

El párrafo 3.º del artículo 820 del Código civil

ANTONIO GULLON BALLESTEROS

Profesor Adjunto de Derecho Civil en la Universidad de Sevilla

SUMARIO: El párrafo 3.º del artículo 820 como norma de reducción de legados.—Las disposiciones testamentarias sujetas al artículo 820, párrafo 3.º.—Condiciones para el ejercicio del párrafo 3.º del artículo 820.—Los sujetos del derecho de opción.—Forma en el ejercicio de la opción.—La posición jurídica del legatario después de la conmutación del objeto de su legado.

El artículo 820 del Código civil se ocupa de dar normas para la reducción de las liberalidades que lesionen las legítimas. Contiene, sin embargo, una disposición extraña en cuanto a su encuadre legal, que es la comprendida en el párrafo 3.º del citado precepto, y a cuyo tenor: «Si la manda consiste en un usufructo o renta vitalicia, cuyo valor se tenga por superior a la parte disponible, los herederos forzosos podrán escoger entre cumplir la disposición testamentaria o entregar al legatario la parte de herencia de que podía disponer libremente el testador».

Hemos dicho que la incardinación de la norma en cuestión es un tanto extraña, porque aparentemente no guarda ninguna relación, ni próxima ni remota, con el problema que plantea la reducción de liberalidades. En efecto, aquí no se dice que la porción del legado de usufructo o renta vitalicia que exceda de la cuota disponible habrá de reducirse, sino que precisamente, se deja a los herederos forzosos la elección, consistente entre *cumplir* por entero lo ordenado por el testador, o bien proceder a una conmutación del objeto del legado. No habría, por tanto, reducción de ninguna clase que pudiera justificar la inclusión del párrafo 3.º en el artículo 820. No obstante, ya veremos en el curso de este trabajo la posibilidad de que en el desarrollo de su temática pueda traerse a colación la susodicha reducción de liberalidades.

El párrafo 3.º del artículo 820 plantea cuestiones de gran interés no exclusivamente dogmático. La casi nula atención que la doctrina española ha prestado al mismo, con excepción de los au-

tores que se han ocupado de la llamada *cautela de Socino* (y aun así se han limitado a indicar aquel precepto como fundamento de validez de tal cautela), y la falta de doctrina legal, constituyen para nosotros alicientes más que sobrados, a fin de intentar abordar el estudio completo de esa facultad de opción que se brinda a los herederos forzosos para salvaguardar sus legítimas, que no pueden en este caso de lesión de las mismas intentar plantear con éxito la acción de reducción. Vaya, sin embargo, por delante nuestra creencia en la justicia y racionalidad del precepto, que flexibiliza extraordinariamente la rígida aplicación de la doctrina de la reducción de liberalidades del causante. Decía GARCÍA GOYENA, al comentar el número 3.º del artículo 649, que reproduce casi el 820, 3.º: «El medio adoptado por el Código francés y los que lo siguen es más sencillo, pues aleja las dificultades con que puede tropezarse para apreciar justamente las disposiciones objeto de este número» (1). Se refería el ilustre jurista al Código prusiano, que establecía la obligación de capitalizar las anualidades o el usufructo para poder hacer las reducciones.

En realidad, aparte de la mayor o menor facilidad para realizar la capitalización de la renta vitalicia o el usufructo (la legislación del Impuesto de Derechos Reales sería un valioso instrumento), es siempre problemático que la disposición testamentaria lesione las legítimas, porque si efectivamente puede hacerse un cálculo del valor, hay algo inconcreto e indeterminado, cual es la duración de la vida del usufructuario o perceptor de la renta vitalicia, que evidentemente es susceptible de alterar aquel cálculo. Es a ello a lo que se debe la negación de la acción de reducción a los herederos forzosos, dada la falta de seguridad de que exista, o pueda existir, una vulneración de las legítimas.

Pero es que, además, el 820, 3.º, tiene un origen histórico totalmente apartado de la reducción de disposiciones testamentarias, y referido a la validez de aquellas disposiciones que mermando la legítima, compensaban al heredero forzoso de dicha disminución. En la Novela XVIII, c. 3, prohibió Justiniano que al cónyuge viudo se le dejase el usufructo de toda la herencia y a los hijos solamente la nuda propiedad, mandando que en adelante ellos recibirían la legítima en usufructo y en pleno dominio. También en el C. 3, 28, 32, se ordena que se suprima cualquier gravamen, modo o condición que afecte a la legítima.

Sin embargo, en el Derecho común se planteó con bastante frecuencia la validez de una cautela, atribuida a Socino, según la cual se permitía al testador imponer cargas sobre la legítima, atribuyendo al legitimario más derechos de los que por ley le correspondía, pero dejándole en libertad para recibir su legítima entera, si no quería cumplir la disposición del *de cuius*. Como vere-

(1) *Concordancias, Molinos y Comentarios*, tomo II. Madrid 1852, pág. 99.

mos al tratar de los problemas que representa la interpretación de la palabra «valor» utilizada en el 820, 3.º, la solución de aquella cuestión influyó en la redacción del artículo 917 del Código Napoleón, de donde han pasado íntegramente a las legislaciones que admiten dicho precepto, entre las que se encuentra el Código civil español.

Así, pues, tiene razón BETTI cuando afirma que la opción es un remedio sustitutivo de la reducción, en vía excepcional (2). Y como dice SCAEVOLA, en relación con el 820, 3.º: «En el caso a que se refiere el número del artículo que comentamos, se observa que propiamente no hay reducción de legado, antes al contrario, aumento del mismo...». El artículo 820, 3.º, no es norma de reducción de legados, propiamente, sino de conmutación de algunos que lesionan de algún modo el goce de la legítima. Se limita a imponer, en una palabra, la cautela sociniana o gualdense, en el supuesto de que el testador no lo haga, previniendo que al ordenar un legado de usufructo o de renta vitalicia en las condiciones que establece el precepto, la ha querido.

LAS DISPOSICIONES TESTAMENTARIAS SUJETAS AL ARTÍCULO 820, PÁRRAFO 3.º

Son dos: el legado de usufructo y el de renta vitalicia. En relación con este último se presenta la cuestión de distinguirlos de otros legados de prestaciones periódicas, que aun vitalicias, no reúnen las características necesarias para ser conceptuados técnicamente como legados de renta vitalicia.

El punto firme de diferenciación se encuentra, a nuestro juicio, en la esencia o contenido de la prestación periódica, género que recoge el artículo 880 del Código civil, cuando habla de que «legada una pensión periódica o cierta cantidad anual, mensual o semanal, el legatario podrá exigir la del primer período así que muera el testador, y la de los siguientes en el principio de cada uno de ellos, sin que haya lugar a la devolución, aunque el legatario muera antes que termine el período comenzado». Aquí, en este precepto, se engloban todas las clases de legados periódicos, entre ellos el de renta vitalicia, aunque pudiera parecer que por ser una disposición rectificadora del régimen establecido en el artículo 1.806 sobre el pago de renta vitalicia, la misma únicamente se refiere a ésta constituida por testamento. La generalidad del 880 excluye, evidentemente, esta interpretación restringida.

Para que un legado de prestaciones periódicas pueda ser calificado como de renta vitalicia es necesario que las pensiones sean fijas e invariables. Así lo exige precisamente la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de diciembre de 1930 (referida a una consti-

(2) *Successione legítima e necessaria* Milán 1920, pág. 55.

