aplicable, bien que su establecimiento es menos frecuente cada día á pesar de haberlo generalizado la costumbre, como dice Durán y Bas.

La viuda tiene derecho á la cuarta marital romana que hemos indicado al mencionar la Novela CXVII de Justiniano, y es de citar la Sent. de 13 de Enero de 1909, en la que se dice que la viuda indotada, pero no pobre, carece de derecho á esa cuarta, proporcional, variable en razón del número de hijos, porque constituye tan solo una medida tendente á evitar que la mujer que no aportó dote al matrimonio, quede reducida á pobreza, beneficio aplicable, según la jurisprudencia en armonía con las leyes, no solo á la viuda indigente, sino también á la escasa de recursos para atender á sus necesidades, sin que esto pueda ser aplicable, vista la Novela LIII de Justiniano, á la viuda indotada que posee, á la muerte de su marido, bienes propios y á quien aquél le dejó una pensión.

## ARAGÓN

Existe la viudedad foral. La estableció el Fuero 1.º DE JURE DOTIUM solo en favor de la viuda y recaía sobre todos los bienes de la sucesión; las Obs. 55 y 59 DE JURE DOTIUM concedieron ese usufructo al cónyuge sobreviviente, fuese el marido ó la mujer, sobre los bienes sitios cuya propiedad perteneciese al cónyuge difunto, aunque no hubiese llegado á poseerlos; derecho extensivo también á los bienes muebles si, en virtud de pacto matrimonial, se hubiesen aportado como sitios. Algunos escritores sostienen que ese derecho no alcanza á los bienes que radican fuera de las tres provincias, aunque los cónyuges sean aragoneses, esto es, que han de estar en Aragón. No participamos de este sentir, ante lo dispuesto en los arts. 10 y 12 del Código, porque si el viudo tiene un derecho su-

cesorio, cualquiera que sea el país en que se encuentren los bienes, lo ejerce sobre ellos; que á tanto obliga el principio de unidad de herencia. Sería un contrasentido que el viudo tuviese usufructo en unos bienes y no en otros situados fuera del antiguo reino, y sobre todo, porque el título preliminar del Código obliga en toda España.

Quando consiste la viudedad en bienes muebles, puede obligarse al viudo á que forme inventario y preste caución de restituirlos ó su estimación si los hubiere consumido ó deteriorado al terminar el usufructo (Fuero único «Que los que tuvieren viudedad etc.....») también viene obligado á conservar y administrar los bienes á uso de buen varón, y si, por descuido ó abandono, se deteriorasen, debe indemnizar al propietario si éste no reclama dentro de un año de causado el perjuicio ó deterioro (Fuero 2.º DE JURE VIDUITATIS). Debe pagar las cargas ó gravámenes y presentar al propietario el recibo, si lo reclama, respecto de los bienes en que consista el usufructo (Fuero único DE USUFRUCTU ET JURE EMPHITEUTICO) y, por último, viene obligado á alimentar á los hijos del premuerto si lo necesitaren, si las rentas de aquéllos son suficientes para atender á su subsistencia y á la de éstos (Fueros 1.º y 2.º DE ALIMENTIS).

Se adquiere el derecho de viudedad desde que el matrimonio produce efectos civiles, ya por haber oído los cónyuges la misa nupcial ó por haber intervenido cópula (Ob. 14 DE JURE DOTIUM) y se extingue: 1.º Por la muerte del usufructuario (Ob. 54 íd.) 2.º Por contraer el viudo segundo matrimonio (Fuero 1.º DE JURE VIDUITATIS). 3.º Por renuncia expresa y especial de este derecho (Obs. 19 y 54 DE JURE DOTIUM). 4.º Por causar un cónyuge la muerte del otro (Fuero único DE HIS QUI PROCURAT MORTEM). 5.º Por no liberar las cargas ó gravámenes que pesen sobre los bienes (Fuero único DE USUFRUCTU ET JURE EMPHITEUTICO). 6.º Por la división de los bienes en que deba consistir la viudedad, hecha entre el cónyuge sobreviviente y los herederos del difunto (Ob. 55 DE JURE DOTIUM). 7.º Por el no uso del usufructo durante 30 años en los bienes sitios y tres en los muebles; la acción para reclamar la viudedad prescribe á los 20 años (Costumbre reconocida por la jurisprudencia de los antiguos Tribunales de Aragón) y 8.º Por vivir la viuda lujuriosamente. (Fuero 1.º y Ob. 13 DE JURE DOTIUM). A estas causas se añade la de consentir el viudo la enajenación de los bienes.

Si el viudo repitiere nupcias sin haber formalizado el inventario ni practicado la división, y continúa la sociedad, podrá disolverse

ésta durante el segundo matrimonio ó después de disuelto (así se infiere del Fuero 1.º DE SECUNDIS NUPTIIS). Practicada la división, se sacarán ante todo las *aventajas forales* y los bienes que constare haber aportado al mismo el tercer cónyuge (Ob. 3.ª íd.) y se entregarán á los hijos ó herederos del difunto los sitios aportados por éste al primer matrimonio, los adquiridos á título lucrativo, la mitad de los comunes y la mitad de lo comprado y ganado por el segundo cónyuge desde la muerte del primero hasta la época de la división.

El padre ó madre no están obligados á entregar la mitad de lo ganado por ellos durante el segundo matrimonio, si justifican que procede de su propia industria ó de otro medio ajeno á la sociedad.

Si el cónyuge bínubo muere antes de practicarse la división, se entregarán á su consorte ó á sus herederos, si hubiese fallecido, todos los bienes sitios y los aportados como tales, los adquiridos por los mismos cónyuges á título lucrativo y las *aventajas forales* que les puedan corresponder; lo mismo procede en el caso de morir el cónyuge que quedó supérstite, adquiriendo sus herederos lo que á éste le pertenece (Obs. 53 DE JURE DOTIUM y 3.ª DE SECUNDIS NUPTIIS).

Hecho ese reintegro, el remanente, que serán los bienes comunes, tanto sitios como muebles, se divide en cuatro porciones: dos para el último de los cónyuges ó sus herederos y una para los herederos de cada uno de los consortes del primer matrimonio. Si al practicarse esta distribución se encontrasen alguno ó algunos bienes muebles que constase de una manera evidente haberlos aportado al matrimonio el primer cónyuge difunto, la mitad de ellos se entregará á sus herederos y la otra mitad se dividirá entre el nuevo cónyuge y los herederos del que repitió nupcias. Cualquiera que sea el número de veces que uno se case, deberá empezar esa división por la sociedad última hasta concluir en la primera (Ob. 3.ª íd.)

## NAVARRA

La ley 3.ª, cap. 3.º, tít. 2.º, lib. 4.º del Fuero, concedió el usufructo de viudedad en los bienes de su difunto consorte al infanzón que tuviere *fealdat* ó sea fidelidad; derecho que, según la ley 4.ª del capítulo 5.º, no tenía el villano; hoy han desaparecido estas diferencias de clases; así es que, según la ley 49 de las Cortes de 1765 y 1766, cada uno de los cónyuges tiene el usufructo de todos los bienes del difunto, mientras permanece viudo, con obligación de ha-

cer inventario, que deberá principiarse dentro de los cincuenta días siguientes al fallecimiento de aquel y quedar terminado en otros cincuenta; si no se practica el inventario, se extingue el usufructo foral; no el vitalicio ó convencional (Sent. 3 de Febrero de 1859).

Hecho el inventario se entregarán á los hijos los bienes que les pertenezcan, pero antes de contraer segundo matrimonio, para que no tengan participación en las gananciales que de él resulten (ley 50 ídem). El padre ó madre que repitan matrimonio sin haber hecho liquidación y entrega efectiva de bienes á los hijos del primero, tendrán que darles la tercera parte de las ganancias que resultaren en el nuevo consorcio (ley citada y 1.<sup>a</sup>, tít. 10, lib. 3.<sup>o</sup> de la Novísima Recopilación). Para ampliar más este punto, véase lo que decimos en la página LXXVI del Proemio, en cuyo segundo párrafo aparece equivocadamente la palabra «proscrita» por «prescrita».

No habiendo hijos el usufructo foral es más extenso pues tiene la facultad de vender los bienes en caso de necesidad, y después de muerto, vuelven al tronco de que procedían.

No cumpliéndose las obligaciones que impone la *fealdat*, de la cual nos ocupamos en dicho proemio, se extingue el usufructo; los hijos pueden renunciar al derecho de recibir su parte al contraer el viudo segundo matrimonio, en cuyo caso continúa éste en el goce y disfrute de todos los bienes, muebles é inmuebles, derechos y acciones dejados por el difunto hasta que se reclame la división.

Réstanos decir que el viudo viene obligado, para gozar del derecho de usufructo, á prestar fianza, alimentar á los hijos y cumplir, las mismas obligaciones que al mismo impone el Derecho aragonés, de que hemos hablado.

## VIZCAYA

Si á la disolución del matrimonio quedan hijos, todos los bienes de los cónyuges son comunes, á medias entre el viudo ó viuda y los hijos. Si no quedan hijos, el viudo ó viuda retira lo que hubiere aportado y la mitad de los gananciales, quedando para los herederos del cónyuge fallecido lo que éste aportó al matrimonio y la mitad de gananciales (ley 1.<sup>a</sup>, tít. 20 del Fuero).

Disuelto el matrimonio sin quedar hijos ni descendientes, la mujer que, por razón de él, fué á vivir á la casería que aportó el marido, goza, en concepto de alimentos, del usufructo de la mitad sin

descuento alguno, de los frutos que produzcan las tierras y pertenecidos á la *casería* del marido, pero no podrá cortar los árboles por el pié, ni aprovecharse de la rama en mas de lo que necesite para el consumo de la casa, pues en otro caso viene obligada á abonar de su dote ó de lo que tuviera que recibir, el valor de lo cortado ó aprovechado de más (ley 2.<sup>a</sup>, tít. 29 del Fuero). Para el disfrute del usufructo requiérese que el viudo ó viuda hayan hecho alguna aportación al matrimonio. Dura por espacio de año y día (esto se parece al *any de pló* de Cataluña) pero se prorroga este plazo hasta que se entreguen al viudo ó viuda su aportación y gananciales (ley citada).

La viuda pierde el usufructo si contrae segundas nupcias. Todas estas disposiciones son aplicables al marido que hubiese ido á vivir á la *casería* aportada por la mujer al matrimonio (íd.)

## MALLORCA

No hay ley que establezca este usufructo, pero, según Manresa, constituye aquel un hecho reconocido y una costumbre arraigada y muy general de que la viuda con hijos ó descendientes habidos de su matrimonio con el causante continúa, por fallecimiento de éste, al frente de la casa y en la posesión usufructuaria de los bienes relictos.

### Del derecho de acrecer

Dice Vinio que nada hay en el derecho que parezca tan sutil ni tan complejo como el derecho de acrecer. Su fundamento, en Roma, fué distinto según se tratase de herencias ó de legados; allí se dividió en necesario y voluntario; el primero apoyábase en el principio, imperante en el Derecho general Catalán y en Navarra, de que nadie puede morir parte testado y parte intestado, mientras que el segundo dependía de la voluntad expresa ó presunta del testador, á cuyos favores, si dos ó más personas eran llamadas á una misma cosa, una de ellas la adquiría de derecho cuando la otra no llegaba á adquirirla.

Cabía lo mismo en las herencias que en los legados, y eran condiciones para su aplicación que hubiese porción vacante y que entre los herederos ó legatarios existiese un lazo jurídico llamado conjunción, que presentaba distintas formas ó clases, conocidas por verbal

(*VERBIS TANTUM*), real (*RE TANTUM*) y mixta (*RE ET VERBIS*), constituidas: la primera, si dos ó más personas habían sido llamadas en una misma cláusula á disfrutar de una cosa con señalamiento ó división de partes; la segunda, si en cláusulas separadas de un mismo testamento, no en testamentos distintos, puesto que el posterior deroga al anterior, se dejaba una misma cosa á dos ó más personas; y la tercera, cuando en una misma cláusula testamentaria se dejaba una cosa á varias personas, sin división de partes.

Las Partidas acogieron este instituto jurídico tal como lo modeló la legislación romana; pero el derecho de acrecer necesario, incompatible con el principio de libertad, proclamado en el Ordenamiento de Alcalá y que ha encarnado en el Código, de ser compatibles la sucesión testada y la intestada, quedó desterrado del Derecho castellano y, en su consecuencia, su fundamento no es otro que la voluntad del testador, expresa ó presunta, de que sus bienes no vayan á parar á otras personas que á las nombradas en el testamento, á menos de que exista la representación, excluyente de aquel derecho. Puede decirse que en el derecho de acrecer, tratándose de la voluntad presunta, la ley obra con carácter supletorio, así como consagra la voluntad testamentaria si el causante lo establece.

Y cuenta que el derecho de acrecer no solo existe en la herencia testada, sí que en las sucesiones legítimas, en cuyo caso dispone el art. 981 que la parte del que repudia aquélla acrecerá siempre á los coherederos ¿Y si el llamado á suceder es indigno ó incapaz? Equipárase, para el caso, al que no vive, y por esto, como se da el derecho de representación (art. 929) no cabe el de acrecer. Pero si no hay quien lo represente ó no procede la representación, la porción vacante acrece á los parientes que se hallen en el mismo grado.

Lo mismo existe el derecho de acrecer en la sucesión testada que en la intestada (por esta razón lo tratamos en este capítulo), no faltando escritor jurídico que califique de absurdo lo segundo, fundado en que en la intestada no cabe hablar de conjunción, pues los parientes en el mismo grado con el causante que aquel que no pudo ó no quiso aceptar la herencia, hacen suya la porción vacante, á menos de que exista la representación, constituyendo ello un derecho de no decrecer, emergido de la ley; pero repárese que el Código lo admite en esa sucesión, contraído al caso de *voluntad*, esto es, de que el heredero no quiera aceptar, y en el de incapacidad del mismo, lo cual se desprende combinando, con criterio lógico, los arts. 981 y 982.

Entiéndese por derecho de acrecer el que tiene todo coheredero

ó colegatario, por ordenamiento del testador, ó por disposición de la ley, á adquirir la porción vacante de herencia ó legado, cuando hayan sido llamados á ella ó á él dos ó más personas sin especial determinación de partes, á causa de que uno de ellos haya premuerto al testador ó renunciado á la herencia ó sea incapaz de recibirla.

No procede el derecho de acrecer respecto á las legítimas, pero sí puede contraerse á la parte de herencia de libre disposición; solo cabe en la sucesión testamentaria, con respecto á los herederos voluntarios, y unicamente, en cuanto á los forzosos, en lo que se refiere á la parte de libre disposición, y como el testamento es ley, si el testador prohíbe expresamente el derecho de acrecer, nombrando sustitutos ó señalando el destino especial de cada porción vacante, no cabe la aplicación de aquél, que exige, como elementos, unidad en el objeto (una sola cosa, sea herencia, parte de herencia ó cosa determinada), pluralidad de personas (sean herederos ó legatarios) llamados á una sola cosa (*RE TANTUM*) y falta de designación especial á cada persona de partes en la cosa.

Se entenderá hecha por partes la designación solo en el caso de que el testador haya determinado expresamente una cuota para cada heredero. La frase «por mitad ó por partes iguales» (á esto se llama porción intelectual) ú otras que aunque designen parte alícuota no fijan ésta numéricamente ó por señales que hagan á cada uno dueño de un cuerpo de bienes separados, no excluye el derecho de acrecer (art. 983). Se explica esto porque, determinando ó individualizando el testador el cuerpo de bienes, ya fijándolo numéricamente ó por señales de manera que, identificado, el heredero ó legatario se considera dueño de ellos, la voluntad expresa del causante excluye la presunta en que se funda el referido derecho. No así ocurre si se hace la designación por cuota intelectual ó no se fija numéricamente por el testador ó por señales, porque en tales casos hay que acudir á esa voluntad presunta, á cuyos fueros, los unidos por el llamamiento á la herencia ó al legado adquieren la porción vacante en los prescritos casos. Si el testador dijese, «dejo la mitad de herencia á A, y la otra mitad á B y á C», y le premuere ó no acepta ó es incapaz uno de estos dos, el que queda hace suya la porción vacante, de la cual no participa aquel que se le señaló la mitad, porque no es conjunto en la mitad intelectual dejada á B y á C, aunque tiene su condición de coheredero. Falleciendo A, su mitad no la adquieren ni B, ni C, por derecho de acrecer.

Los herederos á quienes acrezca la herencia por haber premuerto

el heredero, ser incapaz, haberla renunciado ó haber recaído sentencia declaratoria de la presunción de su muerte, sucederán en todos los derechos y obligaciones que tendría el que no quiso ó no pudo recibirla. Esto se refiere al derecho de acrecer entre los coherederos; tratándose de colegatarios, puesto que no hay en el Código precepto alguno que vede aceptar en parte los legados, pueden aquellos conservar su porción y repudiar la que les corresponda por derecho de acrecer, salvo el caso de ser su parte lucrativa y onerosa la vacante, aplicándose entonces los arts. 889 y 890 que no permiten esa libertad y, por tanto, deberá aceptarse todo ó nada.

Entre los herederos forzosos el derecho de acrecer solo procede cuando la parte de libre disposición se deje á dos ó más de ellos, ó á alguno de ellos y á un extraño; y se explica este primer apartado del art. 985, porque sobre la legítima el testador no puede poner restricción ó traba de ninguna clase, y procediendo, respecto de ella, el derecho de representación, queda excluido el de acrecer.

Si la parte repudiada fuere la legítima, sucederán en ella los coherederos por su propio derecho y no por el de acrecer: 2.º apartado de dicho artículo, cuyo contexto permite decir á ciertos escritores que la sucesión, en dicho caso, de los herederos es por derecho de no decrecer, derivado del principio de la coherencia.

En la sucesión testamentaria, cuando no tenga lugar el derecho de acrecer, la porción vacante del instituido á quien no se hubiese designado sustituto, pasará á los herederos legítimos del testador, los cuales la recibirán con las mismas cargas y obligaciones: art. 986, donde palpita la idea, recogida en la Res. de 4 de Abril de 1903, invocadora de los 982 al 984 y 986, de que el derecho de acrecer es preferente al que procede del llamamiento hecho por la ley para la sucesión legítima; pero quedando vacante la porción del instituido, alguien la ha de recoger, y no pudiendo ser los coherederos, motivo á no tener lugar el derecho de acrecer, la ley, supliendo la voluntad del testador, dispone que pase á los herederos legítimos de éste, con las mismas cargas y obligaciones impuestas al instituido, no las que suponen una aptitud personal, impuestas al que no llegó á suceder, sino las que, establecidas determinadamente por el testador, pueden ser cumplidas del mismo modo por unos ú otros herederos.

El derecho de acrecer procederá también entre los legatarios y los usufructuarios en los términos establecidos para los herederos (art. 987). Los usufructuarios pueden ser de todos ó de parte de los bienes relictos, y además se da entre ellos un derecho de acrecer

especialísimo y es el establecido en el art. 521, sustitutivo del 986, habiéndose declarado en sentencia de 29 de Marzo de 1905, que los arts. 982 y siguientes no son aplicables cuando, habiendo varios legatarios en usufructo, fallece uno de ellos después del testador.

## CATALUÑA Y NAVARRA

La Inst. § 8.º DE LEGAT. y la ley 16 Dig. QUIBUS MODIS USUF. ET USU AMIT., prescriben que tiene lugar el derecho de acrecer cuando se lega conjuntamente una misma cosa á varias personas; no cabe entre coherederos, y añaden las leyes 89 Dig. DE LEGAT. 142 Digesto DE VERBORUM SIGNIF. y 66. Dig. DE HÆRED INST. que se reputa legada una cosa conjuntamente, cuando en una sola y misma disposición, se ha dejado á varios individuos sin señalarles la parte divídua de cada uno; también cabe (ley 16 Dig. DE LEGAT.), cuando la misma cosa ha sido legada en diferentes disposiciones á dos ó más personas. Por ese derecho aumenta la parte de los legatarios que aceptan con la de aquellos que no han podido ó no han querido aceptar (leyes única Cód. DE CAD. COLL. y 19 Dig. DE LEGAT.)

Cuando en el legado de una misma cosa concurren legatarios de la clase de conjuntos en ella (RE ET VERBIS), á éstos acrece la parte vacante (leyes 89 Dig. íd.; 63 Dig. DE HÆRED. INST. y única Código DE CAD. TOLL.); faltando esos legatarios conjuntos, acrece la porción vacante á los unidos por la cosa legada en diferentes disposiciones, esto es, los de la forma RE TANTUM (ley 34 Dig. DE LEGAT. y única Cód. tít. cit.) Si alguno de los conjuntos en la cosa, pero separados por diferentes disposiciones faltare, su parte acrecerá á la de todos, ya sean de la primera, ya de la segunda de estas clases, reputándose todos los de ésta como una sola y única persona (ley íd.) De manera que los conjuntos RE ET VERBIS excluyen á los RE TANTUM, pero estos últimos no excluyen á aquéllos, porque su derecho participa del de éstos, por estar unidos en la cosa. Procediendo el derecho de acrecer, la parte vacante se divide entre los legatarios proporcionalmente á lo que corresponda á cada uno, si todos aceptan.

El colegatario nombrado en una misma disposición (RE ET VERBIS) deberá aceptar la parte que le acrezca con las cargas impuestas por el testador; es libre de aceptarla ó rechazarla; el colegatario de una misma cosa nombrada en distintas disposiciones (RE TANTUM) que hubiese aceptado, deberá quedarse con la totalidad de la cosa

legada en caso de no admitirla los demás; pero estará exento de las cargas y obligaciones que á éstos se hubiesen impuesto por el testador (ley única Cód. DE CAD. TOLL.).

El derecho de acrecer á favor de los colegatarios que no han aceptado su parte, solo procede en el legado de usufructo (ley 10 Digesto DE USUFR. HÆRED.); derecho este que cabe respecto á la parte de los legatarios, fallecidos después de haberla aceptado (ley 1.ª Digesto ídem).

El testador puede prohibir el derecho de acrecer entre los legatarios, en cuyo supuesto la parte vacante acrecerá al heredero.

Para terminar diremos que se nos consultó el siguiente anómalo caso: Un padre en Navarra fundó, en testamento, un fideicomiso singular ó consistente en determinados bienes y dejó á su hijo único la legítima foral, y como aparecieran otros bienes no comprendidos en el fideicomiso, surgió la cuestión acerca de á quién correspondían, si al fiduciario, con obligación de cumplir el encargo de entregarlos al fideicomisario, ó á aquél hijo, ó si, respecto de ellos, debía abrirse la sucesión intestada.

Teniendo en cuenta que en Navarra, donde, por prescripción del Derecho romano, no puede morir uno parte testado y parte intestado; que el fideicomiso, al ser singular, no comprende otros bienes que los determinados por el testador, nos inclinamos en favor del derecho del hijo, porque la circunstancia de dejarle la legítima foral no excluye su condición de heredero instituído, en cuyo caso, no por derecho de acrecer, sino por *derecho de no decrecer*, supliendo la ley la voluntad del causante, le corresponden los bienes dichos.

### Reservas de bienes

Dos reservas establece el Código: una ordinaria, regulada en los arts. 968 y siguientes, y otra, extraordinaria ó especial, en parte traída, y no con todo su desarrollo, de la legislación de Navarra, establecida en el art. 811, y que condiciona el derecho sucesorio del ascendiente, determinado por los arts. 809 y 810. En ambas existen notas comunes y se establecen relaciones entre el reservista, reservatarios y los adquirentes de los bienes ó derechos por enajenación.

La naturaleza del derecho de reserva es la del sucesorio, como que constituye un instituto jurídico encerrado en éste, aún cuando se funda en título más limitado; y como quiera que la sucesión here-

ditaria se halla integrada por dos factores, uno, el de la llamada propiedad familiar, de origen índico, y otro el del parentesco, y con éste la afección ó el cariño entre ciertas personas ligadas por el vínculo de la sangre, consagrado por Justiniano, cuyo emperador recogió las enseñanzas del derecho pretorio y las constituciones de los emperadores, las reservas no pueden sustraerse á la influencia que ejercen estos elementos históricos admitidos por la ley y ponderados con un criterio racional para presumir cual pudo ser la voluntad del causante, á fin de que los bienes vayan á parar á determinadas personas, sin truncarse ni el orden de suceder, pues á parentesco más próximo y más fuerte mayor vínculo, ni las disposiciones reguladoras de esta institución, antes son de aplicación sus cánones, para determinar lo que á cada reservatario corresponde por su derecho.

En toda reserva concurren tres elementos: el personal, constituido por el causante de la sucesión, el reservista y los reservatarios; el real, que lo forman los bienes y derechos, y el formal, integrado por el conjunto de hechos ó de circunstancias determinativas de la existencia legal de la reserva, en cuyo fondo palpita una condición resolutoria tácita ó legal.

Con efecto; en la condición puede haber incertidumbre en el *si* y en el *cuándo*, ó certidumbre en el *si*, pero incertidumbre en el *cuándo*. Es seguro que ha de morir el reservista, pero se ignora *cuándo*, y si á su muerte habrá ó no personas, llamadas reservatarios, á quienes tienen que pasar los bienes adquiridos por el reservista. Luego tenemos una condición resolutoria á que se hallan afectos los bienes objeto de reserva, constituyendo ésta, mientras vive el reservista y con respecto á los reservatarios, una situación expectante, que es algo más que una esperanza, en la cual se hallan aquéllos colocados.

Entre los bienes reservables y los reservatarios media una relación jurídica, de la que es resultado el derecho de éstos, circunscrito á demandar garantías de aseguramiento de sus intereses, para que, por muerte del reservista, vayan á ellos los bienes y no á otras personas. Esa relación se rompe si los reservatarios fallecen antes que el reservista ó si renuncian, con eficacia, al derecho que pudiesen pretender en su día, ó por el contrario, toma consistencia á la muerte de este último, que es cuando se cumple la condición resolutoria, en cuyo caso, los reservatarios no heredan al reservista, sino al causante de la sucesión (Sent. de 8 de Noviembre de 1906).

El reservista no es usufructuario de los bienes, puesto que los puede enajenar á título de dueño, afectado su derecho por una con-

dición resolutoria (Sent. de 20 de Abril de 1904). Ni aún en la reserva del art. 811 ese reservista es un usufructuario de la finca llamada troncal, porque, como dice Alonso Martínez, si tuviese tal carácter podrían estar tranquilos los reservatarios, ya que la enajenación condicional, permitida á aquél, solo equivaldría á la del usufructo, consentida por el art. 480.

No se concibe usufructo alguno sin nudo propietario de la cosa sobre que recae el disfrute; y como quiera que en la reserva, el reservatario, en tanto adquiere su derecho p erfecto en cuanto sobreviva al reservista, no puede tenerse por nudo propietario, y sí como un interesado en el cumplimiento de la condición resolutoria, y sabido és que los bienes afectados de esta manera, son enajenables, pues puede ocurrir que el reservista sobreviva al reservatario, en cuyo caso, desaparecida tal limitación del *JUS DISPONENDI*, su facultad dominical cobra absoluto poder.

En la biología de las reservas, que es derecho al derecho hay que distinguir dos momentos: uno de iniciación ó posibilidad, llamado preventivo ó de garantía, y otro de perfección ó de efectividad, en el cual se consuma el derecho potencial de los reservatarios. En la reserva del art. 811, por el hecho de heredar el descendiente al ascendiente, los parientes en tercer grado de éste, por el interés del grupo á que pertenecen, pueden pedir garantías al reservista, á fin de que,  a su muerte, pasen los bienes á quienes de ellos correspondan, excluyendo los más próximos al causante á los más remotos, ya que  a éste heredan y no al reservista. Ese derecho de garantías es por razón de interés de los reservatarios dentro del grupo, aún cuando el que deduzca no adquiera en su día los bienes, ora por premorir al reservista, ora por anteponerse otros reservatarios con mejor derecho que él.

La reserva del art. 968 y siguientes no se produce por el hecho de la muerte del causante; requ ıere, además, que ocurra un hecho jurídico, cual es que el viudo ó viuda repitan matrimonio, ó, aunque no lo contraigan, tengan en estado de viudez un hijo natural reconocido ó declarado judicialmente como tal hijo. Entonces es cuando, en esa biología de la reserva, puesto que queda iniciada, la ley provee de garantías al derecho de los reservatarios, quedando afectado el del reservista por la condición resolutoria, en cuyo cumplimiento se hallan aquéllos interesados.

El segundo período biológico ocurre cuando la reserva ha terminado por muerte del reservista; descartada su personalidad, decapi-

tado su derecho por cumplimiento de la condición resolutoria, se hacen efectivos, entre los reservatarios supervivientes y según la línea, en su caso, grado y clase de parentesco, sus derechos sucesorios en la herencia del descendiente. Al decir «líneas» nos referimos á la reserva del art. 811, informada en el principio de la propiedad familiar, no desatendido el de afección, que son á modo de rieles que ha de recorrer el juicio para penetrar en la difícil inteligencia de ese artículo.

Solo se da la reserva en la familia legítima, y las disposiciones del Código referentes á la misma son de interpretación restrictiva.

### Estudio del artículo 811

Dice Manresa que la reserva establecida en ese artículo (no registrada, añadimos, con todo su moldeamiento en nuestro Derecho tradicional, aunque alboreó en el Fuero Juzgo), constituye una transacción dentro de las prescripciones del Código que la completan. Afirma Mucius Scævola que ese precepto constituye una consagración de la troncalidad de Navarra y, al opinar así, equivocadamente, niega el derecho de la proximidad del grado entre los que se creen tenerlo á heredar al ascendiente, por muerte del reservista; de modo que, según ese comentarista, concurriendo tíos y hermanos del descendiente, colocados, respecto de éste, los primeros en tercer grado, y los otros en segundo, todos son partícipes de los bienes, con lo cual no estamos conformes, puesto que los hermanos excluyen á los tíos; que á tanto obliga la regla de proximidad de parentesco, derivada del principio de afección, que se tuvo en cuenta en la base 18 de la ley de 11 de Mayo de 1888, y esta es la doctrina sentada en sentencia de 8 de Noviembre de 1894, que dió preferencia á un ascendiente de segundo grado sobre un tío, y en resolución de 20 de Mayo de 1905. Aún la ley 6.<sup>a</sup>, tít. 13, lib. 3.<sup>o</sup> de la Novísima Recopilación de Navarra á cuya legislación acude Scævola para fundar su opinión, prescribe que los ascendientes no pueden suceder á los descendientes en los bienes troncales y dotales, heredando á ellos, á falta de hermanos, los parientes más cercanos de donde aquéllos procedan, lo cual establece terminantemente la preferencia de grado.