(3) *Comentarios*, 4.ª edición, pág. 407.

tución de renta por actos *inter vivos*) y la doctrina española (4). Con exactitud, por ello, ha podido decir BONET CORREA (5) que la revalorización de la misma sólo es posible con arreglo a un equitativo poder adquisitivo, mediante la intervención del poder legislativo o a través de la revisión por el poder judicial.

Ante esa fijeza de la prestación periódica, hemos de concluir separando el legado de renta vitalicia del llamado legado *reditus* del Derecho romano.

El legado de renta supone también la existencia de prestaciones periódicas, pero concretadas a los productos que dé una cosa.

De ahí la variación que pueden experimentar las prestaciones, frente a la fijeza de la renta vitalicia, y su conexión con las utilidades de la cosa, condición que tampoco se da en la renta vitalicia.

Nada obsta a estas consideraciones la conceptualización por el Tribunal Supremo, en sentencia de 3 de abril de 1915, de un legado de rentas de una casa, que, a su vez, se legaba al obligado a la satisfacción de aquélla, como «legado de pensión periódica y vitalicia, definido en el artículo 880 del mismo Código». En realidad, el legado de renta reúne tales características que le asemejan exteriormente a la renta vitalicia, pero su contenido es netamente distinto. Sin embargo, en la misma sentencia se contiene una declaración que pugna con la naturaleza del legado de renta, y que lo asimila, de seguirse esa doctrina, con el de renta vitalicia. En efecto, afirmó el Tribunal Supremo la obligación que tenía el legatario gravado de pagar la renta legada, «aunque ninguna produjera para el legatario la referida casa». Así, evidentemente, se desconecta la pensión de los productos de una cosa y lo que puede ser variable se hace fijo.

Si el legado de renta tiene unas diferencias notables con la renta vitalicia que no se deben desconocer, el legado de alimentos, en determinados supuestos, parece identificarse con aquel último. Precisamente ocurrirá ello cuando, según el párrafo 4.º del artículo 879 del Código civil: «si el testador acostumbró en vida dar al legatario cierta cantidad de dinero u otras cosas por vía de alimentos, se entenderá legada la misma cantidad, si no resultare en notable desproporción con la cuantía de la herencia». Aquí se da la fijeza e invariabilidad de la renta o prestación periódica, que no depende de las necesidades o estado y condición (párrafo 3.º del art. 879) del receptor. Esta inclusión del legado de cierta cantidad (por disposición expresa del testador, según el párrafo 3.º del art. 879, o tácitamente por el párrafo 3.º) en el legado de rentas periódicas se manifiesta en el artículo 696 del Proyecto de

(4) Vid. por todos. CASTÁN, *Derecho Civil Español...*, tomo IV, 8.ª edición, pág. 675.

(5) *La revalorización de las rentas vitalicias*, en «Revisa de Derecho Notarial», enero-marzo 1960, pág. 240.

1851, que casi reproduce el 880 actual, a cuyo tenor: «Legada cierta cantidad anual, mensual o semanal, sea o no para alimentos...».

La cuestión que inmediatamente se plantea, a pesar de las diferencias que pueden existir entre los legados de renta, es la de si cabe extender el ámbito de aplicación del párrafo 3.º del artículo 820 a los casos en que no haya renta vitalicia en sentido técnico, aunque sí en el económico. A nuestro juicio la solución afirmativa se impone, ya que se dan las mismas dificultades para la reducción de tales legados, y las mismas causas que aconsejan el 820, 3.º

Hasta ahora hemos hablado en singular del legado de renta vitalicia y de usufructo. Una controversia que ha agitado vivamente a la doctrina es la referente a saber si la opción la conservan los legitimarios en el supuesto de que haya no un legado de usufructo o renta vitalicia, sino varios, y que en conjunto tengan un valor superior a la parte de libre disposición.

LOSANA mantuvo la tesis negativa. Tenía que existir un solo legado de usufructo o de renta vitalicia para que entrase en juego la facultad de opción. Si los legatarios de usufructo o de renta vitalicia fuesen *más*, para satisfacerlo con la parte de libre disposición, sería necesario el fraccionamiento de la misma entre ellos con criterio necesariamente arbitrario, y así, mientras que los mismos no conseguirían lo que el testador le dejó, debían de contentarse con un sustitutivo que no ofrece ninguna garantía de equivalencia (6). Bajo la vigencia del Código de 1942 AZZARITI-MARTÍNEZ-AZZARITI recogen la propuesta de la Comisión parlamentaria encargada de la elaboración de aquél, en el sentido de precisar la necesidad de aplicar la opción cuando hubiese varios legados que superen a la porción disponible, y como la norma es lo bastante clara (aunque habla el 550 también como nuestro 820 de un legado de usufructo o de renta vitalicia) para considerar dicho caso incurso en ella (7). También PUGLIATTI afirma que el legislador no ha tenido el propósito de limitar numéricamente los legados, sino de indicar el objeto de ellos en su complejo. La limitación a la unicidad de la disposición estaría privada de sentido (8). En cambio, D'AVANZO mantiene la unicidad del legado, ya que el artículo en examen del Código italiano vigente se expresa en la misma forma que el 810 del de 1865 (9).

Nosotros pensamos que hay derecho por parte de los herederos forzosos a usar de la opción del 820, párrafo 3.º, cuando no

(6) *Successioni testamentarie*, en «Digesto Italiano», tomo IX, parte IV, pág. 184.

(7) *Successioni per causa di morte e donazione*, 3.ª edición, Padua 1959, pág. 200.

(8) *Sulla cosiddetta cautela socimiana*, en «Scritti Giuridici in onore de Francesco Carnelutti», tomo III, Padua 1950, pág. 603.

(9) *Delle Successioni*, tomo II, Firenze 1941, págs. 429-430.

exista solamente un legado de renta vitalicia o de usufructo, sino varios, y aun legados de renta vitalicia y legados de usufructo. Las objeciones derivadas del perjuicio del fraccionamiento entre los legatarios de la parte de libre disposición son inoperantes, dado que también es arbitraria la entrega de la parte de libre disposición a un solo legatario, que se puede perjudicar por eso, en vista de que su legado se estima de un valor superior a ella. No hay ninguna razón objetiva que lleve a la incongruente conclusión de que un legatario de renta vitalicia o de usufructo, excedente de la parte de libre disposición, dé lugar a la opción, y no varios legados del mismo carácter dejados a aquél.

Por iguales motivos creemos que en el supuesto de varios legatarios de usufructo o renta vitalicia que sobrepasen la cuota de libre disposición, habrá lugar al 820, párrafo 3.º.

Sin embargo, se duda de la aplicación del precepto cuando a un legatario se le ha dejado una renta vitalicia o usufructo, más otro legado de distinto objeto, que en conjunto no entran en los límites de la cuota libre. DEMOLOMBE se manifestaba por el ejercicio de la opción. «En los casos —decía— en que el difunto haya dejado varios legados de diversas clases: unos, de usufructo; otros, de rentas vitalicias; éstos, de nuda propiedad; aquéllos, de plena propiedad, sea de cuerpos ciertos, sea de cantidades, el heredero reservista (legitimario en nuestra terminología) tendrá todavía el derecho de hacer abandono a todo los legatarios de la cuota disponible» (10). En igual sentido se manifiestan BAUDRY-LACANTINERIE y COLIN (11).

Nosotros pensamos que no cabe aplicar la facultad del 820, 3.º, por los siguientes motivos: a), el carácter excepcional del precepto, que veda una interpretación extensiva en favor de aquellos legados que no reúnan las características que hacen inseguro la lesión de la cuota legitimaria (11 bis); b), porque de seguirse la opinión contraria se llegaría a la anulación práctica de la regla fundamental de reducción de legados, según la cual todos se disminuyen a prorrata, sin distinción alguna (820, 2.º), excepto cuando se trate de legados de usufructo o renta vitalicia. En efecto, si suponemos la existencia de un legado de usufructo, cuyo valor se estime superior a la cuota disponible, y otro legado de una cierta cantidad de dinero, que entre en aquélla, de mantener la opción del 820, 3.º, se habría de entregar por entero la parte libre al legatario del usufructo, con lo cual el legado del dinero desaparecería, no dándose, en modo alguno, una reducción a prorrata. Si se creyese que la cesión de la parte disponible se hacía a

(10) *Cours de Code Napoléon*, tomo XIX, París 1868, pág. 449.

(11) *Traité théorique et pratique de droit civil*, «Les donations entre vifs et des testaments», tomo I, París 1905, pág. 377.

(11 bis) El 820, 3.º, se aplica también al legado de uso o habitación, cuyo rédito excede del de la porción disponible. Vid. D'AVANZO, *Ob. cit.*, pág. 430.

ambos, resultaría que el heredero forzoso *impondría* al legatario de la cantidad de dinero un cambio en el objeto de su legado, que éste no tiene obligación de admitir, porque no es usufructuario ni perceptor de una renta vitalicia, salvo, naturalmente, los convenios meramente voluntarios que quiera celebrar para el pago del legado. Una advertencia hemos de hacer, y es la de que seguimos la tesis de LACRUZ BERDEJO sobre la no aplicación del artículo 887 en los casos de lesión de legítima, preterido al 820 (12). Pero a efectos de nuestro argumento, es indiferente que se siga la tesis de la compatibilidad del 820 con el 887, como quiere MANRESA. El ilustre comentarista dice que «el testador puede declarar que alguna disposición o legado se respete con preferencia a los demás, o que, por el contrario, si fuese necesario, sufra en primer término la reducción, y en estos casos debe ser respetada la voluntad expresa del testador como dueño de la porción libre de sus bienes. A falta de manifestación expresa en tal sentido, se deduce claramente también su voluntad de estimar preferentes los legados en que declara que lo hace para recompensar o remunerar servicios, o los que consisten en una cosa determinada, respecto a la cual es evidente que prefiriere ese legado a los demás, o aquellos a los que conceda cierta preferencia, aun sin hablar de reducción, en su caso, o, por último, los que destina a alimentos o educación. Interpretando en este sentido el segundo párrafo del número 2.º del artículo 820, puede también armonizarse el precepto de este artículo con el 887» (13).

En realidad, de sostener la aplicación de la opción cuando haya un legado de usufructo o de renta vitalicia con otro de objeto distinto, se llegaría a las mismas consecuencias vistas anteriormente, porque o se daba la parte libre al primer legado, desapareciendo los demás (por el juego del precepto que estudiamos), o se cedía la parte de libre disposición a ambos legatarios, en contraposición total, no sólo con la voluntad del legatario que no es de usufructo ni de renta vitalicia, sino con la del mismo testador, si el objeto de aquél es de los enumerados en el artículo 887. Si no lo es, estaríamos ante una vulneración de la regla que impone la prorrata y en presencia de un cambio del objeto legado, que no tiene facultad el heredero forzoso para imponérselo.

Ahora bien, si al mismo legatario de una cosa cierta y determinada, en propiedad, se le asigna una renta vitalicia o un usufructo, el 830, 3.º, podrá actuarse, porque tal legado de propiedad puede decirse que es superfluo en cuanto que el testador, al ordenar el usufructo, había ya potencialmente dejado al legatario todo cuanto era la porción libre de la cual podía disponer. Con la

(12) Notas a su trad. esp. del *Derecho de Sucesiones*, de BINDER, págs. 307.

(13) *Comentarios*, tomo VI. Madrid 1921, pág. 398.

entrega de la misma, se cumplirán indirectamente los dos legados (14).

CONDICIONES PARA EL EJERCICIO DEL PÁRRAFO 3.º DEL 820

El 820, 3.º, parte de la base para que la opción se pueda dar, según la cual la manda de usufructo o renta vitalicia ha de ser de *un valor que se tenga por superior a la parte disponible*. Sigue en este punto fielmente el Código civil al artículo 649, 3.º, del Proyecto de 1851, y artículo 917 del Código francés. En cambio, el artículo 810 del Código italiano de 1865 hablaba de un legado de usufructo o de renta vitalicia, cuyo *rédito excede del de la porción libre*.

En la doctrina francesa, no obstante la dicción del 917, se ha sostenido por un sector destacado de autores que la expresión «valor» no puede ser tomada en el sentido de calcular el del usufructo o la renta vitalicia, sino en el de que los réditos que produzcan sean superiores a los de la parte de libre disposición, y ello en virtud de que el legislador pretende: 1.º, prevenir la estimación del usufructo o renta vitalicia, y 2.º, dar al heredero legítimo el derecho de obtener siempre de una manera libre y total el goce de la porción que la ley le reserva, cosa que no se vulnera si la disposición del testador no le obliga a ceder parte de lo que produzca esta porción en favor del legatario. También se alegan los trabajos preparatorios del Código Napoleón, en los que se aprecia cómo la interpretación del artículo 917 giraba en torno a evitar al legítimo una disminución en el goce de los bienes que heredaba por tal concepto (15).

En realidad, podría objetarse que, de seguir esta teoría en nuestro Derecho, una distinción se impondría: que se trate de un legado de usufructo o de renta vitalicia. En el primer caso, para

(14) LOSANA, *Ob. cit.*, pág. 186.

(15) DEMOLOMBE, *Ob. cit.*, págs. 436 y sigs.—PLANIOL-RIPERT-TRABOT, *Traité Pratique de Droit civil français*, tomo V. París 1933, pág. 128.—COLIN Y CAPITANT, *Curso Elemental de Derecho civil*, trad. esp., tomo VII, pág. 544.—HUGUENEX, *Revue Trimestrielle de Droit civil*, 1921, páginas 300-301.