Con razón dice Manresa que «las reglas generales del Código, fundadas en la proximidad de parentesco, forman el cauce natural y propio de toda la materia de sucesión: de ese cauce se separan re-

gueros especiales en los arts. 811 y 812: pero no se separan de un modo permanente, ni son condenados á correr siempre por terrenos extraños, sino que solo se desvían transitoria y temporalmente, para volver después al mismo cauce de donde salieron».

Prescribe el art. 811 que el ascendiente que heredase de su descendiente bienes que éste hubiese adquirido por título lucrativo de otro ascendiente ó de un hermano, se halla obligado á reservar los que hubiere adquirido por ministerio de la ley en favor de los parientes que estén dentro del tercer grado y pertenezcan á la línea de donde los bienes procedan.

Comentando exegéticamente este culminante artículo, nido de dudas y de cuestiones, es de consignar que, bajo el léxico ascendiente, se comprenden los padres, los abuelos, etc.; que para existir la reserva es preciso que ese ascendiente herede de su descendiente. En caso contrario no existe, y así lo ha declarado el Tribunal Supremo en sent. de 10 de Noviembre de 1910, donde se establece, además, como doctrina, que el art. 811 no impone el derecho de troncalidad; que su texto debe interpretarse restrictivamente; que no obsta á la libertad de aceptación y repudiación de herencia, y que no puede transmitirse á terceras personas una limitación que no llegó á producirse por no haber recaído en el ascendiente los bienes que, en su caso, hubieran sido objeto de ella.

Dicho alto Tribunal ha venido á declarar, implícitamente, en esa sentencia, que la reserva, dentro de su peculiar carácter, que no constituye un derecho de troncalidad, sigue las reglas generales de la sucesión, ese cauce natural á que Manresa se refiere, puesto que la aceptación de herencia es un acto libre y voluntario, y al no verificarlo el ascendiente, falta el supuesto fundamental de la reserva.

Empleando el medio de repudiar la herencia del descendiente, resultarán perjudicados, por tabla, los parientes en tercer grado de éste, quienes esperaban sucederle á la muerte del reservista en los bienes procedentes de su línea. Así, por ejemplo, muere un hijo con hermanos de un solo vínculo y con tíos; éstos, si la madre heredase, serían los adquirentes de los bienes, puesto que procedían de la línea paterna del descendiente. Apercebida de ello esa madre, renuncia á la herencia, en cuyo caso no hay tal reserva, y suceden á aquel descendiente sus hermanos, con exclusión de los tíos, puesto que se hallan en segundo grado, y estos últimos en tercero, y si ese descendiente dejó hermanos germanos y uterinos, al renunciar la herencia la madre común de unos y otros, de ella percibirán doble porción los

primeros que los segundos, pero nunca pasarán los bienes á los tíos. Si ese descendiente no tuviese más que medio hermanos de parte de madre y ésta aceptase la herencia, los bienes de la línea paterna no podrían ir á parar á ellos, sino á los hermanos del padre, tíos de aquél, por razón de esa procedencia, ya que dichos hermanos son, en el caso, personas extrañas respecto á tales bienes.

Resultado de esto es que, si bien, por regla general, la presencia del reservista al adquirir los derechos hereditarios no hace desviar las reglas de la sucesión una vez ocurrida su muerte, porque á quien se sucede no es á él, sino á su descendiente, con el cual se han de contar los tres grados (Sent. 16 Diciembre de 1892 y 8 de Noviembre de 1906), hay un caso en que esa regla sufre excepción y es, cuando el descendiente, dejando hermanos de un solo vínculo ó hijos de éstos, tiene sobre ellos preferencia de derecho el tío, por la razón de que de su línea proceden los bienes.

Comprende la reserva—y este es su elemento real,—todos los bienes que el descendiente hubiese adquirido por título lucrativo de un ascendiente ó de un hermano; y entiéndese por transmisión gratuita aquélla en la cual no media equivalencia de lo que se recibe, sin que importe que los bienes se hallen afectos á determinadas cargas; lo importante es que medie ese título de herencia ó de donación, ya sea aquélla testada ó intestada, enumerado en el art. 968, siendo de citar la Sent. de 8 Noviembre de 1894, de que la circunstancia de haber mediado transacción en la herencia de una abuela, no desnaturaliza el derecho del menor adquirente de bienes, que, por proceder de un título gratuito, su padre al heredarle, venía obligado á reservar.

El ascendiente no reservá en absoluto todos los bienes que hereda del descendiente, sino los que adquiere por ministerio de la ley, viniendo á ser, como dice Martínez Alcubilla, una manera de rendir tributo á los afectos, haciendo que no salgan de la familia los bienes que son recuerdo de los antepasados que lograron adquirirlos con su trabajo, vivieron de sus productos ó los fecundaron con su sudor. Por esto se dice en Sent. de 30 de Enero de 1897 que tal reserva se funda en la previsión, para que los bienes no vayan á personas extrañas á la familia, por un azar de la vida.

Al decir el Código que la reserva se circunscribe á lo que por ministerio de la ley adquiere el ascendiente del descendiente, respecta la libertad con que éste puede otorgar testamento, disponiendo de lo que no constituye la legítima; de manera que si ese descendiente testa y dispone de su mitad en favor del ascendiente, ésta no

es reservable, pues lo que el ascendiente adquiere por su derecho es la otra mitad, es decir, su legítima, pudiendo la ley establecer esa condición resolutoria de que al morir pasen los bienes á los parientes de tercer grado del descendiente que estén dentro de la línea de donde procedan, como homenaje á ese recuerdo de que Alcubilla habla. Pero si esa disposición testamentaria no existe, el ascendiente hereda al descendiente por ministerio de la ley en todos los bienes de aquél, comprendiéndose en la reserva unicamente los que hubiese adquirido por título lucrativo de otro ascendiente ó de un hermano, no los propios, adquiridos por otros títulos. En suma, que en la sucesión testada, el ascendiente tiene que reservar, por ser heredero forzoso, los que constituyen su legítima, en tanto que en la intestada la reserva se refiere á todos los del causante, adquiridos por título lucrativo de un ascendiente ó de un hermano, en razón á que los hereda por ministerio de la ley, y así lo entienden Alonso Martínez, Manresa y el Tribunal Supremo en Sents. de 14 de Julio de 1899 y 8 de Octubre de 1909.

Esos bienes pueden ser tanto muebles como inmuebles (á estos últimos se refiere unicamente el Fuero de Vizcaya), fungibles ó no fungibles, bastando que el descendiente los haya adquirido por título gratuito de su ascendiente ó de un hermano, sin que el texto del art. 811 autorice para buscar la procedencia de ellos más allá de estas personas, como se declaró en Sent. de 30 Diciembre de 1897. No cabe subrogar esos bienes por otros; si á la muerte del descendiente existían en la herencia, el ascendiente reservista está obligado á conservarlos; de ellos se despide un perfume familiar que no permite semejante sustitución, y de aquí que deban inventariarse, anotar en el Registro los de cualidad inmobiliaria, y asegurar con hipoteca la restitución de los demás ó el abono de su valor, y de los deterioros en su caso: art. 199 de la novísima ley Hipotecaria.

Dice Manresa que la sustitución ó subrogación se advierte cuando es ineludible, por deber entregarse el total reservable y no existir en la sucesión lo que hay que entregar, sin que comprenda la de los bienes inmuebles. En Sent. de 21 de Noviembre de 1902, se declara que cabe la sustitución, y se da á esta el mas exagerado sentido, refiriéndola, no solo á las cosas específicamente determinadas, sino á créditos, puesto que éstos tienen la condición de bienes. Véase acerca de este punto lo que decimos en nuestra obra «Derecho Hipotecario y Notarial», al tratar de cómo deben determinarse los bienes objeto de reserva y derechos que competen á los reserva-

tarios; éstos, según la Sent. de 29 de Septiembre de 1905, pueden instar el juicio de testamentaría ó de abintestato del ascendiente, para determinar los bienes objeto de reserva, si no se hizo á la muerte del descendiente.

Es de importancia la Sent. de 4 de Mayo de 1910, declaratoria de que los reservatarios no pueden pedir la entrega de los bienes sujetos á reserva cuando consta que el reservista los confundió en su patrimonio con todos los demás que le pertenecían ó disfrutaban; de manera que para posesionarles de los reservables se requiere liquidar la sucesión del descendiente de quien proceden, la del ascendiente que les heredó por ministerio de la ley y la de la sociedad del mismo, practicándose al efecto una división puntual, cuyo resultado servirá para precisar los bienes sometidos á la reserva.

Hemos dicho que dentro del tercer grado, los reservatarios más próximos excluyen á los más remotos, al ocurrir la muerte del reservista (Sent. 27 de Enero 1909). Supongamos que un abuelo es reservista por haber heredado á su nieto; los bisabuelos, los hermanos y los tíos de éste, son reservatarios; muere el reservista, y aún cuando entre el causante y sus hermanos median dos grados en línea colateral y entre aquél y su bisabuelo tres grados en línea ascendente, ese bisabuelo adquiere, con preferencia á aquéllos hermanos, los bienes de su línea, lo cual tiene parecido con la troncalidad de Navarra, con la diferencia de que el ascendiente (padre) hereda en esta región tan solo en usufructo, mientras que el Código le atribuye el dominio con la condición resolutoria. Esa preferencia se debe á que, en materia sucesoria, primero se ha de atender á la línea; la descendente excluye á la ascendente; en ésta, la línea se bifurca (artículo 810 de que es complemento el 811); dentro de la línea hay que atender al grado, sin perjuicio del derecho de representación, y dentro del grado, á la robustez del parentesco: el hermano germano, puesto que es dos veces hermano, adquiere doble que el uterino y el consanguíneo. Preseindir de estas reglas equivale castrar, con ofensa á la tradición jurídica, la materia sucesoria del Derecho romano, dando á ese art. 811 un carácter de forma especial de sucesión, divorciada de la legislación castellana, no autorizada por la ley de Bases, que ni siquiera la mentó con tal sustantividad.

Esto último nos lleva á tratar el punto de si el doble vínculo influye en los derechos de los reservatarios para que el hermano germano reciba doble que el consanguíneo ó uterino, en el caso de que los bienes procedan de la misma línea de la de éstos.

Los que nivelan á todos los hermanos sin distinguir entre vínculo doble y sencillo, se fijan unicamente en el origen de los bienes, en el aspecto troncal de la sucesión, acudiendo á la voluntad presunta del ascendiente ó del hermano de quien proceden remotamente, con lo cual no estamos conformes ¿A quién se hereda por muerte del reservista? ¿Al descendiente, con el cual se han de contar los tres grados? Pues á la voluntad presunta del mismo debe acudirse. Los medio-hermanos no heredaban por el derecho anterior al Código habiendo hermanos germanos ó hijos de éstos (leyes 5.<sup>a</sup> y 8.<sup>a</sup>, tít. 2.<sup>o</sup>, lib. 4.<sup>o</sup> del Fuero Juzgo; leyes 13, tít. 6.<sup>o</sup>, lib. 3.<sup>o</sup> del Fuero Real y ley 3.<sup>a</sup>, tít. 3.<sup>o</sup>, Part. 6.<sup>a</sup>) El Código, siguiendo la tendencia reivindicadora de los derechos de la sangre, que Justiniano acometió y no llegó á terminar, asigna á los mediohermanos la mitad de lo que corresponda á los hermanos germanos, pero no ha podido romper con la ley general de la sucesión, igualándolos á todos, borrando la consideración que, por razones de afecto, se debe á la robustez del vínculo. Supongamos que no hubiera habido reservista, ora por faltar ascendiente, ora por haber renunciado éste á la herencia de su hijo ó nieto, claro que, en este caso, habrían concurrido á la sucesión sus hermanos, percibiendo los germanos doble que los consanguíneos ó uterinos; de donde resulta que, por regla general, pues la excepción de ésta la hemos indicado al principio, la interposición del ascendiente no da ni quita derecho, mejor, no modifica el que tienen los hermanos, según su vínculo, en la herencia de su colateral, constituyendo un paréntesis en la sucesión de éstos, á base de que sobrevivan al reservista.

Hemos visto cómo se elude la aplicación del art. 811 con solo no heredar el ascendiente al descendiente, por faltar entonces términos legales de reserva, pero, además, la Sent. de 4 de Enero de 1911 nos enseña otra manera de burlar ese precepto, consistente en repetir nupcias el reservista, que, en el caso del recurso, fué don Benito González, porque, teniendo como tenía un nieto, D. Antonio Díez, á éste fueron á parar los bienes que su tío D. Antonio González había heredado de su abuela y bisabuela materna y de quien heredó su padre D. Benito, con la condición de reservables, quedando con ello excluidos los otros parientes en tercer grado del causante de la sucesión, D. Antonio González, colocados en la línea de donde los bienes procedían. Si el D. Benito no hubiese repetido matrimonio, todos los parientes en tercer grado habrían adquirido los bienes objeto de reserva; pero como casó por segunda vez, no podía

aplicarse el art. 811, sino la reserva general ú ordinaria de los arts. 968 y 969, que excluye á la primera, habiendo sentado el Supremo esta doctrina, de provechosa enseñanza:

1.º Que solo á la muerte del reservista, adquieren los reservatarios el derecho á suceder en los bienes del causante, tanto por una reserva como por la otra, á cuya fecha y no á la anterior, ni á la posterior debe acudir para resolver la cuestión acerca de la existencia de una de las dos, sin que los tales reservatarios tengan, mientras viva el reservista, otra cosa que una expectación de derecho, que solo les faculta para ejercitar las acciones encaminadas á asegurar los bienes de la futura sucesión, esto es, lo que hemos llamado período preventivo y de garantías en el primero de los dos momentos de la biología de las reservas.

2.º Que ambas reservas se dirigen á que los bienes objeto de las mismas no pasen de una á otra familia, por efecto de sucesiones ordenadas por la ley; pero la de los arts. 968 y 969 es más extensa en cuanto á los bienes, y más limitada respecto de las personas llamadas á la sucesión, que la del art. 811; que al fallecimiento del descendiente no surgió la reserva del art. 811, porque entonces vivía el demandado que era descendiente de los mismos padres y, de consiguiente, á él deberán ir á parar los bienes, por haber repetido nupcias el reservista, tanto más cuanto que si el temor de que salieran de la familia bienes que venían constituyendo su patrimonio fué la causa de la condición, impuesta por la ley al cónyuge viudo que repite nupcias, de reservar los adquiridos á título gratuito en favor de las generaciones que á ella debieron su nacimiento, no es racional presumir que, en otro caso, dispusiera la misma ley que los bienes pasaran á parientes del tercer grado, con perjuicio de la común posteridad, ni esto lo ha podido ordenar el art. 811, porque implicaría la derogación virtual del sistema sucesorio de los descendientes, conservado por la tradición, respetado por los Códigos antiguos y los fueros municipales, establecedores de la troncalidad, y consagrado en el Código civil, sin que deba aplicarse á dicho precepto, donde se distingue entre línea y grado, cuando los llamados á la herencia son descendientes del matrimonio del supuesto reservista y de la persona de quien proceden los bienes, y

3.º Que siendo la reserva del art. 811 una limitación impuesta á la legítima que corresponde á los ascendientes, no puede tener lugar cuando á la vez el ascendiente deba legítima á los descendientes de la persona de quien proceden los bienes, pues semejante limi-

tación excluye aquella reserva, cuyos fines viene á llenar cumplidamente el pago de la cuota hereditaria forzosa, mientras que, si no fuera esto, se produciría el resultado de que la legítima de los descendientes quedaría reducida por la reserva, contra el precepto del art. 813, que prohíbe imponer á la primera todo gravamen, condición ó sustitución, y para valorar el caudal relicto dejado por los ascendientes, á los efectos de fijar la legítima, tendrían que deducirse los bienes reservables sometidos á la sucesión establecida en dicho precepto.

Nos parece muy fuerte esta última parte de la sentencia, donde parece tomarse, como supuesto, erróneo en nuestro sentir, que los derechos de los reservatarios arrancan del reservista, y claro que, si se admite esto, el descendiente de éste, colateral en tercer grado, sobrino del causante de la sucesión, excluye á los que se encuentran en el mismo grado, ó sean los tíos repita ó no aquél matrimonio.

#### De la reserva ordinaria

El viudo ó viuda que pase á segundo matrimonio está obligado á reservar á los hijos y descendientes del primero la propiedad de todos los bienes que haya adquirido de su difunto consorte, por testamento, sucesión intestada, donación ú otro cualquier título lucrativo (art. 968). Se extiende este derecho á los hijos del reservatario, nietos del reservista (Sent. de 27 de Junio de 1895).

El Fuero Juzgo y el Fuero Real no impusieron esta reserva al viudo y sí solamente á la viuda que repetía matrimonio, respecto de las arras y de la buena de su difunto esposo; las Partidas, copiándolo del Derecho romano, le obligaron á reservar, además, las donaciones que le hizo su marido, y la ley 15 de Toro, informada en un espíritu igualitario, obligó, tanto al viudo como á la viuda, á esa reserva en favor de los hijos del primer matrimonio.

Fúndanla unos en que constituye una pena impuesta al que repite matrimonio; nada mas erróneo, porque las segundas nupcias están autorizadas lo mismo por la Legislación civil que por la canónica, y no maleficia quien usa de su derecho. Dicen otros que constituye una sanción al agravio inferido por el sobreviviente al premuerto, que es infiel á su memoria; también esto es erróneo, porque, por grave que sea esa ofensa, no puede constituir el fundamento del todo jurídico reserva, amén de que si el marido difunto, previendo el matrimonio de la viuda, lo autorizara en testamento, para que

siguiera ejerciendo la patria potestad, con lo cual implícitamente demostraría que no se consideraba agraviado, no podría decirse que ella viniera obligada á reservar, y sin embargo, queda tenida á ello. Afirmen otros que ese fundamento es la protección dispensada por la ley al principio familiar, para que los bienes del cónyuge difunto no recaigan en personas extrañas á sus descendientes, por el intermedio del consorte supérstite; en este sentir se percibe algo de la razón de la reserva; pero las protecciones de la ley no pueden estribarse sino en el supuesto de la voluntad presunta, de que es fórmula consagrada el derecho. Y por último, otros señalan, como apoyo jurídico de la reserva, un respeto y garantía á las legítimas esperanzas de los hijos del primer matrimonio, para que los bienes del padre ó madre no se los disputen los medio-hermanos habidos de otro matrimonio del reservista, sino que vayan á los del primer consorcio, por el cauce natural de la familia.

A nuestro ver, la voluntad presunta del difunto descendiente, demandadora de protecciones jurídico-familiares, y la justicia en no defraudar esas legítimas esperanzas de los hijos á recoger lo que fué de su difunto padre ó madre, ó de sus hermanos ó de otros parientes, en consideración del difunto, cuyos bienes llevan el sello de la familia, y son homenaje de recuerdos y de sentimientos, constituyen el fundamento racional de la reserva ordinaria ó romana.

Asimismo, y por las propias razones, el viudo ó viuda tienen esa obligación de reservar los bienes que hubiesen adquirido de los hijos de su primer matrimonio y los que hayan habido de los parientes del difunto por consideración á éste, en favor de los hijos y descendientes de que hemos hablado.

A pesar de la obligación de reservar (reserva general en sus dos clases) podrán el padre ó la madre segunda vez casados mejorar en los bienes reservables á cualquiera de los hijos ó descendientes del primer matrimonio, conforme á lo dispuesto en el art. 823: así lo prescribe el 972 que no tiene aplicación en los territorios aforados, por cuanto no rige allí el sistema de mejoras.

La reserva no solo se establece en favor de los hijos, sí que también de los nietos (Sent. de 22 de Junio de 1895), así como también son reservables los bienes adquiridos de los nietos por el abuelo que enviuda y se vuelve á casar, según la citada Sent. de 4 de Enero de 1911, con parte de la cual no estamos conformes, porque no siempre son incompatibles las reservas impuestas en el art. 811 y las establecidas en los 968 y 969.

## CATALUÑA

No existe allí la reserva del art. 811; nos hemos ocupado de la sucesión del impúber, de los bienes troncales y de los derechos de los *proximes parents* de la línea, al ocuparnos de la legítima de los ascendientes, según las Constituciones; pero sí subsiste la reserva ordinaria, supliendo el Código civil el régimen jurídico excepcional.

Si el padre ó madre contraen segundo matrimonio, vienen obligados á reservar: 1.º Todo lo que hubiese adquirido de su primer cónyuge por testamento ó abintestato, donación ó cualquiera otro título lucrativo (leyes 3.ª y 5.ª Cód. DE SEC. NUP.; Novela XXII); 2.º Todo lo que hubiese adquirido de un tercero por causa del primer matrimonio (Nov. íd.), y 3.º Todo lo que hubiese provenido de alguno de los hijos del primer enlace, por sucesión intestada (Novela II).

Los bienes reservables deben distribuirse por igual entre los hijos del primer matrimonio (Novela XXII). Esta disposición y las anteriores proceden también en favor de los hijos del segundo matrimonio con respecto á los del tercero y así sucesivamente (ley 4.ª Código DE SEC. NUP.)

## NAVARRA

Al hablar de la legítima de los ascendientes nos hemos ocupado del derecho de troncalidad. También existe en este reino la reserva ordinaria, de la que trata la ley 48 de las Cortes de 1764 y 1765, supliendo allí esta institución el Derecho romano y, en defecto el Código civil.

Según dicha ley, la viuda con hijo ó hijos de primer matrimonio que repite nupcias, debe reservar todo cuanto recibió de su primer marido por donación propter nupcias ó mortis causa, por testamento JURE DIRECTO, fideicomiso ó legado ú otro título de munificencia ó liberalidad, en favor de los del primer matrimonio, gozando ella del usufructo de los bienes durante su vida; esta reserva no se refiere á lo que se le hubiese ofrecido por arras y á los derechos y acciones privativos de la misma. De tal virtud es esa reserva que aunque el difunto marido exprese en testamento ó en otra disposición en que

deje bienes, derechos ú cualquiera otra cosa, que pudiese su mujer disponer en vida ó por muerte, casando y no casando, vale aquélla. Asimismo, la madre bínuba tiene obligación de reservar en favor de los hijos del primer matrimonio, para que no pasen á los del segundo los bienes, derechos y acciones adquiridos del hijo ó hijos de su primer enlace por título de donación, testamento, legado ó en cualquiera de otra forma. Estas disposiciones obligan también al viudo que repite nupcias y se refieren tanto al segundo como al tercer consorcio.

### VIZCAYA

Si el padre ó madre ú otra persona diesen en dote ó donación, bienes raíces por causa de matrimonio y, disuelto este con hijos ó descendientes de éstas no tienen parte en tales bienes, que quedan enteramente para los del primer matrimonio (ley 3.<sup>a</sup>, tít. 20 del Fuero, que solo se concreta á tales bienes). Además, se reservan para dichos hijos las mejoras hechas en los aludidos bienes (ley 4.<sup>a</sup> íd.; esta añade que los edificios, plantaciones y mejoras de cualquier clase hechas durante el segundo ó tercer matrimonio en los raíces dotados ó donados en el primero, pertenecen en propiedad á los hijos de éste, viniendo obligados á pagar al cónyuge que vino al nuevo matrimonio ó á sus herederos la mitad del importe de dichas mejoras, según tasación pericial, dentro de un año, á partir del día en que entraron en posesión de lo mejorado.

Si el marido ó la mujer bínubos compraren, conquistaren ó heredasen bienes raíces, serán éstos comunes entre ellos si tuvieren hijos ó descendientes de consuno, pudiéndolos dejar por testamento ó por donación á cualquiera de sus hijos ó descendientes, aunque sean del segundo ó del tercer matrimonio, separando á los demás con la legítima foral, esto es, con algo de raíz «aunque lo tal comprado ó conquistado sea dentro de los límites del contrato del primer matrimonio» (ley citada). Las frases entrecomadas significan, según los fueristas, que el padre ó madre pueden disponer en favor de los hijos de cualquiera de sus matrimonios, aunque los bienes no hubiesen sido comprados ó ganados durante el primero.

El padre ó madre bínubos tienen que reservar á favor de los hijos del primer matrimonio los bienes raíces que hubiesen heredado de alguno de ellos (ley 9.<sup>a</sup>, tít. 21), pero pueden dejarlos, como hemos dicho al hablar de la legítima en Vizcaya, á uno solo de los hijos;

esto tiene parecido con la facultad que el Código concede al reservista para mejorar con los bienes objeto de reserva; ésta no tiene en Vizcaya la extensión que en Cataluña y territorios regidos por el Código, puesto que allí solo se contrae á los raíces, y en éstos, á toda clase de bienes.

### Efectos que producen las reservas

Mientras el viudo ó viuda no repiten matrimonio, no adquieren los bienes el carácter de reservables; se hallan en estado de posibilidad; pero realizado ese hecho, quedan afectos á la condición resolutoria de reserva, lo cual no es óbice para que el reservista siga teniendo el dominio, y sin que la afección alcance al usufructo ni á la administración de tales bienes. Esta es la doctrina del Código; pero en Cataluña, según las Sents. de 21 de Mayo de 1861 y 16 de Junio de 1862, la propiedad de esos bienes se transmite de derecho á los reservatarios al contraer matrimonio el padre ó madre, quedándoles solo el usufructo hasta su muerte; mientras viven, es eficaz la enajenación que de ellas hubieren hecho, siendo de citar también la de 31 de Mayo de 1861, de que la viuda solo viene obligada á reservar los bienes en favor de los hijos de su primer matrimonio, pero no á los de su primer marido, que tuvo de otra mujer.

No se comprenden entre los bienes reservables, según el Código, la mitad de los gananciales que al viudo correspondan, ni los bienes dotales, pero sí todos los que se expresan en los arts. 968 y 969, cualquiera que sea la ocasión en que se hayan hecho las donaciones.

En la reserva del art. 811 no se requiere que el ascendiente contraiga matrimonio; por el hecho de heredar el ascendiente queda establecida; no obstante tiene el dominio, usufructo y administración de lo reservable, para que personas extrañas á una familia no adquieran, por un azar especial de la vida, bienes que, sin él, hubieran quedado dentro de ella (Sent 30 Diciembre de 1897).

En punto á la enajenación de los bienes reservables, la de muebles hecha antes de contraer segundo matrimonio (art. 796) será válida, salvo siempre la obligación de indemnizar los herederos del reservista á los reservatarios. La de inmuebles subsistirá únicamente si á la muerte del reservista no quedaren reservatarios (art. 795), sin perjuicio de lo dispuesto en la ley Hipotecaria; de modo que —esto abraza al Derecho común y al foral—si en el Registro no se

ha consignado por nota marginal la condición reservable de los bienes, no se puede despojar de su derecho al adquirente de ellos puesto que le amparan los arts. 23, 34, 36 y 37 de dicha ley general de garantías (Sent. de 20 de Diciembre de 1904), porque ese adquirente, cualquiera que sea la reserva, no puede entregarse á referencias jurídicas, salvo que la enajenación se hubiere hecho—así lo entendemos,—constándole esa reservabilidad, ó si es cómplice en el fraude, porque, faltándole la buena fe, no merece la condición protegida de tercero. Si los reservatarios no pueden repetir contra el tercero, abroquelado tras la inscripción de su derecho en el Registro, tienen acción personal contra los herederos del reservista para que los indemnicen.

El viudo ó viuda vienen obligados—y esto reza con todas las legislaciones españolas—á inventariar todos los bienes sujetos á reserva, á anotar en el Registro de la propiedad la cualidad reservable de los inmuebles y á tasar los muebles, constituyendo hipoteca en garantía de su importe: arts. 977 y 978 del Código, relacionados con los 16, 157 al 168 y 194 al 261 de la ley Hipotecaria, 38, 39, 40, 50 y 52 de la Instrucción para la redacción de documentos públicos sujetos á Registro.

La Novela XXII prescribe que las enajenaciones de los bienes sujetos á reserva son nulas en el caso de premorir el bínubo á sus hijos; pero no en el contrario. Se entiende lo primero sin perjuicio de los derechos de tercero, amparado por la ley Hipotecaria.

Cesa la obligación de reservar en la del art. 811, si á la muerte del reservista no hay parientes dentro del tercer grado; lo mismo ocurre con la otra reserva, faltando reservatarios ó sean hijos ó descendientes legítimos del cónyuge bínubo ó que reconoce un hijo natural. También se extingue si las cosas sobre que recae desaparecen, por faltar el elemento objetivo sobre que actúa el derecho. Otra causa de extinción es por renuncia expresa de los reservatarios, si son mayores de edad. En la reserva del art. 811, aunque renuncie el pariente de segundo grado del descendiente, el hijo de aquél, puesto que se halla colocado en tercer grado, no puede sufrir perjuicio, puesto que se halla dentro del grupo, y el derecho en toda reserva es personalísimo, como ha venido á declarar el Tribunal Supremo en Sent. de 27 de Enero de 1909.

Las Novelas II y XXII y ley 3 Cód. DE SEC. NUP. consideran como caso de extinción de reserva el que no existan hijos ni descendientes del primer matrimonio, aunque hayan herederos de éstos.

Esa misma novela XXII prescribe que no se comprenden en la reserva los bienes que el padre adquiere del hijo premuerto en fuerza del pacto reversional; que esos hijos pueden suceder en los bienes adquiridos por su padre bínubo, menos la donación PROPTER NUP. TIAS del segundo matrimonio que debe reservarse para los de éste, y que, en caso de divorcio, todos los bienes adquiridos durante el matrimonio deben reservarse para los hijos nacidos del mismo.

Acerca del periodo de efectividad de la reserva, tenemos que si el padre ó la madre bínubos no hubiesen usado de la facultad de mejorar en los bienes reservables á cualquiera de los hijos ó descendientes del primer matrimonio, éstos sucederán en ellos, conforme á las reglas prescritas para la sucesión en la línea descendente, aunque á virtud de testamento hubiesen heredado desigualmente al cónyuge premuerto, ó hubiesen renunciado ó repudiado su herencia: art. 973, el cual añade que el hijo desheredado justamente por el padre ó por la madre, perderá todos los derechos á la reserva; pero si tuviere hijos ó descendientes legítimos se estará á lo dispuesto en el artículo 857, ó sea, que conservarán los derechos de herederos forzosos respecto de la legítima; mas el padre desheredado no tendrá el usufructo ni la administración de los bienes de la misma.

El Código es mucho más humano que la Novela 22, prescriptiva de que la desheredación hecha por causa legítima excluye al hijo del desheredado en los bienes reservables y su parte acrece á los demás, y que si aquella comprende á todos los hijos, el padre, puesto que carece de herederos forzosos, puede disponer de los bienes como mejor le plazca.

Los abuelos ú otros ascendientes que pasen á segundas ó ultiores nupcias también están obligados á reservar (ley 5 y AUTH. SI TAMEN, Cód. DE SECUND. NUP.)