La disposición del Código italiano citada está basada en la corrección que introdujo el Código Albertino al 917 francés. El motivo fué la dificultad de calcular el valor de un usufructo o renta vitalicia, que es necesariamente mayor o menor, según la vida de la persona, al mismo tiempo que es problemático probar que excede de la porción libre, ya que las tablas de longevidad son presunciones que no tienen en cuenta las características especiales de la persona. Por ello se pensó en suprimir el requisito de la excedencia del valor; pero el Guardasellos le pareció demasiado quitarlo, puesto que los herederos, para gozar más rápidamente y disipar los bienes, podrían tal vez ofrecer en su desventaja la propiedad de la porción disponible, se iría así contra la intención del testador, aun cuando éste no hubiese excedido realmente la cuota que la ley permite disponer (vid. PACIFICI-MAZZONI, *Il Codice civile italiano commentato*, tomo VIII. Torino 1929, pág. 252).

que el goce del usufructo exceda de las rentas que es susceptible de dar la parte de libre disposición, es obvio que aquel derecho real ha de recaer sobre parte de la legítima, y en este caso entra en juego el artículo 813 del Código civil, que mantiene la intangibilidad legitimaria. No hay entonces que averiguar si los productos del usufructo exceden de los de la parte libre. Si, por el contrario, estamos en presencia de un legado de renta vitalicia, puede hacerse perfectamente ese cómputo o comparación con la que sea susceptible de sacarse de la repetida porción libre, calculada de modo objetivo. Si se deja un legado de 10.000 pesetas anuales y la porción de libre disposición no es capaz de producir más que 9.000, se daría la opción del 820, 3.º, porque no hay, como en la hipótesis anterior, un gravamen impuesto por el testador sobre los derechos legitimarios.

Sin embargo, aunque es cierto esto último, indirectamente existe esa disminución, en cuanto que habrá de pagarse el resto sobre los bienes reservados, afectando entonces a ellos. Así que, tanto en el legado de usufructo como de renta vitalicia, *calculado su valor* desde el punto de vista de las utilidades, en relación con las de la parte libre, entramos en el terreno del 813 y 824. A esta misma conclusión no se llega si interpretamos la palabra *valor*, capitalizando el usufructo o renta vitalicia. Y ello porque el testador puede haber ordenado un legado de renta vitalicia, cuya capitalización exceda del valor de la parte disponible, pero no lesione la legítima en cuanto a la necesidad de pagar parte de la misma con sus frutos, ya que los de aquélla son suficientes. ¿Cómo podrían invocar los herederos forzosos la protección especial que se les brinda en el 820, 3.º, cuando la porción legitimaria queda intacta? Lo mismo cabe decir si se lega el usufructo de la parte de libre disposición. Las utilidades que reporte serán exclusivamente para el legatario, sin que ello suponga lesión alguna de sus derechos reservados por la ley.

En realidad, afirmar que el valor del que habla el 820, 3.º, es la capitalización del usufructo o de la nuda propiedad (16) equivale, al parecer, a prescindir del problema que se planteó en el antiguo Derecho francés, y que solucionó el 917 del Código Napoleón, de donde ha pasado a nuestro Código civil. Aquel problema se puede enunciar en los siguientes términos: si un padre no puede recompensar a su hijo en usufructo de lo que le quita

(16) Como pretende SCAEVOLA, *Ob. y Loc. cit.* últ. Por otra parte, hablar de un valor que excede de la porción disponible implica necesariamente una concepción de la legítima como *pars valoris*. Así, GONZÁLEZ PALOMINO (*El usufructo universal del cónyuge viudo y los herederos forzosos*, en «Revista de Derecho Privado», 1936, págs. 160 y sigs.) interpreta el 820, 3.º, en el sentido del valor real del usufructo, porque para él la legítima no es una porción de bienes, sino que se refiere al valor de los bienes y derechos. Creemos nosotros que es la legítima en el Código civil *porción de bienes* que limita la disposición del causante. Vid. VALLET, *Apuntes de Derecho sucesorio*, A. D. C., tomo IV, págs. 424 y sigs.

de su legítima en propiedad, o de recompensar en propiedad lo que le sustrae en usufructo. Es decir, si disponiendo de un legado de usufructo *que penetre en la porción legitimaria*, el heredero forzoso puede verse compensado por la nuda propiedad que le deja de los bienes de la parte libre. Las soluciones a esta cuestión fueron diversas. Unos autores se inclinaban por el mantenimiento de la reserva íntegra, sin que el legitimario fuese privado por ello del usufructo o de la nuda propiedad que el causante le había dejado. Otros, que el heredero forzoso tenía que acatar por completo la disposición testamentaria. Y, por último, la opinión que patrocinaba, entre otros, POTHIER, de que dependía del heredero la opción entre la ejecución de la voluntad y la plena propiedad de su legítima, bajo la condición de abandonar todos los bienes de la porción libre al legatario (17). Prescindiendo de la discusión en torno a si podía conjeturarse que era voluntad del testador la sustitución del objeto legado (18), lo cierto y evidente es que la plataforma del 820 ha sido históricamente la existencia de legados *que recaían en cierta manera sobre la porción legitimaria*, y de acuerdo a esta orientación se ha de interpretar la discutible significación de la palabra *valor* que aquél emplea. Por ello, creemos exacta la observación de LACRUZ BERDEJO de que «la regla del 820, 3.º, es una interpretación benigna de las disposiciones de los artículos 813 y 824, mediante la cual se tienen por subsistentes unos gravámenes que el testador no pudo imponer, o bien se da a los favorecidos una satisfacción económica mayor de la que supondría la simple subsistencia del gravamen sobre el tercio disponible (19). No obstante, disintimos un tanto de su tesis sobre la palabra *valor*. Cree que se refiere a los bienes gravados (20). Y disintimos, porque sería inaplicable al legado de renta vitalicia, pues aquí no hay gravamen de ningún bien, como el usufructo, sino que concede simplemente un derecho de crédito al legatario, de carácter meramente personal. Creemos preferible hablar de *valor en renta*, ya que así se comprende que la renta vitalicia absorberá parte de las utilidades de la porción legitimaria, sin que ello implique gravamen en sentido técnico.

Desde un punto de vista práctico, la tesis de la capitalización del usufructo o renta vitalicia, haría al 820, 3.º, casi inaplicable, porque los herederos forzosos que puedan pagar, por ejemplo, la renta vitalicia con el producto de los bienes de libre disposición, aunque el capital de aquélla fuese superior, siempre optarán, en el terreno de su interés, por cumplir la disposición testamentaria. Si no pueden hacerlo, coincidiría el tener que dis-

(17) Vid. DEMOLOMBE, *Ob. cit.*, págs. 426 y sigs.

(18) VENEZIAN, *Del usufructo, uso y habitación*, trad. esp., tomo I, pág. 380, nota 1.

(19) *Ob. cit.*, pág. 301.

(20) *Ob. y loc. cit. supra*.

traer parte de las utilidades de la porción reservada por la ley con un valor superior capital de la renta vitalicia, dada la relación natural entre valor capital y valor en renta. Ahora bien, tratándose de un valor capital sin valor en renta (solares, p. e.), la renta vitalicia mermaría el goce de la legítima, y dado que su capital fuese inferior al de la parte de libre disposición, no podría hacerse uso de la facultad del 830, 3.º

En resumen, aun coincidiendo en algunos casos la tesis de la capitalización con la de la computación de rentas, hay dos cualificados en que las consecuencias de admitir una u otra postura varían:

a) Cuando la renta pueda satisfacerse con las utilidades de la parte libre, pero aquélla tenga un valor capital superior a ésta. Los herederos forzosos caprichosamente tendrían entonces, aunque no se lesione para nada su legítima, la facultad del 830, 3.º, en cuanto a imponer al legatario una conmutación que a él no le puede interesar por los cuidados que exige el capital de libre disposición para obtener rendimiento; y

b) Cuando la parte libre no dé utilidades y se lesione el goce de la legítima para atender al pago del vitalicio, si el valor de éste es inferior al capital de aquélla, los herederos forzosos, pese a dicha lesión, no pueden acogerse al 820, 3.º

Otra condición fundamental para el ejercicio de la opción es la referente a la parte disponible. Habla el precepto que estudiamos de una entrega al legatario de la parte de herencia de que podía disponer libremente el testador, lo cual supone necesariamente que tengan la propiedad de esos bienes, salvo en el supuesto de que el legatario de usufructo o renta vitalicia haya recibido bienes en plena propiedad, en cuyo caso tendrá derecho, según pusimos de relieve a que aquéllos le sean asignados en su cuota (de libre disposición) (21).

Por ello estimamos inexacta la opinión de PUGLIATTI, según la cual «podría admitirse, desde un punto de vista equitativo, que el remedio (de la opción) es ejercitable cuando los legados (que de propiedad o nuda propiedad haya fuera del de renta vitalicia o usufructo) sean hechos en favor de los legitimarios en cuanto que la declaración de opción se considere incompatible con la adquisición de los mismos» (22). Creemos que si los legados tienen como titulares a los herederos forzosos, éstos podrán hacer uso del 820, 3.º, porque reúnen precisamente la condición requerida de titulares de la porción disponible. No exige el Código civil en modo alguno que la misma hayan de recibirla como herederos voluntarios. Por otra parte, el ejercicio de la opción no es incompatible con la adquisición de los mismos. Pre-

(21) Vid. LOSANA, *Ob. y loc. cit.* últ.

(22) *Ob. cit.*, pág. 604.

cisamente para que ésta pueda darse se necesita la adquisición. ¿Cómo se iba a entregar una cosa que no se ha recibido?

La entrega de la porción libre no priva, sin embargo, a los herederos forzosos de los derechos que tenían sobre los bienes que la componen. Como dice PACIFICI-MAZZONI, el artículo tiende a quitar al legitimario todo beneficio que le viene del testamento, al cual rehusa dar ejecución, pero no a privarlo de derechos que por otro título le pertenecen. Si sobre esos bienes tiene una servidumbre constituida a su favor, subsistirá la misma (23).

También se ha de excluir la posibilidad de que los herederos forzosos puedan entregar al legatario una suma de dinero en compensación de la renta vitalicia o usufructo, ya que la disposición legal está clara en el sentido de que ha de ser *la parte disponible* el objeto de la sustitución. Del mismo modo negativo se ha de resolver la cuestión sobre si cabe una entrega parcial y un cumplimiento parcial también de la voluntad testamentaria. Los herederos forzosos sólo tienen facultad de elegir entre dos posibilidades. Una vez elegida ha de llevarse a cabo por entero. Ello con la salvedad de la solución que se dé al problema del ejercicio conjunto o aislado del 830, 3.º, por los herederos forzosos, aunque si estimamos que es individual, la citada individualidad en el cumplimiento de la disposición o entrega de la parte libre se ha de predicar sólo del que hace uso de la opción (24).

LOS SUJETOS DEL DERECHO DE OPCIÓN

El artículo 820, 3.º, señala como titulares del derecho de opción a «los herederos forzosos». ¿Quiere decir que han de ser todos los legitimarios los que tengan que poner en práctica el mismo, o bien el precepto se limita a indicar la cualidad que debe reunir el que impone la conmutación, pero no obliga al ejercicio conjunto? ¿Puede la autoridad judicial intervenir en el supuesto de discordancia de algún legitimario?

El problema que se plantea en nuestro Derecho es el mismo que divide a la doctrina francesa y a la italiana formada bajo la vigencia del Código de 1865, y que el nuevo Código italiano de 1942 ha zanjado en el artículo 550, disponiendo que si los legitimarios son más de uno es necesario el acuerdo de todos para que la disposición testamentaria tenga ejecución.

Los autores franceses afirman casi unánimemente que los legitimarios podrán usar individualmente de la conmutación. Por la parte que grava su legítima, podrán renunciar en favor del legatario de lo que le corresponde en la libre disposición (25).

(23) *Ob. cit.*, pág. 261.

(24) PACIFICI-MAZZONI, *Ob. y loc. cit.* últ.—LOSANA, *Ob. cit.*, página 186.—AUBRY y RAU, *Cours de Droit civil français*, tomo XI, pág. 59.

(25) DEMOLOMBE, *Ob. cit.*, págs. 447-448.—TROPLONG, *Des donations entre vifs des testaments*, tomo II. París 1872, pág. 238.—AUBRY y

Dice PROUDHON que no se podría objetar el que el acreedor de dos cosas que se deben bajo alternativa no puede ser compelido a entregar parte de una y de otra, ya que en el 820, 3.º, no existe una doble alternativa: sólo se debe un objeto, el usufructo o renta vitalicia, y el abandono de la cuota disponible es sólo facultativo para el legitimario, que puede sustituir la disposición de la cuota disponible por la disposición del usufructo o renta vitalicia (26). En cambio, DURANTON creía en la necesidad del ejercicio conjunto, dada la similitud del supuesto con el del artículo 1.515, que impone a los herederos del vendedor la obligación de retraer en su totalidad la finca si el comprador lo exige, a pesar de que el artículo 1.514 declara que cada uno de aquéllos sólo puede redimir la parte que hubiese adquirido. El heredero legitimario se desprendería, pues, de su parte disponible, pero esta porción en la totalidad debería pasar al legatario (27). Pero con razón rechaza VENEZIAN esta última opinión, porque el ejercicio conjunto de la acción de retracto tiene por causa el colocar al comprador en el estado en que se hallaba antes de la venta (28). DEMOLOMBE alega también la falta de paralelismo entre los dos artículos. No se puede comparar a su juicio un adquirente a título oneroso, que *certat de damno vitando*, y el legatario que *certat de lucro captando*, y que se enriquecería siempre, aunque la liberalidad que le ha sido hecha se encontrase escindida (29).

La doctrina italiana, repetimos que bajo la vigencia de Código de 1865, se encontraba dividida. PACIFICI-MAZZONI seguía la tesis antedicha de la generalidad de la doctrina francesa (30). En cambio, LOSANA se mostraba partidario de la unión de todos los legitimarios, y el recurso a la autoridad judicial en caso de desacuerdo, admitiendo previamente que en el legado alternativo, no existiendo voluntad concorde de los herederos en cuanto a la elección, ésta viene diferida a la autoridad judicial (31). BETTI opinaba que era un problema de interpretación de la voluntad del testador para ver si éste quería el cumplimiento parcial o no de su legado (32).

Nosotros creemos que el 820, 3.º, debe ser interpretado, en cuanto a los facultades para el ejercicio del mismo, no en el sentido de la necesidad de un acuerdo de todos los herederos forzosos con posibilidad de recurrir de la autoridad judicial. Contra ello se podrían alegar las siguientes razones:

RAU, *Ob. cit.*, pág. 58 y nota 14.—PIANIOL-RIPERT-TRASBOT, *Ob. cit.*, pág. 129.—BAUDRY-LACANTINERIE Y COLIN, *Ob. cit.*, pág. 384.

(26) *De l'usufruit*, tomo I, núm. 342, cit. por DEMOLOMBE, *Ob. cit.*, pág. 447.

(27) Cit. por DEMOLOMBE, *Ob. y loc. cit.* últ.

(28) *Ob. cit.*, pág. 391.

(29) *Ob. cit.*, pág. 448.

(30) *Ob. cit.*, pág. 256.