### Del albaceazgo

Se introdujo en Roma en la época del imperio para el cumplimiento de las mandas piadosas. Lo regularon el Derecho castellano y los Fueros municipales, recibiendo las personas investidas con este cargo los nombres de *cabezaleros*, *mansesores* y *fideicomisarios*. En un principio tuvo por objeto el fiel y exacto cumplimiento de lo concerniente á entierro y funeral del causante, celebración de misas y redención de cautivos, por lo cual recibió el nombre de pío ejecu-

tor testamentario. Tuvo importancia en la Edad Media, cuando con bienes de las herencias, y fiscalizados los albaceas por la jurisdicción eclesiástica, se construyeron iglesias, monasterios, se crearon obras pías, fundaciones, memorias, patronatos etc.

El albaceazgo es cargo voluntario, pero, aceptado el nombramiento, ha de cumplirse, á menos de que se excuse el designado, sin necesidad de expresar justa causa, dentro de los seis días siguientes al en que tenga noticia de su nombramiento, y si éste le era ya conocido, dentro de los seis siguientes al en que supo la muerte del testador. Si no acepta, perderá lo que se le hubiese dejado; es renunciabile, alegando justa causa, al prudente arbitrio del Juez, y sin perjuicio de la facultad de los herederos para reclamar contra los agravios que les haya inferido (S. 4 Julio 1895). Es personalísimo, por ser de confianza del testador; éste puede autorizarle para que delegue ó sustituya sus facultades, lo cual en otro caso no puede hacer; es gratuito, pero el testador puede señalarle una retribución.

El albacea debe tener la capacidad necesaria para obligarse. Ni la mujer casada por su subordinación dentro de la familia, ni el menor, puesto que carece de la FACULTAS AGENDI, pueden ser albaceas, á menos de que aquella obtenga la licencia marital, en el supuesto de no hallarse separada legalmente; el menor puede ejercer ese cargo, si se halla autorizado por su padre ó tutor.

Existen tres clases de albaceas: testamentarios, legítimos y dativos; los primeros son los nombrados por el testador; los segundos son los herederos y los terceros los que designe el Juez, (artículo 966 de Enjuiciamiento Civil.)

El albaceazgo puede ser universal ó particular, y el nombramiento de las personas encargadas del mismo, revestir las formas solidaria, mancomunada ó sucesiva. Si son mancomunados solo valdrá lo que todos hagan de consuno ó lo que verifique uno legalmente autorizado por los demás, ó lo que, habiendo disidencia, acuerde la mayoría; pero, en caso de suma urgencia podrá uno de los mancomunados practicar, bajo su responsabilidad personal, los actos que fueren necesarios, dando cuenta á los demás. En los albaceas solidarios ó que obran simultáneamente, es válido cuanto haga cada uno dentro de las facultades que á todos confiera el testador ó la ley (Sent. 6 Mayo 1903). En los albaceas sucesivos se respeta la voluntad del testador; los llamados á ejercer el cargo en segundo término no lo desempeñan mientras existan del primero.

Los albaceas tendrán todas las facultades que expresamente les haya conferido el testador y no sean contrarias á las leyes. No habiendo el testador determinado especialmente sus facultades, tendrán las siguientes (que pueden hacer valer en frente de los herederos, porque representan deberes ú obligaciones): 1.<sup>a</sup> Disponer y pagar los sufragios y el funeral del testador, con arreglo á lo dispuesto por él en el testamento, y en su defecto, según la costumbre del pueblo. 2.<sup>a</sup> Satisfacer los legados que consistan en metálico, con el conocimiento y beneplácito del heredero (se han de poner de acuerdo con los herederos: arts. 818, 820 y 887). 3.<sup>a</sup> Vigilar sobre la ejecución de lo demás ordenado en el testamento, y sostener, siendo justo, su validez en juicio y fuera de él, y así también se ha declarado en Sent. 11 Enero 1900; pero en tanto tiene el albacea el deber de defender el testamento, en cuanto éste sea justo, y si se equivoca, habiendo obrado de buena fe, asesorado por letrado, creemos que no es responsable del pago de costas, gastos y perjuicios. El albacea no representa la herencia en juicio, aún cuando tenga además el cargo de contador (S. 28 Abril 1897) y 4.<sup>a</sup> Tomar las precauciones necesarias para la conservación y custodia de los bienes. Creemos que debe inventariarlos, porque es un depositario; esa precaución es según sean en cada caso la clase y las circunstancias especiales de aquéllos. La administración interina, que envuelve posesión transitoria en el albacea, la ejerce éste con intervención de los herederos que se hallen presentes, quienes deben figurar en el inventario. Si no hubiese en la herencia dinero bastante para el pago de funerales y legados y los herederos no lo aprontaren de lo suyo, promoverán los albaceas la venta de los bienes muebles y, no alcanzando éstos, la de los inmuebles, con intervención de los herederos. Si estuviese interesado en la herencia algún menor ausente, corporación ó establecimiento público, la venta de los bienes se hará con las formalidades de derecho. Los herederos no vienen obligados á adelantar fondos, y como, no habiéndolos en la herencia, de alguna manera se han de pagar los funerales y legados, es lógico que de aquella se vendan, en primer término, los muebles y siendo insuficientes para el objeto, los inmuebles; esto último es con intervención de los herederos, que si son mayores de edad, si no se hallan ausentes ó si no se halla interesada una corporación ó establecimiento público, la venta de los bienes, cualquiera que sea su clase, es la ordinaria; pero hallándose interesadas esas personas, el Código prevé de garantías en la enajenación, disponiendo que se haga con las forma-

lidades prevenidas ó sea por medio de subasta judicial ó ante Notario, en la cual no puede ser postor el albacea. Los albaceas unicamente pueden vender, pero no hipotecar; esto solo corresponde hacerlo á los herederos.

Los albaceas pueden distribuir el importe de las ventas en sufragios y obras pias en beneficio del alma del testador cuando este dispuso de los bienes con este objeto, así como pueden calificar los pobres y distribuir entre ellos los bienes (arts. 747 y 749). Tienen los albaceas las facultades que les haya conferido el testador, á condición de que las haya dado expresamente y que no sean contrarias á las leyes; pero no representan á la herencia yacente (R. 7 Abril 1897 y 28 Abril 1867). Habiendo herederos, éstos deben realizar las enajenaciones de bienes para lo cual no fué facultado el albacea (Resolución 21 Agosto 1897), como tampoco, si no estuvo facultado por el testador, no puede verificar el inventario, división y adjudicación del caudal relicto; pero si estas operaciones han sido ratificadas por los interesados son válidas como si éstos las hubieran hecho (Res. 18 Diciembre 1893), porque, como se dice en la de 10 Mayo 1890, dividir la herencia es distinto de ejecutar lo que en el testamento se dispone y que, ni una ni otra cosa llevan como obligada consecuencia la representación de aquélla, ni el derecho de enajenar. Es de citar la Res. 22 Noviembre 1905 de que el albacea, para vender los bienes de la herencia que fuesen necesarios á su juicio, sin reserva ni limitación alguna, puede hacerlo sin justificar su inversión; esto es no habiendo herederos forzosos, en cuyo caso puede el albacea llevar la representación de la herencia yacente si se la dió el testador (Sent. 6 Octubre 1897) y, como tal administrador ejercitar las acciones para la defensa de lo que le está encomendado (S. 11 Marzo de 1896). El albacea representa al testador, no á los herederos (S. 4 Julio 1897 y Res. 22 Octubre íd.) Si el albacea es universal, como se equipara al heredero, á su nombre se han de inscribir los bienes en el Registro, salvo lo dispuesto en el art. 20 de la L. H.

El testador podrá fijar plazo de duración al albaceazgo; en otro caso, los albaceas deberán cumplir su encargo dentro de un año, contado desde su aceptación ó desde que terminen los litigios que se muevan sobre la validez ó nulidad del testamento ó de algunas de sus disposiciones. Puede el testador prorrogar ese plazo de un año por el tiempo que crea, pero si no lo hubiera señalado, se entenderá prorrogado por otro año. Si transcurrida esta prórroga—que no hay necesidad de pedirla, puesto que la ley la concede—no se

hubiere cumplido todavía la voluntad del testador, podrá el Juez conceder otra por el tiempo que fuere necesario, atendidas las circunstancias del caso. Esto no obsta para que los herederos y legatarios puedan, de común acuerdo, prorrogar el plazo del albaceazgo por el tiempo que crean conveniente; pero si el acuerdo fuere solo por mayoría, la prórroga no podrá exceder de un año.

Si el testador concedió prórroga, el albacea puede pedir al Juez que la amplíe; sin que valga en contrario la negativa de los herederos y legatarios; si no hubo tal concesión, tal facultad no le corresponde. Concedida la prórroga en juicio de testamentaria por los herederos presentes y por el Ministerio fiscal en nombre de los ausentes y representando á los citados al juicio que no comparecieran ante el Tribunal, es válida (Res. 2 Marzo 1899). El Juez al cual debe pedirse la prórroga, ha de ser el del lugar donde se desempeña el albaceazgo, tramitando la solicitud como acto de jurisdicción voluntaria, mientras no haya oposición. Si nada dispuso el testador sobre la prórroga ó faltan herederos y legatarios, ó habiéndolos éstos la niegan, creemos que el Juez no puede ampliar el plazo, á menos de que se trate de albaceas universales que no hubiesen terminado su cometido dentro del plazo señalado por el testador, no habiendo negligencia por su parte.

El no haber expirado el término del albaceazgo no impide que los legatarios puedan reclamar la cosa determinada del albacea quien puede alegar las excepciones que procedan para oponerse á ello (S. 24 Noviembre de 1900).

La prórroga que el Juez otorgue tiene carácter provisional; no es preciso que sea única; pueden concederse varias (S. 7 Diciembre 1903). El heredero único puede pedir la inscripción en el Registro de su derecho hereditario, expresando en la inscripción las facultades de los albaceas y que no les impide ello desempeñar su cometido (Res. 18 Julio 1897).

Los albaceas deben dar cuenta de su encargo á los herederos. Si hubiesen sido nombrados no para entregar los bienes á herederos determinados, sino para darles la inversión ó distribución que el testador hubiese dispuesto en los casos permitidos por derecho, rendirán sus cuentas al Juez: art. 907, que, además, castiga con la nulidad á toda disposición del testador contraria al mismo.

Es personal la acción de los herederos á exigir la dación de cuentas al albacea, y del mismo carácter participa la de éste contra aquéllos; ambas son transmisibles á sus herederos. Se ha de tener

en cuenta lo dispuesto por el testador que no puede eximir al albacea de la obligación de rendir cuentas.

Termina el albaceazgo por la muerte, imposibilidad, renuncia ó remoción del albacea, puesto que es un cargo personalísimo no transmisible á los herederos (S. 27 Marzo 1896) y por el lapso de tiempo señalado por el testador, por la ley, y, en su caso, por los interesados. La remoción debe hacerse oyendo al albacea, y aunque el Código no señala causas de ella, por analogía puede acudirse á las que encajen comprendidas en el art. 238. Para remover á los albaceas negligentes á quienes el testador hubiese prorrogado el plazo legal, se les debe amonestar previamente (S. 6 Octubre 1897). El cargo de albaceazgo no termina por la adjudicación de los bienes hecha á un heredero usufructuario, aún teniendo este facultad para enajenar, cuando su misión, por encargo del testador, deba subsistir hasta la entrega definitiva de los bienes á los establecimientos de beneficencia destinados al efecto (Res. 23 Julio 1895). Continúa el albaceazgo mientras subsista la mayoría de sus individuos, sin que le afecte el cambio de personal en los cargos, y sigue la personalidad de su representante hasta que los albaceas nuevamente nombrados por defunción de los anteriores, no le revoquen el poder que éstos le confirieron. Corresponde á los herederos, á falta de albaceas, el cumplimiento de las disposiciones testamentarias y, á falta de aquéllos, á los amigos designados por el Juez, pues la herencia no puede estar sin representación.

#### De la aceptación y repudiación de la herencia

Véase lo dicho en el capítulo X de este tomo. Debe distinguirse entre delación y aceptación. La primera ocurre al fallecimiento del causante ó cuando por sentencia se declara la presunción de su muerte; constituye la segunda la consumación del derecho sucesorio. Integran la delación el testamento ó la declaración de herederos abintestato y la muerte real ó presunta del CUIUS. Por la aceptación se establece el nexo jurídico entre la voluntad expresa ó presunta del causante y la de su heredero. Consiste la repudiación en la manifestación de no admitir el heredero la universalidad de los derechos y obligaciones. Como quiera que no existen hoy herederos necesarios, la aceptación es acto libre y voluntario, como lo es la repudiación: art. 988, las leyes 3.<sup>a</sup>, 23 y 32 Dig. DE ADQ. VEL AMIT.

HÆRED., que exigen en la aceptación, para que sea válida, que el heredero sepa indudablemente su cualidad y que la herencia se le ha deferido.

Los efectos de la aceptación y de la repudiación se retrotraen siempre al momento de la muerte de la persona á quien se hereda: art. 989, y leyes 138 y 193 Dig. DE REG. JUR., 54 Dig. DE ACQ. et cetera, pues no puede existir solución de continuidad. No pueden hacerse en parte, á plazo, ni condicionalmente: art. 990 y leyes 51, tít. 2.º, lib. 29 del Digesto y 77, tít. 16, lib. 50 íd. Al causante no se le puede representar por fracciones, ni con intermitencias, ni cabe dejar á lo incierto de una condicien el hecho de la aceptación ó de la renuncia.

Nadie podrá aceptar ni repudiar sin estar cierto de la muerte de la persona á quien haya de heredar (porque puede ésta haber cambiado de voluntad) y de su derecho á la herencia. La mujer casada no puede aceptar ni repudiar la herencia sino con licencia de su marido ó, en su defecto, con la aprobación del Juez: art. 995, y ley 8.ª Dig. DE ACQ. HÆRED. Si la mujer acepta con la aprobación del Juez, no responderán de las deudas hereditarias los bienes ya existentes de la sociedad conyugal; esto se ha escrito para que al marido no se le perjudique, y no es aplicable en Cataluña, ni en Navarra, donde rige el sistema dotal. El marido no puede aceptar en nombre de su mujer, porque esto implica hacer uso de derechos ó de acción en los parafernales, lo cual le está prohibido (S. 5 Junio 1904).

Pueden aceptar y repudiar todos los que tienen la libre disposición de sus bienes. En la dejada á los menores é incapacitados corresponde hacerlo al tutor, autorizado por el consejo de familia. Si la aceptare por sí el tutor, la aceptación se entenderá hecha á beneficio de inventario. La materia tutelar obliga en los territorios aforados. El tutor necesita autorización del consejo de familia para aceptar la herencia sin beneficio de inventario, ó para repudiarla; faltándole esa autorización, se entiende aceptada con tal beneficio.

Por los menores sujetos á patria potestad aceptan ó repudian sus padres, con más amplitud de poder que el tutor, que á tanto obliga el art. 159. Puesto que tiene el usufructo en los bienes del hijo sería absurdo exigir aprobación judicial, pues la ley fía en el celo de los padres. Disponen las leyes 1.ª, 2.ª, lib. 2.º de las Const. de Cat. que los hijos de familia no pueden aceptar herencia sin consentimiento de su padre, si aquélla pertenece á los bienes profecticios y, sin distinción, si se hallan en la menor edad. Creemos que si los hijos son

mayores de 25 años, puesto que salen de la patria potestad en Cataluña, no necesitan de ese consentimiento.

Los legítimos representantes de las asociaciones, corporaciones y fundaciones capaces de adquirir podrán aceptar la herencia que á las mismas se dejare; mas para repudiarla necesitan la aprobación judicial, con audiencia del Ministerio público. Los establecimientos públicos oficiales no podrán aceptar ni repudiar herencias sin la aprobación del Gobierno.

Requíerese capacidad lo mismo para aceptar que para repudiar, puesto que la primera constituye un modo de adquirir y por la segunda se abandona un derecho que se tenía. La tienen los sordo-mudos que saben leer y escribir, quienes pueden aceptar ó repudiar por sí ó por medio de procurador. Si no saben leer y escribir, como quiera que están sujetos á tutela, la aceptación deberá hacerla el tutor (art. 218 y núm. 10 del 269). El emancipado voluntariamente puede aceptar y repudiar herencias, ya que no se lo prohíbe el art. 317, lo cual no puede verificar el emancipado por razón de matrimonio, á no mediar consentimiento de las personas que en el mismo se expresan por ser su texto más limitativo que el del anterior. La herencia dejada á los ausentes, declarados como tales, debe ser aceptada ó renunciada por sus representantes legítimos ó por sus sucesores en caso de presunción de muerte. Como los quebrados y concursados no tienen la libre administración de sus bienes (arts. 1914 del Código civil y 878 del de comercio) no pueden renunciar herencias, ni aceptarlas, ni aún á beneficio de inventario.

La aceptación y la repudiación, una vez hechas, son irrevocables y no podrán ser impugnadas sino cuando adolezcan de alguno de los vicios que anulan el consentimiento ó apareciese un testamento desconocido: art. 997 y ley 85, tít. 2.º, lib. 29 del Dig.; pero en Cataluña y en Navarra consérvese el beneficio de restitución *IN INTEGRUM* que establece la ley 7.ª Dig. *DE MINOR*. Añade ésta que el menor que ha repudiado una herencia y entra después en la misma mediante la restitución, podrá repudiarla otra vez á virtud de la restitución; fuera de este caso, la aceptación y la repudiación son irrevocables cuando se realizan por el mayor de edad, quien no puede apartarse de ella, á no probarse que medió miedo ó violencia (leyes 6.ª y 51 Dig. y ley 77 íd. *DE DIVERS. REG. JUR.*), porque con la aceptación se establece lo que el Derecho romano llama un cuasi contrato. En Barcelona rige el privilegio *RECOGNOVERUNT PROCERES*, según el cual, aún después de la adición, el heredero puede renunciar la herencia.

La aceptación puede ser pura ó simple ó á beneficio de inventario; la primera de éstas puede ser expresa y tácita. Es expresa la que se hace en documento público ó privado, y tácita la que se verifica por actos que suponen necesariamente la voluntad de aceptar ó que no habría derecho á ejecutar sino con la cualidad de heredero: art. 999, § 6.º de la Inst. ley 7.ª Dig. DE HÆRED CUAL. ET DIF. y 20 Digesto DE ACQUIR. VEL AMIT. HÆRED. Añaden dicho artículo y la ley 20 Dig. íd. que los actos conservatorios de vigilancia y de administración provisional no implican la aceptación de la herencia, pero añade el Código: «Si con ellos no se ha tomado el título ó la cualidad de heredero».

Son actos que suponen necesariamente la aceptación: 1.º La venta, donación ó cesión del derecho del heredero á un extraño, á todos sus coherederos ó á algunos de ellos: núm. 1.º del art. 1900, con precedentes en las leyes 2.ª Dig. SI QUIS OM. CAUS. TEST. y 29 Dig. DE ACQUIR. VEL AMIT. HÆRED., prescriptivas de que si el que hubiese sido llamado á una herencia recibe una cantidad de dinero con la condición de renunciar á ella, y de hacerla pasar á la persona que debiera sucederle en su lugar, hace, con semejante renuncia, un acto de heredero. 2.º Por la renuncia, aunque sea gratuitamente, á beneficio de uno ó más herederos, porque es un acto de disposición como el anterior, y como los beneficiados no son todos los herederos, constituye una enajenación, pues el favorecido con ella adquiere mayor parte que los otros. 3.º Por esa misma renuncia, aunque sea en favor de todos los coherederos indistintamente, si se hace por precio; no si es gratuita y los coherederos á cuyo favor se haga, son aquellos á quienes debe acrecer la porción renunciada; esto no es donación, que exige la aceptación por parte del donatario; la renuncia es un acto unilateral y las personas favorecidas con ella no suceden al donador, sino al causante, y así lo ha entendido la sentencia del Tribunal de lo Contencioso de 8 de Junio de 1901. Si el pago del impuesto por transmisión hereditaria se verifica con fondos de la herencia, la consideramos aceptada, porque se sale de los límites de la administración provisional. La inscripción en el Registro no puede considerarse como aceptación de la división practicada por el contador; pero si el heredero, en nombre propio, presenta el documento en el Registro y pide la inscripción á su favor, firmando el asiento de presentación que le da derechos y es supuesto para utilizar recursos, hay aceptación, porque existe voluntad de su parte, lo mismo que si pide el amillaramiento de las fincas.

Si el heredero repudia la herencia en perjuicio de sus propios acreedores, podrán éstos pedir al Juez que les autorice para aceptarla en nombre de aquél. La aceptación solo aprovechará á los acreedores en cuanto baste á cubrir el importe de sus créditos; el exceso, si lo hubiere, no pertenecerá en ningún caso al renunciante, sino que se adjudicará á las personas á quienes corresponda: artículo 1.001, sin precedentes en el Derecho romano, porque como se entendía adquirida la herencia solo mediante la aceptación, si el heredero renunciaba, de nada se desprendía; no obstante, al no querer enriquecerse, perjudicaba á sus herederos. Esto era demasiado duro, por lo cual ha venido el Código á conceder derechos á esos acreedores, á base de que la renuncia se haga formalmente, de que existan uno ó varios acreedores del heredero, sin que con este nombre se comprendan los legatarios, de que existan los créditos cuando se hizo la renuncia, no que sean posteriores á ésta, de que haya verdadero perjuicio, esto es, que el pasivo de la herencia sea inferior al activo, y de que la renuncia se haga por acto gratuito, porque entonces el fraude se presume si el renunciante no se reserva bienes para pagar sus deudas. Puesto que los acreedores tienen acción subrogatoria, pueden pedir la partición de herencia, siendo preferentes á sus créditos las deudas del causante, tanto hereditarias como testamentarias, ya que solo pueden rescindir el acto de renuncia hasta donde les alcance el perjuicio causado por el heredero, pudiendo los coherederos pagar á aquél para retener los bienes de la herencia ó vender los que fueren necesarios á tal fin. Esos acreedores no son herederos y no se les puede reclamar, ni por deudas del causante, ni por razón de legados, ni exigírseles que acepten á beneficio de inventario; su intervención no es otra que salvar el perjuicio. No habiendo coherederos ni personas con interés en recoger el sobrante, deben pedir los acreedores el nombramiento de un administrador de la herencia. Lo dicho en este párrafo es aplicable á la renuncia de legado.

Los herederos que hayan sustraído ú ocultado algunos efectos de la herencia pierden la facultad de renunciarla y quedan con el carácter de herederos puros ó simples, sin perjuicio de las penas en que hayan podido incurrir: art. 1.002, que, en parte, concuerda con la ley única, § 10, Cód. DE JUR. DELIB., prescriptiva de que el heredero que hubiese separado ú ocultado alguna cosa de la herencia en el acto de la toma de inventario, deberá restituirla á la misma con otro tanto de su valor. El Digesto considera que el heredero extra-

ño que hurta algo de la herencia no debe conceptuarse que la acepta pero, si es heredero forzoso, tanto si hurta, como si maliciosamente oculta ó compra, por medio de tercera persona, la cosa que á la herencia pertenece, se entiende que acepta ésta.

Por la aceptación pura y simple ó sin beneficio de inventario quedará el heredero responsable de todas las cargas de la herencia, con los bienes de ésta y los suyos propios: art. 1.003, con precedentes en las leyes 10, tít. 30, lib. 6 del Código justiniano y 8.<sup>a</sup>, tít. 2.<sup>o</sup>, lib. 29 del Digesto. El heredero, al aceptar, confunde su patrimonio con el del causante; los acreedores personales de éste, aún estando su crédito reconocido y mandado abonar en el testamento, siguen siendo acreedores personales del heredero y no pueden alegar preferencia para el cobro de sus créditos con relación á determinados bienes de la herencia hipotecados por él heredero, en favor de acreedores suyos (S. 9 Febrero 1901).

Hasta pasados nueve días después de la muerte de aquél de cuya herencia se trate no podrá intentarse acción contra el heredero para que acepte ó repudie (art. 1.004, con precedentes en la ley 2.<sup>a</sup>, tít. 4.<sup>o</sup>, lib. 2.<sup>o</sup> del Digesto, Novela LX, cap. I y la CXI y ley 6.<sup>a</sup>, tít. 19, libro 9.<sup>o</sup> Cód., que consagraron el novenario de luto establecido por los paganos.)

Instando en juicio (no por requerimiento extrajudicial, ni en acto de conciliación), un tercer interesado para que el heredero acepte ó repudie, deberá el Juez señalar á éste un término que no pase de treinta días para que haga su declaración, apercibido de que si no lo hace, se tendrá la herencia por aceptada: art. 1.005, sin precedente en el Derecho romano, cuyo objeto es evitar que el heredero excepcione la demanda de falta de aceptación cuando ésta no ha sido ni expresa, ni tácitamente hecha, pues á ese tercer interesado le importa saber si el demandado, como tal heredero, tiene la representación del CUIUS. En ese término, no superior de treinta días, puede el heredero consultar si le conviene adir ó repudiar la herencia, y si ninguna de estas cosas hace, se entiende aceptada, sin que se le prive del derecho de verificarlo á beneficio de inventario; lo único que la ley no consiente es que la repudie.

Por muerte del heredero sin aceptar ni repudiar la herencia, pasará á los suyos el mismo derecho que él tenía: art. 1.006, que no distingue entre herederos necesarios y voluntarios, como lo hace el Derecho romano que, refiriéndose á este último caso, ó sea al de herencia dejada á los extraños, prescribe que HEREDITAS NON ADI-

TA NON TRANSMITTITUR. A la palabra *muerte* se le ha de dar un sentido, no solo concretado al fallecimiento real, sí que también á la presunción de muerte, legalmente declarada. Esos sucedáneos del heredero pueden aceptar ó repudiar en nombre de éste, á base de que sea capaz con relación á la herencia que se le dejó, sin venir obligados á colacionar lo que les hubiere dejado el primer causante, pero sí lo que hubiese recibido el heredero que murió sin aceptar. La repudiación de una herencia no puede presumirse aunque transcurra algún tiempo y muera el heredero sin manifestar su voluntad, por lo que los herederos de ese heredero pueden aceptarla en su nombre (Sents. 25 Mayo y 10 Diciembre de 1897).

Cuando fueren varios los herederos llamados á la herencia, podrán los unos aceptarla y los otros repudiarla. De igual libertad gozará cada uno de los herederos para aceptarla pura y simplemente ó á beneficio de inventario: art. 1.107, con precedente en la ley 18, tít. 6.º, Part. 6.ª, con el ejercicio de esa facultad, viene consigo el derecho de acrecer.

La repudiación de la herencia deberá hacerse en instrumento público ó auténtico ó por escrito presentado ante el Juez competente, para conocer de la testamentaria ó del abintestato: art. 1.008 que establece esa doble forma judicial y extrajudicial, no excluyente de la renuncia que se haga en documento auténtico, como la R. O. en que el Gobierno aprueba la hecha por establecimientos oficiales. Exí-gese la autorización judicial en las renunciaciones de herencia dejada á corporaciones, asociaciones ó fundaciones. Asimismo reviste forma judicial la renuncia que se haga por virtud de lo dispuesto en el artículo 1.105, cuando el heredero pidió la formación de inventario para deliberar; cuando exista juicio de testamentaria ó abintestato; y cuando la ley exige que la apruebe el Juez, por ejemplo, tratándose de herencia dejada á mujer casada cuyo marido no le da la licencia prevenida.

Para evitar los efectos de la aceptación de herencia, que en algunos casos constituye un azar ó albur que corre el heredero, éste, y aún sus hijos pueden abstenerse de adquirir los bienes del padre ó de quien les haya instituído (Cost. de Alb. XXXV). En Barcelona el heredero, después de haber adido la herencia, puede repudiarla, con tal de que no la haya disminuído, á menos de que le asista una justa causa de retención.

Prescribe la ley 95 Dig. DE ACQ. VEL AMIT. HÆRED., que puede repudiarse ó admitirse la herencia de palabra, de hecho ó de cual-

quier modo que exprese claramente la voluntad, habiéndose declarado en Sent. 27 de Octubre 1860, que si bien con arreglo á las Constituciones de Cataluña el heredero puede repudiar la herencia después de haber tomado posesión, esto es ineficaz mientras no se admita por el Juez, y se resuelva definitivamente el pleito habido por oposición de varios interesados.

Los que no puedan aceptar la herencia carecen de capacidad para repudiarla (leyes 4.<sup>a</sup> y 18 Dig. y 5.<sup>a</sup> Cód. DE REPUD. VEL ABS. HÆR.), renuncia que no puede hacerse antes de ser deferida (ley 174 Dig. DE REG. JUR.), ni antes de cumplirse la condición impuesta al heredero, so pena de nulidad, como tampoco puede hacerla el sustituto antes de purificarse la sustitución, ni cabe que se haga si no hubiese muerto el causante (leyes 13 y 94 Dig. DE ACQUIR. VEL AMIT. HÆRED). Es válida la repudiación de herencia deferida si el heredero no sabe ó duda de su cualidad de tal (leyes 13, 17 y 23 Dig. id.) La repudiación ha de ser precisamente de toda la herencia, no pudiendo aceptarse en parte y repudiarse en otra (ley 20 Cód. DE FUR. DELIB.) El sustituto pupilar no puede repudiar la herencia del hijo y admitir la del padre, ni al contrario (ley 10 Dig. DE VULG. ET PUP. SUBST.) El sustituto vulgar que hubiese sido instituido en una parte de la herencia, puede repudiar esta y aceptar después la que le corresponda en virtud de la sustitución (ley 76 Dig. DE ADQ. VEL AMIT. HÆRED.)

La parte del heredero que repudia acrece á los coherederos. Siendo uno el nombrado, solo pasa á los sucesores ó sustitutos abintestato del difunto (Inst. § 5.<sup>o</sup> DE BON. POSS.) El que renuncia la herencia de sus padres ó de sus ascendientes no está obligado á traer á colación lo que de los mismos hubiese recibido (ley 1.<sup>a</sup> Digesto DE COLLAT., Nov. XCII, cap. I). La repudiación no puede tener lugar en fraude de los acreedores (ley 1.<sup>a</sup> Dig. QUÆ IN FRAUD. CRED.) Cuando, por la repudiación de los herederos instituidos y de los legítimos, quedare vacante la herencia, se confiará su administración á un curador elegido por la mayoría de los acreedores y demás interesados (leyes 1.<sup>a</sup> y 2.<sup>a</sup> Dig. DE CURAT. BON. DAND.) Esto constituye hoy la administración judicial de herencia en los juicios de abintestato ó de testamentaria.