(31) *Ob. cit.*, pág. 186.

(32) *Ob. cit.*, pág. 54.

a) El artículo 839 dispone, por lo que respecta a la conmutación de los derechos sucesorios del cónyuge viudo, que «los herederos podrán satisfacer al cónyuge su parte de usufructo, asignándole una renta vitalicia, los productos de determinados bienes, o un capital en efectivo, procediendo de *mutuo acuerdo*, y, en su defecto, por virtud de mandato judicial». A primera vista pudiera parecer extraño el traer a colación un precepto que no guarda relación con el 820, 3.º Pero tal apreciación sería inexacta por superficial. El artículo 839 protege también la *intangibilidad legitimaria* de todos aquellos herederos forzosos que tengan que soportar el gravamen del usufructo legal en su cuota (33). No estimamos que al referirse como sujetos de la conmutación a los *herederos* implique que los meramente voluntarios han de vulnerar la intangibilidad de la legítima del cónyuge viudo. Hay, por tanto, una disposición legal, en usufructo, que penetra, invade, la porción legitimaria.

Ahora bien, ¿qué significado tendrá la expresión «de mutuo acuerdo»? ¿Querrá decir que el consentimiento de todos los herederos forzosos es necesario para la conmutación? MEZQUITA DEL CACHO así lo interpreta, sosteniendo que en defecto del acuerdo unánime es la autoridad judicial quien decide sobre la conmutación. Argumenta esta postura sobre las siguientes bases: 1) Que esta solución es la indubitada en el modelo italiano, de donde el Código español tomó el precepto, aunque lo tradujera con expresión gramatical incorrecta, y así lo viene reiteradamente sentando en Italia la jurisprudencia y la doctrina de los autores. 2) Que si la finalidad del precepto fuera simplemente, como algún autor pretende, la de posibilitar a través de una eventual decisión judicial, sería inútil y hasta absurda la previsión de garantía del párrafo 2.º del artículo 389. 3) Que si realmente hay algún fundamento económico, como se pretende, en la conmutación, para evitar el inconveniente del gravamen usufructuario, bien escasa sería la utilidad de la norma que a tal fin tiende, si la conmutación se subordina a la conformidad del usufructuario mismo; y 4) Que de entenderse necesario en principio el consentimiento del viudo, la enumeración de las modalidades solutorias o conmutativas sería ociosa, ya que el ámbito de libertad convencional en nuestro sistema es ilimitado (34).

No nos atrevemos a negar rotundamente estas conclusiones, pero tampoco a estimarlas como únicas sin grandes reservas. Estimamos que, sin dejar de ser exactas en el sentido de que no impone en modo alguno un acuerdo el 839 entre el viudo y los herederos forzosos para proceder a la conmutación, *que es facultad de éstos*, las expresiones debatidas pueden tener otro signi-

(33) Como se ha visto certeramente, MEZQUITA DEL CACHO, *Conmutación del usufructo viudal común*, en «Revista de Derecho Notarial», enero-marzo 1957, págs. 237 y sigs.

(34) *Ob. cit.*, pág. 274.

ficado, y es el de que los herederos forzosos *proponen* al viudo la conmutación, y éste se puede mostrar disconforme, no con ella ni con el medio de pago elegido para ello, *sino con la valoración de su usufructo y del objeto por el que se le sustituye*. Entonces es cuando es susceptible de intervenir la autoridad judicial para ver si los derechos del cónyuge viudo no quedan burlados. Por tanto, el *mutuo acuerdo* se referirá más bien a la *equivalencia* entre lo conmutable y lo conmutado.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo no aclara la cuestión. Tuvo una oportunidad de pronunciarse en una peligrosa sentencia —por la doctrina un tanto vaga que sentó— de 20 de diciembre de 1911. Precisamente el heredero recurrente contra la sentencia de la Audiencia que le impuso la conmutación articuló que «aun partiendo, como partía el fallo recurrido, de que la determinación de la forma de pago de la cuota viudal, es el acuerdo mutuo, o, en su defecto, el mandato judicial, dicho acuerdo no será en modo alguno, como erróneamente se afirma en la sentencia, entre los herederos y el cónyuge viudo, sino que habrá de tomarse por los herederos entre sí cuando fueren varios, viniendo en otro caso el mandato judicial a decidir el desacuerdo, como lo demostraba el texto mismo del artículo al decir «los herederos podrán satisfacer al cónyuge su parte en usufructo», y añadir «asignándole, etc., etc.», puesto que al emplear esta última palabra y no la de «asignando», después de haber dicho «los herederos podrán», indica claramente que el verbo se refiere a los herederos, que actúan como persona activa de la cláusula, sin que en esa acción tome parte alguna el cónyuge». El Tribunal Supremo pasó como sobre acusas sobre esta cuestión agudamente planteada por el recurrente, y declaró: «Considerando que si bien, por regla general, corresponde *al heredero o herederos* proponer la sustitución del usufructo viudal...» ¿Expresan estas palabras por nosotros subrayadas que acogió la tesis del recurrente en cuanto a la unanimidad de los herederos forzosos? No se puede afirmar objetivamente (35).

(35) La «peligrosidad» de la referida sentencia se refiere a que permite a la autoridad judicial imponer la conmutación cuando el usufructo viudal recaiga sobre bienes improductivos. De este modo se obtienen las siguientes conclusiones: a), es necesario el acuerdo del viudo para el hecho de la conmutación, sea cual fuere su objeto; b), el viudo tiene derecho, *per se*, a pedir a la autoridad judicial la conmutación cuando crea estéril el usufructo; c), la autoridad judicial la impone a los herederos forzosos, aunque éstos no lo quieran, a pesar de estar amparados por el artículo 839 en su negativa; d), el 839 puede entrar en función también cuando el usufructo del viudo recaiga sobre parte libre, porque tiene derecho a impetrar el «auxilio» judicial, a fin de obtener conmutación. ¿Por qué razón se iba entonces a hacer sólo a los herederos forzosos «víctimas» de la intromisión judicial en sus legítimas? Y si los herederos voluntarios tienen que soportar la conmutación *impuesta*, ¿por qué no va a ser facultad de ellos proponerla voluntariamente? Si se exige el acuerdo del cónyuge viudo, el 839 huelga por completo. Si no se exige, pero se man-

En resumen, y por la reserva expuesta, no puede acogerse firmemente que el mutuo acuerdo se requerirá también en el 820, 3.º, dada la misma finalidad que persigue el 830.

b) El argumento principal usado en defensa de la individualidad de la opción es el de la división del legado entre los herederos (art. 859, p. 2, c).

Este argumento es cierto. Pero puede objetarse que no tiene en cuenta la dicción del precepto que estudiamos: ya el legislador contempla el supuesto de varios herederos forzosos y de un legado de usufructo que recae sobre todos ellos y, sin embargo, habla de *la porción disponible* y «de la parte de herencia de que podía disponer libremente el testador». No obstante, tal conclusión, basada en una dicción gramatical no definitiva como criterio de interpretación, es endeble. Lo mismo puede el precepto hacer referencia a una norma general, aplicable a los casos particulares (porción libre *que corresponda al heredero forzoso*).