El que renuncia á una sucesión no es heredero pero conserva los derechos que le correspondan independientemente de la herencia; por virtud de ella se produce el derecho de acrecer, se abre la sucesión legítima para que pase á los parientes del siguiente grado ó del

orden que proceda; pueden los acreedores aceptarla en nombre de él (art. 1.001) y aprovecharse del inventario que el renunciante hubiera hecho (art. 1.022). Creemos con Losana que el renunciante conserva la facultad de ser enterrado en el sepulcro erigido por el causante para él y su familia y nos fundamos en que esto no es un derecho hereditario, pues aquél lo tenía ya adquirido.

El que es llamado á una misma herencia por testamento y abintestato y la repudia por el primer título, como quiera que desprecia la voluntad del causante, se entiende haberla repudiado por los dos; porque no merece ser sucesor de aquél, pero repudiándola como heredero abintestato y sin noticia de su título hereditario, podrá todavía aceptarla por éste, porque no desaira la voluntad postrera del finado. El art. 1.099, del cual sacamos lo arriba dicho, dado su carácter, debe interpretarse con la mayor libertad, á fin de no lastimar los derechos del heredero, si acepta la sucesión testada y por ser nulo el testamento ó la institución se abre la legítima; precepto ese que se separa de las leyes 17 y 79 Dig. DE ADQ. VEL AMIT. HÆR., prescriptivas que cuando el heredero reúne las cualidades de sucesor testamentario y de legítimo, si repudia bajo el primer concepto no queda privado de la sucesión legítima; pero si renuncia á ésta no puede aceptar la herencia como sucesor testamentario á menos de que ignore tener esta cualidad.

### Del beneficio de inventario y del derecho de deliberar

En Roma los herederos necesarios no podían repudiar la herencia; tampoco podían hacerlo los suyos y necesarios, pero tenían á su favor el beneficio de abstención, en tanto que los voluntarios ó extraños podían libremente aceptar ó repudiar la herencia. Gordiano introdujo el beneficio de inventario en favor de los soldados que se encontrasen con una herencia onerosa, y Justiniano, por exigirlo la equidad, lo hizo extensivo á todos los herederos testamentarios y legítimos, mediante el cual el heredero catalogaba ó inventariaba los bienes hereditarios, sin venir obligado á responder de las deudas y cargas de éstos, sino hasta donde alcanzase su valor; esta irresponsabilidad también aparece en las Const. de Cat., ley única, tít. 4.º, lib. 6.º, vol. II.

Prescribe la ley 21 Cód. DE JUR. DELIB. que el heredero que duda si una herencia le es ó no ventajosa la puede aceptar formando

una descripción ó inventario de todas las cosas que se hallen en la misma, inventario que, según disponen las leyes 1.<sup>a</sup>, 2.<sup>a</sup> y 3.<sup>a</sup>, tít. 7.<sup>o</sup>, lib. 6.<sup>o</sup>, vol. I de las Const. de Cat., debe empezarse dentro de los treinta días de haber sabido el heredero su nombramiento, y concluirse dentro de otros sesenta, á menos que las cosas ó la mayor parte de ellas se hallaren en lugar distinto del domicilio del heredero, en cuyo caso deberá formar éste el inventario dentro de un año á partir del día de la apertura de la sucesión (ley últ, Cód. DE JUR. DELIB.) El inventario debe hacerse ante el Notario que elija el heredero y en pública forma, con las solemnidades de derecho (ley 2.<sup>a</sup>, tít. 7.<sup>o</sup>, lib. 6.<sup>o</sup>, vol. 1.<sup>o</sup> de dichas Const.), con la circunstancia de que el heredero que hubiese separado ú ocultado alguna cosa de la herencia en el acto de la toma del inventario, deberá restituirla á la misma con el otro tanto de su valor (ley 21 Cód. DE JUR. DELIB.)

El Código ha tomado gran parte de sus disposiciones del Derecho romano y del tradicional de Castilla, al regular este beneficio que se desconoce en Aragón, donde rige la máxima de que la herencia nunca puede ser gravosa al heredero, de manera que en este reino y, por prescripción de la Ob. 12 DE TESTAMENTIS, lib. 5.<sup>o</sup>, los herederos suceden siempre á beneficio de inventario, aunque no lo hagan y, de consiguiente, tampoco cabe allí el derecho de deliberar.

Según el art. 1.010 todo heredero puede aceptar la herencia á beneficio de inventario, aunque el testador se lo haya prohibido; esto último se separa de la legislación anterior que permitía al testador prohibir el uso de ese beneficio á los herederos extraños. Es facultativo en el heredero pedir la formación de inventario antes de aceptar ó repudiar la herencia, para deliberar sobre este punto; inventario exigido en Cataluña para que el heredero pueda detraer la cuarta falcidia ó la trebeliánica.

La aceptación de la herencia á beneficio de inventario podrá hacerse ante Notario ó por escrito ante cualquiera de los Jueces que sean competentes para prevenir el juicio de testamentaria ó de abintestato. Si el heredero se hallare en país extranjero, podrá hacerse dicha declaración ante el agente diplomático ó consular de España que esté habilitado para ejercer funciones de notario en el lugar del otorgamiento (arts. 1.011 y 1.012 que consideramos de carácter general).

Esa declaración no producirá efecto alguno si no va precedida ó seguida de un inventario fiel y exacto de todos los bienes de la herencia. El inventario ha de ser judicial, no ante el notario que elija

el heredero, como disponen las Const. de Cat., precediéndolo la citación de los acreedores y legatarios, para que acudan á presenciarlo si les conviniere, para no dar margen á la simulación, á la superchería ó al fraude ¿Dentro de qué plazo debe empezar? Distingamos: si el heredero tiene en su poder los bienes de la herencia ó parte de ellos y quiere acojerse á ese beneficio ó usar del derecho de deliberar, deberá manifestarlo al Juez competente para conocer de la testamentaría ó del abintestato, dentro de los diez días siguientes al en que supiere ser tal heredero, si reside en el lugar donde hubiese fallecido el causante de la herencia; si residiese fuera, el plazo será de treinta días. En uno y otro caso el heredero deberá pedir la formación del inventario y la citación á los acreedores y legatarios: art. 1.014 que, por ser de carácter procesal, consideramos aplicable en todas las regiones de España.

Si el heredero es forzoso ya sabe que tiene tal cualidad; no importa que conozca el testamento y, de consiguiente, dentro de esos plazos debe pedir la formación del inventario, requisito indispensable para que pueda acojerse á dicho beneficio y derecho, bien que contradice esto último la Sent. de 14 de Junio de 1899, que consideró acogidos á tal beneficio á los menores cuya madre había cedido á los acreedores los bienes de la herencia, sin que éstos fuesen inventariados; puede que influyera en esa resolución la circunstancia de ser menores de edad los herederos, para que no sufrieran perjuicio por una omisión á ellos no imputable.

Cuando el heredero no tenga en su poder la herencia ó parte de ella, ni haya practicado gestión alguna como tal heredero, esos respectivos plazos de diez ó de treinta días se contarán desde el siguiente al en que expire el plazo que el Juez le hubiese fijado para aceptar ó repudiar la herencia, por así haberlo pedido los interesados (que pueden ser acreedores ó legatarios—art. 1.005), ó desde el día en que la hubiese aceptado ó hubiera gestionado como heredero: art. 1.015, que ofrece dificultades respecto al sentido que debe darse á la palabra aceptación, pues si el heredero acepta, no cabe que pueda repudiar; si delibera, es para decir, dentro del plazo, qué clase de aceptación hace, si puramente ó si á beneficio de inventario; si manifiesta el heredero que acepta á beneficio de inventario, éste ha de pedirse dentro de los diez ó de los treinta días, que es la regla normal establecida en el art. 1.014. Pasados esos plazos se pierde tal beneficio, lo mismo que el derecho de renuncia, entendiéndose que la aceptación se ha hecho pura y simplemente.

Fuera de los casos anteriores, si no se hubiese presentado ninguna demanda contra el heredero, podrá éste aceptar á beneficio de inventario ó con el derecho de deliberar (puede decirse que ambos están latentes), mientras no prescriba la acción para reclamar la herencia; pero esto supone y esta es la interpretación del art. 1.016, que el sucesor no haya hecho gestión alguna como tal heredero, ó en general que no haya verificado actos que impliquen la aceptación tácita excluyente de dichos beneficio y derecho, sin que pueda considerarse como tal gestión el hecho de reclamar el heredero los bienes; pero si alguien le demanda para que acepte ó repudie, entonces es de aplicación el art. 1.015, pues debe salir de su pasividad. (Véase el art. 1.052 de la ley de Enjuiciamiento civil).

El inventario se practicará dentro de los 30 días siguientes á la citación de los acreedores y legatarios y concluirá dentro de otros sesenta, citación que deberá hacerse conforme prescribe la ley procesal. (Véanse los arts. del 1.063 al 1.067). Si por hallarse los bienes á larga distancia ó ser muy cuantiosos ó por otra causa justa parecieren insuficientes dichos 60 días, podrá el Juez prorrogar este término por el tiempo que estime necesario, sin que pueda exceder de un año (art. 1.017).

Si por culpa ó negligencia del heredero (no de otra persona, pues al art. 1.018 se le debe dar interpretación estricta) no se principiare ó no se concluyere el inventario en los plazos y con las solemnidades prescritas, se entenderá que la acepta pura y simplemente. La culpa no se presume, pero si se alega justa causa y ésta es contradi-cha, debe probarla el heredero; los sucesores de éste deben seguir la gestión comenzada, porque no cabe solución de continuidad.

El derecho de deliberar supone, como dice la ley 9.<sup>a</sup> Cód. DE JUR. DELIB., que el heredero, por ignorar las cargas de la herencia está indeciso entre si la repudia ó la acepta, y como el plazo para deliberar lo otorga el Juez, y no el Soberano, como dice la ley 21 Cód. DE JUR. DELIB., que con independencia del Juez podía hacerlo, fijándolo en un año, creemos que lo vigente en el día es el Código en todas las regiones, máxime cuando entre éste y el Derecho romano apenas si existen discrepancias en el fondo. Para alcanzar ese derecho requiérense actos judiciales exigentes de uniformidad en todas las regiones.

El heredero puede haber pedido el inventario reservándose el derecho de deliberar; en este caso, dentro de los 30 días contados desde la terminación de dicha diligencia, deberá manifestar si la re-

podría ó la acepta. Pasados esos 30 días sin hacer esa manifestación se entenderá que la acepta pura y simplemente.

Durante la formación del inventario y el término para deliberar, no podrán demandar los legatarios el pago de los legados: art. 1.025, con precedentes en la ley 22, tít. 30, lib. 6.º del Código justiniano, porque no se sabe si el heredero aceptará ó no; su personalidad como tal, está en lo incierto. Pero, en todo caso, el Juez podrá proveer, á instancia de parte interesada, durante la formación del inventario y hasta la aceptación de la herencia á la administración y custodia de los bienes hereditarios con arreglo á lo que se prescriba para el juicio de testamentaria en la ley de Enj. civ. (art. 1.020). Ese administrador es el curador de la herencia de que habla la ley 3.º Dig. DE CUR. FUR., y como, al presente es aplicable la ley de Enjuiciamiento civil en la materia que tratamos, creemos derogada la ley 5.ª Digesto DE JUR. DELIB. que faculta al heredero para, con la intervención del Juez, hacer vender las cosas que puedan deteriorarse; en cambio, por ser de derecho sustantivo, consideramos vigente en Cataluña y Navarra la ley 9.ª Dig. íd., que concede al hijo el derecho á alimentos señalados por el Juez mientras delibera si acepta ó renuncia la herencia paterna, así como también consideramos vigente, por el propio motivo, la ley 23 Dig. DE HERED. INST., prescriptiva de que el heredero no tiene tiempo limitado para expresar su voluntad de adir ó repudiar la herencia, á menos que el inmediato sucesor ó los acreedores testamentarios ó hereditarios le obligasen á manifestarlo, en cuyo caso deberá expresar si la acepta ó no, ó pedir el término prefijado para deliberar, que, según la ley 2.ª Cód., no puede ser menor de tres meses, ni mayor de nueve.

También creemos vigentes en Cataluña y Navarra, por ser de carácter sustantivo, lo siguiente: 1.º Si el heredero, finido el término concedido para deliberar, no declara su voluntad, se entenderá que repudia la herencia si el que instare fuere el inmediato sucesor, y que la admite si fuesen los acreedores del difunto los que lo hubieren instado (leyes 69 Dig. DE ACQ. HERED. y 21 Cód. DE JUR. DELIB.) 2.º Finido el término para deliberar, no podrá concederse un nuevo plazo al heredero (leyes 3.ª y 4.ª Dig. íd. y 21 Cód. íd.) 3.º Falleciendo éste antes de la conclusión del que se le hubiere concedido para deliberar, pasa á sus sucesores el derecho de adir la herencia dentro del resto del plazo. Si el heredero no ha reclamado el beneficio de deliberar, solo se verificará dicha transmisión en caso de fallecer antes de un año contado desde el día en que supo que le

había sido deferida la herencia, y por el tiempo que faltare de aquel año (ley 19 Cód. íd.)

Volviendo al estudio del Código civil, prescribe éste que el inventario hecho por el heredero que después repudie la herencia aprovechará á los sustitutos y á los herederos abintestato, respecto de los cuales, los 30 días para deliberar y para manifestar si aceptan ó repudian aquélla, se contarán desde el siguiente al en que tuvieren conocimiento de la repudiación. El inventario de que tratan los artículos 1.021 y 1.022 no es preciso, porque ya existe otro verificado, y huelga reproducirlo, á menos que los sustitutos ó los herederos abintestato del repudiante, no conformándose con él, quieran que se practique otro; en otro caso, teniendo por delante cumplida dicha formalidad, les bastan esos 30 días siguientes al en que tuvieren conocimiento de la repudiación para deliberar y manifestar si aceptan ó no la herencia, si es que quieren acogerse á ese derecho ó beneficio.

El beneficio de inventario produce en favor del heredero los efectos siguientes: 1.º No queda obligado á pagar las deudas y demás cargas de la herencia, sino hasta donde alcancen los bienes de la misma. 2.º Conserva contra el caudal hereditario todos los derechos y acciones que tuviere contra el difunto, y 3.º No se confunden para ningún efecto, en daño del heredero, sus bienes con los que pertenezcan á la herencia: art. 1.023 aplicado en Sent. de 21 de Marzo de 1897, que reconoció al heredero, acogido á tal beneficio, y á quien se le habían embargado bienes privativos, su derecho á interponer tercería de dominio, declaración que también se hizo por Sent. de 9 Julio del mismo año, y se explica todo ello, porque la aceptación á beneficio de inventario establece una separación ó deslinde de responsabilidades; las que pesan sobre la herencia con los bienes de ésta deben hacerse efectivas, no con los del heredero, quien, además, conserva contra el caudal relicto los derechos y acciones que tuviere contra el difunto. Pueden verse, además, las Sents. de 16 de Febrero de 1894 y 6 de Mayo de 1902.

El heredero perderá dicho beneficio: 1.º Si á sabiendas dejare de incluir en el inventario alguno de los bienes, derechos y acciones de la herencia (no por dejar de incluir ciertas rentas vencidas antes de la muerte del testador y cobradas después—Sent. 4 Abril 1903) y 2.º Si antes de completar el pago de las deudas y legados enajenare bienes de la herencia sin autorización judicial ó la de todos los interesados (esto tiende á evitar preferencias y postergaciones en los

acreedores que no deben estar á merced del capricho del heredero) ó no diese al precio de lo vendido la aplicación determinada al concederle la autorización. La enajenación que haga ese heredero es válida, pero rescindible por fraudulenta, si perjudica á sus herederos ó á los del causante, porque, incurso en la sanción del art. 1.024 que estudiamos, pierde el beneficio y se entiende hecha la aceptación pura y simple.

Ese precepto, que fué aplicado en Sent. de 4 de Abril de 1903, exigente de malicia por parte del heredero, que deja de incluir en el inventario bienes de la herencia, no cuando procedió con error ó con ignorancia, no rigió en Cataluña, según se declaró en Sent. de 14 de Enero de 1899, porque, según la ley 21 Cód. DE JUR. DELIB., la responsabilidad en que aquél incurre es la de restituir á la herencia lo separado ú ocultado, con otro tanto de su valor.

Hasta que estén pagados todos los acreedores conocidos y los legatarios se entenderá que la herencia se halla en administración. El administrador, ya lo sea el mismo heredero, ya cualquiera otra persona, tendrá en este concepto la representación de la herencia para ejercitar las acciones que á ésta competan y contestar á las demandas que se interpongan contra la misma: art. 1.026 que, combinado con el 1.020, indica que el administrador puede ser nombrado á instancia de parte, desde que se pide al Juez la formación del inventario, cuyo cargo continúa, aceptada la herencia con este beneficio, no si lo ha sido puramente, hasta que queden pagados todos los acreedores conocidos y los legatarios.

Ya sea ese administrador el designado por el causante, ya el mismo heredero, ya el nombrado por los interesados en los juicios de testamentaria ó de abintestato, debe constituir fianza (art. 1.029 de la ley de Enj. civ.), porque los intereses que administra no son solamente suyos y la ley procesal no distingue entre administradores.

Dicho artículo del Código es más amplio en su espíritu que el 1.008 de la ley procesal, porque el administrador, que puede serlo un extraño si los herederos de común acuerdo lo nombran, no representa el caudal, sino la herencia, y con cuyo cargo puede ejercitar las acciones que á la misma correspondan, cualesquiera que sean, tanto en la vía judicial como en la administrativa, así como contestar á las demandas que no sean las relativas á la validez ó nulidad del testamento ó de alguna de sus cláusulas, pues esto incumbe al albacea.

El administrador no podrá pagar los legados sino después de

haber pagado á todos los acreedores: art. 1.027, con precedentes en la ley 22, tít. 30, lib. 6.º del Cód. justiniano y cuyo fundamento es que la herencia la constituyen los bienes, derechos y acciones del difunto, después de satisfechas las deudas.

Cuando haya juicio pendiente entre los acreedores sobre la preferencia de sus créditos, serán pagados por el orden y según el grado que señale la sentencia firme de graduación. No habiendo juicio pendiente entre los acreedores serán pagados los que primero se presenten; pero constando que alguno de los créditos conocidos es preferente, no se hará el pago sin previa caución á favor del acreedor de mejor derecho.

Este artículo es de aplicación general: su primer apartado, porque se refiere á la fuerza de la ejecutoria, y el segundo, en su primer extremo, por tener como precedente la ley 22, tít. 30, lib. 6.º del Código de Justiniano, dispositiva de que los acreedores deben pagarse por el orden con que comparecieren: *ET EIS SATISFACIANT QUI PRIMI VENINT CREDITORES*.

Si después de pagados los legados aparecieren otros acreedores, éstos solo podrán reclamar contra los legatarios, en el caso de no quedar en la herencia bienes suficientes para pagarles.

Cuando, para el pago de los créditos y legados, sea necesaria la venta de bienes hereditarios, se realizará ésta en la forma establecida en la ley de Enjuiciamiento civil, respecto á los abintestatos y testamentarias, salvo si todos los herederos, acreedores y legatarios acordaren otra cosa: art. 1.020 en relación el 1.031 de la ley procesal. La adjudicación de inmuebles para pago de deudas en favor de un heredero es un acto de partición, y, por tanto, se rige por sus reglas especiales y no por las de enajenación de bienes de menores (Res. 24 Junio 1902).

No alcanzando los bienes hereditarios para el pago de las deudas y legados, el administrador dará cuenta de su administración á los acreedores y legatarios que no hubieren cobrado por completo y será responsable de los perjuicios causados por culpa ó negligencia suya: art. 1.031, con precedentes en la ley 22, tít. 30, lib. 6.º del Código de Justiniano. Si el administrador responde de la culpa ó negligencia suyas, con mayor razón responderá del dolo.

Pagados los acreedores y legatarios quedará el heredero en el pleno goce del remanente de la herencia. Si ésta hubiera sido administrada por otra persona, rendirá al heredero la cuenta de la administración con la misma responsabilidad por culpa ó negligencia

suya (art. 1.032). Visto lo dispuesto en el 1.175, creemos que el heredero puede ceder los bienes hereditarios á los acreedores y legatarios, porque ni se les perjudica, ni hay precepto alguno que lo prohiba.

Las costas del inventario y los demás gastos á que dé lugar la administración de la herencia aceptada á beneficio de inventario y la defensa de sus derechos serán de cargo de la misma herencia, porque en interés de ella se hacen y el heredero no hace otra cosa que usar de su derecho. Exceptúanse aquellas costas en que el heredero hubiese sido condenado personalmente por su dolo ó mala fe.

También son cargo de la herencia las costas del inventario causadas para hacer uso del derecho de deliberar, si el heredero la repudia, porque, al hacer esto, no hace otra cosa que ejercitar una facultad (art. 1.033).

Los acreedores particulares del heredero no podrán mezclarse en las operaciones de la herencia aceptada por éste á beneficio de inventario hasta que sean pagados los acreedores de la misma y los legatarios; pero podrán pedir la retención ó embargo del remanente que pueda resultar á favor del heredero: art. 1.034, con precedente en la ley 1.<sup>a</sup> tít. 6.<sup>o</sup> lib. 42 del Digesto. Si el heredero fuese insolvente, el acreedor del difunto que no se hubiere presentado tiene derecho á rescindir los actos de enajenación ó de gravamen realizados en perjuicio del mismo, en el caso de que ese heredero fuese insolvente; pero, no siéndolo y quedando remanente, su preferencia en el cobro es también indiscutible.

### De la colación

Fué introducida por el derecho pretorio para suavizar el rigor del Derecho civil y tendió, en Roma, á procurar la igualdad posible entre los hijos emancipados y los no emancipados concurrentes á la herencia del padre común. Los primeros no tenían derecho á la sucesión del padre, puesto que con la emancipación habían salido de la patria potestad, y al concedérseles derecho hereditario, dándoles el pretor la *BONORUM POSSESSIO CONTRA TABULAS* en la herencia testada y la *BONORUM POSSESSIO UNDE LIBERI* en la intestada, que á tanto obligaba la reivindicación de los derechos impuestos por la sangre, una de las fases que atravesó el Derecho romano al humanizarse, era de justicia que esos hijos, para que no se enriquecieran con perjuicio de sus hermanos no emancipados, trajesen á la heren-

cia lo que del causante habían recibido por donación ú otro título lucrativo. Tan justa es la colación que fué regulada por el Fuero Juzgo, los Fueros municipales de Cuenca y Zamora, el Fuero Viejo, el Fuero Real y las Partidas; éstas siguieron el precedente del Derecho romano, formado por las constituciones de los emperadores, dictadas para desvanecer dudas y suplir deficiencias advertidas en la práctica, y especialmente por las leyes 1.<sup>a</sup>, tít. 6.<sup>o</sup> y 1.<sup>a</sup>, tít. 7.<sup>o</sup>, lib. 37 del Digesto, hasta que, por fin, Justiniano, en las leyes 17 y 19 tít. 20, lib. 2.<sup>o</sup> de su Código, siguiendo un criterio igualitario, hizo extensiva la obligación de colacionar á los descendientes de cualquier grado y sexo, por razón de dote, donación y demás que hubiesen recibido ó la persona á quien representasen, del padre ó de la madre del ascendiente á quien sucedían, tanto en la herencia abintestato como en la testamentaria, á menos de que el testador, en uso de su autarquía, lo hubiese prohibido expresamente.

Según las Obs. 17 DE JURE DOTIUM y 1.<sup>o</sup> DE DONATIONIBUS, no existe en Aragón la institución que nos ocupa, porque carece de objeto, dado el sistema sucesorio allí vigente. Los Fueros de Navarra tampoco tratan de la colación, pero, al igual que en Cataluña, rígease esta materia por el Derecho romano, cuya legislación queda constituida por las siguientes disposiciones: Las leyes 2.<sup>a</sup> y 25 DE FAMIL. ERCISCUND., prescriptivas de que deberán comprenderse en el reparto los bienes que los herederos ó algunos de ellos deban traer á colación para que sean divididos; las leyes 17 Cód. DE COLLAT. y 1.<sup>a</sup> Dig. íd., de que la colación solo tiene lugar entre coherederos que, sean descendientes del difunto, colación que según la Novela XCVII es aplicable tanto á la sucesión intestada como á la testamentaria, á menos de que el testador la hubiese prohibido; pero se excluyen de ella: 1.<sup>o</sup> Los bienes adquiridos en virtud de vínculo ó fideicomiso á que venía obligado el difunto (ley 1.<sup>a</sup> Dig. DE COLLAT.); 2.<sup>o</sup> Lo recibido por razón de alimentos (ley 5.<sup>a</sup> Dig. DE FAMIL. ERCISC.); 3.<sup>o</sup> Lo que el padre hubiere gastado para los estudios del hijo, á menos de que lo hubiere hecho con intención de imputárselos en cuenta (ley citada), pero quedan exceptuados de colación los libros indispensables para la carrera (ley 4.<sup>a</sup> Cód. íd.); 4.<sup>o</sup> Las cosas dadas á algunos de los hijos con objeto de hacerles de mejor condición que á los demás, requiriéndose la expresa voluntad del donante para exceptuarlas (Novelas XVIII y XCII), y 5.<sup>o</sup> Las donaciones puras, que no tuviesen otra causa que la liberalidad del donante (ley 20 Cód. DE COLLAT.)

Añade esta última que si alguno de los hijos hubiese sido agraciado con una donación pura y simple y otro con una donación por causa de matrimonio, ambos deberán colacionarlas, en cuyo caso no se efectuará si las cosas donadas hubiesen perecido sin culpa del donatario (ley 2.<sup>a</sup> Dig. DE COLLAT. y Novela XCVII). La mujer cuya dote la hubiera consumido su marido insolvente, la llevará á colación, si tal pérdida le es imputable por no haber tomado las precauciones necesarias; en otro caso deberá llevar á colación el derecho para reclamar contra el marido (Nov. íd.) La colación se verifica, ora poniendo efectivamente los bienes sujetos á ella en el acervo hereditario, ora descontando el valor de los mismos de la parte que deba recibir el que los posee. Dudándose acerca de la existencia de otros bienes colacionables, los herederos deben prestar caución de incluir los que en adelante aparecieren (ley 1.<sup>a</sup> Dig. DE COLLAT.)

Réstanos decir que la regla en esta materia es que los hijos y descendientes deben colacionar lo que hubiesen recibido del difunto por causa de matrimonio ó por otro título, menos las excepciones que hemos citado; que los nietos deben colacionar en la herencia del abuelo lo que ellos y sus padres difuntos hubiesen recibido, aún en el caso de no heredarles; pero con la excepción establecida en favor del nieto instituído heredero por su abuelo tan solo en la legítima.

Estudiando el Código civil, vemos que la obligación de colacionar la tiene todo heredero forzoso que concurra con otros á la sucesión respecto de los bienes ó valores que hubiese recibido del causante de la herencia en vida de éste, por dote, donación ú otro título lucrativo, para computarlo en la regulación de las legítimas y en la cuenta de partición: art. 1.035 que ensancha el marco de la colación; no solo han de colacionar los descendientes legítimos, como en Roma, sí que los ascendientes, los hijos naturales y el viudo, puesto que todos son herederos forzosos, y hasta Morell cree que deben colacionar los extraños, porque lo exige la fijación de legítimas, para apreciar si son aquéllas ó no inoficiosas. No creemos que esto sea colación, puesto que el Código la refiere solo á los herederos forzosos, y como el extraño no hereda, mal puede colacionar, esto es, no se le puede tomar en cuenta la liberalidad de que fué objeto, sin perjuicio de ser atacada por inoficiosa para reducirla á su límite legal, pues no deben perderse de vista estos dos principios: que la colación es consecuencia del régimen de legítimas y que se establece en favor de los herederos forzosos; este carácter ha de tener el que hubiese

recibido bienes ó valores del difunto por dote, donación ú otro título lucrativo, no para privársele de ello, sino para computársele en la legítima, y claro que si resulta pagado y además hay un exceso en contra de él, conviértese en deudor de la herencia, de que son partícipes sus compañeros de sucesión para recibir lo que les corresponda, como deudor es el extraño en cuanto á la cantidad inoficiosa de la donación, por rebasar los límites que la ley señala, según sea la legítima que los herederos deban percibir. De modo, pues, que lo colacionable, en unión de los bienes relictos, forma el cúmulo divisible.

No tendrá lugar la colación si el donante así lo hubiese dispues- to expresamente ó si el donatario repudiare la herencia, salvo el caso en que la donación deba reducirse por inoficiosa: art. 1.036 que consagra el fuero de dos voluntades, la del donante y la del donatario; el primero, prohibiendo la donación; el segundo, repudiando la herencia; pero por mucho respeto que merezcan no puede con ellas causarse perjuicio á las legítimas, y así lo declara la Sent. de 16 de Junio de 1902, al decir que con la palabra *inoficiosa* lo que se da á entender es que no se imputarán las donaciones en la legítima, pero no que se prescinda de ellas en el inventario para imputarlas donde corresponda, para saber si el testador se ha extralimitado en sus facultades, siempre bajo la reserva del respeto debido á las legítimas; y aún cuando el heredero repudie, debe restituir á la herencia el exceso de la donación si fuere inoficiosa. Por muerte, incapacidad ó desheredación del heredero, sus descendientes, puesto que le representan, tienen obligación de colacionar; pero no en caso de renuncia hecha por aquél, porque se convierte en donatario extraño; la ley supone que nunca ha sido heredero.

No es colacionable lo dejado en testamento si el testador no dispusiere lo contrario, quedando, en todo caso, á salvo las legítimas: art. 1.037, que se funda en la presunta voluntad del causante, ya constituya lo dejado mejora ó legado, habiéndose declarado en sentencia de 21 de Febrero de 1900 que la viuda á quien su marido le dejó el tercio libre, tiene derecho á otro tercio en usufructo por su legítima cuando concurre con su hijo á la herencia del padre.

Cuando los nietos suceden al abuelo en representación del padre, concurriendo con sus tíos ó primos, colacionarán todo lo que debiera colacionar el padre si viviera, aunque no lo hayan heredado, porque la representación lo mismo es para el derecho que para la obligación, otra cosa sería romper con la unidad de su principio. Esos nietos también deberán colacionar lo que hubiesen recibido del

causante durante la vida de éste, puesto que son herederos forzosos, á menos de que el testador hubiese dispuesto lo contrario, en cuyo caso deberá respetarse su voluntad, si no se perjudica la legítima de los coherederos (art. 1.038). Pero los padres no están obligados á colacionar en la herencia de sus ascendientes lo donado por éstos á sus hijos, porque heredando aquéllos, por ser herederos forzosos, colocados en primer grado de la línea descendente, no suceden éstos, y como la donación no fué hecha á ellos, la situación de esos nietos es la de los extraños. A la necesidad de integrar el caudal hereditario para su división entre los partícipes se debe lo dispuesto en el art. 1.038, según ha declarado el Tribunal Supremo en Sent. de 25 de Julio de 1905.

Tampoco se traerán á colación las donaciones hechas al consorte del hijo, el cual, para el caso, es extraño; pero si hubiesen sido hechas por el padre conjuntamente á los dos, el hijo estará obligado á colacionar la mitad de la cosa donada (art. 1.040); como que el hijo —y tómesese esta palabra también por hija— es heredero forzoso.

Disponen los arts. 1.041 y 1.042, que no estarán sujetos á colación los gastos de alimentos, educación, curación de enfermedades aunque sean extraordinarias, aprendizaje, ni equipo ordinario. La satisfacción ó cumplimiento de todo esto, constitutivo de la deuda alimenticia, es de orden familiar, y lo impone la ley, como obligaciones ético-jurídicas, á las personas que son entre sí herederos forzosos. Tampoco son colacionables los regalos de costumbre, porque ni quien los hace se empobrece, ni quien los recibe se enriquece, constituyendo esas larguezas la expresión de júbilo y de cariño entre los cónyuges y sus hijos en fiestas de familia. Y tampoco se colacionarán á menos de que el padre lo disponga ó se perjudique á las legítimas, los gastos que éste hubiere hecho para dar á sus hijos una carrera profesional ó artística; pero cuando proceda colacionarlos se rebajará lo que el hijo habría gastado viviendo en la casa y compañía de sus padres, y ciertamente que el Código se ha separado, acertadamente, de la ley 3.<sup>a</sup>, tít. 4.<sup>o</sup>, Part. V, prescriptiva de que no eran colacionables los gastos invertidos en la carrera y en armar caballero al hijo, porque no se hacían en pro de éstos «más aún por pro comunal de la gente ó de la tierra en que viven».

Serán colacionables las cantidades satisfechas por el padre para redimir á sus hijos de la suerte de soldado, porque el servicio militar es una obligación mientras no se establezca el voluntariado; pagar sus deudas, porque se subroga con el pago en el lugar del acreedor

y hay que integrar el caudal relicto; conseguirles un título de honor, porque es de ostentación, y otros gastos análogos.

Los frutos é intereses de la cosa donada no se colacionan si son anteriores á la muerte del causante, porque, habiéndose consumido durante la vida de éste, no forman parte de su herencia, por ser de presumir que los habría él también consumido: así se deduce de los arts. 1.041 y 1.049.

Los regalos de boda, consistentes en joyas, vestidos y equipos, no se reducirán como inoficiosos sino en la parte que excedan en el undécimo ó más de la cantidad disponible por testamento (art. 1.044 en relación con los 808 y 809, escrito para evitar el abuso de que sean excesivos los regalos de boda, con perjuicio de las legítimas).

No han de traerse á colación y partición las mismas cosas donadas ó dadas en dote, sino el valor que tenían al tiempo de la donación ó dote, aunque no se hubiese hecho entonces el justiprecio. El aumento ó deterioro posterior y aún su pérdida total, casual ó culpable, será á cargo, riesgo y beneficio del donatario.

¿Qué valor debe agregarse á la masa hereditaria? ¿El que tenían las cosas al tiempo de donarlas ó el que tienen al abrirse la sucesión?

El Derecho antiguo se decidió por lo segundo y así se deducía del Derecho romano, por ser lo más equitativo, bien que los autores distinguían entre bienes muebles é inmuebles, en si estos últimos se habían dado con estimación ó sin ella, y si los primeros habían sido mejorados por industria del donatario, en cuyo caso el mayor valor no debía entrar en colación; pero el Código, para evitar cuestiones, separándose de lo equitativo y aceptando una regla de justicia, se resuelve en favor de lo primero, disponiendo que ese valor es el que tenían las cosas al tiempo de hacerse la donación ó dote, aún cuando no hubieran sido justipreciadas (esto también puede dar lugar á litigios) porque, con tales actos, pasaron al dominio del donatario, y puesto que es dueño de ellas, para sí perecen, se deterioran, aumentan ó pierden de valor.

La dote ó donación hecha por ambos cónyuges se colacionará por mitad en la herencia de cada uno de ellos. La hecha por uno solo se colacionará en su herencia: art. 1.046 en relación con el 1.343. Se colaciona la dote, porque es un anticipo de legítima; colación que no procede cuando consiste en una renta ánua permitida por el artículo 1.343, porque los frutos é intereses son siempre del donatario y solo son colacionables desde la fecha del fallecimiento del causan-

te, como tampoco cabe colacionar la dote prometida, porque, como no ha sido entregada, está en el *as* hereditario.

El donatario tomará de menos en la masa hereditaria tanto como hubiese recibido, percibiendo sus coherederos el equivalente, en cuanto sea posible, en bienes de la misma herencia, especie y calidad (art. 1.047). No pudiendo verificarse esto, si los bienes donados fueren inmuebles, los coherederos tendrán derecho á ser igualados en metálico ó valores mobiliarios al tipo de cotización, y, no habiendo dinero ni valores cotizables en la herencia, se venderán otros bienes en pública subasta en la cantidad necesaria; si los bienes donados fuesen muebles, los coherederos *solo* tendrán derecho á ser igualados en otros muebles de la herencia por el justo precio, á su libre elección (art. 1.048). Los frutos é intereses de los bienes sujetos á colación, no se deben á la masa hereditaria sino desde el día en que se abra la sucesión; para regularlo se atenderá á las rentas é intereses de los bienes hereditarios de la misma especie que los colacionados (art. 1.049).

Estos tres artículos constituyen la médula de la colación, establecida por la ley solo y exclusivamente en favor de los herederos legitimarios ó forzosos, nunca en el de los acreedores del difunto, pues la colación se hace después de deducidas las deudas, para añadir al excedente el valor de lo colacionable al tiempo de hacerse la dote ó donación, etc., y claro que si con los bienes hereditarios no hay bastante para pagar las deudas, los acreedores no pueden repetir contra los donatarios para que traigan á la herencia lo que hubiesen recibido, á menos de que se rescindan los actos ó contratos por fraudulentos; pero los otros coherederos á quienes nada les alcanza en una sucesión cuyo pasivo importa más que el activo, pueden reclamar contra aquellos donatarios, para participar en el valor de lo donado, ya que tienen su derecho de legítima; otra cosa fuera establecer una desigualdad, que se destruye mediante la colación, y como quiera que los bienes tienen, además de un valor real, otro de afección, y el legislador establece un criterio igualitario, de aquí el art. 1.047, que es la regla normal, de que el donatario tome de menos en la masa hereditaria tanto como hubiese recibido (esto constituye la adjudicación en vacío, puesto que no se aportan los bienes, sino su valor) y que los coherederos perciban el equivalente en cuanto sea posible, no en dinero, sino en bienes de la misma naturaleza, especie y calidad de las que recibió el donatario.

Si entre los coherederos surgiere contienda sobre la obligación de

colacionar ó sobre los objetos que han de traerse á colación, no por eso dejará de proseguirse la partición, prestando la correspondiente fianza: art. 1.050, que es consecuencia de lo ordenado en el 1.045, cuyos precedentes los vemos en las leyes 1.<sup>a</sup>, tít. 6.<sup>o</sup> y 1.<sup>a</sup>, tít. 7.<sup>o</sup>, libro 37 del Digesto. Esa prestación de fianza es para asegurar la parte proporcional ó equivalente que á los coherederos les corresponda en lo que ha de ser objeto de colación; resuelta la cuestión, deberá hacerse la partición adicional, respecto de lo que dejó de colacionarse.

### De la partición de la herencia

Es la distribución de los bienes entre sus partícipes, dando á cada uno lo que le corresponda y señalándoles sus obligaciones. Ningún heredero viene obligado á permanecer en la indivisión, á menos que el testador prohíba expresamente la división, y aún en este caso se hará si concurren las causas por las que se extingue la sociedad.

El art. 1.051 está informado en el principio de libertad, y no excluye el derecho del heredero á obligarse á permanecer en la comunidad por tiempo no superior á diez años, prorrogable, pacto no obligatorio á sus acreedores.

Los nudo-propietarios pueden pedir la división, pues el artículo no distingue. Si recae en objetos indivisibles, cabe que, vendidos, se distribuya su precio ó un equivalente entre los interesados. Si los herederos vienen obligados á entregar los bienes á otras personas, no se los pueden dividir por tener que cumplir esta condición, lo mismo que si hubieran sido donados á varios con cláusula de reversión. No puede pedirse la partición cuando ya fué hecha de un modo definitivo, y es improcedente el juicio de testamentaria (Sent. 5 Octubre de 1898). La acción para pedir la división es la llamada *FAMILIÆ ERCSUNDÆ*, idéntica á la *COMUNI DIVIDUNDO*, las cuales son imprescriptibles, por faltar entre los coherederos ó comuneros la posesión excluyente en las cosas ó derechos; su posesión es en nombre de todos. En cambio es prescriptible la acción de petición de herencia, que se dirige contra el que no posee de ningún modo ó con el título de heredero; si posee en virtud de título suficiente para adquirir el dominio, la acción procedente es la reivindicatoria (leyes 9, 10, 11, 12, 13, 16 y 19 Dig. DE PET. HÆRED. y 4.<sup>a</sup> Cód. IN

QUIB.) Si el heredero posee más bienes de los que corresponderían á su participación, carece, en cuanto á ellos, de título justo y bastante y, tenga ó no buena fe, necesita poseer treinta años para prescribir su derecho si se refiere á cosas inmuebles y seis si á muebles, en cuyo caso puede excepcionar de prescripción.

Dispone el Usatge OMNES CAUSÆ que la acción para pedir el reparto prescribe á los treinta años en caso de poseer el coheredero las cosas hereditarias como de su propiedad y no como cosas comunes.

La división puede suspenderse por virtud de pacto expreso de los herederos; por constituirse éstos en sociedad con los bienes comunes; por disposición expresa del testador, ó por haber de seguir la indivisión si ha de ser respetada la voluntad del causante.

Pueden pedir la partición todos los herederos, y si no se ponen de acuerdo, pueden instar los juicios voluntario de testamentaria y de abintestato, pero no el hijo natural con relación á la herencia de su abuelo, padre legítimo de su padre natural (Sent. 3 de Febrero de 1903), porque solo pueden instar ese procedimiento, según el art. 973 de la ley de Enjuiciamiento civil, los más próximos parientes del finado que se consideren con derecho á la herencia. La acción de división solo compete á los que reúnen la cualidad de herederos y tienen capacidad para suceder y han aceptado la herencia; entonces es cuando se tiene un derecho verdaderamente adquirido en ésta; si hay de por medio una condición suspensiva, requiérese su cumplimiento. Habiendo un heredero instituido puramente y otro bajo condición, aquél puede pedir la partición; y en cuanto á los bienes que correspondan al segundo, deben ponerse en administración.

Hay dos clases de particiones: judiciales y extrajudiciales, y de estas últimas, cinco especies: 1.<sup>a</sup> La que se practica en juicio necesario de testamentaria. 2.<sup>a</sup> La del juicio voluntario de testamentaria. 3.<sup>a</sup> La que se causa en juicio de abintestato. 4.<sup>a</sup> La que debe llevarse á cabo por ejecución de sentencia y 5.<sup>a</sup> La que se verifica para adjudicar bienes á que estén llamadas varias personas sin designación de nombres. Se impone la intervención judicial si los herederos ó alguno de ellos están ausentes y no tienen en el lugar del juicio representantes legítimos, y cuando los herederos ó cualquiera de ellos sean menores y no estén representados por sus padres: artículo 1.041 de la ley de Enjuiciamiento civil, modificado por el 1.060 del Código.

Para pedir la partición, tanto judicial como extrajudicial, requié-

rese que el coheredero tenga la libre administración y disposición de sus bienes (art. 1.052); como que envuelve un acto de enajenación, que puede realizar el menor emancipado voluntariamente, puesto que no se lo prohíbe el art. 317 del Código, y, en cambio, no la puede pedir el emancipado por causa de matrimonio, dada la estructura del art. 59. Por los incapacitados y por los ausentes deben pedirla sus representantes legítimos.

La mujer no podrá pedir la partición de bienes sin autorización de su marido ó, en su caso, del Juez. El marido, si la pidiere á nombre de su mujer, lo hará con consentimiento de ésta. Los coherederos de la mujer no podrán pedir la partición sino dirigiéndose juntamente contra ella y su marido: art. 1.053, que es consecuencia del principio de que la partición envuelve un acto de enajenación, pues la condición indivisa de herencia se convierte en situación dividida, y como la mujer casada no puede enajenar sus bienes, ni obligarse sin licencia marital (art. 61, obligatorio en todos los territorios aforados), de aquí que se exija este requisito, que puede llenarse en el mismo poder conferido al procurador que la represente en juicio; y como el marido no puede ejercitar acción alguna que se refiera á los bienes patrimoniales de su mujer, sin consentimiento de ésta (art. 1.383), de aquí también que ese consentimiento se requiera para que aquél, en nombre de ella, pueda pedir la partición (sentencia de 5 de Julio de 1904).

Si antes de hacerse la partición muere uno de los coherederos, dejando dos ó más herederos, bastará que uno de éstos la pida, porque, contra su voluntad, no puede permanecer en la comunidad. En este caso prescribe el art. 1.055 que todos los que intervengan como herederos del fallecido deberán comparecer bajo una sola representación; esto es consecuencia de la unidad de derecho. El cónyuge sobreviviente, puesto que es heredero forzoso, puede pedir la partición, mayormente teniéndose que liquidar la sociedad conyugal. Puede pedirla el legatario de parte alícuota para no sufrir perjuicio, y de aquí que la ley procesal le dé derecho á promover el juicio voluntario de testamentaría. Asimismo, tienen esa facultad los cesionarios del heredero ó legatario de parte alícuota, ya que se colocan en el lugar y derechos del cedente, y los acreedores particulares de los herederos, cuando no pueden cobrar con los bienes patrimoniales de éstos (acción subrogatoria: art. 1.111).

Deben intervenir en la partición todos los interesados, y la regla general (S. 22 Marzo 1899) es que, omitiéndose alguno ó algunos de

éstos, puede el excluído deshacerla, impugnándola de nulidad, porque entraña una enajenación de derechos que solo quien los tiene puede hacer, á menos de que los renuncie, pues ningún heredero puede atribuirse la representación de la herencia, sino su derecho particular enfrente del de los demás. Es excepción de esta regla el art. 1080, de que la partición hecha con preterición de alguno de los herederos no se rescindirá, á no ser que se pruebe que hubo mala fe ó dolo por parte de los otros interesados; pero éstos tendrán la obligación de pagar al preterido la parte que, proporcionalmente, le corresponda.

Ese precepto no califica de nula, sino de rescindible tal partición; habiendo buena fe por parte de quienes la practicaron, no se rescinde en los casos de tenerse conocimiento de un hijo natural cuya existencia se ignoraba; si entre los instituídos había un ausente en ignorado paradero que después se presentó; si eparece un nuevo testamento en el que á los herederos instituidos se añade otro que no intervino en la partición (cosa distinta á cuando los verdaderos herederos no son de los que partieron la herencia, pues entonces lo que hay es verdadera nulidad de partición); si uno de los herederos legítimos renunció, adoleciendo su acto de vicio que lo invalide, y, por último, cuando se incurre en errónea interpretación de un testamento. Faltando dolo ó mala fe por parte de los herederos, la partición no se rescinde; pero el preterido tiene acción contra aquéllos para que le paguen la parte que proporcionalmente le corresponda en dinero ó en bienes de la misma herencia. La buena fe se presume mientras no se pruebe lo contrario; habiéndose declarado, en Sent. de 5 de Octubre de 1898, que la rescisión, no estando conformes los interesados, es objeto de un juicio declarativo; acordada, hay que proceder á nueva partición, sin que puedan ser despojados de sus derechos los terceros adquirentes si hubiesen procedido de buena fe.

No son sinónimas las palabras «dolo» y «mala fe»; habiendo dolo no puede haber buena fe, pero puede existir mala fe sin mediar dolo.

La preterición significa la completa omisión del heredero; si éste interviene en la partición y no se le asigna parte alguna, ó, asignada, es inferior á la que le corresponde, es inaplicable el art. 1080, como también si el testador hace por sí la partición, por regir el artículo 1.056, el cual prescribe que cuando el testador hiciere por acto entre vivos ó en última voluntad la partición de sus bienes, se pasará por ella en cuanto no perjudique la legítima de los herederos forzosos. Este artículo tiene su precedente en la ley 7.<sup>a</sup>, tít. 1.º, Par-

tida VII y consagra el *JUS DISPONENDI* del testador, condicionado por el de legítima, sin que los herederos forzosos puedan promover el juicio de testamentaria, sino solo ejercitar, en el caso en que proceda, la acción rescisoria á que se refieren los arts. 1.075 y 1.076 (Sent. 27 Noviembre de 1896). En la prohibición del art. 1.056 se incluye también el viudo por su carácter de heredero forzoso (sentencia de 8 de Febrero de 1892).

Por actos entre vivos ó por última voluntad es solo como el testador, y no otra persona, puede hacer la partición de sus bienes. Esta constituye un accesorio de la institución de herederos que debe hacerse previamente (Sent. 13 Junio 1902) y no surte efecto hasta después de la muerte del causante, ni impide que varíe éste de voluntad. Frente á esta autarquía está el respeto á la legítima de los herederos forzosos. Quedando ésta incólume, no puede impugnarse la partición; así es que el testador puede asignar metálico á unos, inmuebles á otros, y créditos y acciones á los restantes herederos, y todos habrán de pasar por ella.

Desde la división hasta la muerte del causante pueden alterarse las circunstancias de aquélla, por efecto de enajenación voluntaria de bienes determinados ya divididos, en forma de venta, permuta, etcétera. Mientras la legítima de los herederos forzosos no se perjudique ni otra cosa se declare en contrario, valdrá la partición; en la permuta, el objeto entregado sustituye al recibido si subsiste en la sucesión y deberá entregarse al heredero que, con tal contrato, fué privado de él; en la enajenación forzosa, ese heredero debe ser indemnizado de su perjuicio, y si, hecha la partición, sobrevienen hijos solamente preteridos en ella, creemos que no debe aplicarse el artículo 1.080, pues si la partición es un accesorio de la institución y ésta es nula por la preterición de herederos forzosos, aquélla, con tal carácter, no puede surtir efecto, y sobre todo que el art. 1.080 se refiere á la partición que practican los herederos y no á la realizada por el testador.

El padre que en interés de su familia quiera conservar indivisa una explotación agrícola, industrial ó fabril, podrá usar de la facultad concedida en el art. 1.056, disponiendo que se satisfaga en metálico su legítima á los demás hijos. Esto tiene parecido á lo dispuesto en el cap. 94 de las Cortes de Monzón de 1585, vigente en Cataluña, que da derecho al *heréu* á pagar en metálico ó en bienes del caudal relicto la legítima que es, para los ascendientes y descendientes, la cuarta parte, cuyo *heréu*, según costumbre establecida en

aquélla región, puede, sin intervención de sus hermanos, formar el inventario y practicar las operaciones, asignando en cualquier forma su legítima á los demás, quienes pueden pedir el suplemento de la misma.

El testador podrá encomendar por actos intervivos ó mortis causa la simple facultad de hacer la partición á cualquiera persona que no sea uno de los coherederos, aunque entré éstos haya alguno de menor edad ó sujeto á tutela; pero el comisario deberá inventariar en este caso los bienes de la herencia, con citación de los coherederos, acreedores y legatarios. De esto nos hemos ocupado en la presente sección. El comisario no puede cumplir su cometido en vida del causante, porque éste puede modificar su voluntad, sin que valga otro poder que el otorgado en documento público, pues, por analogía, cabe aplicar el núm. 5.º del art. 1.280, tratándose de encargo hecho en acto intervivos, sin que pueda ser contador el heredero, porque no debe ser Juez y parte, en cuya prohibición se comprende el viudo (Res. 12 Noviembre 1895 y S. 13 Junio 1898), como tampoco puede serlo el heredero que haya renunciado al derecho sucesorio (Res. antes citada, informada en un criterio estrecho, con cuya doctrina no estamos conformes, viniendo en apoyo de nuestro sentir la S. 13 Junio 1898). Quien renuncia á la herencia no puede obrar con parcialidad, que es lo que el Legislador se ha propuesto evitar con esa prohibición, en tanto es uno heredero, en cuanto acepta; entonces queda perfecto su derecho. A ese artículo debe dársele interpretación estricta y, por tanto, solo comprende el veto á los herederos.

El cargo de contador es personalísimo (Res. 12 Noviembre de 1895 y 22 Enero 1908), lo cual no obsta para que, en ciertos casos, confíe aquél trabajos especiales á personas competentes; el testador puede autorizar la delegación. Si no practica las operaciones el contador, no es inscribible el documento en el cual se verifica la partición (Res. 12 Noviembre de 1895). Si carece de la cualidad de letrado, no tiene derecho á cobrar honorarios por sus trabajos particionales (Sent. 24 Febrero 1905). Es un cargo voluntario, pero como no es inscribible la partición si no la practica él, debe acreditarse la renuncia en documento auténtico; es temporal, habiéndose declarado en Res. 13 Noviembre 1903 que, para suplir en este punto la omisión del Código, son aplicables, por analogía, los preceptos relativos á los albaceas contenidos en los arts. 904, 905 y 906.

Declaró la Res. 21 Enero 1898, que un notario puede ser conta-

dor y protocolizar después en su notaría la partición, cobrando por ambas operaciones, aunque tal acto sea poco delicado, y así lo reconoce la Sent. de 26 Marzo 1896 y la del Tribunal de lo contencioso administrativo de 15 de Junio de 1900.

Acaba de dictarse la Res. 22 de Julio de 1912 declaratoria de que no es necesaria la aprobación judicial de las operaciones particionales practicadas por los contadores testamentarios, con intervención de la viuda, si bien, por la circunstancia de hallarse interesados menores que no podía representarles su madre, dada la oposición de intereses entre ellos, ha debido nombrárseles un defensor judicial que les representara en la práctica del inventario: añade que la circunstancia de adjudicarse bienes á la viuda en pago de sus aportaciones matrimoniales no obliga á la aprobación judicial, porque se hallan practicadas por el comisario, conforme á lo dispuesto en el art. 1.057 del Código y á las resoluciones de 9 de Octubre de 1901 y 18 de Agosto de 1909, pues no representa acto de enajenación, pero que la intervención del defensor es necesaria ante lo declarado en esta última, que confirma la doctrina sentada en las de 13 de Abril de 1892 y 5 de Octubre de 1900.

Cuando el testador no hubiere hecho la partición, ni encomendado á otro esta facultad si los herederos fueren mayores y tuvieren la libre administración de sus bienes, podrán distribuir la herencia de la manera que tengan por conveniente: art. 1.058, que reconoce en los herederos libertad para distribuirse el caudal relicto, aún separándose del testamento en lo que al reparto se refiere; ellos, según declara la Res. de 5 de Julio de 1906, pueden apreciar y marcar validamente en la partición la procedencia de los bienes, haciendo luego fe sus manifestaciones conformes de haberse adquirido tal finca ú objeto con dinero de la exclusiva pertenencia de uno ú otro cónyuge; formar lotes, sortearlos y aplicar voluntariamente en la ejecución de ese trabajo los arts. 1.061 y 1.062; nombrar contadores, peritos, amigables, componedores, contadores divisores, etc., y si al trabajo de éstos no prestan conformidad los interesados, es cuando procede llevar al Juzgado el cuaderno particional para que pueda hacerse la oposición en el juicio declarativo correspondiente. Al emancipado voluntariamente por su padre ó madre se le considera mayor de edad y puede por sí intervenir en las operaciones particionales (Res. 4 Noviembre 1896), porque no se halla comprendido ese acto en las prohibiciones del art. 317, aún cuando envuelva enajenación; por esta circunstancia, y ante lo dispuesto en el art. 59,

carece de capacidad para ello el emancipado por razón de matrimonio, si no obtiene el consentimiento de las personas en el mismo indicadas.

Si los contadores son á la vez amigables componedores nombrados en debida forma, reviste su trabajo el carácter de sentencia, contra la que solo cabe el recurso de casación.

Cuando los menores de edad estén sometidos á la patria potestad y representados en la partición por el padre ó en su caso por la madre, no será necesaria la intervención ni la aprobación judicial. Este requisito se exige cuando en esa partición se adjudican bienes á los acreedores en pago de sus derechos, ó se cancelan hipotecas, porque son actos de enajenación (Res. 10 Septiembre 1905); pero esa aprobación no es necesaria cuando se adjudican bienes á un heredero para pago de deudas, porque constituye solo un acto de partición.

Si en las operaciones tuviesen interés personas sujetas á tutela, si no se practican por contador testamentario, requiérese la aprobación judicial (S. 11 Noviembre 1906, que pugna con la Res. de 25 Noviembre 1893); ésta atiende al espíritu del Código, porque, habiendo consejo de familia, huelga en ese caso la aprobación del Juez, en tanto que aquélla atiende á la letra del precepto y al rigorismo del art. 1.049 de la ley de Enjuiciamiento civil.

Muerto el padre adoptante y siendo menor de edad el adoptado, su padre natural, puesto que recobra la patria potestad, puede representarle en la partición (Res. 6 Febrero 1900). La madre que renuncia á sus derechos hereditarios tiene la representación de sus hijos en aquélla (Res. 9 Octubre 1901). Si los padres tienen interés opuesto al de sus hijos se les ha de nombrar defensor, requiriéndose la aprobación judicial (Res. 18 Diciembre 1893 y 24 Noviembre 1908). La no oposición de los interesados á la partición en el plazo en que se les puso de manifiesto en el Juzgado, equivale á la aprobación por las partes (Res. 24 Junio 1897 y 26 Mayo 1899), pero, hallándose interesados en ella menores ó ausentes, esa aprobación judicial tiene carácter meramente rituario, sin que implique la validez de la partición (Res. 24 Junio 1902 y 30 Abril 1906).

En la partición se ha de guardar la posible igualdad, haciendo lotes ó adjudicando á cada uno de los coherederos cosas de la misma naturaleza, calidad ó especie: art. 1.061, que no exige precisamente el sorteo, pero se han de formar lotes, adjudicando ó cada heredero bienes muebles, inmuebles, créditos y derechos para que la igualdad sea en lo posible en cada caso. No se excede un albacea-contador

cuando adjudica á un solo heredero una cosa de gran valor y de imposible división (Sent. 4 Julio 1895), pues, como dice la de 16 de Junio de 1902, el art. 1.061 no es imperativo, sino facultativo y exige la posibilidad material en la formación de los lotes, precepto que comprende toda clase de particiones y que, lejos de imponer á los herederos una obligación, les concede un derecho á la igualdad; pero si son menores ó incapacitados, debe cumplirse, á menos de que se trate de una división practicada por el testador, pues no perjudicándose la legítima de los herederos forzosos puede adjudicar á cada heredero los bienes que mejor le plazcan. El contador testamentario debe también cumplir ese art. 1.061, á menos que el testador ó los herederos capaces le hubiesen autorizado para partir los bienes con entera libertad.

Cuando una cosa sea indivisible ó desmerezca mucho por su división podrá adjudicarse á uno á calidad de abonar á los otros el exceso en dinero; pero bastará que uno solo de los herederos pida su venta en pública subasta, y con admisión de licitadores extraños, para que así se haga (art. 1.062). Es necesario que todos estén conformes, pues la ley busca la mayor utilidad para todos ellos. No es preciso que la subasta sea judicial. Si la cosa es indivisible, lo único que cabe es su venta para que cese la comunidad. Los arts. 1.062 y 404 se corresponden (Sent. 14 Junio 1895).

El Código se ha separado de las leyes 22 Dig. DE FAM. ERCISC. y 3.<sup>a</sup> Cód. DE COM. DIVID. prescriptivas de que la adjudicación debe hacerse mediante licitación entre los coherederos, admitiendo personas extrañas que éstos presenten, adjudicando los bienes al mejor postor, y añade la 55 Dig. DE FAM. ERCISC. que si la herencia es indivisible se adjudicará en totalidad á uno de los coherederos con obligación de pagar la parte de los demás.

Los coherederos deben abonarse recíprocamente en la partición las rentas y frutos que cada uno haya percibido de los bienes hereditarios, las impensas útiles y necesarias hechas en los mismos y los daños ocasionados por malicia ó negligencia (art. 1.063 que concuerda con la ley 20 Dig. DE FAM. ERCISC. y ley 3.<sup>a</sup> Cód. DE COMUN. DIVID.) Los herederos, de común acuerdo, pueden hacer una partición provisional respecto de esto, ó bien una liquidación y partición adicional después de distribuirse los bienes.

Los gastos de partición hechos en interés común de todos los herederos se deducirán de la herencia; estos son los de inventario, avalúo, contador, notario, etc. En el juicio de testamentaria (que

puede promoverse aunque el testador lo prohíba, si no ha nombrado divisor) cada parte litigante debe satisfacer las costas por sí y para sí causadas, y contribuir con igualdad al pago de las que sean comunes, salvo que hubiese condena de costas (véanse Sents. 8 Noviembre 1893 y 22 Marzo 1899). Aunque no se deduzcan los gastos de una partición del cuerpo general de bienes, los contadores pueden reclamarlos á los herederos (Sent. 22 Febrero 1901). Los hechos en interés particular de uno de éstos, serán á cargo del mismo.

Los títulos de adquisición ó pertenencia se entregarán al coheredero ó adjudicatario de las fincas á que se refieran; si el título comprendiese varias asignadas á diversos coherederos ó una sola dividida entre dos ó más, quedará en poder del mayor interesado y se facilitarán á los otros copias fehacientes á costa del caudal hereditario; si el interés fuere igual se entregará al mayor, y habiendo más de uno, al de mayor edad. Siendo original el título, aquel en cuyo poder quede deberá exhibirlo á los demás interesados cuando lo pidieren: arts. 1.061 y 1.066 que se separa un tanto de las leyes última Dig. DE FID. INSTR., y 5.<sup>a</sup> y 6.<sup>a</sup> Dig. DE FAM. ERISC. dispositivas de que los títulos comunes de toda la herencia deben quedar depositados en el coheredero de mayor porción y, siendo iguales, en el que sea preferente en sexo, edad, ó categoría y, siendo todos iguales, se dirimirá la cuestión por la suerte ó se entregarán al depositario que eligieren de común acuerdo ó se constituirán en lugar público.