Por otra parte, el recurso a la autoridad es inoperante. Dicen AZZARITI-MARTÍNEZ-AZZARITI, que «durante los trabajos preparatorios tal disposición (art. 550 del Código italiano de 1942) aparecía como excesiva; pero la solución contraria, que dejaba a cada uno de los legitimarios facultad de elegir, habría determinado —por la posibilidad de decisiones contradictorias— no pocas dificultades prácticas, especialmente en el caso en que hubiese disposiciones testamentarias de carácter indivisible. Se prefirió por ello adoptar un criterio por el cual la disposición testamentaria o decae o queda viva en su integridad. Y se creyó inoportuno admitir —como se había propuesto— la intervención de la autoridad judicial en el caso de falta de acuerdo entre los legitimarios, porque en el disenso entre ellos acerca de la elección entre la ejecución de la disposición y la reserva, la prevalencia debe ser dada en todo caso al derecho a la reserva, que es siempre asegurado por la ley» (37).

Por último, se ha de observar, en pro de la divisibilidad de la opción, que si el legado constituye un gravamen de legítima, no se debe dejar al arbitrio o antojo de un coheredero la elección de la forma en que cada uno habrá de disfrutar aquélla (38).

¿Qué ocurrirá si ha muerto cualquiera de los herederos sin ejercitar la opción? Afirmamos la aplicación analógica del criterio sustentado por el Tribunal Supremo en la sentencia de 13 de abril de 1956, a propósito del 830. En la misma reconoció nuestro

tiene que aquél puede pedir la conmutación a la autoridad judicial, lógicamente hemos de afirmar que cuando quieran acceder a ella los herederos voluntarios, también ha de soportarla el cónyuge. Todo ello, naturalmente, en contra de la intangibilidad de la legítima y del 830.

(36) Vid. por todos, VENEZIAN, *Ob. cit.*, pág. 391.

(37) *Ob. cit.*, pág. 201-202.

(38) IGLESIAS, *Una cláusula de estilo que proclama el usufructo universal y vitalicio del cónyuge viudo*, en «Revista General de Legislación y Jurisprudencia», 1950, pág. 279.

Alto Tribunal que la facultad de conmutar es un derecho de carácter patrimonial apto para entrar a formar parte del complejo hereditario que se transmite a los herederos por muerte de su titular. Ahora bien, en esta materia habrá que estar a la voluntad testamentaria ante todo.

Otro de los sujetos de la opción es el legatario. ¿Qué actitud ha de adoptar éste frente a la decisión de los herederos forzosos de cumplir la disposición testamentaria o entregarle la parte libre?

El legatario no tiene, en una palabra, más que aceptar las consecuencias de la decisión. En el artículo 839 el cónyuge viudo tiene intervención, puesto que se trata de que el objeto conmutado tenga la misma valoración que el usufructo para que no salga perjudicado. Pero en el 820, 3.º, no hay posibilidad de tal cosa. Los términos del precepto dan a entender la ausencia de toda idea de equivalencia. Cumple el heredero forzoso con entregar su parte libre, sea cual fuere su valor con respecto al usufructo o renta vitalicia.

Hemos de negar rotundamente que haya lugar para la aplicación de la doctrina sentada por la sentencia de 20 de diciembre de 1911, a propósito del 839, invocable por analogía, en la cual, según hemos dicho, se permite a la autoridad judicial hacer la conmutación cuando resultase ilusorio en todo o gran parte del derecho de usufructo. Si alguna justificación tuviera tal tesis sería la del primer considerando de la propia sentencia, que habla del fundamento del derecho del cónyuge viudo (su cuota legal), que es el de conservar a aquél la posición económica que el matrimonio tuvo, y esto no puede obtenerse adjudicándole bienes en usufructo, que aunque representen un gran valor en venta no lo tengan proporcionalmente en renta o dejen de producir ésta por su naturaleza o destino. El legatario del 820, 3.º, es un adquirente gratuito, y respecto al cual huelgan todas estas consideraciones. Ello, naturalmente, por lo que respecta al gravamen de la parte libre. Por otra parte, como dice PACIFICI-MAZZONI, la entrega de la parte debida es un acto unilateral del legitimario en cuanto que conseguir la legítima en plena propiedad, no puede depender de la aceptación del mismo por parte del legatario (39). Así, pues, el derecho de opción no pueden pretender ejercitarlo los legatarios, porque la letra y espíritu de la ley lo demuestran de una manera cierta y evidente (40), si bien hay que reconocer que la palabra «entrega» del inciso final del 820, 3.º, da una cierta idea de cooperación del legatario, mientras que más de acuerdo con la naturaleza de la facultad de opción, el Proyecto de 1851 hablaba de *abandono* de la parte libre, igual que su modelo francés.

Cabe, no obstante, ante de terminar con el estudio de este epígrafe, plantearse una cuestión derivada de la interpretación que

(39) *Ob. cit.*, pág. 262.

(40) LOSANA, *Ob. cit.*, pág. 186.

se le haya de dar a las palabras «*se tenga*». ¿Quiénes son los que han de tener por superior, en el sentido indicado, el valor del legado de usufructo o de renta vitalicia?

A nuestro juicio, se impone una neta distinción en esta materia. Una cosa es la libertad de los herederos forzosos para que se llegue a una decisión sobre la opción y otra, por completo distinta, que dicha decisión se pueda tomar arbitrariamente. Únicamente cabrá la elección entre cumplir o entregar la parte libre cuando se dé el presupuesto exigido por el 820, 3.º: *el mayor valor de lo legado*. Mientras ello no ocurra así, el legatario podrá rechazar la decisión de la conmutación, que no debió de hacerse sino con el previo cumplimiento del anterior requisito legal. Para solucionar las contiendas que surjan entre los herederos forzosos y legatario por esta cuestión se impone el recurso a la autoridad judicial. Esta interviene, no como en el supuesto de discordancia entre los herederos para usar del 820, 3.º (si se mantuviera la indivisibilidad de la opción), sino para hacer la declaración de que efectivamente los herederos forzosos podrían hacer la conmutación al existir el presupuesto legal. En una palabra, lo que propugnamos es la acogida en el 820, 3.º, de la interpretación que dimos al 839 anteriormente.

FORMA EN EL EJERCICIO DE LA OPCIÓN

Pudiera sostenerse que no exigiendo el 820, 3.º, forma especial alguna, la elección se efectuará de cualquier modo, con plenos efectos. En realidad, plantearse el problema de elegir entre la intangibilidad legitimaria o la parte de libre disposición en plena o nuda propiedad es aceptar la herencia de una manera tácita, porque no habría derecho a aquel planteamiento si no se tiene la cualidad de heredero (art. 999, p. 2). Naturalmente que nos referimos a una trascendencia externa de la elección, no subjetiva e interna. Por otra parte, y como ya indicamos, jugar con la posibilidad de entregar una parte de la herencia implica tener derecho sobre ella adquirido por la aceptación tácita.

Ahora bien, el problema se presenta en relación con la entrega de la parte libre. Es evidente que si la decisión del heredero forzoso se ha concretado en ella, se encuentra íntimamente ligada la cuestión de la forma de aquella cesión con la de la elección, causa de este acto.