Si alguno de los coherederos vendiese su derecho á un extraño antes de la partición, podrán todos ó cualquiera de los coherederos subrogarse en lugar del comprador reembolsándole el precio de la compra con tal que lo verifiquen en el término de un mes, á contar desde que esto se les haga saber: art. 1.067 con precedentes en el Fuero aragonés y en las leyes 22 y 24, tít. 35, lib. 4.<sup>o</sup> del Código de Justiniano, que establece esta clase de retracto. Solo cabe habiendo varios herederos; éstos, y no los legatarios y donatarios tienen tal derecho, pero requierese que haya venta y no cabe, por tanto, en la donación, permuta ó dación en pago, pues al precepto se le ha de dar interpretación extricta, no importando que aquella sea forzosa: el comprador ha de ser persona extraña, puesto que entre comuneros no cabe retracto. El cónyuge viudo no es extraño á la división, como tampoco los hijos naturales; pero sí los propiamente ilegítimos, porque solo tienen derecho á alimentos. La venta ha de ser antes de hacerse la partición, porque después cesa la comunidad; el sucesor

del heredero vendedor no puede usar del retracto por la venta que hiciere su causante, pero sí respecto de la hecha por los otros coherederos, salvo lo dispuesto en el art. 1.023. El heredero condicional puede retraer lo vendido por otro coheredero, pero no el comprador del derecho hereditario, porque es personalísimo: lo tiene el heredero por el hecho de serlo y desaparece de él, extinguida esta cualidad.

Para hacer uso del retracto no es preciso que el comprador requiera notarialmente á los coherederos, bastando que les haga saber la compra; cada uno de éstos puede obrar por sí y en su exclusivo interés; pero dentro del plazo de los 30 días todos son iguales y ninguno debe sufrir perjuicio, debiendo el comprador reintegrarse, además del precio, de los gastos del contrato y cualquier otro pago legítimo hecho para la venta, y de los gastos necesarios y útiles verificados en la cosa. Es de aplicación el art. 1.618 de la ley de Enjuiciamiento civil. El retrayente se subroga en lugar del comprador. El art. 1.067 no es aplicable tratándose del retracto de comuneros (S. 12 Febrero 1904). Para que los coherederos usen de su derecho, no es necesario que esperen á la inscripción de la venta en el Registro, sino que conozcan haberse hecho la enajenación (Sent. de 26 de Noviembre de 1900).

La partición legalmente hecha confiere á cada heredero la propiedad exclusiva de los bienes que le hayan sido adjudicados: art. 1.068 que exige el requisito de legalidad en la partición y concuerda con la Inst. § 7.º DE OFFIC. JUD. Si le ha de preceder la liquidación de sociedad conyugal, exigese este requisito por ser supuesto de la misma. Aún cuando la partición no se haga, cada heredero puede solicitar del Registro la inscripción de la parte alícuota que le corresponda, acompañando el testamento con certificación mortuoria del causante y la de actos de última voluntad ó la declaración de herederos *abintestato*, que es el título del derecho; no se requiere que la solicitud se haga por escrito (Res. 14 Noviembre 1894). La escritura de partición solo es necesaria para que cese la indivisión y no cuando existe un solo heredero, bastando el testamento (Sent. de 31 Enero 1903). El título sucesorio es la disposición testamentaria y, en defecto, la declaración judicial de herederos; pero para inscribir el derecho de cada partícipe en bienes determinados, requiérese la partición; practicada ésta, no cabe entre los herederos la acción de partición de herencia (Sent. 11 Junio 1897) y es improcedente el juicio de testamentaria (Sent. 5 Octubre 1898). No se modifican con ella los derechos de terceros interesados sobre los bienes adquiridos con

anterioridad al fallecimiento del causante, siendo aplicable á esto, por analogía, el art. 405; pero tratándose de derechos de terceros sobre los bienes adquiridos con posterioridad al fallecimiento de aquél, tienen valor si los han constituido todos los coherederos; esto no excluye para que éstos puedan ceder sus derechos sucesorios, en cuyo caso el cesionario se subroga en sus facultades y obligaciones; pero el cedente debe intervenir en la partición si la cesión se refiere á la parte indivisa en cosa ó cosas determinadas, sin que tal cesión pueda perjudicar á los coherederos, pues la presencia del tercero no da derecho á imponer limitaciones al de aquéllos.

Hasta que no se practique la partición se entiende que cada partícipe ha poseído durante la indivisión la parte que al dividirse le corresponda.

Hecha la partición, los herederos estarán recíprocamente obligados á la evicción y saneamiento de los bienes adjudicados (art. 1.069 que concuerda con la ley 25 Dig. FAM. ERCISC. y 14 Cód. íd.) porque precisamente representa un acto de enajenación, pues concreta el derecho que se tenía en la indivisión, sin poder pedir más de lo adjudicado, á menos de que aparezcan bienes que no se tuvieron en cuenta, en cuyo caso se hace otra partición adicional, sin que se invalide la primera (ley 20 Dig. FAM. ERCISC.) No caben la evicción y el saneamiento cuando el mismo testador haya hecho la partición; pero no excluye el derecho del heredero á pedir el suplemento de legítima si faltara para cubrir ésta. Y aún cuando el testador haga la partición, caben también aquéllos cuando aparezca, ó racionalmente se presuma, haber querido lo contrario el testador.

Igualmente no proceden la evicción y el saneamiento cuando se hubiese pactado expresamente al hacer la partición; de modo que si no se pacta, se entiende establecido ese remedio correctorio del agravio, por hallarse informado en la equidad. Tampoco cabe cuando la evicción proceda de causa posterior á la partición, puesto que no es imputable el motivo que la dió origen ni al causante ni á su herencia, ó cuando fuese ocasionada por culpa del adjudicatario, pues cada cual debe pechar con sus hechos ú omisiones.

Como la partición no establece entre los coherederos vínculo de solidaridad, cada uno responderá de la evicción proporcionadamente á su respectivo haber hereditario; pero si alguno de aquéllos resultare insolvente, responderán de su parte los demás en la misma proporción, deduciéndose la correspondiente al que deba ser indemnizado, pues éste también tiene que soportar el resultado de esa insol-

vencia. Los que paguen por el insolvente conservarán su acción contra él para cuando mejore de fortuna.

Si se adjudicare como cobrable un crédito, los coherederos no responderán de la insolvencia posterior del deudor hereditario, ya que con éste no les liga ningún vínculo de derecho, una vez hecha la partición; pero serán responsables, por exigirlo la buena fe, informadora de todo acto jurídico, de la insolvencia de ese deudor al tiempo de hacerse la partición. No existe esa responsabilidad tratándose de créditos calificados de incobrables por los mismos coherederos, por cuanto su percibo depende de la suerte; pero si se cobran en todo ó en parte, se distribuirán lo obtenido, proporcionalmente.

Entiéndese por partición nula la que no se practica legalmente por adolecer de vicio de origen ó de constitución; la que es válida puede dar motivo á su rescisión por los perjuicios que haya causado, y como constituye un contrato, le son aplicables las causas de rescisión de las obligaciones, y además por la de lesión en la cuarta parte, atendido el valor de las cosas cuando fueron adjudicadas; de aquí la necesidad del avalúo y de que éste sea verdadero. Esa acción rescisoria dura cuatro años, contados desde que se hizo la partición, sin perjuicio de lo dispuesto en la ley Hipotecaria respecto de tercero.

Dispone la ley 3.<sup>a</sup> Cód. UTR. que el reparto hecho extrajudicialmente puede rescindirse cuando hubiese mediado fraude ó lesión enorme, y añade la ley 1.<sup>o</sup> Cód. SI AD. TRANS. VEL DIVIS. que los menores pueden instar la restitución por entero, en cuyo caso recobrarán los demás coherederos sus derechos en la división rescindida.

Lo mismo la acción de evicción y saneamiento, que se da en toda clase de particiones, menos, en principio, en la que practique el testador, que la de lesión, son renunciables en respecto á lo prescrito en el art. 4.<sup>o</sup>, surtiendo efecto la renuncia si se hizo voluntaria y libremente ó si no ofende al orden público ni á los derechos de tercero. No puede decirse que cabe la confirmación de la partición, porque se confirma el acto nulo, nunca el válido; si el perjudicado deja transcurrir el plazo legal sin reclamar, ó enajena todos ó una parte considerable de los bienes inmuebles que le hubiesen sido adjudicados, no cabe utilizar el medio rescisorio, como tampoco si se omiten en la partición objetos ó valores de la herencia, pues lo único que cabe es completar ó adicionar aquélla con los que hubiesen sido omitidos. El heredero demandado por lesión puede optar entre indemnizar el daño ó consentir que se proceda á una nueva partición; esa indemnización puede hacerse en numerario, ó en la misma

cosa en que resultó el perjuicio; si se procede á nueva partición, por mediar error anterior, sus efectos no alcanzarán á los que no hayan sido perjudicados, ni percibido más de lo justo, pues en ella tuvieron lo que les correspondía. El heredero demandado de rescisión puede optar entre indemnizar el daño ó que se proceda á una nueva partición hasta el último momento; éste es un derecho que en tanto tiene, en cuanto no se contrarie la sentencia recaída.

Los herederos reconocidos como tales podrán oponerse á que se lleve á efecto la partición de la herencia hasta que se les pague ó afiance el importe de sus créditos; pero si los herederos no reconocen esos créditos ni pueden presentar los acreedores un título escrito que justifique cumplidamente su derecho, para poder prevenir el juicio de *abintestato* ó el voluntario de testamentaria, no cabe aplicar el art. 1.082, como tampoco pueden los acreedores acogerse á ese precepto si tuviesen suficientemente asegurados sus créditos con hipoteca, prenda ó anticresis, porque están al abrigo de todo perjuicio. No decimos lo propio si esa garantía consiste en un embargo, aunque se haya anotado preventivamente en el Registro, porque el anotante solo tiene derecho de preferencia respecto á créditos contraídos con posterioridad.

El art. 1.082 es de carácter preventivo y puede resultar ilusorio en la práctica, ignorantes esos opositores de que se está verificando la partición; terminada ésta, no tiene ya objeto, pero pueden deducir sus derechos y entre éstos exigir el pago de sus créditos con arreglo al art. 1.084. Lo mismo los créditos vencidos que los que no estén en este caso se hallan bajo el amparo del art. 1.082, por constituir éste un medio de garantía. No podrán los acreedores exigir el pago del crédito no vencido, pero sí el que se les afiance antes de hacer la partición; pero, tratándose de créditos vencidos, primeramente hay que satisfacerlos, pues no hay herencia, mientras, de antemano no se deduzcan las deudas; la palabra «afianzar» se refiere á los créditos no vencidos, y la de «pagar» á los créditos que son exigibles; si en esto no hubiese acuerdo, á los Tribunales corresponde determinar la clase de garantía.

Los acreedores de uno ó más de los coherederos podrán intervenir á su costa en la partición, para evitar que ésta se haga en fraude ó en perjuicio de su derecho: art. 1.083 que, por analogía, creemos aplicable al caso de cesión de participaciones indivisas en cosas particulares de la herencia para que no sufra perjuicio el cesionario. Con este precepto se propone la ley evitar los perjuicios, siendo in-

diferente que los créditos estén vencidos ó por vencer, y puesto que el acreedor del heredero interviene en la partición, puede evitar que á éste se le lesione, y caso de sufrir perjuicio, deducir sus reclamaciones para que no le alcancen las consecuencias del agravio; esto aparte de la acción que les asiste para invalidarla si hubiese sido hecha en fraude de sus derechos, en el supuesto de que no hayan tenido intervención. Si no intervienen desde el principio, deben respetar las operaciones consumadas, á base de que no haya mediado fraude y de que se haya cumplido la ley; y puesto que ellos vigilan en pro de sus intereses, deben sufragar los gastos que su intervención origine. Conformándose con la partición, solo cabe pedir la nulidad de la misma en el caso de vicio del consentimiento.

Los acreedores pueden exigir el pago de sus créditos por entero de cualquiera de los herederos que no hubiesen aceptado la herencia á beneficio de inventario ó hasta donde alcance su porción hereditaria en caso contrario, toda vez que por ese medio se deslindan las responsabilidades del causante y las de su heredero; pero tanto de un modo como de otro, el demandado tendrá derecho á citar y emplazar á sus coherederos, á menos de que por disposición del testador ó á consecuencia de la partición hubiese quedado solo él obligado al pago de la deuda. Si lo pagado fuese superior á lo que le correspondió en la herencia, podrá reclamar su parte proporcional á los demás herederos; esto se observará también cuando, por ser la deuda hipotecaria ó consistir en cuerpo determinado, la hubiese pagado íntegramente, en cuyo caso podrá reclamar de sus coherederos solo la parte proporcional, aunque el acreedor le haya cedido sus acciones y subrogádole en su lugar.

El coheredero acreedor del difunto puede reclamar de los otros el pago de su crédito, deducida su parte proporcional como tal heredero y sin perjuicio de lo establecido en la sección 5.<sup>a</sup>, cap. 6.<sup>o</sup> título 3.<sup>o</sup>, lib. 3.<sup>o</sup> del Código; y se explica ello porque, siendo acreedor y deudor á la vez, existe, respecto al mismo, la confusión de derechos.

Estando alguna de las fincas de la herencia gravada con renta ó carga real perpétua, no se procederá á su extinción, aunque sea redimible, sino cuando la mayor parte de los coherederos lo acordare; esas cargas son el censo y la servidumbre, pero no la hipoteca y, respecto á la computación de la mayoría, cabe aplicar el art. 398. No acordándolo así ó siendo la carga irredimible se rebajará su valor ó capital de la finca y ésta pasará con la carga al que le toque.

---

---

## CAPÍTULO XVI

### De la concurrencia y prelación de créditos

---

El obligado responde de sus deudas con su patrimonio y, siendo varios los acreedores, pueden suscitarse choques y conflictos entre éstos por la oposición de sus respectivos intereses. Muchos Códigos extranjeros han relegado esta materia á las leyes de procedimiento; en cambio, el nuestro, con mejor sentido, la regula, porque al derecho sustantivo corresponde establecer los principios á que han de ajustarse el deudor y los acreedores cuando no puede cumplirse normalmente la obligación, quedando reservado á la legislación enjuiciaria, por su carácter adjetivo, establecer la vía, forma, instancias y recursos para la realización de aquéllo en la esfera de la justicia restablecedora.

El deudor puede hallarse en estas dos situaciones: tener un activo superior al pasivo ó tener un pasivo superior al activo; en el primer caso, así como el comerciante puede solicitar la suspensión de pagos, el que no tiene este carácter puede pedir, judicialmente, de sus acreedores, quita y espera de sus deudas ó cualesquiera de las dos cosas, pero no producirá efectos jurídicos el ejercicio de este derecho, sino en los casos y en la forma previstos en la ley de Enjuiciamiento civil (arts. 1.130 á 1.155 de ésta). En el segundo caso ó sea cuando el pasivo supera al activo, así como el comerciante debe presentarse en quiebra, el que no lo sea se presentará en concurso ante el Juez competente, luego que aquella situación le fuere conocida; de manera que ya no puede pedir quita y espera de sus deudas ó cualquiera de las dos cosas, y así se ha declarado en Sents. de 14

de Diciembre de 1897 y 11 de Febrero de 1905, tanto que si el deudor, á pesar de este estado, quisiera acojerse indebidamente á tales beneficios, pueden los acreedores suscitar un incidente de previo y especial pronunciamiento.

La declaración de concurso incapacita al concursado para la administración de sus bienes y para cualquiera otra que por la ley le corresponda. Será rehabilitado en sus derechos terminado el concurso, si de la calificación de éste no resulta causa que lo impida.

Por la declaración de concurso vencen todas las deudas á plazo del concursado. Si llegaron á pagarse antes del tiempo prefijado en la obligación, sufrirán el descuento correspondiente al interés legal del dinero.

Si en el patrimonio del deudor se hacen efectivas sus obligaciones, es lógico que, declarado en concurso, quede incapacitado para administrarlo, incapacidad que también se extiende á otra administración que por la ley le corresponda, ya que queda colocado en este entredicho; de suerte que cualquiera gestión que haga es nula, por reputarse hecha en fraude de los acreedores, transfiriéndose su personalidad, en lo que al concurso se refiere, á los síndicos, que son los representantes de éste. Además, y para que no sufran perjuicio los acreedores por obligaciones no vencidas todavía, y puesto que el concurso significa una situación anormal, se consideran vencidas todas las deudas á plazo del concursado, y si llegaron á pagarse, sufrirán el descuento correspondiente al interés legal del dinero, que es hoy el del 5 por 100, porque nadie debe enriquecerse en perjuicio de otro.

Desde la fecha de la declaración del concurso dejarán de devengar interés todas las deudas del concursado, salvo los créditos hipotecarios y pignoratícios hasta donde alcance su respectiva garantía; esto es consecuencia de la responsabilidad real impuesta sobre los inmuebles ó muebles dados, respectivamente, en hipoteca ó en prenda. Si resultare remanente después de pagado el capital de deudas, se satisfarán los intereses reducidos á un tipo legal, salvo si el pactado fuere menor, pues la ley no quiere que con créditos usurarios queden perjudicados otros acreedores.

Los convenios que el deudor y sus acreedores celebren judicialmente con las formalidades de la ley sobre la quita ó espera ó en el concurso serán obligatorios para todos los concurrentes y para los que, citados ó notificados en forma, no hubiesen protestado en tiempo; aquéllos, porque prestaron su consentimiento expreso; éstos, por

su consentimiento tácito, pero se exceptúan de este grupo los acreedores que teniendo derecho de abstenerse hubiesen usado de él debidamente, que son los singularmente privilegiados, los meramente privilegiados y los hipotecarios; pero es preciso que se abstuvieran antes de la votación, mejor, que no hubiesen votado el convenio; derecho que tienen también á no concurrir á la junta, en cuyo caso no se les causa perjuicio: doctrina sentada en Sent. de 27 de Junio de 1900, en la que se dice que la morosidad á que se refieren los artículos 1.278 y 1.279 de la ley de Enjuiciamiento civil no se refiere á los acreedores hipotecarios, porque de lo contrario quedaría la hipoteca privada de eficacia por otro medio distinto de la cancelación ó de la prescripción. Los acreedores que tengan anotados preventivamente sus créditos en el Registro, pueden abstenerse de acudir á la junta y no les perjudica el convenio (Sent. 18 Octubre 1902). Si votan esos acreedores con derecho á abstenerse, les obliga el convenio.

Cuando éste, de quita y espera, se celebre con acreedores de una misma clase, será obligatorio para todos el acuerdo legal de la mayoría, sin perjuicio de la prelación respectiva de los créditos; y se comprende esta disposición, porque la quita disminuye la deuda y la espera la aplaza, cosas que nada tienen que ver con la preferencia de los acreedores, por su respectivos derecho y título. Si el convenio se celebra con acreedores de diversa clase no es aplicable el art. 1.918 (Sents. 10 Abril y 11 Mayo de 1894).

Si el deudor cumpliera el convenio quedarán extinguidas sus obligaciones en los términos estipulados en el mismo (situación normal); pero, si dejare de cumplirlo en todo ó en parte, renacerá el derecho de los acreedores, por las cantidades que no hubiesen percibido de su crédito primitivo, y podrá cualquiera de ellos pedir la declaración ó continuación del concurso (vuelta á la situación anormal), sin que esto altere ni mitigue en lo más mínimo la prelación de los créditos con arreglo á la ley. También cabe el concurso necesario á instancia de los acreedores en los casos determinados en el artículo 1.151 de la ley de Enjuiciamiento civil.

No mediando pacto expreso en contrario entre el deudor y acreedores, conservarán éstos su derecho, terminado el concurso, para cobrar, de los bienes que el deudor pueda ulteriormente adquirir, la parte de crédito no realizada; disposición muy justa, porque ya que los acreedores fueron benévolo con el deudor, llegando á un convenio, cediendo parte de sus créditos en la quita ó esperando á cobrar,

deben tener derecho á percibir la parte no realizada con los bienes que aquél adquiera.

En orden á la clasificación de créditos, el Código ha seguido los principios que informan actualmente la materia de obligaciones, no prescindiendo de la condición y clase de los bienes; así es que, con relación á determinados muebles del deudor, gozan de preferencia: 1.º Los créditos por construcción, reparación, conservación ó precio de la venta si están en poder del deudor, hasta donde alcance el valor de los mismos, porque, sin estos gastos ó precio, no existirían, y respecto de los acreedores por razón del precio de venta, son, hasta cierto punto, acreedores de dominio (los gastos de administración se reputan como de conservación: Sent. 16 Marzo 1897). 2.º Los créditos pignoratícios si la cosa se halla en poder del deudor y solamente respecto de esta, hasta donde alcance su valor, porque el derecho de prenda no se adquiere sino con la cosa pignorada y no se conserva más que con la posesión. 3.º Los garantidos con fianza de efectos ó valores constituida en establecimiento público ó mercantil, sobre la fianza y por el valor de los efectos de la misma, por la razón antes dicha, y porque, al celebrarse el contrato, las partes fijaron la responsabilidad impuesta á los efectos ó valores. 4.º Los créditos por transportes sobre los efectos transportados por el precio del mismo, gastos y derechos de conducción y conservación hasta la entrega y durante treinta días después de ésta, por ser esto un derecho implícitamente reconocido en el contrato de transporte á favor del porteador que, en otro caso, se llamaría á engaño. 5.º Los de hospedaje sobre los muebles del deudor existentes en la posada, ya que los posaderos reciben á los viajeros y no es cosa de que queden sin cobrar teniendo allí los muebles del deudor, á base de que pertenezcan á aquél, pues si son de un tercero, éste puede reclamarlos; dicho privilegio no es aplicable cuando el reclamante recibió por puro obsequio al deudor (Sent. 30 Diciembre 1896) 6.º Los créditos por semillas y gastos de cultivo y recolección anticipados al deudor sobre los frutos de la cosecha para que sirvieron, porque sin aquellos gastos, tales frutos no se hubieran dado, viniendo á ser los acreedores por semillas, cultivo, etc., unos colaboradores en la producción; preferencia que se refiere tanto á las cosechas pendientes como á las levantadas, récogidas ó almacenadas, siempre que no se hayan enajenado. 7.º Los créditos por alquileres y rentas de un año, sobre los bienes muebles del arrendatario existentes en la finca arrendada y sobre los frutos de la misma; si los bienes muebles

sobre que recae la preferencia hubiesen sido sustraídos, el acreedor podrá reclamarlos de quien los tuviere, dentro del término de treinta días, contados desde que ocurrió la sustracción. Este privilegio constituyó la prenda ó la hipoteca tácita ó legal en el Derecho romano. Creemos que el último apartado del art. 1.922 es aplicable á todos los casos del mismo, por faltar razón fundadora de la diferencia.

Con relación á determinados bienes del deudor, gozan de preferencia: 1.º Los créditos á favor del Estado sobre los bienes de los contribuyentes por el importe de la última anualidad vencida y no pagada de los impuestos que graviten sobre ellos; esto es una reminiscencia de las hipotecas tácitas, y su establecimiento obedece á una razón puramente fiscal, pudiendo aplicarse esta preferencia cuando la sindicatura y la junta de acreedores hubiesen reconocido que el crédito del Estado lo era por cantidad líquida, determinada y conocida (Sent. 7 Diciembre 1898) 2.º Los créditos de los aseguradores sobre los bienes asegurados por los premios de seguro de dos años, y si fuere el seguro mútuo, por los dos últimos dividendos que se hubieren repartido, porque, al igual que para el Estado, existe hipoteca tácita en favor de los aseguradores. 3.º Los acreedores hipotecarios y los refaccionarios anotados é inscritos en el Registro de la propiedad sobre los bienes hipotecados ó que hubiesen sido objeto de refacción; de esta preferencia goza el anticipo en metálico y materiales hecho por el empresario de unas obras, por tener el crédito la condición de refaccionario (Sent. 30 Diciembre de 1896), pero requiérese la anotación en el Registro. 4.º Los créditos preventivamente anotados en aquél en virtud de mandamiento judicial por embargos, secuestros ó ejecución de sentencias sobre los bienes anotados y solo en cuanto á créditos posteriores, pues la anotación preventiva no varía la naturaleza jurídica de la obligación para cuya seguridad se practica, y de aquí que solo se refiera á los créditos posteriores del asegurado en esa forma (art. 44 de la ley Hipotecaria y Sent. 29 de Enero de 1893) 5.º Los refaccionarios no anotados ni inscritos, sobre los inmuebles á que la refacción se refiera y solo respecto á otros créditos distintos de los antes expresados.

Con relación á los demás bienes muebles ó inmuebles del deudor gozan de preferencia: 1.º Los créditos á favor de la provincia ó del municipio por los impuestos de la última anualidad vencida y no pagada, no comprendidos en el núm. 1.º del art. 1.923; 2.º Los devengados por gastos de justicia y de administración del concurso en interés común de los acreedores, hechos con la debida autorización

ó aprobación, por funerales del deudor, según el uso del lugar, y también los de su mujer é hijos constituidos bajo su patria potestad si no tuvieran bienes propios; por los gastos de la última enfermedad de las mismas personas causados en el último año, contado hasta el día del fallecimiento; por jornales y salarios de dependientes y criados domésticos correspondientes al último año (es crédito por depósito de cantidad el reconocido en escritura otorgada por el amo en favor de su sirviente, por salarios devengados que éste dejó en poder de aquél: Sent. 7 Febrero 1891); por anticipaciones hechas al deudor para sí y su familia constituida bajo su autoridad, en comestibles, vestido ó calzado en el mismo período de tiempo y por pensiones alimenticias durante el juicio de concurso, á no ser que se funde en un título de mera liberalidad. 3.º Los créditos que, sin privilegio especial, consten en escritura pública ó por sentencia firme si hubiesen sido objeto de litigio, los cuales tendrán preferencia entre sí por el orden de antigüedad de las fechas y de las escrituras. El artículo 1.924 no excluye las sentencias de remate para los efectos de la preferencia de créditos (Sent. 12 Octubre 1894), pero no tiene carácter de sentencia firme el allanamiento del deudor ante el Juzgado municipal en un mismo día (Sent. 18 Mayo 1894).

Respecto de la prelación de créditos, tenemos que los que se refieren á bienes muebles excluyen á todos los demás hasta donde alcance el valor de la cosa á que la preferencia se refiere; concurriendo dos ó más, el crédito pignoraticio excluye á los otros hasta donde alcance su valor. En la fianza constituida á favor de varios acreedores se determinará la prelación por el orden de fechas en que se constituyó la garantía. Los créditos por anticipo de semillas, gastos de cultivo y recolección serán preferidos á los de alquileres y rentas sobre los frutos de la cosecha para que sirvieron, pero no tienen preferencia entre sí, y en los demás casos el precio de los muebles se distribuirá á prorrata entre los créditos que gocen de especial preferencia con relación á los mismos: de manera que, dentro del grupo, se hace el reparto prorrateado.

Respecto de la prelación de créditos con relación á determinados bienes inmuebles ó derechos reales, éstos excluyen á todos los demás hasta donde alcance el valor de la cosa ó derecho á que la preferencia se refiera, siendo preferidos los créditos á favor del Estado y de los aseguradores á los acreedores hipotecarios y refaccionarios anotados ó no anotados y á los que hubiesen obtenido anotación preventiva; los hipotecarios y refaccionarios anotados en el Re-

gistro gozan de preferencia sobre los créditos preventivamente anotados, y en los de esta última clase se establece la prelación por el orden de su antigüedad en los respectivos asientos del Registro; y por último, los refaccionarios no anotados ni inscritos en esta oficina gozan de prelación, entre sí, por el orden inverso de su antigüedad, lo mismo que el Derecho mercantil prescribe en los préstamos á la gruesa, pues los últimos gastos hechos para la refacción benefician á los acreedores anteriores.

El remanente del caudal del deudor, después de pagados los créditos, se acumulará á los demás bienes libres que, aquél tuviere para el pago de los créditos, y los acreedores que gozando de preferencia, no hubiesen sido totalmente satisfechos con el importe de los bienes muebles ó inmuebles determinados, lo serán, en cuanto al déficit, por el orden y en el lugar que les corresponda, según su respectiva naturaleza; de manera que primero se pagarán los créditos cuya preferencia depende de la naturaleza jurídica de los mismos y después los preferentes por razón de fechas, teniéndose en cuenta lo dispuesto en el art. 1.024.

Los créditos que no gocen de preferencia con relación á determinados bienes y los que la gozaren por la cantidad no realizada ó cuando hubiere prescrito el derecho de referencia, se satisfarán: 1.º Por el orden establecido en el art. 1.924 que expresa los acreedores simplemente privilegiados, distintos de los singularmente privilegiados de que tratan los arts. 1.922 y 1.923. 2.º Los preferentes por fechas, por el orden de éstas, en respeto al principio *QUI PRIOR EST TEMPORE POTIOR EST JURE*, y en los que tuvieren la misma fecha se hace el reparto á prorrata, y 3.º Los demás créditos comunes de cualquiera otra clase ó por cualquier otro título que no sea por escritura pública ni por sentencia firme, sin consideración á sus fechas.

### Disposiciones oficiales, jurisprudencia y doctrina

La R. O. de 5 de Noviembre de 1910, relativa á fianzas de funcionarios públicos cuando estén casados al constituir las, ha derogado la regla 13 de la de 27 de Marzo de 1878, reformada en 29 de Abril de 1890, que exigía la concurrencia de ambos cónyuges y la renuncia por parte de la mujer á los privilegios que el derecho le otorgaba, porque no pueden utilizarse en contra del Estado, dado que la ley

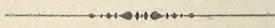
Hipotecaria, el Código civil y el art. 13 de la ley de Contabilidad no consagran tales beneficios, que la ley 61 de Toro y el Senado consulto Veleyano establecieron en favor de aquélla, pues ha desaparecido la hipoteca tácita que la mujer tenía, y si la fianza se constituye en metálico ó efectos públicos, el crédito pignoraticio en favor de la Hacienda goza de prioridad, y, de consiguiente, huelga, en la constitución de fianza, la renuncia de privilegios.

—La Administración no puede resistir el cumplimiento de las determinaciones judiciales que acordaron la venta y adjudicación de los bienes que el Tribunal tenía embargados, al cual corresponde exclusivamente calificar y graduar los créditos que existan contra el deudor y entre ellos el que dió origen al procedimiento administrativo (R. D. 10 Enero 1911).

—Como quiera que las cédulas de expropiación embargadas al ejecutado y objeto de tercería de mejor derecho, fundada en documento privado, no tienen la consideración de bienes inmuebles, á tenor de los arts. 334 del Código y 4.º de la ley Hipotecaria, es inaplicable el art. 1.923, número 4.º de aquel (Sent. 6 Julio 1909).

—Los efectos de la declaración del concurso de acreedores solo afectan al concursado, pero no á su sucesor, quien puede, por sí, comparecer en los autos, sin que le represente el administrador de aquél, aunque los bienes procedan de su causante (Sent. de 11 de Mayo de 1910).

—Solo mediante resolución judicial puede dejarse sin efecto la mención de obligaciones en el Registro, sin que quepa hacerlo por medio de escritura en que los interesados declaran nula la obligación de abonar el adjudicatario de bienes hereditarios la diferencia á los demás herederos (Res. de 9 de Mayo de 1911).



---

---

## CAPÍTULO XVII

### De la prescripción

No es invención ni artificio, sino institución que responde á una necesidad social; quitadla—dice Goyena —y la sociedad no será mas que un caos. Alonso Martínez, considerando la prescripción como un modo de adquirir, escribe este hermoso párrafo en sus estudios de Filosofía del Derecho: «Si en el régimen actual de las sociedades el examen de una titulación infunde pavor á los jurisperitos ¿quién se atrevería á dar una opinión favorable á la compra, cuando para su establecimiento y validez no bastare examinar la historia y las transmisiones del inmueble durante una, ni dos, ni diez, ni veinte, ni cien generaciones, sino que fuera preciso en España, por ejemplo, llegar hasta los árabes, saltar por encima de ellos, interpelar á los poseedores godos, y así sucesivamente á los romanos, cartagineses, celtas é iberos, hasta llegar al propietario originario, hasta el primer hombre que se apropió el inmueble que pretendemos adquirir? Admitida la prescripción, este problema, aunque difícil siempre y erizado de peligros, no es, sin embargo, insoluble; sin la prescripción no tiene solución posible, ni hay quien pueda dar al comprador la seguridad de su derecho».

Goyena y Alonso Martínez van del brazo al asignar ese fundamento de orden social á la prescripción; no es que consideren á la ley civil como creadora de ese título ó modo de adquirir (prescripción adquisitiva) ó de extinguirse las obligaciones (prescripción liberatoria) que tienen una misma raiz y que en el fondo son una sola, aún con ese despliegue en el derecho, sino que, atentos á los dicta-

dos de la conciencia jurídica, al mismo interés de la justicia y para sustraer á la contratación de toda amenaza clandestina é incierta, reconocen la necesidad de la prescripción, porque, sin ella, el esfuerzo y el sacrificio estarían á merced del despojo.

Según el criterio individualista, socialista ó armónico de los escritores jurídicos, éstos han asignado el fundamento á la prescripción, sosteniendo unos que consiste en la presunción de que el dueño de la cosa, al no reclamarla, ó el acreedor, por no demandar su derecho, consienten que otro lo adquiera ó que el deudor se liberte; afirman otros que la prescripción constituye un castigo de la ley impuesto al que hace dejación de su derecho, así como un premio al trabajo y un respeto á la libertad del deudor para que no esté siempre constreñido por la obligación cercenadora de su patrimonio; pero ni aquélla presunción, ni tal castigo pueden ser el fundamento de una institución tan importante; parécenos más atendible el que asignan dichos jurisconsultos españoles, y que bien pudiera combinarse con el expuesto por el tratadista Mirabelli, quien, no dejándose llevar por corrientes filosóficas, y, ceñido su pensamiento á la esfera jurídica, dice que á todo derecho sobre las cosas ó las personas corresponden otras tantas obligaciones positivas ó negativas, que cesan con el derecho á que se contraen; de modo que la pérdida de un derecho engendra necesariamente por un lado un perjuicio, pero, á la vez, da lugar á un beneficio en favor de otro; puede el dueño perder la propiedad de la cosa, pero el poseedor la adquirirá; puede el acreedor, por el lapso del tiempo, perder su derecho al crédito disminuyendo su propio patrimonio con ello, pero el deudor, al desligarse del vínculo obligatorio del débito, viene á aumentar, respectivamente, el suyo. Esto, más que fundamento, es el resultado de la prescripción, que solo en la necesidad social tiene su verdadera justificación y así también lo decía nuestro llorado maestro D. Eduardo Pérez Pujol.

En Roma la usucapión era de derecho civil; recaía sobre las cosas muebles *MANCIPI*, y en fincas del suelo itálico, mientras que la prescripción era de derecho de gentes y versaba sobre las cosas muebles que no tenían la condición de *MANCIPI* y sobre los inmuebles que no constituían aquel suelo. La usucapión era mucho más rápida que la prescripción: ambas se refundieron, tomando el nombre de la última, y así ha pasado á través de la historia, registrándola nuestro Derecho tradicional en sus clases de adquisitiva y deliberatoria.

## CATALUÑA

Todo se adquiere y todo se pierde por la prescripción de 30 años (Usatge OMNES CAUSÆ), salvo lo que la requiere mayor ó la permite menor, siendo de citar la Sent. 11 de Octubre 1905, declaratoria de que es doctrina del Tribunal Supremo, que la propiedad de los bienes inmuebles prescribe en dicho territorio por la posesión de treinta años, cualquiera que sea la causa ú origen de esta, extinguiéndose, por igual tiempo, todas las acciones civiles de esa misma naturaleza, que son de Derecho público las leyes que regulan la prescripción, como dictada para el aseguramiento del dominio y de la propiedad, y que tienen carácter concreto las disposiciones de ese Usatge, contenidas en el tít. 2.º, lib. 7.º, vol. 1.º de las Constituciones, (no está vigente lo que dispone acerca de la prescripción de las acciones criminales, porque esto es propio del Código penal, de general observancia). Llama la atención lo que dicho Usatge dice de que «si alguno empero *después* de este número de 30 años osara mover pleito, este número se lo impida, y una libra de oro á aquel á quien el Rey mandará, sea obligado á pagar».

La rúb. 157 de las Cost. de Lérida dice que no están en uso la prescripción y la usucapión de tres, diez y veinte años, sino tan solo la de 30 años; esa rúbrica se refiere á la prescripción extintiva y á la adquisitiva.

En Barcelona toda acción personal ó real, que por Derecho romano se extingue á los diez ó veinte años, se amplía hasta treinta (RECOG. PROC., cap. 44), excepto la hipotecaria que no se extingue á los 40 años, como aquel prescribe, cuando se deduce contra el deudor que posea la cosa obligada ó sus herederos, sino á los veinte años, como determina la ley Hipotecaria, que es de general observancia.

En Tortosa, para adquirir por prescripción el dominio de cosas inmuebles, requiérese: herencia y posesión de la cosa, como dueño de ella ó en su nombre y sin violencia (NEC VI, NEC PRECARIO); justo título de adquisición, buena fe en el adquirente y en el transferente; que la cosa no sea cuerpo de delito; transcurso de treinta años continuos y cumplidos y no interrumpidos por demanda; edad pupilar del reivindicante; que la posesión sea pública y no clandestina; no estar pendiente de ningún término ni condición, y que las cosas sean

prescriptibles (Cost. de Tort., lib. 2.<sup>a</sup>, rúb. 14, rúb. 8 lib. 3.<sup>o</sup>, 1.<sup>a</sup> lib. 7.<sup>o</sup> y 21, lib. 9.<sup>o</sup>) Prescriben por 30 años las acciones personales (rúb. 1.<sup>a</sup>, lib. 7.<sup>o</sup>) y las divisorias COMUNI DIVIDUNDO, FAMILIE ERISCUNDE y FINIUM REGUNDORUM (rúb. 13, lib. 3.<sup>o</sup>). En Gerona se necesita la posesión de 30 años para prescribir el dominio de los bienes inmuebles (Cost. rúb. 14, cap. 1.<sup>o</sup>) Prescribe el Derecho de Peralada (*Llibre de la Cadena*, cap. 13), que no sea admitida en la curia la prescripción menor de 30 años en las cosas inmuebles.

La ley 2.<sup>a</sup>, tít. 2.<sup>o</sup>, lib. 7.<sup>o</sup>, vol. 1.<sup>o</sup> de las Const. de Cat. señala la prescripción de 80 años para adquirir las cosas que hayan sido del Patrimonio real, aunque no se muestre ni ostente título alguno. Creemos que esto no está vigente, porque constituyen bienes de la Nación, cuyo usufructo corresponde á la Corona.

Prescriben al año las soldadas de los criados, después que dejen de estar al servicio, si no tienen carta ó *albará* de su crédito (ley 3.<sup>a</sup>, tít. 2.<sup>o</sup>, lib. 7.<sup>o</sup>, vol. 1.<sup>o</sup> Const. de Cat.); á los dos años, las cuentas de medicinas cuyos derechos de los farmacéuticos deben graduarlos dos de éstos, con intervención de uno ó dos médicos delegados por el Juez ordinario (ley 7.<sup>a</sup>, tít. 2.<sup>o</sup>, lib. 7.<sup>o</sup>, vol. 1.<sup>o</sup>, íd.); á los tres años, el dominio de las cosas muebles, exigiéndose tenencia y posesión de la cosa, como dueño de ella el prescribiente ó en su propio nombre y sin violencia (NEC PRECARIO, NEC VI); que no sea cuerpo de delito; buena fe, justo título, posesión no interrumpida por demanda ó edad pupilar del reivindicante, no clandestina entre presentes, y no estar pendiente de ningún término ni condición (rúb. 14, lib. 2.<sup>o</sup>, Costumbres de Tortosa, lib. 7.<sup>o</sup>, rúb. 1.<sup>a</sup> y lib. 9, rúb. 21, Instit. DE NONCAP. que también señala ese plazo de 10 años, y rúb. 14 de las Cost. de Ger.) Prescriben á los 3 años, los débitos de artistas y menestrales, hombres ó mujeres, si éstos no tuvieren carta ó *albará* de tales deudas (ley 4.<sup>a</sup>, tít. 2.<sup>o</sup>, lib. 7.<sup>o</sup>, vol. 1.<sup>o</sup> Const. de Cat.), lo mismo que los honorarios de los abogados y derechos de los procuradores, aún cuando estuviesen inscritos los créditos en los libros de los primeros (ley 8, tít. 2.<sup>o</sup>, libro 7.<sup>o</sup>, vol. 1.<sup>o</sup>, íd.), siendo de citar la ley 1.<sup>a</sup> de los mismos título y libro, prescriptiva de que los jueces, abogados, procuradores y secretarios judiciales (*notaris de plets*) no sean oídos si demandan sus salarios después de dada la sentencia en los pleitos, á menos que prueben por escritura pública que les habían sido prometidos. Los que estén con otros, en calidad de domésticos y familiares, después de la muerte de los señores no pueden pedir salario ó soldada, á no ser que prueben qué éste les

hubiese sido prometido (ley 1.<sup>a</sup>, tít. 2.<sup>o</sup>, lib. 7.<sup>o</sup>, vol. 1.<sup>o</sup> Constituciones de Cataluña).

Como quiera que la Administración determina el valor de las medicinas no cabe hoy la graduación á que nos hemos referido.

No corre la prescripción contra los impúberes: *CONTRA NON VALENTEM AGERE NON CURRIT PRÆSCRIPTIO* (leyes 3.<sup>a</sup> y 7.<sup>a</sup> Código DE PRÆS. y Novela XXII). Tampoco corre contra los menores la prescripción de menos de 30 años, pero sí la de más de este tiempo (ley 5.<sup>a</sup> Cód. IN QUIB. CAUS. IN INT. REST. NECESS. NON EST. 2, 41). No obstante lo antes dicho, se declaró en Sent. 6 Marzo de 1876 que la prescripción de 30 años es eficaz hasta contra los menores é impúberes, y por Sent. de 3 de Marzo de 1875 se dijo que si bien las prescripciones de largo tiempo corren contra los mayores de 14 y menores de 25 años, habiendo comenzado contra sus causantes, compete á aquéllos la restitución en cuanto al tiempo transcurrido durante su menor edad, con independencia de la acción que puedan ejercitar contra sus guardadores.

Tampoco corre la prescripción, por la misma regla, «contra la mujer casada, durante el matrimonio, respecto de los bienes dotales» (ley 3.<sup>a</sup> Cód. DE JURE DOT.); contra el hijo de familia, respecto de los bienes que le pertenecen, pero cuyo usufructo y administración corresponde al padre (ley 1.<sup>a</sup> Cód. DE UN EXCEPT.); contra los acreedores de una herencia, mientras se confecciona el inventario y durante el plazo para deliberar, porque falta persona á la cual demandar (ley 22 Cód. DE JURE DELIB.); contra los acreedores de un deudor que ha obtenido espera, mientras dure ésta (ley 8.<sup>a</sup>, IN FIN Código QUI BON CED. POSS.) Cuando los materiales de uno se emplean en construcción ajena, la prescripción empieza á correr desde que aquéllos han cesado de formar parte del edificio (leyes 29 Inst. DE RER. DIV. §, tít. 2.<sup>o</sup>, lib. 1.<sup>o</sup> y 10 Dig. DE ACQ. RER. DOM, tít. 41, libro 1.<sup>o</sup>).

Al tratar de las servidumbres nos hemos ocupado de su prescripción según las Ordinaciones de Sanctacilia y los preceptos del Derecho romano; éste, en la ley 14 Dig. DE DIVL. TEMP. PRÆSCRIP. dispone que para completar el término de la prescripción, podrá el poseedor actual unir su posesión á la de su causante, cualquiera que sea el título, y añaden las leyes 15 DE USUFR. ET PRÆSCRIP., penúltima y última de DE ANUAL EXCEPT., que si la posesión ha sido interrumpida antes de concluirse el tiempo prefijado para la prescripción, no aprovechará la de los años anteriores, interrupción que

es de dos clases: natural y civil (leyes 5.<sup>a</sup> Dig. DE USURP. ET PRÆSCRIPT. y 18 íd. DE REI VINDIC.), consistentes: la primera, en la pérdida de la tenencia por el poseedor, y la segunda, por el hecho de la contestación á la demanda (leyes penúl. y últ. Cód. DE ANUAL EXCEPT. y 5.<sup>a</sup> Dig. DE USURP. ET PRÆSCRIPT. y 15 íd. DE ADQUIR. POSS.), con la circunstancia de que si por ausencia ó por otra causa no pudiese ser emplazado en forma el poseedor, quedará interrumpida la posesión con solo manifestarlo el dueño al Juez ó á un Notario, en su defecto, ó ante tres testigos en caso de no ser fácil hallar ni uno ni otro, (ley única Cód. DE ANN. EXCEPT.)

## ARAGÓN

Exígesse para la prescripción título y posesión, y aunque el Fuero no requiere la buena fe del poseedor, el Tribunal Supremo, en sentencias de 18 y 19 de Marzo de 1863 y 11 y 19 de Diciembre de 1864, exigió ese requisito, como también se exige ahora, toda vez que el Código civil obliga en Aragón en lo que no contradiga á su derecho escrito ó consuetudinario.

Por un año se prescribe la posesión (Fuero 30 DE APREHENSIONIBUS); por año y día prescribe el predio adquirido por título traslativo si se acredita que el reclamante conocía éste; pero no corre este plazo contra los ausentes, ni si el inscribiente adquiere la cosa de quien la posea en nombre de otro, ni entre cónyuges ó hermanos, si fuere consorcial ó de abolengo, ni contra el menor, á menos que la enajenación se hubiera hecho por los ejecutores del testamento usando de la facultad recibida del testador (Fuero 1.<sup>o</sup> y Ob. 1.<sup>a</sup> DE PRÆSCRIPTIONIBUS).

Por tres años prescriben las cosas muebles (Jurisprudencia de los Tribunales de Aragón y Código civil); el terreno que se plantó de viña, si el prescribiente justifica que el reclamante ó dueño estuvo diferentes veces en la población y no lo prohibió (Fuero 4.<sup>o</sup> íd.) Por diez años prescriben las servidumbres en predio ajeno establecidas á ciencia y paciencia del reclamante (Ob. 7.<sup>a</sup> íd., extensiva á todas las servidumbres no exceptuadas por otra disposición; de manera que entre presentes prescriben á los diez años y así se declaró en Sent. de la Audiencia de Zaragoza de 15 de Mayo de 1895). Por 20 años prescriben las servidumbres en predio ajeno si su dueño está ausente (Ob. 7.<sup>a</sup> íd.); por 30 los bienes sitios (Fuero 6.<sup>o</sup> De

íd.); por 30 años y un día la propiedad de bienes raíces, sin necesidad de título legítimo (íd.); por la prescripción inmemorial se adquiere el derecho de pacer, abrevar ganados y cortar leñas (Ob. 9 íd. y 3.<sup>a</sup> DE PASCUIS), pero las servidumbres en materia de aguas se rigen hoy por la ley de 13 de Junio de 1879.

Ninguna clase de prescripción corre contra el menor de 14 años ni contra los ausentes al servicio del Estado (Ob. única DE CONTRACTIBUS MINORUM y única DE PRIVILEGIO MINORUM). Se interrumpe por la reclamación judicial ó extrajudicial (Ob. 5.<sup>a</sup> DE PRÆSCRIPTIONIBUS). La posesión del predecesor aprovecha al sucesor para completar el tiempo de la posesión (Fuero 3.<sup>o</sup> DE PRÆSCRIPTIONIBUS). El que construye molino harinero sobre las ruinas de otro, lo hace suyo si el antiguo dueño no entabla reclamación antes que el nuevo molino empiece á funcionar (Fuero 3.<sup>o</sup>, íd.) La prescripción extraordinaria de 30 años á que el Fuero 6.<sup>o</sup> se refiere no excluye la ordinaria (Sent. 19 Diciembre de 1864).

La acción de los consanguíneos para retraer fincas de abolengo vendidas judicialmente prescribe á los dos meses de hecha la venta, aunque ésta no les fuere notificada; pero esto se entiende mientras éste no hiciere uso del derecho de moderación, que puede utilizar dentro del término de diez días (Fuero «Que tenga lugar el beneficio de la saca, etc.») Esto se halla modificado por la ley de Enjuiciamiento civil (Sent. 20 Octubre 1858). La misma acción prescribe por diez días en la venta común ó no judicial, cuando ésta ha sido notificada á aquéllos á quienes compete (Fuero 4.<sup>o</sup>, DE COMUNI DIVIDUNDO). Tampoco tiene aplicación esto, dada dicha ley procesal.

Prescribe al mes, desde que salió de la casa de su amo, la acción del criado para reclamar su salario; si aquél hubiera muerto, dura tres meses (Fuero único DE SALLARIS MERCENARIUM). Por un año prescriben: 1.<sup>o</sup> La acción del propietario para que se le indemnicen los daños causados en fincas sujetas á la viudedad; plazo que se cuenta desde que el dueño supo el daño ó deterioro (Fuero 2.<sup>o</sup> DE JURE VIDUITATIS). 2.<sup>o</sup> La del Juez y la del Escribano para reclamar sus derechos procesales, contándose desde el pronunciamiento de la sentencia ó desde el sobreseimiento del negocio (Fuero 7.<sup>o</sup> DE PRÆSCRIPTIONIBUS, cuya aplicación no es hoy absoluta, puesto que los Jueces de 1.<sup>a</sup> instancia no perciben derechos). La del donatario contra el donante que, reteniendo la cosa donada, la vendió (Fuero 2.<sup>o</sup> DE COLLUSIONE DETEJENDA). 4.<sup>o</sup> La del que se cree con derecho eficaz á las fincas vendidas judicialmente (el año se cuenta desde

el último pregón), á no ser que el reclamante pruebe su ausencia del pueblo durante el tiempo en que se dieron los pregones y ocho meses después (Fuero 2.º DE OPOSITIONE TERTII).

Por un año y día prescriben: 1.ª La acción del que prestó cantidad cierta, recibiendo en prenda una finca y, además, fianza de salvedad para que se le entregue la cantidad ó la finca de la cual otro se hubiese apoderado violentamente (Fuero 2.º DE PRÆSCRIPTIONIBUS, que no lo vemos hoy aplicable, por regla general, ya que no cabe la prenda en cosa inmueble, rigiendo, en este punto, la ley Hipotecaria) 2.º La acción que para el mismo efecto corresponde al comprador de la finca, contra el que se constituyó fiador de salvedad (íd.) 3.º La que compete contra el fiador del que se obligó á estar á derecho en pleito sobre pertenencia de la finca, si el pleito permaneciese en suspenso por espacio de año y día, ó durante este tiempo muriese el fiador (Fuero 3.º DE FIDEJUSSORIBUS) y 4.º La de los consanguíneos para retraer finca de abolorio; pero debe estarse á lo dispuesto en el art. 1.618 de la ley de Enj. civ., que reduce ese plazo á nueve días.

Prescribe por el transcurso de diez años, el derecho á proceder á nueva división entre los que tuvieron consorcio foral, si se hizo el anterior sin escritura pública y viven todos los que intervinieron en ella (Ob. 4.ª DE CONSORTIBUS EJUSDEM REI). Por 20 años prescriben: 1.º El gravámen de una sustitución á una herencia (Ob. 1.ª DE REBUS VINCULATIS) 2.º Las deudas contraídas con instrumento ó sin él (Fueros 1.º DE FIDE INSTRUMENTORUM y 3.º DE SOLUTIONIBUS) y 3.º La acción de depósito, llamada *de comanda*, á excepción del judicial y de aquel en quien estén interesados menores de edad (Fuero 2.º DE DEPÓSITO).

## NAVARRA

Es imprescriptible la acción para reclamar la cosa vendida con pacto de retro, cuando no media plazo señalado en la escritura y se haya consignado en ésta la cláusula de perpetuidad concebida en cualquier término (ley 16, tít. 37 lib. 2.º Nov. Recop.)

Por 30 años prescriben en general las acciones personales y en especial la de lesión enormísima (leyes 4.ª y 8.ª íd.) Por 10, la de lesión enorme (ley 1.ª, tít. 37, lib. 1.º), y la acción para reclamar réditos de censos anteriores á los últimos 4 años; de modo que, transcu-

rridos los 10, en que no han de comprenderse estos cuatro, no puede ya el censalista reclamarlos (ley 27, Cortes de 1817 y 1818) y también por 10 años prescribe la acción ejecutiva (ley 11, tít. 37, libro 2.º, Nov. Roc.)

Por 3 años prescriben las acciones para reclamar sus honorarios y derechos los abogados, procuradores, Escribanos, relatores y demás auxiliares de los Tribunales (leyes 4.ª, tít. 16 y 10, tít. 9.º, libro 1.º, Nov. Recop); las de los criados y oficiales para reclamar sus salarios; la de los farmacéuticos, para cobrar las medicinas, mercaderías, y la de los cirujanos, á no ser que haya mediado escritura de reconocimiento, en cuyo caso prescriben á los 10 (leyes 5.ª y 7.ª título 37 y 1.ª, tít. 20 íd.)

Por año y día prescriben las acciones para obtener indemnización de daños que causan los ganados (ley 8.ª, tít. 34, íd.); y por un año, la acción del comodante para reclamar la indemnización por la muerte ó daños sufridos por las bestias dadas en comodato (capítulo II, tít. 10, lib. 30 del Fuero). La prescripción referente á créditos de artesanos por sus obras ó salarios de sirvientes, medicinas, mercaderías y comestibles de tiendas que se toman para el consumo de las familias, que es la de 3 años, no se refiere á las compras de efectos de comercio al por mayor, en cuenta corriente (Sent. de 7 de Marzo de 1872.

## VIZCAYA

Prescriben las acciones sobre bienes raices por el transcurso de 10 años entre presentes y 15 entre ausentes, t. .tándose de extraños y siempre con el de 15 años, si de parientes (ley 3.ª, tít. 12 del Fuero). Por 10 años prescribe toda acción personal que tenga fuerza ejecutiva, y por 15 las acciones personales ordinarias (ley 1.ª íd.) Esta ley establece la prescripción como medio liberatorio y no para adquirir el dominio ú otro derecho real (Sents. 26 Noviembre y 31 Diciembre 1864).

### Código civil

Por la prescripción se adquieren, no arbitrariamente, sino de la manera y con las condiciones determinadas por la ley, el dominio y

demás derechos reales (prescripción adquisitiva), así como se extinguen los derechos y las acciones, de cualquier clase que sean, prescripción liberatoria. Y como la primera es un modo de adquirir de los legítimos, requiérese capacidad en el prescribiente. Los derechos y las acciones se extinguen por prescripción, en homenaje al tiempo, con perjuicio de toda clase de personas, incluso las jurídicas, en los términos prevenidos por la ley; de manera que no cabe la aplicación de la regla romana *CONTRA NON VALENTEM AGERE, NON CURRIT PRÆSCRIPTIO*, ni caben las excepciones que, en este punto, establecía el derecho antiguo (Sent. 27 Mayo 1904), porque altas consideraciones de interés público así lo exigen; pero queda siempre á salvo á las personas impedidas de administrar sus bienes el derecho para reclamar contra sus representantes legítimos, cuya negligencia hubiese sido causa de la prescripción, por que así lo exige la equidad.

La prescripción ganada por un copropietario ó comunero aprovecha á los demás, por así exigirlo el principio de mancomunidad; en ésta las ganancias y pérdidas son comunes, cualquiera que sea su productor y, sobre todo, la posesión del comunero no es exclusiva suya, porque además lleva la representación y refluye en provecho de todos los demás copartícipes. Consecuencia de esto es también que la prescripción produce sus efectos jurídicos á favor y en contra de la herencia, antes de haber sido aceptada y durante el tiempo concedido para hacer inventario y para deliberar, porque se halla en estado yacente y no falta quien pueda representarla; en Roma era el curador; en España, el administrador de la testamentaria ó del abintestato.

Puesto que la prescripción es un derecho, pueden renunciarlo las personas con capacidad para enajenar; pero es la ganada, y así también lo dispone la ley 1.<sup>a</sup>, tít. 3.<sup>o</sup> del Digesto; pero no cabe esa renuncia tratándose del derecho de prescribir para lo sucesivo, porque si se permitiese, sería anular dicha institución que en la necesidad social tiene su fundamento, porque habría manera de eludirla con la renuncia. No ocurre así con la prescripción ganada; constituye ya un derecho del orden privado, que aún cuando se renuncie, puesto que forma parte del patrimonio del individuo, no padece el interés social; renuncia que lo mismo puede ser expresa que tácita, si resulta esta última de actos que hacen suponer el abandono del derecho adquirido, cuya prueba corresponde hacer al que la alegue ó afirme su existencia, puesto que le trae provecho.

Son prescriptibles todas las cosas que están en el comercio de los hombres, esto es, las que son objeto de derecho y forman el patrimonio particular del hombre, pues la prescripción es una institución civil y no puede sustraerse á las disposiciones que la ley de esta naturaleza determina; de manera que no son objeto de prescripción las cosas cuya transmisión estuviese prohibida por la ley.

Los acreedores y cualesquiera otra persona interesada en hacer valer la prescripción, podrán utilizarla, á pesar de la renuncia expresa ó tácita del deudor ó propietario, porque, constituyendo un derecho, cabe la acción subrogatoria, y porque, si así no fuera, habría manera de perjudicar á esos acreedores con renunciaciones coloradas ó fraudulentas.

Las prescripciones del tít. 8.º del Código se entienden sin perjuicio de lo que en éste ó en leyes especiales se establezca respecto á determinados casos de prescripción, como sucede con la de los delitos y penas, con las deudas y créditos del Estado y contra el Estado y demás objetos de legislación especial é independiente.

La prescripción comenzada antes de publicarse el Código se regirá por las leyes anteriores al mismo, puesto que se trata de una relación jurídica que tenía existencia, de la cual es resultado el derecho de prescripción en estado de esperanza; pero si, desde que fuere puesto aquél en observancia, transcurriese todo el tiempo en él exigido para la prescripción, surtirá ésta su efecto, aún cuando por dichas leyes anteriores se requiriese mayor lapso de tiempo. Aplican este artículo las sents. de 31 de Enero de 1903, 22 de Julio de 1904 y 12 Junio 1906.

Para la prescripción ordinaria de dominio y demás derechos reales se necesita poseer las cosas, no una posesión imaginaria, sino real por el mismo prescribiente ó por quien le represente, pues la ley no puede admitir supercherías. La posesión es, como dice Bigot-Preameneu, el hecho positivo, exterior y contínuo que indica el dominio, el atributo principal y la prueba de la propiedad, ó el signo exterior del dominio como la llama Ihering; no teniéndola el prescribiente, mal puede elevarse al rango de dueño. Además, requiérese para la prescripción la buena fe; de manera que no basta la posesión, con lo cual la ley viene á premiar el celo y el interés de los poseedores, requisito necesario, según se declaró en Sent. de 1.º de Marzo de 1904, es preciso, que, también haya un elemento moral, consistente en la creencia que tiene el poseedor de que la persona de quien recibió la cosa era dueña de ella y podía transmitir su do-

minio, creencia que, ha de ser fundada, apoyada en razón derecha, como decían las Partidas; habiendo justo título, se presume la buena fe y, por el contrario, si falta aquél, esta última no existe. También se exige justo título, porque, faltando éste, existe una usurpación ó un despojo que jamás pueden servir de fundamento á un derecho, habiéndose declarado en sent. de 13 de Julio de 1904, que no habiéndose justificado debida y legítimamente la posesión de unos títulos, no puede prevalecer la prescripción, por falta de los requisitos necesarios; doctrina aplicable á los demás casos de prescripción adquisitiva ú ordinaria. Y, por último, requiérese el lapso de tiempo establecido por la ley, pues á esta institución debe rodeársela de las garantías posibles en evitación de abusos.

La posesión ha de ser en concepto de dueño, pública, pacífica y no interrumpida; de manera que ni el arrendatario ni el depositario ni el comodatario pueden prescribir las cosas que tengan por estos títulos, como tampoco el administrador, porque les falta el ANIMUS DOMINI.

Aunque el prescribiente no tenga la cosa física ó materialmente, puede adquirirla por ese modo si la tiene quien le representa, porque la posesión que se exige es la civil; la posesión ha de ser exclusiva, no la que tengan dos litigantes que se aprovechan del terreno objeto del juicio (Sent. 22 Mayo 1896).

Además, ha de ser pública, porque lo exige la exteriorización del dominio; de suerte que los actos clandestinos y sin conocimiento del poseedor no afectan á la posesión (art. 1.942 en relación con el 444). Tampoco aprovechan al poseedor los actos verificados en virtud de licencia ó por mera tolerancia del dueño, porque, en éste, no se ve dejación alguna de su derecho, si que lo mantiene dentro del radio del precario. La posesión ha de ser pacífica y no interrumpida; lo primero, porque la violencia es opuesta á todo derecho; ni siquiera cabe que uno se tome la justicia por su mano; lo segundo, porque toda interrupción legal ó real constituye un motivo opuesto á la presunción de dominio por prescripción, que solo se perfecciona poseyendo la cosa durante el tiempo fijado por la ley.

La posesión se interrumpe, para los efectos de la prescripción, natural ó civilmente; lo primero, cuando por cualquier causa se cesa en ella por más de un año, ya por abandono de la cosa poseída, ya por cesión hecha á otro con título oneroso ó lucrativo, ya por destrucción ó pérdida total de la cosa ó por quedar ésta fuera de comercio de los hombres, ya por la posesión de otro, aún contra la volun-

tad del antiguo poseedor, si la nueva posesión hubiese durado más de un año; y tal trascendencia tiene esa interrupción que aún cuando después comience de nuevo la posesión, no tiene fuerza ninguna la anterior, ni es computable el tiempo transcurrido en ese paréntesis de interrupción. La interrupción supone un acto que ha de ser eficaz con arreglo á derecho, realizado antes de que la prescripción haya quedado perfeccionada, no con posterioridad á ésta, según se ha declarado en Sent. 18 Marzo de 1902.