Para la resolución de la misma se adoptan posturas en la doctrina que dependen en su esencia de un punto: saber si el heredero forzoso tiene algún derecho antes de la opción. Se dice que con la elección se consigue la adquisición de la disposición y por ello constituye una modalidad impuesta por la ley para la aceptación de la herencia. Y puesto que la adquisición de la herencia depende de la aceptación, antes que con la elección no se haya adquirido uno u otra disposición, ningún derecho tiene el legiti-

mario y ninguna renuncia ha podido hacer para aplicar el artículo 350, número 5 (nuestro 1.280, núm. 1) (41). En contrario, se alega que cuando la elección recae sobre bienes inmuebles o derechos reales que gravan éstos, se exige la forma escrita. El 820, 3.º, excluiría la posibilidad de una aceptación tácita de la herencia (42).

Nosotros creemos que se imponen las siguientes precisiones para la debida solución del problema. En primer lugar, antes de la elección del heredero forzoso *tiene* derechos (los que le concede el testador) sobre la parte libre. La opción presupone ineludiblemente esta consecuencia, porque no va a tener como uno de sus objetos una cosa que no le pertenece al titular. ¿Cómo se adquirirían tales derechos? Entra en juego ya las clases de aceptación de la herencia sin que haya nada que nos indique la exclusión de la forma tácita en tales supuestos. Generalmente, desde luego, la entrega de la parte libre entrañará una aceptación tácita de la herencia al hacerse constar que en uso de la facultad del 820, 3.º se abandonan los derechos concedidos por el testador sobre la parte libre, quedándose con el goce libre de la legítima (aceptación expresa en este punto de la herencia). Pero, en realidad, califíquese como aceptación tácita lo primero o como expresa (en cuanto que aquella manifestación implica la de que se acepta y se renuncia la parte libre) lo cierto es que el heredero adquiere los derechos que le consigna el testador para hacer dejación de los mismos en favor del legatario. Estamos entonces no en el terreno de la repudiación de la herencia, porque mal se podría transmitir al legatario libre, sino en el de la renuncia en favor de otra persona, encuadrada en el 1.000, número, del Código civil y, en consecuencia, en el artículo 1.281, número 5, en cuanto a la forma.

Si el heredero forzoso opta por cumplir la disposición testamentaria no hay necesidad de una aceptación expresa tampoco. Dicha decisión puede manifestarse entregando la renta vitalicia ordenada por el testador, o los objetos en usufructo, etc. Consideración especial merece el caso de que el heredero forzoso repudie, p. e., el legado que le ha hecho del testador encajable en la parte libre. ¿Se entenderá con ello que opta por el cumplimiento de la disposición testamentaria? A nuestro juicio sí, porque se ha desprendido del único medio que tenía libre para librarse de ello, cual es el de la entrega de su porción libre.

Hasta aquí hemos contemplado la entrega de la parte libre al legatario como acto independiente de la partición. Dicha entrega se efectuará del modo indicado cuando el heredero forzoso sea único o cuando siendo varios no dividan la herencia, e incluso cuando el testador haya hecho la partición directamente, ad-

(41) AZZARITI-MARTÍNEZ-AZZARITI, *Ob. cit.*, pág. 190.

(42) D'AVANZO, *Ob. cit.*, pág. 434.

judicándole al legatario un usufructo en las condiciones requeridas para dar lugar al 820, 3.º Pero también los herederos forzosos pueden acordar en la misma partición la cesión de la parte libre al legatario, adjudicándose entonces los bienes de la legítima en plena propiedad y goce.

La ley nada dice tampoco acerca del término en el cual el legitimario puede o debe proceder a la opción; puesto que están en juego intereses de terceros, el legatario puede provocarlo mediante el ejercicio de la *actio interrogatoria* (1.005) (43). Pasado el plazo para contestar habrá que entender que el heredero forzoso opta por el cumplimiento de la disposición testamentaria, dado que, en virtud del artículo 1.003, se considera que acepta la herencia tal y como se le defiere.

LA POSICIÓN JURÍDICA DEL LEGATARIO

Uno de los puntos más oscuros de la mecánica del 820, 3.º es el referente a la posible mutación del título del legatario, cuando recibe en plena propiedad la parte de libre disposición. ¿Ha de ser considerado como heredero y, por tanto, responsable de las deudas de la herencia con los bienes heredados y los propios, salvo que acepte la porción libre que el heredero forzoso abandona a beneficio de inventario?

La cuestión se halla a nuestro juicio implicada en una más general, cual es la de saber el fundamento que tiene la atribución de la cualidad de heredero o legatario. Si sostenemos un fundamento objetivo, el legatario tendrá la cualidad de heredero, puesto que sucede en una universalidad o cuota parte de la herencia. Si, por el contrario, afirmamos que la atribución de la cualidad de heredero depende de la *vocación testamentaria*, el legatario no adquiriría la condición de heredero, sino cuando el testador hubiese dispuesto que le instituíra por tal en la parte libre, si el legitimario no aceptaba el gravamen o la renta vitalicia que aquél le dejaba. En ausencia de tal declaración sería, a pesar de la conmutación, legatario.

Nosotros creemos que fuera del supuesto de una institución testamentaria en la parte libre para prever las consecuencias de la negativa del legitimario a cumplir el legado, el beneficiado por tal no sufriría ningún cambio en su titularidad. Lo que el legitimario ha hecho simplemente es una *conmutación del objeto legado*, que no es una dación en pago como pretendía POLACCO (44), porque ésta requiere ineludiblemente el consentimiento del acreedor, a fin de satisfacer en una prestación distinta el objeto de la obligación, mientras que en el 820, 3.º, *se le impone* al legatario el cambio de objeto, dándose las premisas legales.

(43) D'AVANZO, *Ob. y loc. cit.*, supra

(44) *De las sucesiones*, trad. es. Tomo I, pág. 587.

Así, pues, sobre la base de la susodicha conmutación, y la llamada del testador al usufructo o renta vitalicia, se produce el nacimiento por voluntad de los legitimarios apoyada en la ley, del *legado de parte alícuota*, que no tiene una *pars hereditatis*, sino una *pars bonorum*, por lo que las deudas hereditarias no le afectan personalmente como a los herederos, sino que sólo hacen disminuir el objeto de su adquisición. Así puede aceptarse el pensamiento de SANTORO-PASARELLI, cuando dice que en el 820, 3.º, se da «un singular cruce en la vocación, de la voluntad legislativa con la voluntad testamentaria», y no en el sentido que repudía acertadamente PUGLIATI, de hacer la figura de heredero necesario (efecto legal) de las cenizas de un legatario (efecto de la voluntad testamentaria) (45).

Por ello, estimemos exacta la tesis de LOSANA, que niega la mutación del título, porque así es verdad que el usufructuario consigue una cuota de bienes del testador, la misma no representa más que un modo especial de satisfacción del legado; el título originario del sucesor, el testamento, le da la cualidad de sucesor a título singular, y esta circunstancia no puede ser cambiada por la de que el legado venga a ser satisfecho con una cuota de bienes. Sería verdaderamente extraño que a quien el testador quería solamente como legatario, llegase a ser heredero contra su voluntad; sería extraño que dependiese del arbitrio de un legitimario que uno permaneciese legatario o llegase a ser heredero del difunto» (46).

En virtud de lo expuesto, hemos de concluir afirmando que las cargas impuestas al legatario para el testador, seguirán pesando sobre él, a pesar de la mutación del objeto legado.

(45) *Ob. cit.*, pág. 186.—Vid. también AUBRY y RAU, *Ob. cit.*, página 59, nota 17.

(46) *Ob. y loc. cit. supra.*