La interrupción civil se produce por la citación judicial hecha al poseedor, aunque sea por mandato de Juez incompetente, porque á la ley le basta que el reclamante acuda á la justicia restablecedora, y no es cosa de que salga perjudicado, máxime cuando las cuestiones de competencia jurisdiccional no son asunto sencillo ni aún para los jurisperitos. Se considerará no hecha y dejará de producir interrupción la citación judicial: 1.º Si fuere nulo por falta de las solemnidades legales, por obligarlo la pureza del procedimiento; 2.º Si el actor desistiere de la demanda ó dejare caducar la instancia, porque entonces, *ipso facto*, cesa el estado del derecho enjuiciado, como si no se hubiera establecido, y 3.º Si el poseedor fuere absuelto de la demanda, porque entonces la justicia le da la razón; en estos casos, si fuese repuesto en la posesión el poseedor, se entenderá corrido, para los efectos de la prescripción, el tiempo que hubiese durado la interrupción civil, lo cual no ocurre con la interrupción natural.

El requerimiento preparatorio de juicio hecho para la exhibición de un resguardo de depósito no constituye la citación judicial si al practicarse no se advierte al requerido que los efectos exhibidos son los que constituyen el objeto de la demanda, ni se le previene que los conserve hasta la resolución del pleito (Sent. 31 de Marzo de 1902), como tampoco interrumpen civilmente la prescripción, ni el embargo preventivo ni el ejecutivo, puesto que en ellos no se disputa la posesión; de manera que la interrupción ha de ser idónea, debiendo practicarse la citación con las solemnidades legales, pues lo nulo jamás puede producir efecto; de donde resulta que, faltando estas solemnidades, tal acto se considera como no hecho, rezando en este punto lo dispuesto en el art. 4.º del Código. Véase la Sent. de 23 de Noviembre de 1900, que no considera interrumpida la posesión cuando no aparece que fuera parte en el pleito aquél contra el cual se produjo aquella, ni que se le notificara el fallo.

Son cosas distintas la caducidad de la instancia, desconocida en el Derecho antiguo é introducida en la ley procesal para que los

pleitos no se hagan interminables con un sueño indefinido, y la prescripción de la acción ejercitada en la demanda, pues, después de caducada la instancia por disposición del Juez ó de los Tribunales que, de oficio, deben tomar, cabe promover de nuevo el juicio, hecha tabla rasa de lo anteriormente actuado, pudiéndose ejercitar la misma acción si para entonces no hubiera prescrito ya, y aún cuando hubiera prescrito, al demandado es á quien corresponde excepcionar.

La caducidad y el desestimiento se hallan en igualdad de circunstancias, pues cabe que pueda promoverse de nuevo el juicio, surgiendo entonces la interrupción de la prescripción, que no se enlaza con la primera interrupción, pues el tiempo corrido en ésta aprovecha al poseedor y lo cuenta para utilizarlo.

También se produce interrupción civil por el acto de conciliación siempre que, dentro de dos meses de celebrado, se presente ante el Juez la demanda sobre posesión ó dominio de la cosa cuestionada (art. 1947 del Código, tomado del 479 de la ley de Enjuiciamiento civil); una vez interpuesta la demanda viene la citación y con ésta la interrupción por ese motivo.

Cualquier reconocimiento expreso ó tácito que el poseedor hiciera del derecho del dueño interrumpe asimismo la posesión; fúndase esto en que, conforme al art. 445, no puede reconocerse la posesión de hecho y en concepto de dueño en dos personas distintas á la vez, como no sea en los excepcionales casos de la indivisión. Es jurisprudencia anterior á la publicación del Código, pero que puede aplicarse ahora, que el deslinde y apeo de una heredad, practicados con el único objeto de señalar sus límites, no interrumpe la posesión (sentencias de 28 Enero de 1859 y 21 Junio de 1862). Si por el deslinde practicado se reclama judicialmente la cosa, se interrumpe la prescripción.

Contra un título inscrito en el Registro de la propiedad no tendrá lugar la prescripción ordinaria del dominio ó derechos reales en perjuicio de tercero, sino en virtud de otro título legalmente inscrito, debiendo empezar á correr el tiempo desde la inscripción del segundo: art. 1.943, que es consecuencia de lo dispuesto en el 462 del Código y en el 35 de la ley Hipotecaria; éste se refiere á terceros que tengan su derecho inscrito, pero no á los que no se hallen en tal caso (Sent. 25 Noviembre de 1896), porque la inscripción da notoriedad á su derecho. La eficacia de la prescripción depende de la inscripción del título, y el tiempo transcurrido hasta que ésta se practique se tiene por no pasado para los efectos de la prescripción, pues

en otro caso quedaría violado el art. 25 de la ley Hipotecaria, faltando uno de los fundamentales principios en que ésta descansa; pero todo esto se refiere á la prescripción ordinaria, no á la extraordinaria, exigente solo de la realidad de la posesión no interrumpida durante treinta años, ya que no pide título. El tercero á que se refiere el art. 1.949 es el que define la ley Hipotecaria (Sent. 20 de Diciembre de 1901).

Ya hemos dicho en qué consiste la buena fe del poseedor; no viene á ser más que la creencia de que la persona de quien recibió la cosa era dueña de ella y podía transmitir su dominio, creencia que debe ser fundada, no caprichosa; basta que exista el título para que se presuma la buena fe, porque hay razón derecha en el poseedor, como dicen las Partidas, pero si el poseedor no ignora las causas que impiden la transmisión de la cosa á su favor, carece de buena fe, por faltarle esa creencia, esa pureza moral, si cabe la palabra, que debe resplandecer en su acto adquisitivo y, de consiguiente, destruida esa presunción *juris tantum* de la buena fe (Sent. 6 Diciembre de 1904), por prueba que debe hacer el que la niegue, carece de derecho á la prescripción ordinaria. Los arts. 1.950 y 1.951 se completan con los 433, 434, 435 y 436.

Entiéndese por justo título el que legalmente basta para transferir el dominio ó derecho real de cuya prescripción se trate; de manera que ha de ser idóneo, para que no se convierta en una usurpación ó en un despojo; además ha de ser verdadero y válido; lo primero, porque no cabe la superchería, la simulación ó la falsedad; lo segundo, porque lo nulo no puede ser nunca fuente de derechos, ni tener eficacia en tiempo alguno. Pero el título ó la razón derecha debe ser probado por quien lo invoca, al contrario de la buena fe, porque este elemento ético se presume. En Sent. 26 Diciembre de 1900 se dice que no puede adquirir por prescripción la propiedad de un solar el que habiéndolo disfrutado mediante el pago de cierta merced á su dueño, construyó un edificio sobre él, porque el título de arrendamiento era ineficaz para transferir el dominio á favor del edificador.

El dominio de los bienes muebles se prescribe por la posesión no interrumpida de tres años con buena fé; aquí no se requiere el justo título, porque la posesión equivale á él (art. 464). También se prescribe el dominio de las cosas muebles por la posesión no interrumpida de seis años, sin necesidad ni de buena fe, ni de justo título; pero si las cosas fueron hurtadas ó robadas, no podrán ser pres-

critas por los que las hurtaron ó robaron (incapacidad por razón del hecho punible que alcanza á los autores, cómplices y encubridores) á no haber prescrito el delito ó falta ó su pena, y la acción para exigir la responsabilidad civil nacida del delito ó falta. Ese plazo de seis años se cuenta desde la extinción de la responsabilidad penal y civil del poseedor.

En cuanto al derecho del dueño para reivindicar la cosa mueble perdida ó de que hubiese sido privado ilegalmente, así como respecto á las adquiridas en venta pública, en bolsa, feria ó mercado de comerciante legalmente establecido (la inscripción del comerciante individual no es obligatoria) y dedicado habitualmente al tráfico de objetos análogos, se estará á lo dispuesto en el art. 464 del Código, el cual debe relacionarse con lo dispuesto los 85, 86, 545 y 560 del de Comercio.

El dominio y demás derechos reales sobre bienes inmuebles se prescriben por la posesión durante diez años entre presentes y veinte entre ausentes, con buena fe y justo título; esta es la prescripción adquisitiva ordinaria. Se considera ausente al que reside en el extranjero ó en ultramar; si parte del tiempo estuvo presente y parte ausente, cada dos años de ausencia se reputarán como uno para completar los diez de presente; si la ausencia no fuere de un año entero y contínuo no se tomará en cuenta para el cómputo.

Se prescriben también el dominio y demás derechos reales sobre los bienes inmuebles por su posesión no interrumpida durante 30 años, sin necesidad de título ni de buena fe y sin distinción entre presentes y ausentes, salvo la excepción del art. 539 que se refiere á las servidumbres contínuas y á las discontinuas no aparentes, que solo pueden adquirirse en virtud de título. Esta es la prescripción extraordinaria entrañada, más que la otra, en la necesidad social en que se funda y en la cual la ley consagra el derecho en homenaje al tiempo, para que cese toda incertidumbre en el dominio y en los derechos dominicales; pero, durante esos 30 años, ha de haber posesión real y continuada, no ha de ser una posesión inventada, aunque resulte de un título posesorio colorado; admitiérase esto y se entronizaría el despojo, por medios ilícitos.

En la computación del tiempo necesario para la prescripción, lo mismo en la ordinaria que en la extraordinaria, se observará lo siguiente: 1.º El poseedor actual (la actualidad es elemento *SINE QUANO* de la posesión, para prescribir), puede completar el tiempo necesario, uniendo al suyo el de su causante, porque entre ambos se

establece un vínculo de sucesión, universal ó singular. (Véase el artículo 440). 2.º Se presume que el poseedor actual, que lo hubiera sido en época anterior, ha continuado siéndolo durante el tiempo intermedio salvo prueba en contrario, y 3.º El día en que comienza á contarse el tiempo, se tiene por entero, pero el último debe cumplirse en su totalidad.

Estas son las reglas contenidas en el art. 1.960, siendo de significar que á la palabra *causante* debe dársele una acepción general que comprenda al que, por cualquier título idóneo, verdadero y válido, haya transferido el bien ó derecho al que lo prescriba.

Respecto de la prescripción de acciones, también en la necesidad social tiene su fundamento, pues es de suponer que quien las deduzca, ó no tiene título ó, teniéndolo, es recusable, ó aún ostentándolo, ha hecho tácita dejación de su derecho, renunciándolo y libertando al deudor de la obligación contraída; no se necesita en esta prescripción, ni buena fe, ni posesión, ni título; basta el mero lapso de tiempo fijado por la ley.

Este es el de seis años de perdida la posesión, tratándose de acciones reales sobre bienes muebles, á menos de que el poseedor haya ganado por menos término el dominio, conforme al artículo 1.955 y excepto en los casos de extravío y venta pública, y los de hurto y robo de que hemos hablado; el de 30 años, tratándose de acciones reales sobre bienes inmuebles, sin perjuicio de lo establecido para la adquisición del dominio ó derechos reales; de veinte años, si es la acción hipotecaria, y de 15 las acciones personales que no tengan término especial, como determina el Fuero de Vizcaya, pues el Código se ha separado en esto de la ley 63 de Toro que exigió el lapso de 10 años para la acción personal ejecutiva, 20 para la ordinaria y la ejecutoria dada sobre ella y 30 para la mixta de real y personal, por cierto no registrada en dicho cuerpo legal. No existen, pues, ni acción personal ejecutiva, ni acciones mixtas, quedando reducida la nomenclatura á personales y reales, manteniéndose la acción hipotecaria con la misma duración de veinte años, desde que sea exigible la deuda.

No prescribe entre coherederos, condueños ó copropietarios de fincas colindantes la acción para pedir la partición de herencia (FAMILIA ERCISCUNDE), la división de la cosa común (COMUNI DIVIDUNDO) ó el deslinde de las propiedades contiguas (FINIUM REGUNDORUM), esto es, lo que el Derecho romano llama juicios divisorios; y son imprescriptibles, porque no existe entre los coherederos, condóminos y

colindantes la posesión exclusiva en uno de ellos, siendo de citar, á este respecto, por confirmar esta doctrina, las Sents. de 15 de Abril, 21 de Mayo y 22 de Junio de 1904 y 15 de Enero de 1902. Pero si uno de los herederos ha poseído como dueño, pacífica y públicamente por más de 30 años, sí que es prescriptible la acción, no de división de herencia, sino la reivindicatoria (Sents. 31 de Mayo de 1899 y 24 de Noviembre de 1906).

Prescriben á los cinco años las acciones, que son personales, para el cobro de pensiones alimenticias, percibo del precio de los arrendamientos, sean éstos de fincas rústicas ó de fincas urbanas, y en general cualesquiera acción para obtener pagos que deban hacerse por años ó en plazos más breves. Es real la acción para pedir la pensión vitalicia para cuyo pago el testador afectó su caudal (S. 4. Octubre 1893). Por el transcurso de 3 años prescriben las acciones para el cumplimiento de las obligaciones que determina el art. 1.967, siendo de citar las siguientes sentencias: la de 7 de Enero de 1889 que comprende bajo la palabra *honorarios* no solo la retribución de servicios profesionales, sino la de cualesquiera otros, como los prestados por un dependiente de comercio, y la de 16 de Febrero de 1899 que se refiere á cómo debe computarse el tiempo para la prescripción de las acciones á que el art. 1.967 se refiere.

La acción posesoria prescribe al año y por igual tiempo la que tiende á exigir la responsabilidad por injuria ó calumnia, y por las obligaciones derivadas de la culpa ó negligencia; pasado este tiempo, desde que se sufrió el perjuicio causado, queda prescrita (sentencia 12 Enero de 1907).

El tiempo para la prescripción de toda clase de acciones, cuando no haya disposición especial que otra cosa determine, se contará desde el día en que pudieron ejercitarse, esto es, desde que hubo posibilidad legal de ejercitarlas; por lo que solo deben ser tenidas en cuenta las condiciones del individuo ú otras circunstancias cuando la Ley así lo determine y prefije como excepción (sentencia de 8 de Mayo de 1903). La acción concedida á los menestrales para el pago de su trabajo prescribe á los tres años, lo mismo que la de los Jueces, abogados, registradores, notarios, escribanos, peritos, agentes y curiales, por sus honorarios y derechos, gastos y desembolsos, á los profesores y maestros, á los farmacéuticos por medicinas, á los posaderos por la comida y habitación y á los mercaderes por el precio de los géneros vendidos á los que no lo sean, ó, siéndolo, se dediquen á distinto tráfico) y debe contarse desde la fe-

cha en que se terminó la obra cuyo importe se reclama (Sent. de 28 de Septiembre de 1897.)

El tiempo para la prescripción de acciones que se dirigen al cumplimiento de obligaciones de capital con interés ó renta, corre desde el último pago de éstos; por ello es conveniente que el acreedor exija del deudor un documento acreditativo de haber verificado el pago, tanto más cuanto que hoy no solo las pensiones, sino el capital del censo es prescriptible.

El tiempo de la prescripción de las acciones para exigir el cumplimiento de obligaciones declaradas por sentencia comienza desde que esta quedó firme, porque entonces es cuando tienen eficacia para la exigibilidad de la obligación. El término para exigir la rendición de cuentas corre desde el día en que cesaron en sus cargos los que debían rendirlas, porque entonces cesan en la gestión; pero la acción ejercitable por consecuencia del resultado corre desde que éste es conocido por conformidad de las partes interesadas.

La prescripción de las acciones se interrumpe por su ejercicio ante los Tribunales, por reclamación extrajudicial del acreedor ó por cualquier acto de reconocimiento de la deuda por el deudor: artículo 1.973, que es independiente de lo establecido en el 1.935 (Sent. 5 Noviembre de 1903). No puede ni debe darse á los actos de conciliación otra eficacia que la determinada por el art. 479 de la ley procesal (Sent. 9 Octubre 1906). Basta para interrumpir la prescripción liberatoria la mera presentación de la demanda ante los Tribunales, sin esperar á la citación judicial, al contrario de lo que sucede en la prescripción adquisitiva, exigente de este último requisito; pero, para considerarse interrumpido el plazo, es indispensable que se haya ejercitado la acción, no otra, aunque sea análoga (Sent. 5 Julio 1904).

La interrupción de la prescripción de acciones en las obligaciones solidarias aprovecha ó perjudica á todos los acreedores y deudores, porque se hallan unidos por el vínculo contractual; disposición aplicable á los herederos del deudor en toda clase de obligaciones, porque les une el nexo sucesorio y todos tienen la representación del causante; pero, en las obligaciones mancomunadas—nosotros diríamos simples ó á prorrata—cuando el acreedor no reclame de uno de los deudores mas que la parte que le corresponde, no se interrumpe por ello la prescripción respecto de los otros codeudores. El Código es consecuente con lo dispuesto en el art. 1.141.

La interrupción de la prescripción contra el deudor principal

por reclamación judicial de la deuda surte también su efecto contra su fiador pues la fianza es una obligación accesoria que sigue á la principal; pero no perjudicarán al fiador las reclamaciones extrajudiciales del acreedor ó reconocimientos privados del deudor, porque unos y otros pueden ser fruto de connivencia entre el acreedor y el deudor para dar vida legal á una acción preserita, con perjuicio del que se constituyó en fiador. La ley, pues, tiende á prevenir todo fraude con la excepción establecida en el art. 1.975.

## FIN DE LA OBRA

*Playa del Serrallo (Castellón de  
la Plana) 31 de Agosto de 1912.*

## ERRATAS

de importancia notadas en los tomos II y III; además de las señaladas en el tomo I, hay otra que luego indicaremos. La ilustración del lector sabrá suplir las que encuentre en toda la obra, no mencionadas por nosotros.

TOMO	PÁGINA	LÍNEA	DICE	LÉASE
I	187	34	¿Son irrevocables.....	¿Son revocables.....
II	15	38	legal colindantes	legal de colindantes
»	21	31	los que no habían	los que habían
»	137	14	públicos	publicus
»	140	35	menos en el caso	en el caso
»	165	5	porque	por
»	171	32	falto de	faltote
»	174	27	proclamar	proclamar la
»	206	13	del derecho	del derecho)
»	228	35	figura	figura también
»	232	20	significado;	significado:
»	278	19	á	ha
»	280	33	apoyo	apogeo
»	281	12	587	1,857
»	313	34	MAUN	MANU
»	318	32	restituye	restringe
»	333	38	negligencia	negligencia (
»	380	23	información	formación
»	387	23	cumplido á las	cumplido las
III	28	24	Carcalla	Caracalla
»	47	35	revelarse	rebelarse
»	101	17	intermedio, y así	intermedio, así
»	147	12	inominado	innominado
»	150	15	proveyendo	proveyendo,
»	165	22	JURIS	JURIS,
»	200	24	ejecutado,	ejecutado;
»	144	13	preceptiva de	preceptiva de que
»	231	20	Max	Marx
»	234	4	maxista	marxista
»	263	antep.	Philíphis	Philípis
»	264	3	DE, y	DE,
»	265	6	Digesto de	Digesto, de
»	268	18	depósito;	depósito);
»	319	5	adolezca vicio	adolezca de vicio
»	328	20	seguir del debate	seguir el debate
»	329	9	Derecho	derecho

TOMO	PAGINA	LÍNEA	DICE	LÉASE
III	373	24	Carcalla	Caracalla
>	459	19	autorizadas ó por	autorizadas por
>	465	18	de que una	de una
>	497	25	refugiados de	refugiados en
>	523	2	descendientes los	descendientes y los
>	527	18	se la priva	le priva de ella
>	584	7	reciso	resciso
>	607	22	dec ada	de cada
>	625	1	sobreviviente	al sobreviviente
>	641	8	dísfrutaban	dísfrutaba
>	>	32	equivale castrar	equivale á castrar
>	645	15	descendiente	ascendiente
>	702	penúlt.	deli-	de li-



# ÍNDICE

## DERECHO CONTRACTUAL

### CAPÍTULO I (De los contratos)

	Págs.		Págs.
Idea general.....	5	De la causa.....	42
Historia de la contratación....	7	De la eficacia de los contratos.	46
Obligatoriedad del contrato....	9	De la interpretación de los con-	
Ley del contrato.....	10	tratos.....	49
De la generación, perfección y		Nulidad y rescisión de los con-	
consumación de los contratos.	15	tratos: su historia.....	56
De los requisitos esenciales pa-		Invalidación de los contratos se-	
ra la validez de los contratos.	21	gún el Derecho romano.....	57
Capacidad.....	21	Diferencia entre nulidad y res-	
Aragón.....	25	cisión.....	58
Cataluña.....	26	De la nulidad, confirmación y	
¿Es válida en Cataluña la com-		rescisión.....	58
pra hecha á favor de ambos		De la rescisión ante el Código y	
cónyuges?.....	28	el Derecho foral.....	64
Navarra y Vizcaya.....	29	De la lesión.....	68
Medios complementarios.....	30	Efectos de la nulidad y de la	
Consentimiento de la mujer....	31	rescisión.....	69
Capacidad de las personas jurí-		Beneficio de ileción ó ilicitud ..	74
dicas.....	31	Jurisprudencia y doctrina re-	
Del consentimiento.....	35	ciente.....	75
Del objeto de los contratos....	40		

### CAPÍTULO II (De los contratos consensuales)

De la DONACIÓN: su concepto y		Responsabilidad y derechos del	
clases.....	77	donante.....	90
Cataluña.....	82	La insinuación ante el Derecho	
Donaciones entre cónyuges....	87	romano y las Constituciones.	90
Donación entre tutelados y sus		Aragón.....	91
guardadores.....	87	Navarra.....	93
Cesión á persona más poderosa.	88	Vizcaya.....	94
Donaciones entre vivos de pa-		Mallorca.....	95
dres é hijos.....	88	CÓDIGO CIVIL.—Elemento perso-	
Revocación de las donaciones .	89	nal de la donación.....	95

	Págs.
Elemento formal de la donación	99
Elemento real de la donación..	103
De los efectos y limitación de las donaciones.....	103

	Págs.
De la revocación y reducción de las donaciones.....	108
Jurisprudencia reciente.....	117

### CAPÍTULO III (De los contratos consensuales preparatorios)

SOCIEDAD.....	119
Elemento personal .....	121
Elemento real .....	122
Elemento formal .....	122
Clases de sociedades .....	125
Derechos de los socios.....	129
De la administración.....	134
De las obligaciones de los socios con un tercero.....	138
De los modos de extinguirse la sociedad.....	139

DEL MANDATO: Su naturaleza y caracteres .....	146
Clases de mandato .....	148
Límites del mandato.....	152
Elemento personal del mandato	153
Efectos del mandato para con un tercero .....	156
De las obligaciones del mandatario .....	158
Obligaciones del mandante....	166
De los modos de acabarse el mandato.....	170

### CAPÍTULO IV (De los contratos principales consensuales)

COMPRAVENTA: Su origen y concepto.....	175
Promesa de venta.....	176
Elementos de la compraventa..	179
De la capacidad del vendedor y del comprador.....	179
De la cosa y del precio .....	183
Del perfeccionamiento.....	187
Forma del contrato.....	190
De las obligaciones del vendedor	190
Del saneamiento.....	198
Del saneamiento por los defectos ó gravámenes ocultos de la cosa vendida .....	207
De las obligaciones del comprador.....	212
Mejora de la venta ó pacto de adición «in diem».....	216

De la transmisión de créditos..	217
Venta de herencia.....	223
Venta de crédito litigioso .....	225
DE LA PERMUTA.....	228
CONTRATO DE TRABAJO.....	230
Derecho positivo: Cataluña....	239
Navarra .....	240
Código civil .....	240
De las obras por ajuste ó precio alzado: Cataluña .....	242
Navarra .....	244
Código civil .....	244
De los transportes por agua y tierra tanto de personas como de cosas.....	249
Venta de objetos de valor artístico ó de interés histórico...	249

### CAPÍTULO V (De los contratos reales)

Idea general del PRÉSTAMO.....	251
Del COMODATO.....	252
Del PRECARIO .....	259
Del MÚTUO.....	259

Del DEPÓSITO.....	263
Depósito voluntario .....	265
Del depósito necesario.....	276
Del secuestro.....	277

## CAPÍTULO VI (Contratos de garantía)

Idea general.....	279	De los efectos de la fianza entre los cofiadores.....	299
De la FIANZA.....	279	De la extinción de la fianza ...	300
De la capacidad.....	285	De la fianza legal y judicial....	303
De los efectos de la fianza ....	286		
De los efectos de la fianza entre el deudor y el fiador.....	294		

## CAPÍTULO VII (De los contratos aleatorios ó de suerte)

Idea general.....	305	De la RENTA VITALICIA.....	311
Del contrato de SEGURO .....	307	Jurisprudencia reciente.....	315
Del JUEGO y de la APUESTA.....	309		

## CAPÍTULO VIII (De las transacciones y compromisos)

De las transacciones.....	317	De los compromisos .....	325
---------------------------	-----	--------------------------	-----

## CAPÍTULO IX (De los cuasi=contratos)

Su naturaleza y especies.....	327	De las obligaciones que nacen de la culpa ó negligencia .....	338
De la gestión de negocios.....	329	Del daño moral.....	340
Del cobro de lo indebido.....	334	De la obligación de indemnizar.	344

DERECHO SUCESORIO

## CAPÍTULO X (De la sucesión mortis causa)

Introducción .....	349	Clases y situaciones de la herencia .....	358
La sucesión ante la Legislación foral .....	354	Manera de deferirse la sucesión	363
La sucesión ante el Código civil	356	Del heredero y del legatario...	364

## CAPÍTULO XI (De la sucesión voluntaria)

Testamentos .....	366	ANTE LA LEGISLACIÓN FORAL:	
DE LAS FORMAS DE LOS TESTAMENTOS: De los testamentos en Roma .....	369	Cataluña.—Derecho general y local .....	379
De las formas del testamento ante el Derecho tradicional..	374	Del testamento abierto.....	380
DE LAS FORMAS DEL TESTAMENTO		Del testamento sacramental...	383
		Testamentos del ciego y mancomunado.....	385

	Págs.
Del testamento cerrado . . . . .	386
De los testamentos especiales . . . . .	386
Del codicilo . . . . .	390
Cláusula codicilar . . . . .	390
Aragón . . . . .	391
Jurisprudencia . . . . .	396
Sucesión contractual . . . . .	397
Navarra . . . . .	398
Testamento de hermandad . . . . .	399
Del abonamiento . . . . .	400
Codicilos . . . . .	401
Vizcaya . . . . .	401
Baleares . . . . .	403
DE LA CAPACIDAD PARA TESTAR. . . . .	403
Cataluña . . . . .	403
Aragón . . . . .	406

	Págs.
Navarra . . . . .	406
Vizcaya y Baleares . . . . .	406
De los testigos . . . . .	407
Código civil . . . . .	407
De las formas del testamento . . . . .	417
Del testamento ológrafo . . . . .	418
Del testamento abierto . . . . .	423
Testamentos excepcionales . . . . .	429
Testamento cerrado . . . . .	432
De los testamentos especiales . . . . .	436
Del testamento marítimo . . . . .	439
Del testamento de español en país extranjero . . . . .	442
De los testigos . . . . .	443
Jurisprudencia . . . . .	447

## CAPÍTULO XII (Del contenido del testamento)

Institución de heredero . . . . .	449
Capacidad del heredero . . . . .	451
Incapacidades . . . . .	454
Forma de la institución . . . . .	465
De las sustituciones de herederos . . . . .	469
De la sustitución vulgar . . . . .	470
Jurisprudencia . . . . .	473
De la sustitución pupilar . . . . .	474
Sustitución ejemplar . . . . .	477
De la sustitución fideicomisaria . . . . .	478
Legislación foral . . . . .	482
Cataluña . . . . .	482
Cuarta trebeliánica . . . . .	484
Fideicomisos particulares . . . . .	485
Código civil . . . . .	486
Jurisprudencia en materia de fideicomisos según el Derecho catalán . . . . .	490
De las legítimas . . . . .	492
Legislación catalana . . . . .	497
Aragón . . . . .	502
Navarra . . . . .	505

Vizcaya . . . . .	508
Mallorca . . . . .	510
Código civil . . . . .	511
Examen del art. 812 . . . . .	513
Inmunidad de la legítima . . . . .	515
Legítima de la familia natural . . . . .	520
De la preterición . . . . .	524
De la desheredación . . . . .	526
Cataluña . . . . .	528
Navarra . . . . .	529
Aragón . . . . .	530
Código civil . . . . .	530
De las mejoras . . . . .	535
Legados . . . . .	543
Adquisición del legado . . . . .	558
De los legados por causas piadosas . . . . .	564
De la cuarta falcidia . . . . .	564
Aragón . . . . .	566
Navarra . . . . .	567
De la institución de heredero y de los legados condicionales y á término . . . . .	568

## CAPÍTULO XIII (De la interpretación y de la invalidación de los testamentos)

Idea general . . . . .	575
Cataluña y Navarra . . . . .	579

De la invalidación del testamento . . . . .	582
Cataluña y Navarra . . . . .	587

## CAPÍTULO XIV (De la sucesión intestada)

Su concepto, historia y fundamento .....	589	Sucesión intestada de los impúberes .....	605
Código civil .....	597	Aragón .....	607
LEGISLACIÓN FORAL .....	602	Alto Aragón .....	608
Cataluña .....	603	Navarra .....	608
		Vizcaya .....	610

## CAPÍTULO XV (Institutos comunes á las sucesiones testada y legítima)

Precauciones que deben adoptarse cuando la viuda quede en cinta .....	611	Estudio del art. 811 .....	637
Derechos del cónyuge viudo .....	616	De la reserva ordinaria .....	644
Código civil .....	617	Cataluña .....	646
Legislación foral .....	624	Navarra .....	646
Cataluña .....	624	Vizcaya .....	647
Aragón .....	625	Efectos que producen las reservas .....	648
Navarra .....	627	Del albaceazgo .....	650
Vizcaya .....	628	De la aceptación y de la repudiación de la herencia .....	655
Mallorca .....	629	Del beneficio de inventario y del derecho de deliberar .....	663
Del derecho de acrecer .....	629	De la colación .....	671
Cataluña y Navarra .....	633	De la partición de herencia .....	678
Reservas de bienes .....	634		

## CAPÍTULO XVI (De la concurrencia y prelación de créditos)

De la concurrencia y prelación, etc. ....	693	Disposiciones oficiales, jurisprudencia y doctrina .....	699
---	-----	--	-----

## CAPÍTULO XVII (De la prescripción)

Idea general, fundamento é historia .....	701	Navarra .....	708
Cataluña .....	703	Vizcaya .....	709
Aragón .....	706	Código civil .....	709
Erratas .....			721

